



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.4 – N°1 – jan./apr. 2013



Summary

Vol.4 – Nº1 – jan./apr. 2013

MELHOR CIÊNCIA, PIOR PRÁTICA? (Best science, worst practice?)

MARCEL STORME p.3

ANERKENNUNGS- UND VOLLSTRECKBARKEITSHINDERNISSE IM AUTONOMEN DEUTSCHEN ZIVILVERFAHRENSRECHT DE LEGE LATA UND DE LEGE FERENDA (Obstacles to

Recognition and Enforcement in German Autonomous Civil Procedure Law de lege lata and de lege ferenda)

MICHAEL SONNENTAG p.21

A AUTONOMIA DAS PARTES E OS PODERES DO JUIZ ENTRE O PRIVATISMO E O PUBLICISMO DO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO (Autonomy of parties and the powers of the

judge between private and public Civil Procedure in Brazil)

ROBSON RENAULT GODINHO p.36

L'APPELLO MOTIVATO DELLA LEGGE 134/2012 (The motivated appeal of statute 134/2012 in Italian Civil Procedure)

LUIGI VIOLA p.87

BOOK REVIEW - MIKLÓS KENGYEL / ZOLTÁN NEMESSÁNYI (EDS.): ELECTRONIC TECHNOLOGY AND CIVIL PROCEDURE. NEW PATHS TO JUSTICE FROM AROUND THE WORLD

GERGELY CZOBOLY p.104

AS PRESUNÇÕES NO DIREITO PROCESSUAL (The assumptions in Procedural Law)

YURI GUERZET TEIXEIRA p.109



Civil Procedure Review
AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

Melhor ciência, pior prática?

(Best science, worst practice?)¹

Marcel Storme

Professor at the University of Ghent, Belgium

Abstract: The article intends to approach some important topics about procedural inefficacy and the dreams of a high-quality doctrine. The author wishes to highlight the possible reasons for the huge gap that separates scientific literature and judicial practice.

Keywords: Science. Practice. Procedural Law.

Deve ter sido há aproximadamente dez anos, em 2003, que, durante um intervalo para o almoço, Dimitri Maleshin e eu estávamos sentados ao lado da piscina de nosso hotel, em uma conferência na Cidade do México, e eu estava dizendo ao meu estimado colega que seria uma ótima ideia para nossa Associação Internacional de Direito Processual organizar a conferência na Rússia em um futuro próximo.

Essa foi a primeira ocasião na qual, como o então Presidente desta Associação, eu passei essa proposta à frente. Mesmo com a queda da Cortina de Ferro em 1989, houve apenas uma ocasião em que nós transferimos nossas reuniões para a Europa Central e para o Leste Europeu, mais precisamente para Lublin, em 1991. Em verdade, em uma ocasião bem posterior, também nos encontramos em Viena/Budapeste (2005) e em Pécs (2010).

¹ Traduzido do inglês por (translated by) Isadora Falcão Quadros.



A razão para tal foi provavelmente o fato de não ter havido uma participação significativa, além das nossas “tropas” polonesas e húngaras, de colegas dessa parte da Europa em nossas atividades.

Tudo isso mudou com o envolvimento de Dimitri Maleshin, que começou a participar ativamente de nossas atividades, e foi capaz de atrair um número considerável de seus eminentes colegas russos para nossa Associação.

Estive particularmente desejoso de registrar isto nas atas de início dessa conferência, antes de mergulhar nas minhas considerações principais.

.....

O ponto de partida de meu discurso principal é a declaração feita por nosso Presidente Honorário Federico Carpi, na primeira edição da *Revue internationale de droit processuel* (“Problemi prospettive della giustizia civile in Italia” in [2000] *IJPL – RIDP* 6 et seq.), onde se lê o seguinte: “*La divaricazione fra il livello scientifico della dottrina processualcivilistica e la vita pratica di tutti i giorni dei Tribunali*”². A noção dessa divergência entre teoria e prática havia já sido destacada por Mauro Cappelletti, através de sua referência ao “nobre sonho” da literatura jurídica e “o pesadelo” de sua prática³.

A partir de uma pesquisa internacional levada adiante por mim mesmo, restou constatado que essa falha se repetia quase que em todo lugar desse planeta. Torna-se legítimo, portanto, o seguinte questionamento, a nível mundial: “*Por que, apesar do altíssimo patamar alcançado pela literatura jurídica no campo processual civil, tal campo parece tão distante desse patamar na prática?*”

² “A lacuna entre o nível científico da doutrina processual civil e a prática cotidiana dos Tribunais”

³ *Atti del XVII Convegno nazionale* (1989) Palermo (1991) Milano, p. 273 et seq.



Razões para a lacuna

A. Os agentes

Ao buscar identificar as razões por trás de tal lacuna, devemos prestar especial atenção à maneira como os agentes se comportam durante seu envolvimento nesse complexo processo. Como será exaustivamente destacado posteriormente, o elemento humano desempenha um papel fundamental nesta situação. *“The system of civil justice also has a largely human element”* (N. Andrews, *Nurturing civil justice*, p. 2).

Isso significa que não devemos nos ater à legislação relevante, à literatura jurídica, à prática jurídica ou às decisões judiciais. Devemos, ao revés, concentrar nossa análise na maneira como procedem os órgãos legislativos, a doutrina, advogados e juízes.

(1) Órgãos legislativos

a) Há órgãos legislativos que procuram regular todos os aspectos da sociedade. Como a sociedade contemporânea fugiu do controle em qualquer lugar do planeta, aqueles que elaboram as normas se ativeram à ideia de que a maneira mais correta de resolver todos esses problemas é expedir leis e regulamentos de todo tipo.

Muitos órgãos legislativos tentam atender a interesses diametralmente opostos, ao mesmo tempo em que promulgam uma legislação baseada no pânico, como uma reação a incidentes imprevisíveis e aleatórios – “casos difíceis geram um direito ruim”.

Todos esses movimentos têm um efeito nocivo à qualidade da legislação expedida, o que, por sua vez, tem uma consequência adversa no processo judicial. Leis complexas se tornam de difícil interpretação e aplicação para as partes envolvidas, bem como para o juiz. Leis em excesso são prejudiciais ao direito.



b) Há também órgãos legislativos que buscam soluções através de procedimentos judiciais. Tudo começou como o *Code de procédure civile* de 1806. Mesmo com a promulgação do Código, um de seus autores, Jean-Baptiste Treilhard, declarou que “*Le succès du Code dépendra beaucoup et de l’autorité à qui son exécution est confiée et de la conduite des officiers ministériels qui le pratiqueront chaque jour*”⁴ (Loché, T.XXI, p. 5490550).

Da mesma forma, o autor de um dos melhores códigos de processo civil (öZP), Franz Klein, asseverou que a reforma do processo civil somente poderá ser alcançada “*wenn alle Prozessbeteiligten guten Willens sind und wenn unaufhörlich auf diesen guten Willen hingewirkt wird*”⁵.

O Código de Processo Judicial belga (1967) foi elaborado por uma dupla formidável, que consistia em um advogado e um juiz. Assim foi de modo a evitar que o Código transbordasse de matérias teóricas e dogmáticas.

Um similar modelo de dupla garantiu que o chamado *Stuttgarter Modell* resultasse em uma bem sucedida emenda ao Código de Processo Civil alemão (ZPO). Tal modelo foi alcançado graças à colaboração entre Fritz Baur, professor de direito processual civil na Universidade de Tübingen, e Rolf Bender, Presidente do Tribunal de Stuttgart. O produto dessa colaboração tem como exemplar mais próximo o modelo holandês do (*comparitie na antwoord – C&A*).⁶ Logo após os estágios iniciais de disputa entre as partes – mandado de citação e exceção – as mesmas se apresentarão perante o juiz e poderão expor oralmente sua versão dos fatos – e um acordo será alcançado na grande maioria das vezes.

Finalmente, o direito processual passou por um notável processo de internacionalização e harmonização, superando a tendência anterior de estarem os procedimentos judiciais firmemente atrelados a leis e regulamentos internos.

⁴ O sucesso do Código dependerá, em larga medida, tanto das autoridades incumbidas de sua implementação, quanto das ações dos membros ministeriais que o aplicarão cotidianamente”

⁵ “...quando aqueles envolvidos em procedimentos demonstrarem boa vontade e todos trabalharem incansavelmente na direção deste objetivo”

⁶ Modelo no qual as partes devem comparecer pessoalmente depois das primeiras alegações, permitindo diálogo, formulação de perguntas e respostas, etc.



O primeiro indício desse cenário foi um projeto bastante interessante, desenvolvido inteiramente por processualistas latino-americanos em colaboração com outros de origem ibérica – a saber, o *Código tipo-iberoamericano*. Tal Código foi integralmente incorporado pelo direito uruguaio, enquanto partes foram adotadas por alguns países sul-americanos.

Eu próprio comandi, logo em seguida, um grupo de trabalho que formulou, em proveito da Comissão Europeia, um conjunto de regras voltadas a harmonizar as normas de processo judicial no interior da União Europeia. O resultado mais importante de nosso relatório foi, sem dúvida, a aceitação generalizada de que a Europa teria também jurisdição para atuar no campo do direito processual. Nesse sentido, uma série de regulamentos foi expedida pela UE para tratar de pequenas causas, causas sem contestação, etc.

No entanto, sou tomado pelo medo de que os criadores das políticas da UE careçam da visão necessária para a coerente introdução de regras procedimentais (cf. Storme, M., “Harmonisation or globalisation of civil procedure?” in Kramer, X.E., and van Rhee, C.H., *Civil Litigation in a Globalising World* (2012) The Hague, p. 379 et seq.; see also Kramer, X., *Procedural Matters, Construction and Deconstructivism in European Civil Procedure* (2012) Rotterdam).

Finalmente, os “*Princípios Gerais*” foram formulados por um grupo de trabalho liderado por Geoffrey Hazard Jr. A ideia era de que esses princípios deveriam ser observados no caso de procedimentos judiciais transacionais.

(2) Doutrina

Em meu discurso de despedida como professor de Direito Processual, expressei uma admiração quase que subserviente pela literatura jurídica, ao afirmar que “a literatura jurídica é um paraíso acadêmico, no qual se pode gozar da maior liberdade possível para veicular construções novas e originais. Nossos legisladores, de outro lado, são sujeitos a acordos políticos, compromissos e grupos de pressão, ao passo que os tribunais devem chegar a suas decisões dentro dos limites dos fatos e da lei, sendo, ainda, impedidos de proferir decisões que



se pretendam generalizadamente aplicáveis. ” (“Ik die bij de sterren sliep en ‘t haar der ruimten droeg” *Metabetica van her procesrecht*” (1995) Ghent, p. 38. Devo, contudo, apontar que, de acordo com as regras do processo civil russo, a chamada “aplicabilidade geral” (*Allgemeingültigkeit*) constitui uma regra fundamental de direito processual – Z.E.U.P. (2012) p. 7 et seq.).

Tudo isso explica minha postura ambivalente perante a literatura legal. Como o deus Jano, esta pode ser considerada como tendo duas faces – uma fixada no conhecimento e a outra, na prática jurídica.

Acadêmicos que se debruçam apenas sobre a prática jurídica produzirão um tipo de trabalho que não possui nenhum mérito acadêmico. Se, de outro lado, eles se limitarem a teorizar sobre a lei, se apartarão da realidade.

E aqui nasce a questão subjacente à minha contribuição.

Uma vez que a lei equivale a não mais que uma dogmática normativo-positiva, não sendo mais reconhecida como uma ciência que se ocupa da vida cotidiana, vem se tornando um item de luxo, enquanto a prática jurídica é jogada por água abaixo. Mauro Cappelletti já descreveu esse processo com maestria na introdução a seu *Acesso à Justiça*:

“Concluimos, portanto, reconhecendo que há um verdadeiro perigo em concretizar, ou mesmo propor, reformas hipotéticas de acesso à justiça. Nosso sistema judicial foi oportunamente descrito da seguinte forma: Esse “belo” sistema é, com frequência, um luxo; tende a prover uma justiça de qualidade apenas quando, por uma ou outra razão, as partes podem transpor as duras barreiras que ele impõe para a maioria das pessoas e das demandas. A abordagem do acesso à justiça procura combater tais barreiras de forma compreensiva, questionando toda a linha de instituições, procedimentos e pessoas que caracterizam nossos sistemas judiciais. O risco, entretanto, é de que o uso de procedimentos rápidos e pessoal pouco dispendioso dê origem a um produto barato e bruto. Tal risco deve ser permanentemente lembrado.



A edição de reformas elaboradas, conscientes dos riscos envolvidos, bem como dos limites e potencialidades dos procedimentos normais, e advogados normais são o que realmente se entende aqui por abordagem de acesso à justiça. O objetivo não é tornar a justiça mais “pobre”, e sim torna-la mais acessível a todos, inclusive os mais pobres. E, se é verdade que uma efetiva, e não meramente formal, igualdade perante a lei é o ideal básico de nossos tempos, a abordagem de acesso à justiça só pode levar a um resultado judicial de muito maior “beleza” – ou melhor qualidade – do que o que temos agora.

Estamos, portanto, encarando o reflexo de uma dicotomia entre teoria e prática (v. também Van Droogenbroeck, J.P., “Le Conseil supérieur de la Justice et la formation des magistrats” in Storme, M. (ed.) *Le Conseil supérieur de la Justice, une évaluation après quatre ans* (2005) Brugge, p. 79 at 97). Aqui, identificamos uma importante causa para o fenômeno em análise, isto é, que no direito processual há uma relação inata entre teoria e prática.

(3) Os agentes judiciais

(a) Os advogados

Precisamos de um sistema eficiente e estimulante de treinamento legal. O enfoque deve ser mais em treinar advogados do que em ensinar o direito.

Quando lecionava no curso de direito processual na Universidade de Ghent, eu sempre destacava a diferença fundamental entre aqueles conhecidos como os “manipuladores processuais” (*les procéduriers*), que usam os processos judiciais com o intuito de atrasar procedimentos e até de acabar com eles, e os “engenheiros processuais” (*les processualistes*), isto é, aqueles que usam os processos judiciais com o intuito de acelerar o curso do julgamento.

O juiz italiano Oberto, Secretário Geral substituto da Associação Internacional de Juízes, guardou algumas palavras pouco gentis para a categoria anterior, onde escreveu “*Vous ne pouvez même pas vous imaginer quelles ruses cette véritable armée (les avocats) élaborent afin d’arriver à joindre les deux bouts. Les milliers de procédures manifestement mal fondées ... sans*



*que contre ces véritables abus des procédures les juges n'ont n'aient le moindre remède”*⁷ (*Le nouveau pouvoir judiciaire*, No. 387, December 2009, 39).

Poderia ser assim por haver um número excessivo de advogados – já que há uma relação direta entre o número de advogados e o número de procedimentos nos tribunais? Parece haver, em uma medida muito maior, uma «fome por julgamentos» em áreas onde essa profissão legal está saturada. Se observarmos as estatísticas mais recentes disponíveis para a Europa, (*CEPEJ*, Report 2010, data 2008, ch. 12, p. 236 et seq.), fica claro que os melhores desempenhos nesse âmbito se encontram no sul da Europa. Na Grécia, há 350 advogados para cada 100.00 habitantes, 332 na Itália, 266 na Espanha e 260 em Portugal, enquanto a média é de 120!

(b) Os juízes

Apesar da tarefa primordial dos juízes ser a garantir que as suas decisões sejam uma expressão da justiça, há certos membros do Judiciário que preferem escrever suas decisões na forma de uma redação escolar.

Outros comungam da opinião de que devem desempenhar seus papéis moldando a sociedade. “*Le phénomène Magnaud*” – referência ao juiz francês que deu total liberdade à sua imaginação jurídica de modo a favorecer a parte mais fraca – pode ainda encontrar representantes no judiciário de hoje em dia.

Outros, ainda, abusam do formalismo dos procedimentos judiciais de modo a prolongar os processos através de expedientes como a obtenção de um novo julgamento.

Todavia, há outros fatores que explicam por que alguns procedimentos legais se arrastam por períodos tão longos.

⁷ “Vocês não podem sequer imaginar os ardilosos estrategemas armados por este autêntico exército (de advogados) visando a realizar seus objetivos. Há milhares de procedimentos claramente mal-fundamentados (...) e não há absolutamente nada que os tribunais possam fazer com relação a esses procedimentos abusivos, porque é isso o que eles são”.



A forma pela qual os fatos que dão origem à disputa são apresentados ao tribunal pelas partes e seus advogados pode, em alguns casos, ser incompleta e inadequada.

Há, também, tribunais em que não há nenhum tipo de conciliação e sua organização vai se tornando deficiente, o que não contribui para a realização dos procedimentos no tempo adequado.

(c) Relações entre advogados e juízes

Há muitos países onde esses dois grupos de agentes, ainda que sejam eles dependentes uns dos outros, se tornaram completamente alheios entre si. Esse parece ser o caso especialmente na Itália, apesar de haver outros países, como a França e a Alemanha, nos quais magistrados e advogados habitam dois mundos diversos.

No entanto, ambos estão envolvidos de forma associada no mesmo projeto – o de resolver disputas entre seres humanos, da forma mais breve e justa possível.

Não deve haver divergência entre o dever de defender e o dever de julgar.

(d) As partes

Raras são as ocasiões, se é que elas de fato existem, em que é dada atenção às partes propriamente ditas, que são, enfim, os principais agentes dos procedimentos nos tribunais⁸.

São elas que decidem procurar remédio na lei; são elas que alegam (ou faltam com alegações) os fatos do caso e fornecem os documentos necessários; são capazes de por fim a procedimentos judiciais; interpor recursos, etc.

⁸ A “Dispositionsmaxime” também foi introduzida no direito processual da Federação Russa durante a década de 90 (Kurzynsky-Singer, E., and Pankevich, N., *Freiheitliche Dispositionsmaxime und sowjetischer Paternalismus im russischen Zivilprozessrecht: Wechselwirkung verschiedener bestandteile einer Transformationsordnung* (2012) Z.Eu.P 7 et seq).



Pela minha própria experiência, mas também através da análise de casos reais, sei que grande parte dos retardamentos em procedimentos judiciais são causados pelas próprias partes. O objetivo deve ser criar “*homines novi processuales*” (ver abaixo).

Encontrando uma estratégia adequada

Tendo examinado as causas da diferença de qualidade entre literatura e prática jurídicas, faz-se necessário buscar maneiras de preencher tal lacuna.

Minha primeira ideia foi procurar uma estratégia que pudesse ser usada pelos atores judiciais de modo a melhorar a qualidade da prática jurídica.

Procedendo dessa forma, me debrucei sobre dois autores – um deles, um general prussiano, Carl von Clausewitz, e outro, um advogado francês, Jacques Vergès.

A. Carl von Clausewitz

*“Da mesma forma que algumas plantas carregam os frutos de modo a impedir que eles caiam muito longe de si, nos ofícios práticos, as folhas e flores teóricas não devem ser abandonadas para brotar muito longe, e sim próximas à experiência, essa sim seu solo adequado” (Von Clausewitz, C., *On War* (1976) Princeton University Press, p. 61).*

Durante minhas aulas de processo civil, eu costumava aconselhar meus alunos no sentido de que seria muito mais proveitoso folhear o livro “*Vom Kriege*” (1832-1834), do general e teórico militar prussiano Carl von Clausewitz do que ler o Código Judicial⁹.

De fato, algumas passagens dessa obra, como as seguintes, podem ser lidas como um manual de procedimentos judiciais:

⁹ V. também Aron, R., *Penser la guerre*, Clausewitz (1976) Paris; Strachan, H., *Carl von Clausewitz, On war, a biography* (2007).



“Onde houver espaço o bastante para a liberdade de ação, mas os recursos disponíveis forem escassos demais para permitir uma investida militar, pode-se aplicar a estratégia de conflito de longo prazo, de modo a alcançar o desgaste ou a exaustão moral do oponente”

“Onde houver poderosos recursos disponíveis, e o objetivo for mais modesto, a mera ameaça de exploração desses recursos pode persuadir um oponente a aceitar as condições que a ele tenta-se impor, e, às vezes, convencê-lo mais facilmente a renunciar às pretensões de mudança do status quo”

Por outro lado, há também uma passagem que indica que vencer uma ação judicial não é, invariavelmente, a solução desejada: *“O objetivo final da guerra é a paz, e não a vitória, uma vez que a paz é a ideia central na política, e a vitória é, em verdade, apenas um meio para atingir tal objetivo”*.

As passagens acima não devem ser tomadas de surpresa quando se lê que Clausewitz usa a lei como metáfora para a guerra. A lei como aplicada pelos advogados nos procedimentos judiciais não é apenas produto das atividades recíprocas entre as partes, como é no caso da guerra, mas também um conjunto de regras gerais, que, na prática, estão constantemente sujeitas à mudança.

Em *Vom Kriege*, o autor busca construir uma ponte entre teoria e prática.

No fim das contas, contudo, ele expressou de fato suas objeções aos teóricos militares que alçavam as regras ao status de dogma: *“Eles aspiram a alcançar valores estáveis, mas na guerra tudo é incerto e é necessário fazer cálculos usando fatores variáveis”* (Strachan, H., *Vom Kriege van Clausewitz, een biografie* (2009) Amsterdam, p. 78).

B. Jacques Vergès

O célebre advogado criminal francês, fez, em uma ocasião, uma distinção entre *“la stratégie de la connivence”* (estratégia de cooperação) e *“la stratégie de la rupture”* (estratégia de confronto).



A primeira dessas estratégias envolve advogados e juízes tratando uns aos outros de forma cortês e com um senso de companheirismo profissional entre profissionais; têm, da mesma maneira, o máximo de comprometimento entre si, pedindo e aceitando facilmente prorrogações de prazos e solicitações similares.

Perante os juízes, os advogados agem mais respeitosamente. Evitam reclamações sobre adiamentos – às vezes, por vários meses – e demonstram paciência no caso de demora por parte tribunais para proferir suas decisões.

A estratégia de confronto, por outro lado, insiste na execução estrita dos prazos e das formalidades legais, através de objeções a todos os adiamentos, jamais tolerando quaisquer exceções aos procedimentos anteriormente estabelecidos, requerendo a intervenção do presidente do tribunal a cada oportunidade, etc.

Tal estratégia envolve, também, atitudes ríspidas perante o juiz, criticando cada ação sua, requerendo que o escrivão registre cada procedimento executado de forma diversa da estabelecida, reclamando às autoridades dos tribunais a cada erro, etc.

Eu, pessoalmente, acredito que haja uma terceira via, chamada *“la strategie du respect”* (estratégia do respeito). Tal estratégia envolve o respeito ao oponente, esperando o mesmo dele; respeito aos juízes, também esperando deles o mesmo comportamento, respeitando as normas de direito processual civil, o que significa observar as formalidades, ao mesmo tempo em que se respeita as razões por trás de tais normas – o que, por sua vez, significa evitar um possível abuso das formalidades, etc.

É possível extrair uma série de abordagens a partir das estratégias de Jacques Vergè. Contudo, para minimizar realmente o hiato entre teoria e prática, seria mais eficaz esboçar uma lista de soluções mais precisas.



Dez soluções para preencher a lacuna

1. Com uma série de exceções (principalmente os BRIC), o mundo inteiro tem lidado com certa austeridade financeira e outras restrições (Marcus, R., *Procedure time of austerity Report Heidelberg* (2001)).

Isso, naturalmente, afeta os orçamentos do judiciário. Às autoridades cabe assegurar um orçamento consistente, uma vez que decisões adequadas por parte dos tribunais são um traço importante de uma sociedade democrática. Nos casos em que o Estado deixa de prover garantias suficientes para a realização dessa função, o cidadão que busca justiça deverá contribuir financeiramente por si só, o que torna automaticamente o acesso à justiça algo extremamente difícil de se alcançar.

Mas isso não é tudo. Se a ordem constitucional é ameaçada porque o Estado de Direito deixa de ser respeitado, a sociedade se torna cada vez mais conflituosa e os tribunais, cada vez mais sobrecarregados. A conclusão é clara: a estrita observância das regras básicas do Estado democrático de direito traz um enorme benefício para o orçamento do poder judiciário.

2. A segunda solução está intimamente relacionada à primeira – os cidadãos precisam ser melhor treinados na resolução de seus próprios problemas, sejam eles legais ou não. Há tantos casos em que isso deveria poder ser alcançado – disputas entre vizinhos, relações trabalhistas, disputas familiares...

3. A formação jurídica não deve focar tanto no ensino do direito, e sim em formar advogados, que devem se tornar “agentes de uma mudança pacífica” (Gilles, P., *Theorie und Praxis im Zivilprozessrecht*, München).

A lei é o melhor instrumento disponível para reformar a sociedade de forma pacífica. Os advogados têm, portanto, o dever de fazer o melhor uso possível desse instrumento.



Isso envolve redigir contratos claros e sem ambiguidades, colocar em prática a conciliação entre as partes envolvidas na disputa, tornar o jargão jurídico mais acessível, etc.

Deve-se prestar especial atenção à formação dos juízes. Um judiciário poderoso, criativo e independente é a melhor forma de garantir a aplicação adequada dos procedimentos legais.

4. Deve haver verdadeira sinergia entre todos aqueles envolvidos nos procedimentos legais – especialmente advogados e juízes. Para tais atores do processo, os dizeres proféticos de Leo Rosenberg, datados de 1956, são ainda aplicáveis: *“So liegt das Wesen des modernen Zivilprozesses in einer Arbeitsgemeinschaft von Richtern und Parteien, die dafür zu sorgen haben, dass dem Richter die sichere Finding der Wahrheit ermöglicht und in einem lebendigen Verfahren der Rechtsfriede unter den streitenden Parteien wieder hergestellt und damit der Frieden der Allgemeinheit gesichert werde”*¹⁰ (Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts (1956) München-Berlin I p. 6). Nesta seara, deve-se lembrar que, com as reformas de Lord Woolfe, o código inglês de processo civil se tornou “menos polarizado e mais cooperativo.”

5. Tudo isso deve ser levado a cabo em consonância com a lei, e isso deve ser continuamente monitorado.

O papel dos monitores, que estiveram desempregados por bastante tempo, é, portanto, de suma importância.

As bancadas das Ordens de Advogados, bem como os presidentes de cada tribunal, devem, em seus papéis de “cão de guarda”, garantir que “seus” advogados e “seus” juízes comportem-se adequadamente.

¹⁰ “A essência dos procedimentos jurisdicionais contemporâneos é, portanto, uma parceria entre o juiz e as partes, encarregadas de garantir que o juízo possa esclarecer, de forma segura, a verdade e que, através de procedimentos mais ativos, as partes envolvidas nas disputas possam restabelecer relações normais entre si, atingindo assim, um objetivo positivo para a sociedade.”



Isto se torna ainda mais urgente quando os juízes, graças ao seu *status* de independência, não podem operar de forma hierárquica, devendo, portanto, motivar-se reciprocamente.

6. Os princípios fundamentais do procedimento em tribunal devem, também, ser revistos.

Em diversas ocasiões, no passado, eu defendi a tese da inversão do ônus da prova – apenas em procedimentos cíveis, naturalmente. Apesar de o ônus dever recair sobre a parte que ignorou a norma legal, que não adimpliu suas obrigações contratuais ou aquela que causou perdas, por mais de vinte séculos, agimos de acordo com o brocardo “*actori incumbit probatio*”, e as queixas quanto à lentidão dos procedimentos judiciais continuam inabaláveis (Storme, M., “Fundamentele beginselen van procesrecht en hun nut voor de harmonisering in Europa” in Van Rhee, R., Stevens, F. and Persoons, E., *Voortschrijdend procesrecht* (2001) Leuven p, 207 et seq.).

7. Para Von Clausewitz, a guerra era “*um mero camaleão, uma vez que muda sua natureza em certa medida de acordo com cada caso concreto*”. Daí a noção de que, da mesma forma que todas as guerras são diferentes entre si, cada ação judicial é diferente, e, por tanto, deve ser conduzida *ad hoc*. Alguns litígios requerem mais espaço; outros acabam sendo favorecidos com oportunidades demais para prolongar o procedimento. Não poderíamos, então, personalizar cada ação judicial?

Procedimentos arbitrais poderiam funcionar como fonte de inspiração para tal – nesse caso, as partes e os árbitros determinam conjuntamente os procedimentos de arbitragem desde o princípio.



Uma abordagem fundamentalmente nova consistiria em delinear os contornos do litígio civil antes mesmo que ele possa chegar até o juízo (diligência pré-julgamento, comparável à diligência pré-contratual). Caberia, então, ao tribunal, chegar a uma conclusão satisfatória para o litígio, de acordo com a natureza e as proporções da disputa, observando, ao longo do procedimento, as regras para um julgamento leal. Para uma aplicação interessante desta abordagem, remeto a um artigo recente de Richard Marcus: “Reviving judicial gatekeeping of aggregation scrutinising the merits of class certification” *The George Washington Law Review* (2011) Vol. 79, no. 2, p. 324 et seq.).

8. Alguns anos atrás, a Corte Europeia de Direitos Humanos concluiu, corretamente, que o direito à apelação não é um princípio geral de direito.

Que explicação razoável pode haver para que o mesmo litígio, envolvendo as mesmas partes, baseado nos mesmos fatos e apresentando os mesmos fundamentos – na maioria dos casos, envolvendo os mesmos advogados – apareça como branco em primeira instância e como preto na apelação?

Em todo o mundo, procedimentos técnicos estão sendo analisados de modo a reparar esse prejuízo. Devemos permanecer nesse caminho e diminuir drasticamente o uso de procedimentos apelatórios.

9. Em muitos países, é difundido que a imagem negativa atribuída aos procedimentos judiciais pode, em parte, ser creditada à mídia.

Obviamente, não se pode considerar qualquer forma de restrição à cobertura midiática dos procedimentos judiciais.

No entanto, vale atentar para o princípio anglo-saxão do “*sub judice*”: “Todos devem evitar expressar publicamente seus julgamentos sobre casos judicialmente pendentes, em



relação aos quais o juízo ainda não proferiu sua decisão final” (Storme, M., “Over de noodzakelijke terughoudendheid der media in gerechtszaken. Sub judice principle revisited” in *Liber Amicorum Jozef van den Heuvel*).

Tal princípio impede que os indivíduos ajam como juízes em conjunto, especialmente em casos encaminhados ao tribunal do júri. Isso garante a imparcialidade do julgamento, assegurando, portanto, a qualidade do processo decisório judicial. Essa imparcialidade é ameaçada pela mídia que invade as sessões de julgamento como bárbaros – expressão utilizada por Alessandro Baricco Baricco (*I barbari Saggio sulla mutazione* (2006)).

10. Por último, mas não menos importante, há um papel a ser desempenhado por nossa Associação Internacional nessa seara.

Nos anos 1980, o biólogo inglês Rupert Sheldrake desenvolveu a teoria da ressonância mórfica (*Morphic fields and morphic resonance, An introduction* (2005)).

De acordo com o fenômeno da ressonância mórfica, se algo acontece em algum lugar do cosmos, são grandes as chances de que o mesmo fenômeno se repita em algum outro local.

O exemplo mais evidente é o das palavras cruzadas. Uma vez que a maioria das pessoas faz palavras-cruzadas à noite, são grandes as chances de que elas atinjam melhores resultados do que se o fizessem de manhã, quando poucas pessoas se dedicam a tal atividade.

A aplicação da teoria da ressonância mórfica às regras do processo civil gera resultados que, a meu ver, são impressionantes.

Em 1973, o projeto do Acesso à Justiça, comandado por Mauro Cappelletti na Universidade de Florença, deu início aos trabalhos. Em sua introdução, o autor justificou o projeto da seguinte maneira: “Até o momento, praticamente não houve pesquisas comparativas nessa área. Desde o começo, o projeto se preocupou não apenas em examinar os problemas teóricos relativos ao “acesso à justiça”; o método sempre foi procurar “soluções promissoras”, que pudessem fornecer um lastro concreto para o tema que vem sendo discutido, e contribuir para futuros esforços de mudança. Sem subestimar o trabalho, presume-se que o



estudo comparativo de diversas “soluções” possa revelar as características básicas necessárias a mudanças efetivas. (Acess-to-justice (6 parts) (1978) Milano, Part I, p. IX).

Em 1978 veio a publicação de toda a leva de estudos comparativos sobre o acesso à justiça, na acepção mais ampla do termo. Em 1980, todo o trabalho culminou em um simpósio, em Florença, pretendido como uma avaliação e sistematização da pesquisa realizada.

Pela primeira vez, uma pesquisa de abrangência mundial foi conduzida com o objetivo de encontrar maneiras de melhorar as normas processuais nacionais através de uma análise comparativa. E assim criou-se o fenômeno batizado de “direito processual comparado aplicado”.

Foi nesse período também que o direito processual começou a se tornar tópico de interesse em todo o mundo (Van Caenegem, R.C., *History of the European Civil Procedure, International Encyclopedia of Comparative Law* (1973) New York).

Em 1977, aconteceu o primeiro Congresso Mundial da Associação Internacional de Direito Processual, em Ghent.

Começaram a surgir projetos de novos Códigos, e a busca passou a ser de “melhores práticas”, e a campanha promovida por Alessandro Pessoa Vaz por mais procedimentos orais no lugar dos escritos, inspirou nosso simpósio intitulado “Mais vozes, menos papel”, em Valencia. Além disso, a tendência de um papel mais ativo do juiz nos procedimentos judiciais empreendeu um movimento irrefreável desde nossa conferência em Coimbra.

Minhas conclusões são claras. Graças à ressonância mórfica, as atividades de nossa Associação ajudaram, mundo afora, a garantir que a prática processual também ambicione atingir o nível de excelência alcançado pela literatura processual.



Anerkennungs- und Vollstreckbarkeitshindernisse im autonomen deutschen Zivilverfahrensrecht de lege lata und de lege ferenda

(Obstacles to Recognition and Enforcement in German Autonomous Civil Procedure Law de lege lata and de lege ferenda)

Michael Sonntag

Privatdozent at the University of Frankfurt am Main, Germany

Abstract: In German autonomous Civil Procedure Law still exist obstacles to recognition and enforcement of foreign judgement like the requirement of the reciprocity, the priority of domestic judgement and the jurisdiction of the foreign state according to domestic rules (“mirrow principle”). The article demonstrates the necessity of the abolition of these obstacles to recognition and enforcement.

Keywords: Obstacles to recognition and enforcement. International Civil Procedure Law. German Law.

Gliederung: I. Einführung; II. Spiegelbildprinzip (Zuständigkeits- und Anerkennungsparallelität); 1. Rechtslage de lege lata; 2. Alternativen zum Spiegelbildprinzip; 3. Ablehnung des Spiegelbildprinzips; 4. Ablehnung der Einführung des Anerkennungs- und Vollstreckbarkeitshindernisses einer ausschließlichen inländischen Zuständigkeit; 5. Anwendung des Ordre-public-Vorbehalts auf die Entscheidungszuständigkeit; III. Vorrang deutscher bzw. inländischer Entscheidungen; 1. Rechtslage de lege lata; 2. Strikte Geltung des Prioritätsprinzips auch für deutsche bzw. inländische Entscheidungen; IV. Verbürgung der Gegenseitigkeit; 1. Rechtslage de lege lata; 2. Ablehnung der Verbürgung der Gegenseitigkeit; V. Ergebnis

I. Einführung

Die deutsche Zivilprozessordnung (ZPO) sowie das Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG)¹, das in

¹ BGBl. I vom 22.12.2008, S. 2586 ff.



Deutschland am 1.9.2009 in Kraft getreten ist², enthalten Vorschriften über die Anerkennung³ und die Vollstreckbarkeit⁴ ausländischer Entscheidungen. Diesen Regelungen kommt trotz der zunehmenden Europäisierung und Internationalisierung des Zivilverfahrensrechts nach wie vor enorme Bedeutung zu. Denn sie sind für die Beurteilung der Frage maßgebend, ob die Entscheidung eines ausländischen Staates in Deutschland anzuerkennen und zu vollstrecken ist, sofern weder Regelungen der Europäischen Union noch solche in völkerrechtlichen Vereinbarungen anwendbar sind. Somit gelten die Vorschriften der ZPO bzw. des FamFG über die Anerkennung und Vollstreckung einer ausländischen Entscheidung – vorbehaltlich etwaiger vorrangiger staatsvertraglicher Regelungen – für alle Entscheidungen aus Nicht-EU-Mitgliedstaaten, die in den Anwendungsbereich der ZPO bzw. des FamFG fallen, sowie für diejenigen Entscheidungen aus anderen EU-Mitgliedstaaten, die weder von dem Anwendungsbereich einer EU-Verordnung noch einer völkerrechtlichen Vereinbarung erfasst werden. Des Weiteren ist der Rückgriff auf die Regelungen der ZPO bzw. des FamFG möglich, wenn er durch staatsvertragliche Regelungen nicht ausgeschlossen wird⁵. Denn im Verhältnis zwischen diesen Regelungen und dem autonomen deutschen Recht gilt das so genannte Günstigkeitsprinzip⁶. Demgegenüber richtet sich die Anerkennung im Anwendungsbereich der europäischen Verordnungen ausschließlich nach europäischem Recht⁷.

§ 328 ZPO sowie § 109 FamFG regeln, unter welchen Voraussetzungen die Anerkennung einer ausländischen Entscheidung ausgeschlossen ist. Gemäß § 328 Abs. 1 Nr. 1 ZPO bzw. § 109 Abs. 1 Nr. 1 FamFG ist dies der Fall, wenn die Gerichte des anderen Staates nach deutschem Recht nicht zuständig sind (Nr. 1)⁸. Dasselbe gilt, wenn dem Beklagten bzw. einem Beteiligten, der sich zur Hauptsache nicht geäußert hat und sich hierauf beruft, das verfahrenseinleitende

² Vgl. Art. 112 Abs. 1 des Gesetzes zur Reform des Verfahrens in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FGG-Reformgesetz – FGG-RG).

³ Vgl. § 328 ZPO bzw. §§ 107–109 FamFG.

⁴ Vgl. §§ 722–723 ZPO bzw. § 110 FamFG.

⁵ Vgl. auch *Gottwald* in Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 1 (§§ 1–354), 4. Aufl. 2013, § 328 ZPO Rn. 19.

⁶ Vgl. *Gottwald* in Münchener Kommentar (oben Fn. 5), § 328 ZPO Rn. 19.

⁷ Vgl. *Gottwald* in Münchener Kommentar (oben Fn. 5), § 328 ZPO Rn. 19 m. w. N.; *Kropholler/von Hein*, Europäisches Zivilprozessrecht, 9. Aufl. 2011, Art. 32 EuGVO Rn. 6; *Völmann-Stickelbrock* in Prütting/Gehrlein, ZPO, 4. Aufl. 2012, § 328 ZPO Rn. 5.

⁸ Siehe hierzu unten unter II.



Dokument nicht ordnungsgemäß oder nicht so rechtzeitig mitgeteilt worden ist, dass er seine Rechte wahrnehmen konnte (§ 328 Abs. 1 Nr. 2 ZPO bzw. § 109 Abs. 1 Nr. 2 FamFG). Ferner ist die Anerkennung ausgeschlossen, wenn die Entscheidung mit einer hier erlassenen oder anzuerkennenden früheren ausländischen Entscheidung oder wenn das ihr zugrunde liegende Verfahren mit einem früher hier rechtshängig gewordenen Verfahren unvereinbar ist (§ 328 Abs. 1 Nr. 3 ZPO bzw. § 109 Abs. 1 Nr. 3 FamFG)⁹. Schließlich ist die Anerkennung einer Entscheidung auch dann ausgeschlossen, wenn sie zu einem Ergebnis führt, das mit wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts offensichtlich unvereinbar ist, insbesondere wenn die Anerkennung mit den Grundrechten unvereinbar ist (§ 328 Abs. 1 Nr. 4 ZPO bzw. § 109 Abs. 1 Nr. 4 FamFG). Die Anerkennung einer ausländischen Entscheidung ist gemäß § 328 Abs. 1 Nr. 5 ZPO ferner dann ausgeschlossen, wenn die Gegenseitigkeit nicht verbürgt ist¹⁰. Gemäß § 109 Abs. 4 FamFG ist dies der Fall, sofern die Entscheidung entweder Familienstreitsachen¹¹, die Verpflichtung zur Fürsorge und Unterstützung in der partnerschaftlichen Lebensgemeinschaft¹², die Regelung der Rechtsverhältnisse an der gemeinsamen Wohnung und am Hausrat der Lebenspartner¹³ oder bestimmte Entscheidungen aus dem Bereich des Güterrechts der Lebenspartner¹⁴ betrifft. Gemäß § 723 Abs. 2 Satz 2 ZPO bzw. § 110 Abs. 1 FamFG ist eine ausländische Entscheidung nicht vollstreckbar, wenn sie nicht anzuerkennen ist. Die Anerkennungshindernisse sind somit zugleich Vollstreckbarkeitshindernisse.

Während die Anerkennungs- und Vollstreckungshindernisse der §§ 328 Abs. 1 Nr. 2 ZPO, 109 Abs. 1 Nr. 2 FamFG (nicht ordnungsgemäße oder nicht rechtzeitige Zustellung des verfahrenseinleitenden Schriftstücks) und der §§ 328 Abs. 1 Nr. 4 ZPO, 109 Abs. 1 Nr. 4 FamFG

⁹ Siehe hierzu unten unter III.

¹⁰ Siehe hierzu unten unter IV.

¹¹ Vgl. § 109 Abs. 4 Nr. 1 FamFG. – Vgl. hinsichtlich der Familienstreitsachen die Legaldefinition in § 112 FamFG.

¹² Vgl. § 109 Abs. 4 Nr. 2 FamFG.

¹³ Vgl. § 109 Abs. 4 Nr. 3 FamFG.

¹⁴ Es handelt sich gemäß § 109 Abs. 4 Nr. 4 bzw. Nr. 5 FamFG um Entscheidungen nach § 6 Satz 2 bzw. § 7 Satz 2 des Lebenspartnerschaftsgesetzes in Verbindung mit den §§ 1382, 1383 BGB bzw. den §§ 1426, 1430, 1452 BGB.



(Verstoß gegen den Ordre public¹⁵) keinen Bedenken begegnen, sondern zu begrüßen sind, bestehen gegen die übrigen Anerkennungs- und Vollstreckungshindernisse der §§ 328 ZPO, 109 FamFG erhebliche Bedenken.

II. Spiegelbildprinzip (Zuständigkeits- und Anerkennungsparallelität)

1. Rechtslage de lege lata

Gemäß § 328 Abs. 1 Nr. 1 ZPO bzw. § 109 Abs. 1 Nr. 1 FamFG ist die Anerkennung einer ausländischen Entscheidung – ebenso wie bereits nach § 16 a Nr. 1 FGG – ausgeschlossen¹⁶, wenn die Gerichte des Staates, dem das ausländische Gericht angehört, nach den deutschen Gesetzen nicht zuständig sind (sog. Spiegelbildprinzip¹⁷). Die ZPO sowie das FamFG halten somit nach wie vor am Spiegelbildprinzip fest.

Begründet wird das Spiegelbildprinzip mit dem Schutz des Beklagten bzw. Antragsgegners vor einer ihm unzumutbaren Gerichtsbarkeit¹⁸. Ferner werden der Vertrauensschutz bzw. die Vorhersehbarkeit für den Antragsgegner angeführt¹⁹: Wer in Deutschland im spiegelbildlichen Fall nicht verklagt werden könnte, soll in Deutschland auch nicht die Anerkennung oder Vollstreckung einer Entscheidung befürchten müssen²⁰. Die

¹⁵ Sehr ausführlich zum anerkennungsrechtlichen Ordre public *Völker*, Zur Dogmatik des ordre public, 1998, S. 29 ff.

¹⁶ Beachte aber die Ausnahmen in § 109 Abs. 2 FamFG für Ehesachen und in § 109 Abs. 3 FamFG für Lebenspartnerschaftssachen.

¹⁷ Siehe zum Spiegelbildprinzip ausführlich *Schindler*, Durchbrechungen des Spiegelbildprinzips bei der Anerkennung ausländischer Entscheidungen, 2004.

¹⁸ *Geimer* in Festschrift für Murad Ferid zum 80. Geburtstag am 11. April 1988, 1988, S. 89, 102; *Jansen/Wick*, FGG, 3. Aufl. 2006, § 16a FGG Rn. 42; *Keidel/Zimmermann*, FamFG, 17. Aufl. 2011, § 109 ZPO Rn. 3; *Kern*, ZJP 120 (2007), S. 31, 49; *Schütze* in *Wieczorek/Schütze*, Zivilprozessordnung und Nebengesetze, Zweiter Band (§§ 128–541), 3. Teilband, 1. Teil (§§ 300–354), 3. Aufl. 2007, § 328 ZPO Rn. 22; *Zöller/Geimer*, Zivilprozessordnung, 29. Aufl. 2012, § 328 ZPO Rn. 138 m. w. N.; vgl. auch *Hohloch* in *Horndasch/Viefhues*, FamFG – Kommentar zum Familienverfahrensrecht, 2. Aufl. 2011, § 109 FamFG Rn. 11; *Rauscher* in *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Band 4 (FamFG), 3. Aufl. 2010, § 109 FamFG Rn. 11.

¹⁹ *Kern*, ZJP 120 (2007), S. 31, 50.

²⁰ *Kern*, ZJP 120 (2007), S. 31, 50 m. w. N.; *Schack*, Internationales Zivilverfahrensrecht, 5. Aufl. 2010, Rn. 920. Vgl. auch BGH, 26.3.1969, BGHZ 52, 30, 38.



Prüfung der Anerkennungszuständigkeit diene ferner als Maßstab für die Beurteilung, ob im Entscheidungsstaat ein faires Verfahren stattgefunden habe²¹. Letztlich müsse sich der Anerkennungsrichter aufgrund des Spiegelbildprinzips nicht mit ausländischem Internationalem Zuständigkeitsrecht beschäftigen, sondern nur mit dem deutschen²².

2. Alternativen zum Spiegelbildprinzip

Andere Rechtsordnungen, wie zum Beispiel das portugiesische²³ und das Schweizer Recht²⁴, verzichten bewusst auf eine Zuständigkeits- und Anerkennungsparallelität. Gleiches gilt im französischen Recht, das über keine geschriebene Regel über die Anerkennungszuständigkeit verfügt. Die französische Cour de cassation wendet eine Generalklausel an, nach der die Anerkennungszuständigkeit gegeben ist, wenn eine hinreichende Beziehung zum Gerichtsstaat besteht²⁵. Die Entscheidungszuständigkeit darf weder willkürlich noch gekünstelt, noch betrügerisch sein²⁶.

²¹ Kern, Z郑 120 (2007), S. 31, 50 f.

²² Kern, Z郑 120 (2007), S. 31, 51.

²³ In Portugal wurde das Spiegelbildprinzip im Jahre 1996 aufgegeben (vgl. hierzu *Jayme*, IPRax 1998, 309; *ders.* in Festschrift für Ulrich Drobzig zum siebzigsten Geburtstag, 1998, S. 289, 296; *Teixeira de Sousa*, IPRax 1997, 352, 357, spricht von einer im Vergleich zu § 328 Abs. 1 Nr. 1 ZPO mäßigeren spiegelbildlichen Anwendung der inländischen Zuständigkeitsnormen). Gemäß Art. 1096 lit. c Código de Processo Civil (novelliert durch das Dekret-Gesetz Nr. 329-A/95 vom 12.12.1995) werden ausländische Entscheidungen in Portugal nicht anerkannt, wenn eine ausschließliche Zuständigkeit der portugiesischen Gerichte besteht oder wenn die Zuständigkeit des ausländischen Gerichts auf einer Gesetzesumgehung beruht (vgl. *Jayme*, IPRax 1998, 309; *Teixeira de Sousa*, IPRax 1997, 352, 357). Ausführlich zur Rechtslage in Portugal *Schindler* (oben Fn. 17), S. 31–90.

²⁴ Vgl. zum Verzicht auf die Zuständigkeits- und Anerkennungsparallelität im Schweizer Recht *Vischer* in *Conflicts et harmonisation, Kollision und Vereinheitlichung, Conflicts and Harmonization. Mélanges en l'honneur d'Alfred E. von Overbeck à l'occasion des son 65ième anniversaire*, 1990, S. 349, 372 ff.

²⁵ Vgl. Cass. civ., 6.2.1985, Rev. crit. dr. internat. privé 1985, 369 ff. (Fall „Simitch“). Vgl. zu dieser Entscheidung auch *Fricke*, IPRax 1989, 202, 204 ff.; *ders.*, Anerkennungsparallelität zwischen Spiegelbildgrundsatz und Generalklausel, 1990, S. 53 ff.; *Gottwald*, Z郑 103 (1990), S. 257, 273; *Vischer* (oben Fn. 24), S. 349, 375 f.

²⁶ Vgl. Cass. civ., 6.2.1985, Rev. crit. dr. internat. privé 1985, 369, 372: „le tribunal étranger doit être reconnu compétent dès lors que le litige se rattache d'une manière suffisante au pays dont le juge a été saisi, c'est à dire lorsque le choix de la juridiction n'a été ni arbitraire, ni artificiel, ni frauduleux“; vgl. auch *Fricke*, IPRax 1989, 202, 205, der darauf hinweist, dass die Formel der Cour de cassation „denkbar schwammig“ sei und der Präzisierung bedürfe, wenn sie einigermaßen praktikabel sein solle. *Vischer* (oben Fn. 24), S. 349, 376, ist der Ansicht, dass es durch den dem Richter eingeräumten Ermessensspielraum des Elements der Rechtssicherheit ermangele. Die französische Lösung habe aber den Vorteil, dass der Situation im Einzelfall Rechnung getragen werden könne.



In der Literatur wird als Alternative zum Spiegelbildprinzip vorgeschlagen²⁷, ausländische Entscheidungszuständigkeiten mit zwei Vorbehalten, nämlich gegenüber exorbitanten und ausschließlichen vertraglichen oder gesetzlichen inländischen Zuständigkeiten, anzuerkennen. Denkbar wäre es aber auch, die Anerkennung von Entscheidungen, die aufgrund exzessiver Gerichtsstände ergangen sind, durch den Ordre-public-Vorbehalt zu verhindern²⁸.

3. Ablehnung des Spiegelbildprinzips

Das Spiegelbildprinzip ist abzulehnen²⁹. Denn es kann dazu führen³⁰, dass eine ausländische Entscheidung nur deshalb in Deutschland nicht anerkannt und vollstreckt wird³¹, weil das ausländische Zuständigkeitssystem auf einem anderen System als das deutsche beruht³², aber dennoch ein in sich geschlossenes System darstellt³³, oder weil das ausländische

Außerdem könne sie die Vorstufe einer gesetzlichen Regelung sein, welche die durch die Praxis konkretisierten Gesichtspunkte verankere. Vgl. auch *Gottwald*, Z郑 103 (1990), S. 257, 273.

²⁷ *Gottwald*, Z郑 103 (1990), S. 257, 275 f.

²⁸ Vgl. hierzu die Überlegungen von *Gottwald*, Z郑 95 (1982), S. 3, 11; vgl. auch *ders.*, Z郑 103 (1990), S. 257, 276, allerdings mit der Empfehlung eines separaten Vorbehalts ausreichender Beziehung zum Entscheidungsstaat.

²⁹ Vgl. zum Ganzen auch *Sonnentag*, *Der Renvoi im Internationalen Privatrecht*, 2001, S. 277–280; vgl. ferner *Sonnentag/Wandt*, *RabelsZ* 67 (2003), S. 362, 367 f.

³⁰ Kritisch zum Spiegelbildprinzip äußern sich – bezogen auf § 328 Abs. 1 Nr. 1 ZPO – *Basedow*, *StAZ* 1983, 233, 238; *ders.*, *IPRax* 1994, 183, 184 ff.; *Gottwald*, Z郑 103 (1990), S. 257, 271 ff.; *ders.*, Z郑 95 (1982), S. 3, 10 f.; vgl. auch *ders.* in *Münchener Kommentar* (oben Fn. 5), § 328 ZPO Rn. 82; *Jayme* in *Le droit international à l'heure de sa codification. Études en l'honneur de Roberto Ago*, Vol. IV, 1987, S. 139 ff.; *Kropholler*, *Internationales Privatrecht*, 6. Aufl. 2006, § 60 IV 5 c; *Sonnentag*, *Renvoi* (oben Fn. 29), S. 277 ff.; *Sonnentag/Wandt*, *RabelsZ* 67 (2003), S. 362, 367 f. – Ein beträchtlicher Teil der Lehre verteidigt das Spiegelbildprinzip; so z. B. *Fricke*, *Anerkennungszuständigkeit* (oben Fn. 25), S. 117; *Schack* (oben Fn. 20), Rn. 924; *Stein/Jonas/H. Roth*, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Band 5 (§§ 328–510b), 22. Aufl. 2006, § 328 ZPO Rn. 73.

³¹ In anderen Konstellationen kann sich das Spiegelbildprinzip als zu weit erweisen, so zum Beispiel – im Rahmen des § 328 Abs. 1 Nr. 1 ZPO – für den exorbitanten Gerichtsstand des Vermögens (§ 23 ZPO), der den meisten ausländischen Rechtsordnungen unbekannt ist (vgl. zu dieser Problematik *Kropholler* (oben Fn. 30), § 60 IV 5 c). Vgl. auch *Gottwald*, Z郑 103 (1990), S. 257, 272; vgl. auch *ders.* in *Münchener Kommentar* (oben Fn. 5), § 328 ZPO Rn. 82.

³² *Kropholler* (oben Fn. 30), § 60 IV 5 c, weist zu § 328 Abs. 1 Nr. 1 ZPO darauf hin, dass die Zuständigkeitsgründe, die das deutsche Recht bereitstelle, so zahlreich seien, dass die Anerkennung kaum einmal an § 328 Abs. 1 Nr. 1



Recht sinnvolle Zuständigkeiten enthält, die dem deutschen (autonomen) Zuständigkeitsrecht unbekannt sind³⁴. Durch das Spiegelbildprinzip führt jede Abweichung von den deutschen Zuständigkeitsvorschriften im Ergebnis zur Ablehnung der Anerkennung der ausländischen Entscheidung, obwohl das ausländische Zuständigkeitsrecht unter Umständen vernünftige Wertungen umsetzt, ggf. auch früheren oder künftigen inländischen Zuständigkeitsvorschriften entspricht³⁵. Während im materiellen Recht erhebliche Abweichungen von den Wertungen des deutschen Rechts bis zur Grenze des *Ordre public* akzeptiert werden³⁶, enthalten die inländischen Vorschriften über die Internationale Zuständigkeit durch das Spiegelbildprinzip im Ergebnis zwingenden Charakter³⁷, obwohl auch diese Vorschriften – man denke nur an exorbitante Gerichtsstände³⁸ – zweifelhaft sein können³⁹. Es ist auch nicht sinnvoll, vollkommen gerechte Entscheidungen nur deshalb nicht anzuerkennen, weil das ausländische Gericht seine eigenen zwingenden Zuständigkeitsvorschriften angewandt hat⁴⁰. Einzig legitimer Schutzzweck der Überprüfung der internationalen Zuständigkeit des Entscheidungsstaates ist aber der nachträgliche Schutz der unterlegenen Partei im Inland vor den Folgen einer international unzumutbaren Prozessführung im Ausland⁴¹. Ein solcher Schutz des Antragsgegners ist zwar

ZPO scheitert. Ebenso *Gottwald*, ZZP 95 (1982), S. 3, 11; *ders.*, ZZP 103 (1990), S. 257, 273 f.; *Sonnentag*, Renvoi (oben Fn. 29), S. 277 f.; *Sonnentag/Wandt*, *RabelsZ* 67 (2003), S. 362, 367.

³³ Vgl. *Gottwald*, ZZP 103 (1990), S. 257, 272; *Sonnentag*, Renvoi (oben Fn. 29), S. 277 f. Vgl. auch *Vischer* (oben Fn. 24), S. 349, 375: „Das Spiegelbildprinzip trägt dem Umstand nicht Rechnung, dass den beiden Zuständigkeiten unterschiedliche Wertungen zugrunde liegen können. Auch ist die systemüberbrückende Funktion der Anerkennung im Auge zu behalten.“ Vgl. auch *Jayme* in FS für Ago IV (oben Fn. 30), S. 139, 140. Vgl. ferner *Zekoll*, *AmJCompL* 37 (1989), S. 301, 308.

³⁴ Vgl. *Gottwald*, ZZP 95 (1982), S. 3, 10; *Kropholler* (oben Fn. 30), § 60 IV 5 c; *Sonnentag*, Renvoi (oben Fn. 29), S. 277 f.; *Sonnentag/Wandt*, *RabelsZ* 67 (2003), S. 362, 367.

³⁵ Vgl. *Gottwald*, ZZP 103 (1990), S. 257, 272; *Sonnentag*, Renvoi (oben Fn. 29), S. 277 f. Fn. 41; *Sonnentag/Wandt*, *RabelsZ* 67 (2003), S. 362, 367 Fn. 18.

³⁶ Vgl. auch die Vorschrift des § 109 Abs. 5 FamFG, nach der eine Überprüfung der Gesetzmäßigkeit der ausländischen Entscheidung nicht stattfindet.

³⁷ Vgl. *Gottwald*, ZZP 103 (1990), S. 257, 272; vgl. auch *Sonnentag*, Renvoi (oben Fn. 29), S. 277 f. Fn. 41; *Sonnentag/Wandt*, *RabelsZ* 67 (2003), S. 362, 367 Fn. 18.

³⁸ Vgl. für den Bereich des Zivilprozessrechts § 23 ZPO.

³⁹ Vgl. *Gottwald*, ZZP 103 (1990), S. 257, 272; vgl. auch *Sonnentag*, Renvoi (oben Fn. 29), S. 277 f. Fn. 41; *Sonnentag/Wandt*, *RabelsZ* 67 (2003), S. 362, 367 Fn. 18.

⁴⁰ Vgl. *Sonnentag*, Renvoi (oben Fn. 29), S. 278; *Sonnentag/Wandt*, *RabelsZ* 67 (2003), S. 362, 367 f. Vgl. auch *Jayme* in FS für Drobnig (oben Fn. 23), S. 289, 296, der zutreffend darauf hinweist, dass diese Überlegung in der völkerrechtlichen Pflicht zur Anerkennung wohlverworbener Rechte wurzele.

⁴¹ *Gottwald*, ZZP 103 (1990), S. 257, 271.



nicht völlig verzichtbar⁴², da der Anerkennungsstaat mit der Anerkennung ausländischer Entscheidungen akzeptiert, dass es dem Antragsgegner zumutbar war, sich auf das Verfahren im Ausland einzulassen⁴³. Der bloße Umstand, dass das ausländische Recht des Entscheidungsstaates ein vom deutschen Recht abweichendes Zuständigkeitssystem enthält, welches in sich geschlossen und gerecht erscheint, macht den Prozess im Ausland aber nicht unzumutbar. Umgekehrt könnte es passieren, dass eine Entscheidung im Inland nur deshalb anerkannt werden muss, weil sie auf einem exorbitanten Gerichtsstand beruht, welchen auch das inländische Recht kennt⁴⁴.

4. Ablehnung der Einführung des Anerkennungs- und Vollstreckbarkeithindernisses einer ausschließlichen inländischen Zuständigkeit

Die Einführung einer Regelung, nach der die Anerkennung und Vollstreckung einer ausländischen Entscheidung stets versagt werden soll, wenn eine ausschließliche inländische Zuständigkeit besteht⁴⁵, ist abzulehnen. Im Anwendungsbereich des FamFG stellte sich das Problem der Versagung der Anerkennung einer ausländischen Entscheidung wegen einer entgegenstehenden inländischen ausschließlichen Zuständigkeit jedenfalls bei Beibehaltung der derzeit geltenden Regelungen über die Internationale Zuständigkeit zwar nicht, da die Vorschriften der §§ 98–105 FamFG über die Internationale Zuständigkeit gemäß § 106 FamFG nicht ausschließlich sind. Ausschließliche Zuständigkeiten existieren aber im Anwendungsbereich der ZPO. Gleichwohl ist die Ansicht, nach welcher die Anerkennung einer Entscheidung versagt werden soll, wenn eine ausschließliche inländische Zuständigkeit besteht⁴⁶, abzulehnen. Denn die Wertungen, die in dem Fall, in dem nach den im Inland

⁴² *Gottwald*, ZZP 103 (1990), S. 257, 274; vgl. auch *Sonnentag*, Renvoi (oben Fn. 29), S. 278 f. Fn. 46; *Sonnentag/Wandt*, *RabelsZ* 67 (2003), S. 362, 368 Fn. 25.

⁴³ Vgl. *Gottwald*, ZZP 103 (1990), S. 257, 274.

⁴⁴ Vgl. auch *Gottwald*, ZZP 103 (1990), S. 257, 272 Fn. 80: „Übertreibungen der eigenen Entscheidungszuständigkeit verkehren sich sozusagen in ihr Gegenteil“. Vgl. auch *Sonnentag*, Renvoi (oben Fn. 29), S. 277 f. Fn. 39.

⁴⁵ Siehe hierzu oben unter II 2.

⁴⁶ Vgl. hierzu bereits oben unter II 2.



geltenden Internationalen Zuständigkeitsvorschriften eine ausschließliche Zuständigkeit der inländischen Gerichte besteht, zum Tragen kommen, müssen nicht stets auch in dem Fall durchgesetzt werden, in dem es um die Anerkennung und Vollstreckung einer ausländischen Entscheidung geht. Dies zeigt sich zum Beispiel an der ausschließlichen Zuständigkeitsvorschrift des Art. 22 Nr. 1 EuGVO⁴⁷. Nach dieser Bestimmung besteht für eine Klage, welche die Miete einer unbeweglichen Sache zum Gegenstand hat, eine ausschließliche Internationale Zuständigkeit der Gerichte des Staates, in dem die Sache belegen ist. Sofern es sich aber um eine Klage betreffend die Miete einer unbeweglichen Sache zum vorübergehenden privaten Gebrauch für höchstens sechs aufeinander folgende Monate handelt, sind auch die Gerichte des Staates zuständig, in dem der Beklagte seinen Wohnsitz hat, sofern es sich bei dem Mieter um eine natürliche Person handelt und der Eigentümer sowie der Mieter ihren Wohnsitz in demselben Staat haben. Es leuchtet nicht ein, eine vollkommen gerechte ausländische Entscheidung des gemeinsamen Wohnsitzstaates in einem solchen Fall nur deshalb nicht anzuerkennen, weil der ausländischen Zuständigkeitsvorschrift eine Regelung zugrunde liegt, nach welcher der gemeinsame Wohnsitzstaat als Entscheidungsstaat für die Miete bis zu acht oder zwölf Monaten fakultativ zuständig ist, den Fall zu entscheiden.

⁴⁷ Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates vom 22. Dezember 2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen. – Die herrschende Meinung in Rechtsprechung und Literatur lehnt die Anwendung europäischer Zuständigkeitsregeln unter Berufung auf den Wortlaut der Vorschriften der §§ 328 Abs. 1 ZPO, 109 Abs. 1 Nr. 1 FamFG (Zuständigkeit nach deutschem Recht) im Rahmen der spiegelbildlichen Prüfung der Internationalen Zuständigkeit des Entscheidungsstaates ab; vgl. zum Streitstand *Stadler* in Musielak, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 9. Aufl. 2012, § 328 ZPO Rn. 10 m. w. N., welche die Anwendung der europarechtlichen Regelungen zumindest hinsichtlich der ausschließlichen Zuständigkeit des Art. 22 EuGVO und Gerichtsstandsvereinbarungen, die eine ausschließliche Zuständigkeit begründen, bejaht; a. A. im Ansatz z. B. *Zöller/Geimer* (oben Fn. 18), § 328 ZPO Rn. 102a, die aber gleichwohl die Anwendbarkeit des Art. 22 EuGVO bejahen, weil es sich dabei um eine ausschließliche internationale Zuständigkeit handele. – Vgl. zum Streitstand bei § 109 Abs. 1 Nr. 1 FamFG *Hohloch* (oben Fn. 18), § 109 FamFG Rn. 13 m. w. N., der den Rückgriff auf europäische Zuständigkeitsvorschriften in diesem Zusammenhang ablehnt. – Sehr ausführlich zu dieser Problematik auch *Kern*, ZZP 120 (2007), S. 31 ff., 45 ff. m. w. N.; *Schärfl*, IPRax 2006, 438 ff.



5. Anwendung des Ordre-public-Vorbehalts auf die Entscheidungszuständigkeit

De lege ferenda ist die Aufgabe der Zuständigkeits- und Anerkennungsparallelität im Interesse des internationalen Entscheidungseinklangs zugunsten der Anwendung des Ordre-public-Vorbehalts auch auf die Frage der Entscheidungszuständigkeit vorzuziehen⁴⁸. Denn die Frage der Internationalen Zuständigkeit nimmt an der Ordre-public-Prüfung teil⁴⁹. Exorbitante Entscheidungszuständigkeiten des ausländischen Rechts, nach welchen die Internationale Zuständigkeit zum Beispiel lediglich aufgrund des schlichten Aufenthaltes eines Beteiligten im Entscheidungsstaat begründet ist, können auf diese Weise abgewendet werden⁵⁰. Diese Lösung hat gegenüber dem Spiegelbildprinzip den Vorteil, dass ausländische Entscheidungen wegen der durch das ausländische Gericht bejahten Internationalen Zuständigkeit im Inland nur dann nicht anzuerkennen sind, wenn die ausländische Zuständigkeit aufgrund einer Vorschrift angenommen wurde, die mit den Vorstellungen des deutschen Rechts über die Zuständigkeitsgerechtigkeit völlig unvereinbar ist und die ausländische Internationale Zuständigkeit auch nicht aufgrund einer anderen Vorschrift des ausländischen Rechts hätte bejaht werden können, die mit den deutschen Vorstellungen über die Zuständigkeitsgerechtigkeit vereinbar ist. Diese Prüfung kann zwar im Einzelfall schwieriger sein als die Anwendung des Spiegelbildprinzips. Es wäre aber nicht sachgerecht, eine solche Lösung nur deshalb nicht einzuführen und ausländische Entscheidungen nur deshalb nicht anzuerkennen, weil die Anwendung des Spiegelbildprinzips in manchen Fällen leichter fällt als die Anwendung des Ordre-public-Vorbehalts auch auf die Frage der Internationalen Zuständigkeit und weil der Richter lieber deutsche Zuständigkeitsregeln als ausländisches Zuständigkeitsrecht anwendet.

⁴⁸ Vgl. auch *Gottwald* in Münchener Kommentar (oben Fn. 5), § 328 ZPO Rn. 82.

⁴⁹ Vgl. auch *Gottwald*, ZJP 103 (1990), S. 257, 276 m. w. N.

⁵⁰ Vgl. zum Vorbehalt gegenüber exorbitanten Gerichtsständen auch *Gottwald*, ZJP 103 (1990), S. 257, 275 f.



III. Vorrang deutscher bzw. inländischer Entscheidungen

1. Rechtslage de lege lata

Gemäß § 328 Abs. 1 Nr. 3 ZPO bzw. § 109 Abs. 1 Nr. 3 FamFG⁵¹ ist die Anerkennung einer ausländischen Entscheidung ausgeschlossen, wenn die Entscheidung mit einer in Deutschland erlassenen Entscheidung in Widerspruch steht. Auf die zeitliche Reihenfolge der Entscheidungen kommt es dabei nicht an. Die ausländische Entscheidung ist auch dann nicht anzuerkennen, wenn sie zeitlich vor der deutschen Entscheidung erging, ja sogar dann nicht, wenn das ausländische Verfahren früher rechtshängig war und diese frühere ausländische Rechtshängigkeit bewusst missachtet wurde⁵².

2. Strikte Geltung des Prioritätsprinzips auch für deutsche bzw. inländische Entscheidungen

Die Bevorzugung deutscher Entscheidungen unabhängig vom Zeitpunkt ihres Erlasses ist abzulehnen⁵³, da dies zu hinkenden Rechtsverhältnissen führt. Diese werden vermieden, wenn auch im Verhältnis von einer ausländischen zu einer deutschen Entscheidung das

⁵¹ Ebenso war dies bereits unter Geltung des § 16 a Nr. 3 FGG der Fall.

⁵² In der Praxis kommen solche Fälle allerdings selten vor, denn die Rechtshängigkeit des ausländischen Verfahrens bildet gemäß § 261 Abs. 3 Nr. 1 ZPO ein Verfahrenshindernis für das Verfahren in Deutschland. Vgl. *Kropholler* (oben Fn. 30), § 60 I 2 a, IV 4; *Stein/Jonas/H. Roth* (oben Fn. 30), § 328 ZPO Rn. 95, kritisieren die Vorschrift nicht zuletzt deswegen, weil durch sie ein schwerer Rechtsfehler geschützt wird.

⁵³ Vgl. die Bemerkung von *Hau* in *Prütting/Helms*, FamFG, 2. Aufl. 2011, § 109 FamFG Rn. 41, mit der Bemerkung, die Konkurrenzfrage werde in § 109 Abs. 1 Nr. 3 FamFG zwar klar, aber ungerecht gelöst; ausführlich *ders.*, Positive Kompetenzkonflikte im Internationalen Zivilprozeßrecht, 1996, S. 103 ff. Vgl. auch *Linke/Hau*, Internationales Zivilverfahrensrecht, 5. Aufl. 2011, Rn. 480; *Sonnentag*, Renvoi (oben Fn. 29), S. 275; *Sonnentag/Wandt*, RabelsZ 67 (2003), S. 362, 369; *Zöller/Geimer* (oben Fn. 18), § 328 ZPO Rn. 199. Kritisch auch *Baumann*, Die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen in Unterhaltssachen, 1989, S. 42; *Kropholler* (oben Fn. 30), § 60 IV 4: „rechtspolitisch problematische Ausnahme vom Prioritätsprinzip“; *Stein/Jonas/H. Roth* (oben Fn. 30), § 328 ZPO Rn. 95. Vgl. auch *Gottwald*, IPRax 1984, 57, 60; *ders.* in Münchener Kommentar (oben Fn. 5), § 328 ZPO Rn. 113. – A. A. *Hohloch* (oben Fn. 18), § 109 FamFG Rn. 31, der die Vorschrift mit der Begründung rechtfertigt, sie sichere der inländischen Entscheidung, welche Rechtssicherheit gewähre, den ihr zukommenden Vorrang.



Prioritätsprinzip gilt. De lege ferenda ist daher eine Regelung vorzuziehen, die § 580 Nr. 7 ZPO⁵⁴ für den Fall einer Kollision zwischen zwei inländischen Urteilen entspricht⁵⁵. § 580 Nr. 7 ZPO ermöglicht eine Restitutionsklage, wenn die Partei a) ein in derselben Sache erlassenes, früher rechtskräftig gewordenes Urteil oder b) eine andere Urkunde auffindet oder zu benutzen in den Stand gesetzt wird, die eine ihr günstigere Entscheidung herbeigeführt hätte. Wendete man eine solche Regelung auch auf eine frühere ausländische Entscheidung an, würde die Zahl hinkender Rechtsverhältnisse verringert⁵⁶.

IV. Verbürgung der Gegenseitigkeit

1. Rechtslage de lege lata

Gemäß § 328 Abs. 1 Nr. 5 ZPO ist die Anerkennung eines Urteils eines ausländischen Gerichts ausgeschlossen, wenn die Gegenseitigkeit nicht verbürgt ist⁵⁷. § 109 Abs. 4 FamFG sieht – wie bereits ausgeführt wurde⁵⁸ – die fehlende Verbürgung der Gegenseitigkeit als Anerkennungshindernis vor, wenn die Entscheidung entweder Familienstreitsachen⁵⁹, die Verpflichtung zur Fürsorge und Unterstützung in der partnerschaftlichen Lebensgemeinschaft, die Regelung der Rechtsverhältnisse an der gemeinsamen Wohnung und am Hausrat der Lebenspartner oder bestimmte Entscheidungen aus dem Bereich des Güterrechts der Lebenspartner⁶⁰ betrifft. Das FamFG sieht die Verbürgung der Gegenseitigkeit somit zwar nicht grundsätzlich als Anerkennungs- und Vollstreckbarkeithindernis für ausländische

⁵⁴ Vgl. auch die Verweisung auf die Vorschriften des Buches 4 der Zivilprozessordnung (§§ 578–591 ZPO) in § 48 Abs. 2 FamFG für rechtskräftig beendete Verfahren.

⁵⁵ So bereits *Sonnentag*, Renvoi (oben Fn. 29), S. 275; *Sonnentag/Wandt*, *RabelsZ* 67 (2003), S. 362, 369; vgl. auch *Stein/Jonas/H. Roth* (oben Fn. 30), § 328 ZPO Rn. 95; *Zöller/Geimer* (oben Fn. 18), § 328 ZPO Rn. 199.

⁵⁶ Vgl. *Sonnentag*, Renvoi (oben Fn. 29), S. 275; vgl. auch *Sonnentag/Wandt*, *RabelsZ* 67 (2003), S. 362, 369.

⁵⁷ § 328 Abs. 1 Nr. 5 ZPO steht der Anerkennung eines Urteils gemäß § 328 Abs. 2 ZPO nicht entgegen, wenn das Urteil einen nichtvermögensrechtlichen Anspruch betrifft und nach den deutschen Gesetzen ein Gerichtsstand im Inland nicht begründet war.

⁵⁸ Vgl. hierzu oben unter I.

⁵⁹ Vgl. hierzu die Legaldefinition in § 112 FamFG.

⁶⁰ Es handelt sich um die Entscheidungen nach § 6 Satz 2 bzw. § 7 Satz 2 des Lebenspartnerschaftsgesetzes in Verbindung mit den §§ 1382, 1383 BGB bzw. den §§ 1426, 1430, 1452 BGB.



Entscheidungen vor⁶¹, wohl aber in den in § 109 Abs. 4 FamFG genannten Bereichen. Im FGG fand sich eine solche Regelung nicht⁶².

2. Ablehnung der Verbürgung der Gegenseitigkeit

Die Verbürgung der Gegenseitigkeit als Anerkennungs- und Vollstreckungsvoraussetzung ist entschieden abzulehnen⁶³. Der Gesetzgeber hat das Gegenseitigkeitserfordernis in der ZPO bei der IPR-Reform im Jahre 1986 beibehalten, weil seine Abschaffung verfrüht sei⁶⁴, obwohl das Erfordernis in der Literatur zu Recht stark kritisiert wurde⁶⁵ und wird⁶⁶. An der Verbürgung der Gegenseitigkeit wird nämlich lediglich aus

⁶¹ So auch *Bumiller/Harders*, FamFG, 10. Aufl. 2011, § 109 FamFG Rn. 12.

⁶² § 16 a FGG enthielt kein Pendant zu § 328 Abs. 1 Nr. 5 ZPO, das heißt in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit war die Verbürgung der Gegenseitigkeit kein Anerkennungs- und Vollstreckungshindernis. In Ehesachen war die Verbürgung der Gegenseitigkeit gemäß Art. 7 § 1 Abs. 1 S. 2 Familienrechtsänderungsgesetz vom 11.8.1961 auch nach der Rechtslage bis zum 31.8.2009 keine Voraussetzung für die Anerkennung in Ehesachen.

In der Schweiz ist die Verbürgung der Gegenseitigkeit kein Anerkennungs- und Vollstreckungshindernis (vgl. auch *Schack* (oben Fn. 20), Rn. 877).

⁶³ Siehe zum Ganzen auch *Sonnentag*, Renvoi (oben Fn. 29), S. 276 f.

⁶⁴ Vgl. Begründung des Regierungsentwurfs eines Gesetzes zur Neuregelung des Internationalen Privatrechts von 1983, BT-Drucks. 10/504, S. 20, 88.

⁶⁵ Vgl. bereits *L. von Bar*, Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts, 2. Aufl. 1889, Band I, S. 286 ff., Band II, S. 506 ff. Vgl. auch *Süß* in Festgabe zum siebzigsten Geburtstag von Leo Rosenberg, 1949, S. 229, 231 ff.; vgl. auch BGH, 30.9.1964, BGHZ 42, 194, 197.

⁶⁶ Vgl. die Kritik von *Chr. von Bar/Mankowski*, Internationales Privatrecht, Band I: Allgemeine Lehren, 2. Aufl. 2003, § 5 Rn. 58 ff.; *Geimer*, Internationales Zivilprozessrecht, 6. Aufl. 2009, Rn. 35 a; *Gottwald*, IPRax 1984, 57, 60 f.; *ders.*, ZZP 95 (1982), S. 3, 9; *ders.*, ZZP 103 (1990), S. 257, 279 ff.; *Nagel/Gottwald*, Internationales Zivilprozessrecht, 6. Aufl. 2007, § 1 Rn. 32 ff.; *Schack* (oben Fn. 20), Rn. 964 ff.; *Sonnentag*, Renvoi (oben Fn. 29), S. 276; *Stein/Jonas/H. Roth* (oben Fn. 30), § 328 ZPO Rn. 116. Vgl. auch *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht*, Kodifikation des deutschen Internationalen Privatrechts, Stellungnahme des Max-Planck-Instituts zum Regierungsentwurf von 1983, *RebelsZ* 47 (1983), S. 595, 674 ff., das sich für eine ersatzlose Streichung von § 328 Abs. 1 Nr. 5 und Abs. 2 ZPO aussprach. Vgl. auch die Bemerkung von *Schlosser*, IPRax 1992, 140, 143: „Im Grunde genommen verstößt es aber schon gegen die Verfassungsgarantie des fairen Verfahrens, auch ein zu Gunsten eines Angehörigen oder Bewohners Deutschlands ergangenes ausländisches Urteil nur deshalb nicht anzuerkennen, weil die Gegenseitigkeit nicht verbürgt ist.“ Vgl. auch *Althammer*, IPRax 2009, 381, 388; *Baetge* in *Schulte-Bunert/Weinreich*, FamFG, 3. Aufl. 2012, § 109 FamFG Rn. 26; *Gomille* in *Haußleiter*, FamFG, 2011, § 109 FamFG Rn. 26; *Hau*, FamRZ 2009, 821, 825.



politischen Gründen festgehalten⁶⁷. Das Erfordernis trifft daher „notwendig immer den Falschen“⁶⁸, nämlich den Kläger bzw. den Verfahrensbeteiligten, dessen Interesse an der Anerkennung und Vollstreckung der ausländischen Entscheidung hinter staatlichen Interessen zurückstehen muss⁶⁹. Ob seine Entscheidung in Deutschland anerkannt und vollstreckt wird, hängt vom Wohlverhalten des ausländischen Staates gegenüber deutschen Entscheidungen ab⁷⁰. Das Anerkennungshindernis der Verbürgung der Gegenseitigkeit kann sogar dazu führen, dass Entscheidungen nicht vollstreckt werden, von denen nur Deutsche betroffen sind⁷¹ und in denen nach deutschem Recht entschieden wurde oder aber nach der *lex fori*, die auch ein deutsches Gericht aufgrund des deutschen Kollisionsrechts angewandt hätte⁷². Die Bevorzugung der politischen Interessen vor den Parteiinteressen ist strikt abzulehnen⁷³. Denn im internationalprivatrechtlichen Rechtsverkehr geht es vielmehr um die Entfaltung der individuellen Rechtsstellung als um die Durchsetzung staatlicher Belange gegenüber dem Ausland⁷⁴. Abgesehen davon ist die Ermittlung, ob die Gegenseitigkeit verbürgt ist, zum Teil sehr schwierig⁷⁵. Die Verbürgung der Gegenseitigkeit als Anerkennungsvoraussetzung für ausländische Entscheidungen führt daher auch zu Rechtsunsicherheit⁷⁶.

⁶⁷ Vgl. *Nagel/Gottwald* (oben Fn. 66), § 1 Rn. 32; vgl. auch *Hau* in Prütting/Helms (oben Fn. 53), § 109 FamFG Rn. 67; *Kemper* in *Kemper/Schreiber*, Familienverfahrensrecht, 2. Aufl. 2012, § 109 FamFG Rn. 33; *von Milczewski* in *Bahrenfuss*, FamFG, 2009, § 109 FamFG Rn. 13; *Sonnentag*, Renvoi (oben Fn. 29), S. 276.

⁶⁸ Vgl. *Chr. von Bar/Mankowski* (oben Fn. 66), § 5 Rn. 62; *Sonnentag*, Renvoi (oben Fn. 29), S. 276; vgl. auch *Geimer* (oben Fn. 66), Rn. 35 a. Plastisch und treffend *Schack* (oben Fn. 20), Rn. 965: „Man schlägt den Esel und meint den Herrn.“ Vgl. ferner *Hau* in Prütting/Helms (oben Fn. 53), § 109 FamFG Rn. 67; *Linke/Hau* (oben Fn. 53), Rn. 496.

⁶⁹ *MPI*, Stellungnahme (oben Fn. 66), *RabelsZ* 47 (1983), S. 595, 677; *Sonnentag*, Renvoi (oben Fn. 29), S. 276 f.

⁷⁰ *MPI*, Stellungnahme (oben Fn. 66), *RabelsZ* 47 (1983), S. 595, 677; *Sonnentag*, Renvoi (oben Fn. 29), S. 277.

⁷¹ *MPI*, Stellungnahme (oben Fn. 66), *RabelsZ* 47 (1983), S. 595, 678; *Sonnentag*, Renvoi (oben Fn. 29), S. 277.

⁷² Vgl. zu dieser Konstellation *Chr. von Bar/Mankowski* (oben Fn. 66), § 5 Rn. 63, sowie BGH, 30.6.1964, LM Nr. 14 zu § 328 ZPO. Vgl. ferner bereits *Sonnentag*, Renvoi (oben Fn. 29), S. 277.

⁷³ Vgl. *Sonnentag*, Renvoi (oben Fn. 29), S. 277; *Stein/Jonas/H. Roth* (oben Fn. 30), § 328 ZPO Rn. 116. Vgl. auch *Baetge* (oben Fn. 66), § 109 FamFG Rn. 26, mit der Bemerkung, das Erfordernis der Gegenseitigkeit sei rechtspolitisch fragwürdig, da es nicht den Interessen der Beteiligten diene.

⁷⁴ *MPI*, Stellungnahme (oben Fn. 66), *RabelsZ* 47 (1983), S. 595, 678; *Sonnentag*, Renvoi (oben Fn. 29), S. 277.

⁷⁵ *Nagel/Gottwald* (oben Fn. 66), § 1 Rn. 33; *Schack* (oben Fn. 20), Rn. 968; *Sonnentag*, Renvoi (oben Fn. 29), S. 277; vgl. auch *MPI*, Stellungnahme (oben Fn. 66), *RabelsZ* 47 (1983), S. 595, 676, wonach § 328 Abs. 1 Nr. 5 ZPO unpraktikabel sei, weil die Vorschrift Gerichte und Institute vor die oft unlösbare Aufgabe stelle, die Vollstreckungspraxis ausländischer Staaten zu erforschen. Außerdem hänge das Ergebnis der Nachforschungen häufig von der Praxis der Urteilsveröffentlichung in dem jeweiligen Land sowie von anderen Zufällen ab.

⁷⁶ *Nagel/Gottwald* (oben Fn. 66), § 1 Rn. 35; *Sonnentag*, Renvoi (oben Fn. 29), S. 277.



V. Ergebnis

Das Spiegelbildprinzip sollte de lege ferenda aufgegeben werden. Statt dessen sollte auch auf die Frage der Entscheidungszuständigkeit des Ausgangsgerichts der Ordre-public-Vorbehalt anzuwenden sein. Ferner sollte der Gesetzgeber die Geltung des strikten Prioritätsprinzips im Verhältnis von deutschen zu ausländischen Entscheidungen einführen und die Verbürgung der Gegenseitigkeit abschaffen. Denn durch die Beseitigung dieser Anerkennungs- und Vollstreckungshindernisse wird die Gefahr hinkender Entscheidungen reduziert und somit der internationale Entscheidungseinklang gefördert.



A autonomia das partes e os poderes do juiz entre o privatismo e o publicismo do processo civil brasileiro

(Autonomy of parties and the powers of the judge between private and public Civil Procedure in Brazil)

Robson Renault Godinho

Ph.D. in Procedural Law. State Prosecutor in Rio de Janeiro, Brazil

"Diz-me que processos impões através das tuas leis e eu dir-te-ei se tens cidadãos ou súbditos"¹.

Resumo: O propósito deste texto é demonstrar que a efetiva participação das partes no regramento de suas situações jurídicas é uma exigência de um processo civil democrático.

Palavras-chave: poderes do juiz - autonomia das partes - convenções

Abstract: The purpose of this paper is to demonstrate that the actual participation of the parties in establishing the rules for their legal situations is a requirement in a democratic civil process.

Keywords: powers of the judge - party autonomy - conventions.

1. Introdução

O processo civil inicia-se por um ato volitivo da parte² e também por manifestações de vontade pode se encerrar. Ainda assim, quando se pretende estudar os acordos processuais³,

¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. "Direito de acesso à justiça constitucional" (Palestra, p. 8). *Estados da Conferência das Jurisdições Constitucionais dos Países de Língua Portuguesa*, Luanda, junho de 2011. Disponível em www2.stf.jus.br/cjcplp/presidencia/GomesCanotilho_Junho2011.pdf, acesso em 13/10/2012.



parece que a vontade privada torna-se uma intrusa no processo e que a subtração parcial do comando judicial sobre todos os atos praticados após a demanda soa como heresia imperdoável.

A autonomia privada – não é exagerado afirmar – vem recebendo no processo civil estatal uma intolerância automática, uma resistência irrefletida ou uma indiferença constante, como se, ao iniciar o processo, as partes renunciassem à liberdade jurídica⁴.

Nesse contexto, não soa exagerado afirmar que a divisão de trabalho⁵ entre o juiz e as partes é um tema que revela a um só tempo a evolução teórica do direito processual e sua dimensão ideológica e cultural⁶.

Trata-se, indubitavelmente, de uma discussão clássica que exige e suporta cores absolutamente novas, afastando-se definitivamente o receio de que a publicização do processo não possa conviver com a autonomia privada.

O amadurecimento da teoria processual deveria implicar uma aversão a sectarismos e maniqueísmos doutrinários; além disso, deveria assimilar, com desconcertante naturalidade, a

² Cf. PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo IV. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, pp. 3/4. CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no Processo Moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, pp. 159/164. Sobre a vontade no ato postulatório, conferir, por todos: SILVA, Paula Costa e. *Acto e Processo: o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. Coimbra: Coimbra, 2003. Trata-se de estudo complexo e denso, mas, para ilustrar, segue a transcrição de um excerto: “Admitir que para a lei é irrelevante a finalidade do autor do acto é negar a própria natureza do acto postulativo. O efeito final pode ser decretado porque a parte quer e pede que ele seja decretado. O efeito final não resulta de uma qualquer disposição da lei, olhando ao acto postulativo, que lhe faça aderir um qualquer efeito tabelado” (p. 266).

³ Relembrem-se as linhas gerais do tema expostas por STEFANO, Giuseppe de. *Studi sugli Accordi Processuali*. Milano: Giuffrè, 1959. Ainda BARBOSA MOREIRA, que apontou silêncio sobre o tema na doutrina: Convenções das partes sobre matéria processual. *Temas...cit. Terceira Série*, p. 87.

⁴ “liberdade jurídica é a possibilidade de a pessoa atuar com eficácia jurídica. Do ponto de vista do sujeito, realiza-se no poder de criar, modificar ou extinguir relações jurídicas. Encarada objetivamente, é o poder de regular juridicamente tais relações, dando-lhes conteúdo e efeitos determinados, com o reconhecimento a proteção do direito” (AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 344).

⁵ Cf. BARBOSA MOREIRA. O problema da “divisão do trabalho” entre juiz e partes: aspectos terminológicos. *Temas de Direito Processual (Quarta Série)*. São Paulo: Saraiva, 1989, *passim*.

⁶ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo, disponível em www.abdpc.org.br, consultado em 20 de outubro de 2012.



efetiva participação das partes nos momentos relevantes do processo, mas não é o que se verifica no atual debate⁷.

O estudo do processo como fenômeno cultural e ideológico não é recente, mas pode-se considerar que há novidades nos argumentos e na intensidade dos debates doutrinários, com ampla produção de estudos envolvendo que vem sendo denominado de “publicismo” e “privatismo” processual⁸.

A participação das partes no processo vem sendo objeto de novas abordagens, sobretudo com publicações acerca da cooperação ou colaboração no processo e uma nova visão acerca do princípio do contraditório. Decorre dessas discussões a necessidade de se estudar o âmbito normativo da autonomia privada no processo e, correlatamente, os limites e possibilidades da atuação do juiz⁹.

Os poderes instrutórios do juiz, por exemplo, assumem peculiar importância no debate cultural do processo atual, com nítidas posturas ideológicas que não raro obnubilam o entendimento, com discursos maniqueístas que não contribuem para a compreensão do tema. Trata-se, na verdade, de discussão que dominou boa parte do século passado, mas, inegavelmente, é renovada com força nova a partir da própria modificação sócio-cultural que, forçosamente, afeta o modelo de processo compatível com o Estado Constitucional.

⁷ Para um panorama sobre o atual debate, com ênfase em argumentos favoráveis ao “privatismo”, mas com trabalhos contrários a essa ideia, vale conferir a coletânea *Proceso Civil e Ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. Juan Montero Aroca (coord.). Valencia: Tirant lo Blanch, 2006. Veja-se, ainda, uma introdução à visão “garantista” do processo em “Crônica da Primeira Jornada Internacional sobre Processo Civil e Garantia”, subscrita por Adolfo Alvarado Velloso, Eugenia Ariano Deho, Franco Cipriani, Federico G. Dominguez, Luís Correia de Mendonça, Girolamo Monteleone e Juan Montero Aroca, publicada na *Revista de Processo*, nº 145. São Paulo: RT, março de 2007.

⁸ Além do livro citado na nota anterior, registre-se importante referência bibliográfica sobre o debate recente: GRECO, Leonardo. Publicismo e privatismo no processo civil. *Revista de Processo*, nº164. São Paulo: RT, outubro de 2008.

⁹ “Ora, a idéia de cooperação além de implicar, sim, um juiz ativo, colocado no centro da controvérsia, importará senão o restabelecimento do caráter isonômico do processo pelo menos a busca de um ponto de equilíbrio. Esse objetivo impõe-se alcançado pelo fortalecimento dos poderes das partes, por sua participação mais ativa e leal no processo de formação da decisão, em consonância com uma visão não autoritária do papel do juiz e mais contemporânea quanto à divisão do trabalho entre o órgão judicial e as partes. Aceitas essas premissas axiológicas, cumpre afastar a incapacidade para o diálogo estimulada pela atual conformação do processo judicial brasileiro, assentado em outros valores” (OLIVEIRA, Poderes do juiz...cit., p. 8).



Há que se trabalhar, evidentemente, com a autonomia das partes não mais no sentido privatístico clássico¹⁰, mas, sim, dentro de uma perspectiva constitucional e de uma teoria dos direitos fundamentais que autoriza e ao mesmo tempo impõe limites às manifestações de vontade.

Como desdobramento desse panorama, a autonomia das partes e a existência de um processo cooperativo devem ser confrontadas, para que se examine se os modelos se aproximam ou se repelem.

O estudo sobre os fatos jurídicos processuais¹¹, mais precisamente sobre os negócios jurídicos processuais¹², mostra-se fundamental, na medida em que se devem mensurar precisamente os limites e as possibilidades da atuação das partes, não mais, repita-se, com uma visão privatística, e muito menos com um viés estatizante, que rechaça a participação dos destinatários do resultado do processo, como se fossem figuras incapazes e, até, inconvenientes.

Na realidade, superada a *summa divisio* entre o privatismo e publicismo¹³, deve ser buscado um processo efetivamente democrático, em que convivam os poderes do juiz e a autonomia das partes, sempre balizados pela conformação constitucional dos direitos fundamentais.

Há que se rechaçar, portanto, uma cultura processual paternalista, em que aniquila a autonomia¹⁴ das partes para lhes oferecer a salvação por meio de um poder revelado e

¹⁰ Na própria teoria clássica do negócio jurídico privado já se via essa limitação da autonomia privada (cf., entre tantos, BETTI. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*. Tomo I. Fernando Miranda (trad.). Coimbra: Coimbra, 1969, pp. 107 e 118/119).

¹¹ Cf., DIDIER JR., Fredie. NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Teoria dos Fatos Jurídicos Processuais*. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

¹² Cf., especificamente, NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Negócios Jurídicos Processuais: análise dos provimentos judiciais como atos negociais*. Tese de Doutorado. Salvador: UFBA, 2011.

¹³ Sobre a separação entre o público e privado, confira-se, com extremo proveito: ESTORNINHO, Maria João. *A Fuga para o Direito Privado: contributo para o estudo da atividade de direito privado na Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 2009. BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Recursos Extraordinários no STF e no STJ: conflito entre interesses público e privado*. Curitiba: Juruá, 2009, capítulo 5. PISANI, Andrea Proto. *Pubblico e privato nel processo civile*. *Revista de Processo*, nº 207. São Paulo: RT, maio de 2012.

¹⁴ Sobre a autonomia pessoal, o paternalismo estatal e a democracia: DAHL, Robert. A. *A Democracia e seus Críticos*. Patrícia de Freitas Ribeiro (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2012, especialmente capítulo 7, em que se



revelador¹⁵. Deve-se evitar uma espécie de “patrimonialismo” processual, em que há, na linha conceitual de Raymundo Faoro, violação da “igualdade jurídica e das garantias institucionais contra o arbítrio” e “torna o indivíduo dependente do poder que lhe dita, pela definição de valores, a conduta”. Esse patrimonialismo “aponta, em consequência, para um sistema autocrático, que, em lugar de se desenvolver segundo uma ordem em que a sociedade é autônoma, afirma a dependência ao poder da autoridade”¹⁶.

Nesse sentido, o paternalismo e o messianismo se aproximam, sempre por meio de uma postura solipsista, e o processo democrático se afasta. Se a publicização do processo¹⁷ ensejou indiscutíveis conquistas, o rechaço à idéia de efetiva participação das partes e da formulação de negócios jurídicos processuais, como se integrassem uma espécie de trauma epistemológico, não encontra mais lugar nesta quadra histórica.

Não se pode considerar constitucionalmente adequada uma realidade em que o processo deixa de ser *coisa das partes*¹⁸ e praticamente passa a ser uma *coisa sem partes*.

expõe “a presunção de autonomia pessoal”, que consiste na seguinte sentença: “na falta de uma prova definitiva em contrário, todos são, em princípio, os melhores juízes de seu próprio bem e de seus próprios interesses” (p. 155).. Sobre o processo e democracia: ZANETI JR., Hermes. *Processo Constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007; Nunes, Dierle. *Processo Jurisdicional Democrático*. Curitiba: Juruá, 2008. ABREU, Pedro Manoel. *Processo e Democracia: o processo jurisdicional como um locus da democracia participativa e da cidadania inclusiva no Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Conceito, 2011.

¹⁵ Lembre-se da figura alegórica de Júpiter como modelo de juiz tal qual exposto por François Ost : Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez. Isabel Lifante Vidal (trad.). *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 14, Alicante, 1993. Para uma apreciação crítica desse modelo, vinculando o juiz Júpiter como modelo liberal-socialista: ZANETI JR., Hermes. *Processo Constitucional...cit.*, item 3.1.4.

¹⁶ FAORO, Raymundo. A aventura liberal numa ordem patrimonialista. *Revista USP*, nº 17. São Paulo, 1993, p. 16.

¹⁷ JARDIM, Afrânio Silva. *Da Publicização do Processo Civil*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1982.

¹⁸ Para uma visão do pensamento do processo como coisa das partes, em 1865, TARUFFO. *La Giustizia Civile in Italia dal' 700 a Oggi*. Bologna: Mulino, 1980, pp. 128/129 e 142/149). Colhe-se, na p. 188 da referida obra, este excerto que bem revela o pensamento que levou à “reação” publicista: “Il mutamento di indirizzo della dottrina che in questi anni si verifica non discende invero dall'assunzione esplicita di un'ideologia politica diversa da quella liberale, e tanto meno dei principi socialisti, bensì da un'evoluzione che si colloca essenzialmente sul piano della cultura giuridica, e solo indirettamente contiene implicazioni ideologiche. Il centro del problema è rappresentato dalla definizione della natura pubblicista del processo civile, e dalla definizione del concetto del 'diritto di azione'. [...] In ogni caso, la c. d. 'pubblicizzazione' del processo civile inverte e presupposti di fondo che erano alla base del codice del 1865 e della dottrina ottocentesca: il processo non è più esclusivamente un 'affare delle parti' ma un luogo in cui si esprime l'autorità dello Stato; esso non mira solo alla tutela di interessi privati, ma realizza l'interesse pubblico all'amministrazione della giustizia; il perno del processo non è più l'iniziativa delle parti, ma la funzione del giudice. In sintesi, il processo non è più visto come una forma in cui si esplica l'autonomia privata nell'esercizio dei diritti, ma come uno strumento che lo Stato mette a disposizione dei privati in vista dell'attuazione della legge”. E,



O afirmado nas linhas anteriores não prejudica a ideia de que o processo pode e deve ser um espaço democrático e, na companhia de Ovídio Baptista da Silva, este texto possui “o propósito de assumir uma posição decidida na defesa da jurisdição estatal, como instituição indispensável à prática de um autêntico regime democrático”¹⁹.

Em relação aos métodos de resolução de conflitos, fala-se que no Brasil prevalece a “cultura da sentença”²⁰, mas talvez seja mais adequado falar em uma cultura burocrática ou cultura da estatalidade, no sentido de Estado provedor de todos os serviços públicos essenciais.

Não se pode utilizar como parâmetro, quando se pretende analisar a situação da litigiosidade brasileira, a realidade existente em ilhas de excelência e de exceção, como os centros de mediação existentes em poucas cidades e faculdades e uma assistência jurídica gratuita eficiente. A arbitragem, em um contexto sócio-cultural como o brasileiro, é uma reserva luxuosa, muitíssimo distante da esmagadora maioria das comarcas brasileiras.

Em regra, tendo em conta que a sociedade brasileira é carente de meios e de informações, temos um país continental desprovido de assistência jurídica em um imenso número de municípios²¹, com comarcas cujas sedes são muitíssimo distantes das demais cidades que a compõem, não raro sem juízes, defensores e promotores de justiça titulares, com precárias instalações físicas e frequentemente com horários de funcionamento bastante limitados.

Numa situação desse tipo, pensar em meios alternativos de resolução de conflitos é uma realidade muitíssimo remota. Não é necessário contemplar realidades distantes dos

na p. 191 da mesma obra, uma fundamental observação, mas pouco referida: *“L'obbiettivo della polemica di Chiovenda non è l'autonomia privata, né tanto meno la natura privatistica del diritto sostanziale, ma la degenerazione che essa produce in un sistema che a tale autonomia rimette integralmente l'andamento del processo, congegnando quest'ultimo in modo da farne non uno strumento di giustizia, ma un'arma vessatoria a disposizione di chi si giova del formalismo, dei tempi lunghissimi e dei costi elevati del processo”*.

¹⁹ *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. IX.

²⁰ Expressão utilizada por Kazuo Watanabe e muitíssimo reproduzida: *Cultura da sentença e cultura da pacificação. Estudos em Homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. Flávio Luiz Yarshell e Mauricio Zanoide de Moraes (coord.). São Paulo: DPJ, 2005.

²¹ Segundo o III Diagnóstico das Defensorias Públicas do Brasil, divulgado pelo Ministério da Justiça em 2009, metade das Defensorias Públicas estaduais possui apenas quinze anos de instalação formal, sendo que há em torno de cinco mil defensores na ativa em todo o território nacional, com uma média de um defensor para trinta e cinco mil pessoas.



grandes centros para se atestar essa penúria assistencial, bastando conferir algumas comarcas no estado do Rio de Janeiro, que, mesmo tendo poucos municípios e contando com um bem estruturado serviço de Defensoria Pública, não possuem um sistema de conciliação e mediação próximo de ser satisfatório.

Em pesquisa divulgada em março de 2013, a Associação Nacional dos Defensores Públicos e o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada constataram que faltam defensores públicos em setenta e dois por cento das comarcas brasileiras, ou seja, apenas um quarto das comarcas conta com a prestação desse serviço²².

Não se pode prescindir desses dados e dessa realidade quando se trata de questões processuais, porque, entre outras razões, *“las formas de solución de conflictos son en gran parte um reflejo de la cultura en la cual se integran; no son un sistema autónomo fundamentalmente producto de expertos y especialistas aislados”*²³.

Nesse contexto, não parece adequado demonstrar um entusiasmo abstrato com a ideologia de alternativas em relação ao Judiciário, quando a própria prestação estatal apresenta tais carências que, necessariamente, refletem-se na ausência de profissionais capacitados para o exercício da mediação e da conciliação extrajudiciais.

Vivemos em uma realidade na qual a busca pelo Judiciário não é só natural como é quase obrigatória para significativa parcela da população²⁴.

Isso não significa, contudo, que deva haver uma postura resignada da academia e, em uma espécie de conformismo sociológico, ignorar as formas alternativas de resolução de

²² A pesquisa está integralmente disponível no endereço www.ipea.gov.br/sites/mapadefensoria.

²³ CHASE, Oscar G. *Derecho, cultura y ritual: sistemas de resolución de controversias en un contexto intercultural*. Fernando Martín Diz (trad.). Madrid: Marcial Pons, 2011, p. 21. Sobre a relação entre a cultura e as alternativas para resolução dos conflitos: TARUFFO. *Una alternativa a las alternativas: modelos de resolución de conflictos. Páginas sobre Justicia Civil*. Maximiliano Aramburo Calle (trad.). Madrid: Marcial Pons, 2009.

²⁴ Interessante observação de Taruffo no sentido de que o incentivo à utilização dos meios alternativos revela uma face “dramaticamente negativa”, por apostar na disfuncionalidade da justiça estatal e apontar para uma “fuga da jurisdição” (Una alternativa...cit., pp. 115/116 e 120). Essa fuga da jurisdição estatal é bem descrita por Paula Costa e Silva: *A Nova Face da Justiça: os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias*. Lisboa: Coimbra, 2009, pp. 19/21.



conflitos, não só porque se trata de uma exigência contemporânea²⁵, como também porque é uma realidade prática, ainda que em escala menor, além do fato de que a relação entre a doutrina e a cultura é de recíproca influência²⁶.

Pretende-se, portanto, propor a valorização do consenso das partes que visa a produzir efeitos em um processo jurisdicional, isto é, aposta no acordo tendo em vista o processo jurisdicional estatal, que, em certo sentido, torna-se uma alternativa às alternativas²⁷.

Como afirma Michele Taruffo, “dado que la jurisdicción sigue siendo la primera y principal alternativa, las técnicas de mediación y de arbitraje pueden emplearse *en el contexto* de la jurisdicción. En este sentido, hay un espacio amplio para soluciones nuevas, que pongan a los ciudadanos realmente en posición de resolver suas controversias de manera equitativa, legítima y eficiente”²⁸.

Evidentemente a penúria estrutural antes retratada afeta toda e qualquer forma de consenso²⁹, mas, por ser o processo frequentemente o último refúgio da cidadania, com mais razão trata-se de um espaço para que os direitos fundamentais se realizem em sua plenitude, notadamente o exercício de um contraditório efetivo que observe a autonomia das partes.

²⁵ Cf., SILVA, Paula Costa e. *A Nova Face...* cit.

²⁶ CHASE, ob. cit., pp. 25 e 185/188. E nem há exclusivamente influência cultural na formação dos modelos de prova, mas também incidem outras tantas influências, como o modo com que se administra a atividade judicial, cabendo registrar que, na evolução histórico-cultural, o que se mostra ultrapassado em dado momento foi uma verdadeira evolução no passado. Nesse sentido, por exemplo, o sistema de provas legais foi uma relevante iniciativa para superar os modelos de provas irracionais (DENTI, Vittorio. *La evolucion...*cit., pp. 81/81).

²⁷ TARUFFO. *Una alternativa...*cit., pp. 120/125. Trata-se apenas de um jogo retórico, já que não se desconhece que a mediação e a conciliação podem ser obtidas no decorrer do processo, ainda que, repita-se, a qualificação exigida para que seja realizada com técnica adequada é bastante precária. Sobre o uso retórico da situação, mas com enfoque diverso sobre o mesmo texto de Taruffo: SILVA, Paula da Costa e. *A Nova Face...*cit., p. 36.

²⁸ Idem, p. 126. Ressalvo discordância com o autor por ele conferir demasiado protagonismo ao juiz na proposição de adaptações procedimentais (p. 124, especialmente).

²⁹ Especificamente sobre a mediação, é esclarecedor o estudo de Fernanda Tartuce: *Mediação nos Conflitos Civil*. São Paulo: Método, 2008. Confira-se, ainda, a Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça, bem como o estudo que a contextualiza: LUCHIARI, Valeria Ferioli Lagastra. *Mediação Judicial*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. Registre-se, porém, que, como qualquer método de resolução de conflitos, a mediação e a conciliação não são alternativas neutras ou essencialmente benevolentes e podem tornar-se espaço para amplificar a desigualdade entre as partes, com a sobreposição do “mais forte” sobre o “mais débil” (TARUFFO. *Una alternativa...*cit., p. 117). Acerca de um absoluto ceticismo em relação a qualquer modalidade de acordo, incluindo a mediação: FISS, Owen. *Contra o acordo. Um Novo Processo Civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. Daniel Silva e Melina Mós (trad.). São Paulo: RT, 2004, *passim*, sendo que especificamente sobre o “desequilíbrio de poder” nas pp. 124/128.



2. O processo civil brasileiro, a ideologia e a cultura

Não é fácil, “quando se sai dos tipos ideais puros e se entra na história, com suas mesclas e impurezas”³⁰, fixar com exatidão o âmbito ideológico e cultural de um processo estatal, sobretudo porque inexistem compartimentos estanques que forneçam um exato modelo de processo em determinada quadra histórica recente, na medida em que componentes privatistas e publicistas convivem ao longo do tempo, ainda que em uma relação um tanto difícil³¹.

No processo civil brasileiro, há dois dados fundamentais que indicam o caminho cultural e ideológico da formação da teoria processual.

O primeiro relaciona-se com a história política do século vinte, especialmente nos momentos em que houve as codificações processuais, em que havia reconhecida postura autoritária e escopo de concentrar poderes nas mãos do Estado.

O segundo dado vincula-se a uma influência doutrinária europeia que moldou toda doutrina daquele tempo, com evidente influência na doutrina posterior.

Sobre esse específico ponto, vale transcrever excerto de importante trabalho de Daniel Mitidiero sobre o tema:

“É com o Código Buzaid que sentimos, em toda a sua extensão, a força da invasão da cultura jurídica europeia sobre o processo civil brasileiro. [...] O processo civil nasce no final do século XIX, na Alemanha, profundamente influenciado pela pandectística. Isto irremediavelmente marca o direito processual civil com uma característica cientificista, que acaba por determinar sua neutralidade em relação à cultura. O programa alemão

³⁰ FAORO, Raymundo. Ob. cit., p. 17.

³¹ “dada a impossibilidade de que um processo seja exclusivamente adversary ou exclusivamente inquisitório, o deslocamento do ponto de equilíbrio entre os poderes e as prerrogativas das partes, de um lado, e os do juiz, do outro, é suscetível de produzir uma reviravolta no espírito de um sistema jurídico no que concerne ao verdadeiro caráter do processo civil” (JOLOWICZ, J. A. A reforma do processo civil inglês: uma derrogação do adversarial system? José Carlos Barbosa Moreira (trad.). *Revista Forense*, Vol. 328. Rio de Janeiro: Forense, outubro/dezembro de 1994, p. 61). Cf., ainda, PISANI. Pubblico e privato nel processo civile. *Revista de Processo* nº 207. São Paulo: RT, maio de 2007, *passim*.



para ciência do processo é encampado pela doutrina italiana da primeira metade do século XX, daí aportando para o direito brasileiro. O Código Buzaid marca a consagração do Processualismo no Brasil, relevando na sua disciplina as lições da Escola Histórico-Dogmática italiana, de que tributário. Do ponto de vista estrutural, organiza-se de modo a propor como esquema padrão para tutela dos direitos o trinômio processual cognição-execução forçada-cautela. Ao lado desta estrutura, o Código Buzaid acaba tendo em conta a realidade social e os direitos próprios da cultura oitocentista, por força do neutralismo inerente ao Processualismo e por ter levado em consideração como referencial substancial o Código Bevilacqua, o que redundou na construção de um processo civil individualista, patrimonialista, dominado pelos valores da liberdade e da segurança, pensado a partir da ideia de dano e vocacionado tão somente à prestação de uma tutela jurisdicional repressiva”³².

Esse trecho transcrito fornece valiosos subsídios para uma análise inicial. O primeiro ponto está precisamente na demonstração da influência da doutrina europeia do final do século XIX, mas, ao contrário do que sabidamente ocorreu no início do século XX naquele continente, com o início da preocupação com o publicismo e com a visão social do processo a partir de Klein³³, aqui se buscou uma mescla entre o processo liberal com uma postura autoritária.

³² Prossegue o autor: “Utilizamos a expressão Código Buzaid, a uma, para denotar a existência de um verdadeiro sistema processual proposto por Alfredo Buzaid, e, a duas, para separar este sistema do modelo processual hoje vigente, para o qual reservamos a expressão Código Reformado. O Código Buzaid, como sistema, teve vigência entre nós de 1974 a 1994, ano em que se iniciaram as reformas estruturais do Código de Processo Civil. Ultimadas estas reformas em 2006, pode-se cogitar hoje de um novo sistema processual civil, o Código Reformado, a que a doutrina vem tentando incansavelmente imprimir ordem e unidade” (O processualismo e a formação do Código Buzaid. *Revista de Processo*, nº 183 São Paulo: RT, maio de 2010, pp. 185, 190/191 e 176, nota 30, respectivamente).

³³ Cf. OLIVEIRA, Carlos Albero Alvaro. *Do Formalismo no Processo Civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, especialmente itens 4.5 e 4.6. Amplamente: NUNES, Dierle. *Processo Jurisdicional Democrático*. Curitiba: Juruá, 2008. Sobre o tema: “o grande êxito de Klein consistiu na compreensão sociológico-



Note-se que um dos argumentos mais utilizados para se afastar a efetiva participação das partes no processo civil é a ruptura com uma “visão liberal do processo”, mas o processo civil brasileiro é pródigo em estruturas liberais³⁴. Pois a codificação processual brasileira, sem que tenha havido um efetivo Estado liberal no país³⁵, afastou a prominência privada própria do liberalismo e instituiu o publicismo para garantia do próprio pensamento liberal³⁶, em uma miscelânea ideológica difícil de catalogar.

Quanto ao reforço da autoridade estatal, nada mais ilustrativo e eloquente do que a transcrição de trecho da Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 1939, de autoria de Francisco Campos:

“O primeiro traço de relevo na reforma do processo haveria, pois, de ser a função que se atribui ao juiz. A direção do processo deve caber ao juiz; e este não compete apenas o papel de zelar pela observância formal das regras processuais por parte dos litigantes, mas o de intervir no processo de maneira, que este atinja, pelos meios adequados, o objetivo de investigação dos fatos e descoberta da verdade. Daí a largueza com que lhe são conferidos poderes, que o processo antigo, cingido pelo rigor de princípios privatísticos, hesitava em lhe reconhecer. Quer na direção do

econômica da instituição processual [...] Das normas processuais modernas, o processo austríaco foi o primeiro que tomou a sério a efetivação do conhecimento de que o processo seria uma manifestação social das massas e deveria ser organizado como instituição de bem público” (SPRUNG, Rainer. Os fundamentos do direito processual austríaco. *Revista de Processo* nº 17, São Paulo: RT, janeiro/março de 1980, p. 149) .

³⁴ Além do referido trabalho de Mitidiero, há o fundamental *Processo e Ideologia*, de Ovídio Baptista da Silva, já citado, e a coletânea de estudos de sua autoria publicada como *Jurisdição, Direito Material e Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. Veja-se, também, o capítulo 2 de NEUMANN, Franz. *Estado Democrático e Estado Autoritário*. Luiz Corção (trad.). Rio de Janeiro: Zahar, 1969.

³⁵ CLARO, Roberto del. *Direção Material do Processo*. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo: 2009, pp. 203/206 (nessa tese encontra-se interessante estudo sobre os poderes do juiz na Alemanha, onde o autor estudou e onde efetivamente o pensamento liberal se fez presente em sua plenitude). Outro ponto a ser questionado é o conceito de liberalismo do qual se faz uso. Na realidade, não houve apenas um único pensamento liberal e a análise do Liberalismo se mostra bastante complexa: MERQUIOR, José Guilherme. *O Liberalismo Antigo e Moderno*. Henrique de Araújo Mesquita (trad.). Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1991. BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001. RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. Álvaro de Vita (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2011.

³⁶ Acerca dessa “miscelânea ideológica”, convém consultar as observações de Cappelletti em *Processo, Ideologias, Sociedad*. Santiago Sentís Melendo e Tomás A. Banzhaf (trad.). Buenos Aires: EJE, 1974, pp. 99/100.



processo, quer na formação do material submetido a julgamento, a regra que prevalece, embora temperada e compensada como manda a prudência, é a de que o juiz ordenará quanto for necessário ao conhecimento da verdade. Prevaleceu-se o Código, nesse ponto, dos benefícios que trouxe ao moderno direito processual a chamada concepção publicística do processo. Foi o mérito dessa doutrina, a propósito da qual deve ser lembrado o nome de Giuseppe Chiovenda, o ter destacado com nitidez a finalidade do processo, que é a atuação da vontade da lei num caso determinado. Tal concepção nos dá, a um tempo, não só o caráter público do direito processual, como a verdadeira perspectiva sob que devemos considerar a cena judiciária em que avulta a figura do julgador. O juiz é o Estado administrando a justiça; não é um registro passivo e mecânico de fatos, em relação aos quais não o anima nenhum interesse de natureza vital. Não lhe pode ser indiferente o interesse da justiça. Este é o interesse da comunidade, do povo, do Estado, e é no juiz que um tal interesse se representa e personifica. Nem se diga que essa autoridade conferida ao juiz no processo está intimamente ligada ao caráter mais ou menos autoritário dos regimes políticos. É esta a situação dos juízes na Inglaterra: esta, a situação pleiteada para eles, nos Estados Unidos, por todos quantos se têm interessado pela reforma processual”.

Antes de prosseguir na análise dessa postura ideológica, convém estabelecer desde já que inexistente relação entre privatismo e democracia e publicismo e ditadura ou qualquer outra combinação entre esses esquemas políticos³⁷. Isso é importante sobretudo para não vincular os

³⁷ Cf., TARUFFO. Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa. *La Prueba*. Laura Manríquez e Jordi Ferrer Beltran (trad.). Madrid: Marcial Pons, 2008, pp. 160/164. Análise sucinta e precisa em CÂMARA, Alexandre Freitas. Poderes instrutórios do juiz e processo civil democrático. *Revista de Processo*, nº 153. São Paulo: RT, novembro de 2007, pp. 37/38. Também BARBOSA MOREIRA: O neoprivatismo no processo civil. *Temas de Direito Processual (nona série)*. São Paulo: Saraiva, 2007, item 4. Se nos valermos do sintético conceito de ditadura elaborado por Franz Neumann, veremos que esse sistema é possível tendo como base o privatismo e o publicismo: “governo de



pensamentos doutrinários que propugnaram o publicismo processual e foram contemporâneos de governos totalitários, sem que haja uma necessária relação entre as situações³⁸.

*uma pessoa ou de um grupo de pessoas que se arrogam o poder e o monopolizam, exercendo-o sem restrições” (Estado Democrático e Estado Autoritário. Luiz Corção (trad.). Rio de Janeiro: Zahar, 1969, p. 257). Pense-se, por exemplo, nos processos em países comunistas, em que a publicização atingiu grau máximo (cf. CAPPELLETTI. *Processo, Ideologias, Sociedad*. Santiago Sentís Melendo e Tomás A. Banzhaf (trad.). Buenos Aires: EJE, 1974, pp. 86/87).*

³⁸ Insuperáveis, no ponto, as observações de TARUFFO, cujas transcrições, posto longas, mostram-se fundamentais: *“Ciò che il fascismo apporta di proprio sotto questo profilo è essenzialmente il riferimento, frequente e diffuso con varia intensità nella dottrina degli anni trenta, al principio autoritario; nel processo civile, ciò significa da un lato l'adesione alla concezione pubblicistica del processo - che esalta il ruolo dello Stato nella soluzione dei conflitti -, e dall'altro la tendenza ad un consistente rafforzamento dei poteri del giudice rispetto a quelli delle parti. Tuttavia, se si trascurano le formule derivanti dal linguaggio dell'epoca - spesso usate come mere clausole di stile apposte per piaggeria o conformismo anche a trattazioni di contenuto strettamente tecnico -, è facile osservare che su entrambi i punti il fascismo non inventa nulla di nuovo, e si limita a dare una riverniciatura terminologica a principi ormai ampiamente elaborati e diffusi nella dottrina sul processo civile, indipendentemente dall'orientamento ideologico dei suoi esponenti. Già con Chiovenda, come si visto più sopra, l'ultima dottrina liberale aveva posto il problema della riforma del processo nei termini della concezione pubblicistica e dell'aumento dei poteri del giudice, ravvisandovi i principi necessari per la razionalizzazione e l'ammodernamento funzionale del processo civile. Come pure si è visto, l'importanza e il successo dell'impostazione chiovendiana derivano soprattutto dal fatto che nei termini della concezione liberale 'pura' i problemi della semplicità e rapidità del processo possono trovare soluzione, sicché l'alternativa diventa quella di risolvere questi problemi superando i limiti della tradizione ottocentesca, o rimanere nel solco di questa tradizione senza però affrontare seriamente la crisi endemica della giustizia civile. Ne deriva che quando il fascismo - soprattutto con i progetti Solmi - recepisce i temi della pubblicizzazione del processo e dell'aumento dei poteri del giudice, lo fa in quanto essi sono compatibili con la concezione che il regime ha dello Stato, ma contemporaneamente si allinea su quelle che ormai sono le uniche soluzioni praticabili sul piano tecnico per uscire dall'impasse in cui si era venuta a trovare la concezione liberale 'pura', e dal fallimento delle riforme attuate in epoca prefascista. Ciò non implica che Chiovenda, e gli altri autori che accolgono la concezione pubblicista del processo, siano oggettivi precursori o fiancheggiatori del fascismo; significa invece che il fascismo recepisce idee e soluzioni che appaiono le uniche - sul piano tecnico e indipendentemente da opzioni ideologiche - capaci di ispirare riforme potenzialmente efficaci. Certo, il fascismo esalta queste idee e le traduce in termini più consoni alla sua ideologia (oltre che alla sua retorica e al suo gusto letterario quanto mai mediocre), ma si tratta appunto di una recezione, no di una creazione dell'ideologia fascista, né di concezioni definibili come 'oggettivamente fasciste'” (La Giustizia Civile in Italia dal '700 a Oggi. Bologna: Mulino, 1980, pp. 244/245). Prossegue o autor: “L'obbiettivo della polemica di Chiovenda non è l'autonomia privata, né tanto meno la natura privatistica del diritto sostanziale, ma la degenerazione che essa produce in un sistema che a tale autonomia rimette integralmente l'andamento del processo, congegnando quest'ultimo in modo da farne non uno strumento di giustizia, ma un'arma vessatoria a disposizione di chi si giova del formalismo, dei tempi lunghissimi e dei costi elevati del processo. Per contro, l'ideale di Chiovenda è quello di un processo rapido, semplice e concentrato, e dunque efficiente: l'ormai lunga esperienza compiuta sul codice del 1865 mostra però che per giungere a questo scopo il far perno sull'autonomia delle parti private è il mezzo sbagliato, sicché altro non rimane che affidarsi ad un deciso ampliamento dei poteri del giudice [...] Non si è però ad un'ideologia autoritaria dello Stato e della società civile, ma solo al convincimento che il funzionamento del processo non debba essere valutato solo nell'ottica della parte cui prodest una giustizia lenta e inefficiente, bensì dal più generale punto di vista di un interesse pubblico a che il diritto sostanziale leso trovi rapida ed efficace attuazione. Al di là delle sovrastrutture dogmatiche e sistematiche che a volte appesantiscono l'elaborazione chiovendiana non si può d'altronde negare che essa sia storicamente giustificata [...] Il programa di Chiovenda è dunque consono allo 'spirito del tempo', ma non perchè sia pervaso da un'ideologia autoritaria precorritrice del fascismo, bensì perchè*



Acerca do impacto doutrinário e ideológico decorrente da codificação brasileira antes citada, é bastante eloquente a apreciação de Machado Guimarães:

“Temos para nós, porém, que esse caráter inquisitório do processo resulta do reconhecido bom-senso inglês, sempre tão sensível às necessidades de ordem prática, e que empresta às suas concepções filosóficas e jurídicas uma acentuada coloração pragmática. Reconhecendo que o processo autoritário é mais apto à consecução do seu escopo, adotam-no convictamente os ingleses, sem abjurar os seus velhos e caros princípios liberais”, afirmando expressamente que a experiência demonstra que a liberdade individual das partes não ensejava a consecução do escopo de pacificação social, razão pela qual deveria “ceder o passo à autoridade do Estado, manifestada através do órgão de jurisdição”³⁹.

Esse trecho é bastante ilustrativo daquilo que foi observado por Mitidiero e também do que foi dito acerca da mescla entre liberalismo e autoritarismo (no sentido processual do termo), aproximando-se do que se pode chamar do “mito do bom juiz”, que habitou boa parte da doutrina, como se pode ver em Friedrich Stein: *“solo mediante la más absoluta libertad pueden ser útiles a la finalidad de la administración de já justicia toda la formación,*

interpreta coherentemente la crisi della ideologia liberale 'pura' applicata al processo civile ” (pp. 191/192). Cf., ainda, CIPRIANI, Franco. *Ideologie e Modelli del Processo Civile: saggi*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2001. TARELLO, Giovanni. *Storia della Cultura Giuridica Moderna: assolutismo e codificazione del diritto*. Bologna: il Mulino, 2010 (1976). *Dottine del Processo Civile: studi storici sulla formazione del diritto processuale civile*. Bologna: Il Mulino, 1989, cuja apreciação sobre a obra de Chiovenda, especialmente nas pp. 200/214, difere-se da elaborada por Taruffo. Sobre a influência política na história do direito, além do aspecto cultural: CAENEGEM, R. C. van. *Juízes, Legisladores e Professores*. Luís Carlos Borges (trad.). São Paulo: Campus, 2010, *passim*, com ênfase da ideia na p. 76.

³⁹ Processo autoritário e regime liberal. *Estudos de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Jurídica e Universitária, 1969, pp. 133 e 136 (o ensaio foi originalmente publicado em 1940). Não deixa de ser curiosa a referência ao processo inglês, que, ao menos na época em que o artigo foi publicado, era clássica a passividade judicial (cf. ANDREWS, Neil. *O Moderno Processo Civil: formas judiciais e alternativas de conflitos na Inglaterra*. 2ª ed. Teresa Arruda Alvim Wambier (orientação e revisão da tradução). São Paulo: RT, 2012, p. 58. BARBOSA MOREIRA. Uma novidade: o código de processo civil inglês. *Temas de Direito Processual: Sétima série*. São Paulo: Saraiva, 2001, pp. 182/187. A revolução processual inglesa. *Temas de Direito Processual: Nona série*. São Paulo: Saraiva, 2007). Uma aborgagem crítica sobre o CPC de 39 pode ser lida em SANTOS, Moacyr Amaral. Contra o processo autoritário. *Revista de Direito Processual Civil*. Vol. 1º. São Paulo: Saraiva, 1960, pp. 30/44. CHASE, ob. cit., pp. 94/95.



*experiencia y ciencia que nuestros jueces poseen*⁴⁰. A origem de tal pensamento foi muitíssimo bem detectada por Castro Mendes: “A luta que a doutrina processualista, sobretudo alemã, travou no século passado contra o regime da prova legal e a favor do regime da livre apreciação das provas, levou à aceitação, muitas vezes meramente subconsciente, da ideia de que basta livrar o juiz de todas as cadeias que o prendiam e permitir-lhe procurar a verdade, para esta ser atingida. Era ainda o mito romântico da bondade, da perfeição inata do Homem”⁴¹.

O processualismo brasileiro prosseguiu nessa assepsia cultural⁴² e, ainda que apostando na preeminência judicial, concedendo, ao menos abstratamente, amplos poderes para juiz, o Código de Processo Civil de 1973 é considerado uma legislação individualista, patrimonialista e, originalmente, com cunho eminentemente repressivo⁴³.

Diante desse cenário, com evidente descompasso entre a ideologia da codificação processual civil e a realidade cultural, houve uma “rebelião da prática”⁴⁴ e entretantes surgiu uma legislação dedicada aos direitos transindividuais a partir da década de oitenta⁴⁵, culminando com a edição da Constituição, que deve – ou deveria – imprimir um novo modelo de processo civil. Entretanto, o que se viu na década de noventa do século XX, ao lado de importantes afirmações de direitos fundamentais e dos direitos transindividuais, foi uma

⁴⁰ STEIN, Friedrich. *El Conocimiento Privado del Juez*. 2ª ed. Andrés de la Oliva Santos (trad.). Bogotá: Temis, 1999, p. 124. E ainda dizia Stein: “La prueba que hay que practica en el proceso no es una prueba dialéctica, lógica, que simplemente pasa de unos supuestos dados a unas conclusiones determinadas, sino una prueba histórica que pretende despertar en su receptor, el juez, mediante percepciones sensoriales, la representación de lo que se trata de probar” (p. 7). “La libre valoración da prueba ha desligado al juez de las ataduras que antiguamente le impedían poner todo el tesoro de su experiencia de la vida al servicio de la averiguación de la verdad” (p. 41). “Solo mediante la más absoluta libertad pueden ser útiles a la finalidad de la administración de já justicia toda la formación, experiencia y ciencia que nuestros jueces poseen” (p. 124). Esses trechos bem ilustram o impacto ideológico-cultural na evolução do estudo do direito probatório e a necessidade de contextualizar um estudo que é extremamente importante, mas, como não poderia ser de outra forma, foi um produto de seu tempo.

⁴¹ *Do Conceito de Prova em Processo Civil*. Lisboa: Ática, s/d., p. 389.

⁴² “É fundamental perceber que o Processualismo impôs à ciência processual uma atitude neutra com relação à cultura. Ao fazê-lo, acabou perenizando determinado contexto cultural. Ao isolar o direito da realidade social, congelou a história no momento de realização de seu intento. O direito processual civil, ao seguir o programa da pandectística alemã, encampado logo em seguida pelo método italiano, veio se reproduzir ao longo de boa parte do século XX a realidade social do século XIX” (MITIDIÉRO. *O processualismo...cit.*, p. 182).

⁴³ *Idem*, pp. 182/190. Cf., também, os trabalhos de Ovídios Baptista da Silva já citados.

⁴⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. São Paulo: RT, 2004, p. 81.

⁴⁵ Sem olvidar a Lei de Ação Popular, mas que teve seu estudo renovado a partir da legislação da década de oitenta.



incessante busca pela celeridade, ainda que em prejuízo precisamente de alguns direitos fundamentais, olvidando-se a célebre advertência de Barbosa Moreira: *“se uma Justiça lenta demais é decerto uma Justiça má, daí não se segue que uma Justiça muito rápida seja necessariamente uma Justiça boa. O que todos devemos querer é que a prestação jurisdicional venha a ser melhor do que é. Se para torná-la melhor é preciso acelerá-la, muito bem: não, contudo, a qualquer preço”*⁴⁶⁻⁴⁷.

Após esse ligeiro panorama sobre o processualismo brasileiro, defende-se neste texto que há maturidade cultural suficiente para receber a autonomia das partes do processo, sem que isso signifique qualquer privatização, mas tão-somente o almejado encontro do processo com a Constituição.

O balizamento à autonomia privada deve ser fornecido pela mesma fonte que a fundamenta, isto é, a perspectiva constitucional, de modo que soa como um desvio de perspectiva pensar o processo hoje em dia sem a inclusão das partes.

Como assinala Dierle Nunes, “uma das chaves mestras dessa releitura do sistema processual passa pela percepção da importância da participação, ou melhor, da comparticipação que permita o exercício pelo cidadão (economicamente débil ou não) de sua autonomia pública e privada no processo. Não é o caso de associar-se a novos sacerdotes, mas simplesmente de reconhecer a importância institucional de todos os sujeitos processuais no sistema de aplicação da tutela”⁴⁸.

O verdadeiro cisma existente entre o cidadão e processo estatal deve encontrar alguma alternativa para ser superado, o que não será possível por meio da exclusão continuada da autonomia da parte no contexto processual⁴⁹, permanecendo atual a impressão de Nelson

⁴⁶ O futuro da justiça: alguns mitos” (*Temas de Direito Processual – 8ª série*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 5. Os “mitos” tratados no referido texto são: 1) “a rapidez acima de tudo (ou: quanto mais depressa, melhor)”; 2) “a fórmula mágica (ou abracadabra)”; 3) “supervalorização de modelos estrangeiros (ou a galinha da vizinha é sempre mais gorda que a minha”; 4) “onipotência da norma (ou vale o escrito)”, pp. 2/13).

⁴⁷ Cf., NUNES, Dierle. *Processo Jurisdicional...cit.*, pp. 154/155.

⁴⁸ Idem, p. 198.

⁴⁹ Como afirmam DENTI e TARUFFO: *“il rapporto tra il cittadino e la giustizia deve ancora trovare un modo di essere che superi la separatezza e la condizione alienante che tuttora in larga misura lo caratterizzano [...] Probabilmente, una delle vie per superare questa frattura È quella di recuperare un più ampio spazio alla partecipazione popolare*



Saldanha: “O que tem faltado ao privatismo brasileiro é uma delimitação histórico-social, que deveria provir do espírito público e que temperaria e reordenaria suas manifestações. Ao estatismo brasileiro o que tem faltado é uma identificação maior com a realidade nacional e com as necessidades populares – raramente consultadas -, de onde lhe proviria uma maior substancialidade histórica e também uma flexibilidade mais eficiente: tem-lhe faltado ser publicismo”⁵⁰.

Como já mencionado, parece que grassa no estudo do processo uma espécie de trauma que o modelo processual do século XIX causou na doutrina, porque, mesmo se admitindo que o modelo compatível com a atual quadra histórica vincula-se a garantias constitucionais, reserva-se exclusivamente à jurisdição estatal a função de tutora.

Com efeito, persiste a ideia de que a solução para uma atuação jurisdicional estatal eficiente e constitucionalmente adequada se encontra no próprio robustecimento dos poderes judiciais, como se a hipertrofia fosse a terapia para a dismorfia.

Reitero que não se trata de desacreditar o processo jurisdicional estatal como local apropriado para a realização de direitos, tanto assim que este texto tem seu objeto delimitado precisamente por uma espécie de acordo que só se justifica em virtude de um processo estatal. Entretanto, o que motiva o presente artigo é justamente a desvinculação prática e discursiva das partes do processo estatal, radicalizando a aversão ao pensamento de que o processo é coisa das partes e as excluindo definitivamente da disciplina de fases processuais fundamentais.

3. Um exemplo paradigmático: a distribuição “dinâmica” do ônus da prova

Se o processo atual fosse comparado à imagem de uma equação matemática, as partes assumiriam a função do “fator comum em evidência” e permaneceriam externas à relação que se desenvolveria entre parênteses.

all'amministrazione della giustizia, sai nella fase organizzativa che nella fase propriamente giurisdizionale” (La Giustizia Civile: lezioni introduttive. Bologna: Il Mulino, 2004, p. 43).

⁵⁰ *O Jardim e a Praça: ensaio sobre o lado privado e o lado público da vida social e histórica.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986, p. 29.



Soa-me heterodoxo, por exemplo, a ênfase que, corretamente, voltou a ser dada ao contraditório e à cooperação e, entretanto, não se conferiu também enfaticamente um papel preeminente às partes em tantos outros momentos processuais, especialmente em questões probatórias. Nada mais eloquente nesse sentido do que o debate sobre a “teoria dinâmica” do ônus da prova⁵¹, em que praticamente não se vê a referência à participação das partes na

⁵¹ Para fins de ilustração, essa teoria, com essa denominação, é especificamente examinada nos seguintes trabalhos da doutrina brasileira: SOUZA, Wilson Alves de. Considerações sobre a doutrina das cargas probatórias dinâmicas. *Revista jurídica dos Formandos em Direito da UFBA*, vol. VI. Salvador: Universidade Federal da Bahia, 1996. DALL’AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. Distribuição dinâmica dos ônus probatórios. *RT*, vol. 788, junho de 2001. KFOURI NETO, Miguel. *Culpa Médica e Ônus da Prova*. São Paulo: RT, 2002, pp. 137/146. CÂMARA, Alexandre Freitas. Doenças preexistentes e ônus da prova: o problema da prova diabólica e uma possível solução. *Revista Dialética de Direito Processual*, nº 31, outubro de 2005. CAMBI, Eduardo. *Prova Civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: RT, pp. 340/346. KNIJNIK, Danilo. As (perigosíssimas) doutrinas do “ônus dinâmico da prova” e da “situação do senso comum” como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a *probatio diabolica*. *Processo e Constituição: Estudos em Homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006. DIDIER JR., Fredie. *Curso de Processo Civil*, vol. 1. 6ª ed. Salvador: JusPodivum, 2006, pp. 519/522. SOARES, Fábio Costa. Ob. cit., pp. 176/182. CREMASCO, Suzana Santi. *A Distribuição Dinâmica do ônus da Prova*. Rio de Janeiro: GZ, 2009. CARPES. *Ônus Dinâmico da Prova*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. ZANETI, Paulo Rogério. *Flexibilização das Regras sobre o Ônus da Prova*. São Paulo: Malheiros, 2011. PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O Ônus da Prova no Direito Processual Civil*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2012. LOPES, João Batista. Ônus da prova e teoria das cargas dinâmicas no novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, nº 204. São Paulo: RT, fevereiro de 2012. GARCIA, André Almeida. A distribuição do ônus da prova e sua inversão judicial no sistema processual vigente e no projetado. *Revista de Processo*, nº 208. São Paulo: RT, junho de 2012. MACHADO, Marcelo Pacheco. Ônus estático, ônus dinâmico e inversão do ônus da prova: análise crítica do projeto de novo código de processo civil. *Revista de Processo*, nº 208. São Paulo: RT, junho de 2012. COUTO, Camilo José D’Ávila. *Dinamização do Ônus da Prova: teoria e prática*. Doutorado (tese). Universidade de São Paulo, 2011. LUCON, Paulo Henrique dos Santos. COSTA, Guilherme Recena. Formalismo processual e dinamização do ônus da prova. *Processo Civil: estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*. Daniel Mitidiero e Guilherme Rizzo Amaral (coord.). Maria Angélica Echer Ferreira Feijó (org.). São Paulo: Atlas, 2012. Sérgio Cruz Arenhart menciona essa expressão, mas, após noticiar seu amplo uso na jurisprudência norte-americana, prefere a denominação “modificação necessária” do regime do ônus da prova (ob. cit., pp. 357/362). Ada Pelegrini Grinover noticia que, no anteprojeto de um Código de Processo Coletivo por ela coordenado, “a questão do ônus da prova é revisitada, dentro da moderna teoria da carga dinâmica da prova” (Rumo a um Código Brasileiro de Processos Coletivos. *A Ação Civil Pública após 20 anos: efetividade e desafios*. Edis Milaré (coord.). São Paulo: RT, 2005, p. 14). NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor como técnica de distribuição dinâmica da carga probatória. *Revista Dialética de Direito Processual*, nº 75. São Paulo: Dialética, junho de 2009. REDONDO, Bruno Garcia. Distribuição dinâmica do ônus da prova: breves apontamentos. *Revista Dialética de Direito Processual*, nº 93. São Paulo: Dialética, dezembro de 2010. LOPES, João Batista. LOPES, Maria Elizabeth de Castro. O juiz, as regras sobre o ônus da prova e a teoria das cargas dinâmicas. *Panorama Atual das Tutelas Individual e Coletiva*. Alberto Camina Moreira, Anselmo Prieto Alvarez e Gilberto Gomes Bruschi. (Org.). São Paulo: Saraiva, 2011. LOPES, Maria Elizabeth de Castro. Ônus da prova e teoria das cargas dinâmicas no novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, nº 204. São Paulo: RT, fevereiro de 2012. SILVA, Bruno Freire. A inversão e a distribuição dinâmica do ônus da prova no processo do trabalho. *A Prova no Direito Processual Civil: estudos em homenagem ao professor João Batista Lopes*. Olavo de Oliveira Neto. Elias Marques de Medeiros Neto e Ricardo Augusto de Castro Lopes (coord.). São Paulo: Verbatim, 2013. LAGASTRA NETO, Caetano. Carga dinâmica da prova e direito de família – julgamentos emblemáticos. *A Prova no Direito Processual Civil: estudos em*



fixação da disciplina concreta de seus encargos, quando existe uma norma expressa nesse sentido (art. 333, parágrafo único do CPC)⁵². Rigorosamente, em todas as situações em que é possível a inversão dinâmica do ônus da prova igualmente permite-se o estabelecimento de sua fixação convencional, já que não se vislumbra situação em que os requisitos previstos no parágrafo único do artigo 333 do CPC possam ser ignorados pelo juiz, a menos que se entenda que pode o juiz inverter dinamicamente o ônus da prova em casos de indisponibilidade do direito⁵³ ou em casos que se torne impossível o exercício do direito. Sendo assim, é paradigmática a exclusão das partes do regramento da distribuição concreta do ônus probatório.

Ao se buscar uma engenharia normativa para justificar o poder do juiz para distribuir o ônus probatório de acordo com o caso concreto, desprezando-se a norma positivada que autoriza o regramento pelas partes e, *a fortiori*, conjuntamente pelo juiz, revela-se a persistência cultural de um processo sem partes, mesmo em um momento histórico em que a cultura adquirida autoriza, recomenda e até exige o retorno das partes ao processo estatal sem que isso signifique a recusa a toda evolução conquistada com o publicismo. É sintomático o panorama: reconhece-se a insuficiência do regramento abstrato sobre ônus da prova, mas não

homenagem ao professor João Batista Lopes. Olavo de Oliveira Neto. Elias Marques de Medeiros Neto e Ricardo Augusto de Castro Lopes (coord.). São Paulo: Verbatim, 2013. DIDIER JR, BRAGA, OLIVEIRA, ob. cit., pp. 101/108. Na Argentina, além de diversas adesões na jurisprudência, produziu-se uma recente e importante obra coletiva que bem releva a aceitação da teoria: *Cargas Probatorias Dinámicas*. Jorge W. Peyrano (dir.). Inês Lépori White (coord.). Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004. Críticas a essa teoria são bem sintetizadas no citado estudo de Maximiliano García Grande. Mais recentemente, em uma espécie de resposta aos críticos: PEYRANO, Jorge W. Informe sobre la doctrina de las cargas probatorias dinámicas. *Revista de Processo*, nº 217. São Paulo: RT, março de 2013.

⁵² Esse tema, precisamente a partir das convenções das partes sobre o ônus probatório, foi objeto de exame da tese de doutoramento que apresentei na PUC/SP: *Convenções sobre o ônus da prova - estudo sobre a divisão de trabalho entre as partes e os juízes no processo civil brasileiro*. Tese. PUC/SP, 2013.

⁵³ A indisponibilidade do direito é um tema complexo e que não pode mais ser encarado pelos processualistas como se fosse um conceito pré-concebido e ontologicamente perene. Sobre o tema, vale conferir: OLIVERO, Luciano. *L'Indisponibilità dei Diritti: analisi di una categoria*. Torino: G. Giappichelli, 2008. DESSÌ, Ombretta. *L'Indisponibilità dei Diritti del Lavoratore Secondo L'Art. 2113 C.C.* Torino: G. Giappichelli, 2011. GUIDARA, Antonio. *Indisponibilità del Tributo e Accordi in Fase di Riscossione*. Milano: Giuffrè, 2010. MARTEL, Letícia de Campos Velho. Indisponibilidade dos Direitos Fundamentais: conceito lacônico, consequências duvidosas. *Espaço Jurídico*, v. 11, p. 334-373, julho/dezembro de 2010. *Direitos Fundamentais Indisponíveis: Limites e Padrões do Consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida*. UERJ: Tese de doutorado, 2010. NETO, Luísa. *O Direito Fundamental à Disposição sobre o próprio Corpo (a relevância da vontade na configuração do seu regime)*. Coimbra: Coimbra, 2004. ADAMY, Pedro Augustin. *Renúncia a Direito Fundamental*. São Paulo: Malheiros, 2011.



se busca alternativa na solução normativa já existente. Trata-se, sem dúvida, de uma encruzilhada cultural, em que a herança dificulta o encontro com o presente.

Por isso é que se adota a ideia neste texto de que as convenções sobre ônus da prova simbolizam a atual quadra cultural, que, nesse sentido, mostra-se claudicante: valoriza-se o contraditório, mas excluem-se as partes.

Recente julgado do Superior Tribunal de Justiça contemplou os temas ora tratados e, pela pertinência temática, devem ser transcritos trechos da ementa:

"[...] O regime geral, ou comum, de distribuição da carga probatória assenta-se no art. 333, caput, do Código de Processo Civil. Trata-se de modelo abstrato, apriorístico e estático, mas não absoluto, que, por isso mesmo, sofre abrandamento pelo próprio legislador, sob o influxo do ônus dinâmico da prova, com o duplo objetivo de corrigir eventuais iniquidades práticas (a probatio diabólica, p. ex., a inviabilizar legítimas pretensões, mormente dos sujeitos vulneráveis) e instituir um ambiente ético-processual virtuoso, em cumprimento ao espírito e letra da Constituição de 1988 e das máximas do Estado Social de Direito. 3. No processo civil, a técnica do ônus dinâmico da prova concretiza e aglutina os cânones da solidariedade, da facilitação do acesso à Justiça, da efetividade da prestação jurisdicional e do combate às desigualdades, bem como expressa um renovado due process, tudo a exigir uma genuína e sincera cooperação entre os sujeitos na demanda. [...] No Direito Ambiental brasileiro, a inversão do ônus da prova é de ordem substantiva e ope legis, direta ou indireta (esta última se manifesta, p. ex., na derivação inevitável do princípio da precaução), como também de cunho estritamente processual e ope judicis (assim no caso de hipossuficiência da vítima, verossimilhança da alegação ou outras hipóteses inseridas nos poderes genéricos do juiz, emanção natural do seu ofício de condutor e administrador do processo). 6. Como corolário do princípio in dubio pro natura, "Justifica-se a inversão



do ônus da prova, transferindo para o empreendedor da atividade potencialmente perigosa o ônus de demonstrar a segurança do empreendimento, a partir da interpretação do art. 6º, VIII, da Lei 8.078/1990 c/c o art. 21 da Lei 7.347/1985, conjugado ao Princípio Ambiental da Precaução" (REsp 972.902/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 14.9.2009), técnica que sujeita aquele que supostamente gerou o dano ambiental a comprovar "que não o causou ou que a substância lançada ao meio ambiente não lhe é potencialmente lesiva" (REsp 1.060.753/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 14.12.2009)⁵⁴.

Trata-se de julgado inegavelmente relevante, simbólico e que está de acordo com a maioria da doutrina brasileira contemporânea que escreve sobre o tema, especialmente por estender a inversão judicial do ônus da prova à matéria ambiental e por sufragar a insuficiência das regras estáticas que atribuem referido encargo.

Entretanto, do trecho transcrito decorrem algumas características que mais me preocupam do que animam: 1) a miscelânea de princípios invocados, que vem se tornando uma prática comum na jurisprudência e na doutrina brasileiras⁵⁵, como se, por meio de palavras mágicas, as portas da tutela jurisdicional se abrissem para o lado que declamasse mais princípios, quase recriando a clássica sentença literária, que agora seria algo como “se os princípios existem, então tudo é permitido”; no caso citado, no erudito e fundamentado voto, cujo mérito não é o importante a se discutir nesta sede, invocam-se os princípios da “solidariedade, da facilitação do acesso à Justiça, da efetividade da prestação jurisdicional e do combate às desigualdades, bem como expressa um renovado *due process*, tudo a exigir uma genuína e sincera cooperação entre os sujeitos na demanda” e ainda o “princípio da precaução” e o “princípio *in dubio pro natura*”. Questiono se é necessária essa profusão principiológica para

⁵⁴ REsp 883.656/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, julgado em 09/03/2010, DJe 28/02/2012.

⁵⁵ Cf., a crítica abordagem de Marcelo Neves em sua recente tese: *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais*. São Paulo: Martins Fontes, 2013.



permitir a inversão concreta do ônus da prova ou se os princípios são utilizados com a finalidade de conferir autoridade retórica ao argumento; 2) atribuir ao legislador o abrandamento genérico da fixação abstrata do ônus da prova, quando, na realidade, trata-se de uma decisão tópica do juiz, sem autorização normativa expressa *de lege lata*, tanto assim que tantos princípios foram invocados para fundamentar a inversão; questiona-se, pois, a necessidade de compartilhar com o legislador o que, corretamente ou não, deve ser assumido pelo julgador; 3) conferiu-se larga amplitude à possibilidade de o juiz inverter o ônus da prova, afirmando-se na ementa que a providência é possível “no caso de hipossuficiência da vítima, verossimilhança da alegação ou outras hipóteses inseridas nos poderes genéricos do juiz, emanção natural do seu ofício de condutor e administrador do processo”; vê-se, pois, que os poderes judiciais genéricos autorizariam a inversão do ônus da prova, o que me parece um perigoso tratamento da matéria; 4) por fim, nota-se uma vez mais o aspecto ideológico de centrar no juiz uma espécie de heroísmo processual, mas na condição de solista, já que a partes são simplesmente ignoradas na exposição genérica que se faz acerca dos critérios para inversão do ônus da prova (na leitura do inteiro teor verifica-se que o ministro valeu-se em boa medida de uma exposição genérica e teórica sobre a teoria dinâmica, com ampla citação doutrinária).

Além disso, a diversidade de critérios utilizados pelos juízes para a inversão dinâmica do ônus da prova, como hipossuficiência, proximidade com a prova, facilidade para obtê-la, “normalidade” ou “anormalidade” do fato a se provar, entre outras, pode significar uma fragilidade sistêmica e uma insegurança processual indesejáveis, sem contar a possibilidade de a imparcialidade restar arranhada⁵⁶. Essa inversão afeta igualmente a dimensão subjetiva do ônus da prova, porque elimina toda a previsibilidade necessária para a avaliação das chances e riscos no decorrer do processo. O problema se agrava profundamente se o juiz entender que essa inversão do ônus da prova integra a decisão final, surpreendendo as partes, o que faz do processo uma cilada ritualística ante a ausência de qualquer norma preexistente nesse particular. Mas a principal crítica que vislumbro nesse contexto é o completo solipsismo do juiz

⁵⁶ Aqui a situação é diversa da que incide na discussão sobre os poderes instrutórios, na medida em que a inversão do ônus da prova sabidamente pode definir o julgamento. Cf. TARUFFO. *La Semplice Verità: Il giudice e la costruzione dei fatti*. Roma: Laterza, 2009, p. 234 (essa obra recebeu tradução para o espanhol e para o português, ambas editadas pela Marcial Pons).



em que apostam a doutrina e a jurisprudência favoráveis à ampla flexibilização do ônus probatório. Impressiona que não se mencione a possibilidade, ou melhor, a necessidade de o juiz não só comunicar às partes, mas principalmente integrá-las da tomada de decisão sobre a distribuição concreta do ônus probatório.

Defender a possibilidade de o juiz inverter topicamente o ônus da prova, mas não mencionar a participação das partes nesse contexto decisório, é sintomático e revela muito de nossa cultura processual.

Note-se que, mesmo diante de uma norma expressa no Código de Processo Civil brasileiro há décadas que autoriza convenções sobre o ônus da prova e que tais disposições não podem impossibilitar a defesa do direito em litígio, o critério para a inversão do ônus da prova no caso concreto continua a ser considerado como ato exclusivo do juiz.

Poder-se-ia argumentar que, se as partes mantiveram-se silentes, não houve interesse na disciplina privada das regras sobre ônus da prova. Esse argumento impressiona, mas não convence. Entre as funções do juiz está o respeito e o estímulo da participação das partes, inclusive quanto à conciliação em relação ao mérito do processo, não soando razoável entender que a distribuição do ônus da prova não possa ser decidida de modo compartilhado. Além disso, vem sendo construída toda uma argumentação principiológica para demonstrar que é necessário um modelo cooperativo do processo, com uma atuação paritária do juiz e das partes, o que é adequado também para a administração das regras sobre ônus probatório. Na realidade, a rigor, a possibilidade de convenções sobre ônus da prova deveria servir como mais um componente para fundamentar um processo cooperativo e não se valer de uma construção teórica para justificar a máxima efetivação de um dispositivo já existente, mas, diante do esquecimento da possibilidade convencional, vislumbra-se aqui mais um argumento para a utilização do instituto. Acrescente-se, ainda, que o protagonismo judicial que impera em nosso sistema processual, ao menos desde o Código de 1939, e toda a construção da doutrina processual brasileira formada em meado do século passado, que, por sua vez, formou todas as gerações seguintes dedicadas ao apuro conceitual e ao estabelecimento de bases publicistas do processo, a autonomia privada foi praticamente excluída da prática forense – houve uma



espécie de extromissão da autonomia – e a possibilidade de convenções processuais caiu em uma espécie de esquecimento normativo, como se não constasse da legislação.

Chega a ser intrigante a dificuldade com que a doutrina trabalha com a noção de participação das partes no processo, como se houvesse uma ruptura ontológica com a concepção “liberal” e o retorno ao protagonismo – sempre parcial – das partes macularia todo o monumento técnico construído no século XX e que, reconhecidamente, redundou em um processo constitucionalmente inadequado, o que configura uma confusão epistêmica com desdobramentos psicanalíticos, razão pela qual se mencionou que há uma espécie de trauma cultural.

Vejam-se, por exemplo, estas passagens de Barbosa Moreira:

“Vale a pena recordar que, em época não muito distante – à qual vai a nossa dando a impressão de querer assemelhar-se por mais de um prisma -, o processo civil costumava ser visto como ‘coisa das partes’. Tal concepção, que prevaleceu na Europa até a primeira metade do presente século, ligava-se naturalmente à filosofia liberal individualista de que se impregnavam os sistemas políticos então dominantes, e encontrava alento numa peculiaridade do processo civil, como o concebiam e disciplinavam os países europeus: a de ter por exclusivo objeto litígios atinentes a relações jurídicas de direito privado – ao contrário, assinale-se, do que sucede entre nós. Daí a difundida convicção de que ele devia sujeitar-se à ‘soberania das partes’ – reflexo do princípio da autonomia da vontade, entendido em termos praticamente absolutos. À luz de certos aspectos da recente evolução histórica, não será de estranhar que a alguns sorria a ideia de ressuscitar essa moda”⁵⁷. “Enquanto se considerava o processo como ‘coisa das partes’, era natural que se entregasse a estas – ou, talvez mais exatamente, aos respectivos advogados – o comando do ritmo processual e a possibilidade de manejar a seu exclusivo critério outras

⁵⁷ Privatização do processo? *Temas de Direito Processual (sétima série)*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 12.



alavancas importantes, como a colheita do material destinado a ministrar base à solução do litígio. Tal concepção foi denunciada e combatida ao longo de muitas décadas, por juristas inconformados com o amesquinamento que ela impunha à função jurisdicional. [...] Outros tempos chegaram, e com eles a inevitável reação a tal modo de pensar. Começou a ser posto em realce o elemento publicístico do processo. [...] Dir-se-ia consolidada a mudança, e desnecessário qualquer esforço suplementar a seu favor. Eis senão quando o pensamento antigo ameaça querer ressuscitar. [...] Tentar de novo reduzir o juiz à posição de espectador passivo e inerte do combate entre as partes é anacronismo que não encontra fundamento no propósito de assegurar aos litigantes o gozo de seus legítimos direitos e garantias. Deles hão de valer-se as partes e seus advogados, para defender os interesses privados em jogo. Ao juiz compete, sem dúvida, respeitá-los e fazê-los respeitar; todavia, não é só isso que lhe compete. Incumbe-lhe dirigir o processo de tal maneira que ele sirva bem àqueles a quem se destina servir. E o processo deve, sim, servir às partes; mas deve também servir à sociedade”⁵⁸. “Outra opção, menos áspera, pode basear-se na pecha, que se lança, de exacerbação do elemento publicístico no processo civil. Pois bem: à orientação contrária não cairá mal, nessa perspectiva, a denominação de *privatismo*. Sejam, porém, mais exatos: já que semelhante orientação nos remete à mentalidade dominante em tempos idos – e infelizmente, ao que tudo indica, reerguida da sepultura em que parecia jazer -, numa época em que o processo civil era tido e havido como ‘coisa das partes’, tomamos a liberdade de chamar-lhe *neoprivatismo*, na esperança de que isso não desagrade aos seus ardorosos propagandistas”⁵⁹.

⁵⁸ O processo, as partes e a sociedade. *Temas de Direito Processual (oitava série)*. São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 33/36 e 40.

⁵⁹ O neoprivatismo no processo civil. *Temas de Direito Processual (nona série)*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 101.



Verifica-se, nesses excertos ora transcritos, que a reação ao “privatismo” é bem mais forte do que a preocupação com a participação das partes do processo, que ainda parece figurar como uma ameaça a todas as conquistas, quase universais⁶⁰, acumuladas nessas décadas em que o processo, ao menos formalmente, consolidou-se como instituição de interesse público. Ao querer assegurar benefícios, fecham-se os olhos para a incontrastável realidade de que o processo se tornou um instrumento em que às partes se reserva o papel de incômodo ainda necessário, ao menos para, em regra, iniciá-lo e custeá-lo. A dificuldade em se trabalhar com o retorno da autonomia das partes, em conjunto com a autoridade judicial, resta patente nos trechos antes transcritos.

O déficit democrático que se vê nos processos não será sequer amenizado se o discurso persistir unicamente no protagonismo jurisdicional, assim como será agravado se houver uma exclusividade privatística dos rumos dos processos.

Ou seja: nem uma exclusão das partes que pareça um autoritarismo estatal, nem uma exclusividade da vontade que se confunda com indiferença estatal.

4. Os “modelos” de processo

Ainda que inexista purismo nos modelos organizacionais de processos e até mesmo se discuta a permanência de sensíveis diferenças entre tipos de modelos⁶¹, persiste relevância

⁶⁰ Cf., TARUFFO, quatro ensaios publicados em *Páginas...cit.*: La recolección y presentación de las pruebas en el proceso civil: tradiciones culturales y tendencias teóricas. La justicia civil. Los sistemas judiciales en las tradiciones jurídicas de *civil law* y de *common law*. La cultura de la imparcialidade en los países de *common law* y de derecho continental. Ainda, do mesmo autor, *Poderes probatorios...cit.*

⁶¹ Sobre o tema, inclusive com outras tantas indicações bibliográficas: TARUFFO. Observações sobre os modelos processuais de *civil law* e *common law*. José Carlos Barbosa Moreira (trad.). *Revista de Processo* nº 110. São Paulo: RT, abril/junho de 2003. *El Proceso Civil Adversarial en la Experiencia Americana: el modelo americano del proceso de connotación dispositiva*. Bogotá: Temis, 2008. La cultura de la imparcialidade en los países de *common law* y de derecho continental. *Páginas sobre Justicia Civil*. Maximiliano Aramburo Calle (trad.). Madrid: Marcial Pons, 2009. Icebergs de *common law* e *civil law*? Macro-comparação e micro-comparação processual e o problema da verificação da verdade. Hermes Zaneti Júnior (trad.). *Temas Atuais de Direito: estudos em homenagem aos 80 anos do curso de Direito da Universidade Federal do Espírito Santo*. Francisco Vieira Lima Neto e outros (org). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. Também em *Revista de Processo* nº 181. São Paulo: RT, março de 2010. DAMASKA, Mirjan. *Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado: análisis comparado del proceso legal*. Andrea Morales Vidal (trad.). Santiago: Editorial Juridica de Chile, 2000. NUNES, Dierle. THEODORO JR, Humberto. BAHIA, Alexandre.



teórica na presente explanação, sobretudo porque consiste em um desdobramento natural do que foi exposto nos itens antecedentes, mas também porque os critérios distintivos entre eles situam-se fundamentalmente na divisão de funções entre o juiz e as partes.

Costuma-se classificar os modelos de processo, tradicionalmente, em adversarial⁶², acusatório⁶³ ou dispositivo e inquisitivo⁶⁴, sendo que segundo noticia Michele Taruffo, rigorosamente a designação de “inquisitivo” não é precisa, porque tal modelo só teria existido, em sua forma plena - isto é, iniciado de ofício, desenvolvido em segredo, com provas exclusivamente obtidas pelo juiz e sem respeito a garantias processuais -, na Prússia, na segunda metade do século XVIII⁶⁵.

Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro: análise da convergência entre o *civil law* e o *common law* e dos problemas da padronização decisória. *Revista de Processo*, nº 189, novembro de 2010. JOLOWICZ, J. A. A reforma do processo civil inglês: uma derrogação do *adversarial system*? José Carlos Barbosa Moreira (trad.). *Revista Forense*, Vol. 328. Rio de Janeiro: Forense, outubro/dezembro de 1994. CHASE, Oscar. A “excepcionalidade” americana e o direito processual comparado. José Carlos Barbosa Moreira (trad.). *Revista de Processo* nº 110. São Paulo: RT, abril/junho de 2003. BARBOSA MOREIRA. O processo civil brasileiro entre dois mundos. *Temas de Direito Processual (Oitava Série)*. São Paulo: Saraiva, 2004. O processo civil contemporâneo: um enfoque comparativo. *Temas de Direito Processual (Nona Série)*. São Paulo: Saraiva, 2007. Correntes e contracorrentes no processo civil contemporâneo. *Temas de Direito Processual (Nona Série)*. São Paulo: Saraiva, 2007. A revolução processual inglesa. *Temas de Direito Processual (Nona Série)*. São Paulo: Saraiva, 2007. MERRYMAN, John Henry. PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *A Tradição da Civil Law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Cássio Casagrande (trad.). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do Precedente Judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012. BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Fundamentos Constitucionais do Princípio da Cooperação Processual*. Salvador: JusPodivm, 2013. Veja-se ainda a reflexão sobre uma tradição jurídica brasileira em DIDIER JR. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 1. 15ª ed. Salvador: JusPodivm, 2013, pp. 41/44.

⁶² Correto panorama em BARREIROS, ob. cit., pp. 65/109, embora sem apresentar o aprofundamento das divergências entre os processos inglês e norte-americano.

⁶³ É o termo proposto por Taruffo também para o processo civil: *Consideraciones sobre el proceso civil acusatorio. Páginas sobre Justicia Civil*. Maximiliano Aramburo Calle (trad.). Madrid: Marcial Pons, 2009.

⁶⁴ DIDIER JR. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. *Revista de Processo*, nº 198. São Paulo: RT, agosto de 2011. Para um panorama sobre o modelo inquisitivo: BARREIROS, ob. cit., pp. 111/166.

⁶⁵ Cultura...cit., p. 199. Adolfo Shönke Prefere denominar de Princípio da livre investigação a princípio inquisitivo (*Derecho Procesal Civil*. Prieto Castro e Víctor Fairén Guillén (trad.). Barcelona: Bosch, 1950, p. 38). Sobre o processo inquisitivo na história: FABIANI, Ernesto. *I Poteri Istruttori del Giudice Civile: contributo al chiarimento del dibattito*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2008, pp. 11/56.

Registrem-se, também, as críticas de Damaska a essa dicotomia (*Las Caras...cit.*, p. 12 e ss.).



Como já mencionado, há aproximações entre os países que adotam, em princípio, modelos distintos e, após a reforma processual inglesa⁶⁶, profundas divergências se aprofundaram entre os modelos que, em princípio, compartilham a ideologia adversarial⁶⁷, ainda que, na legislação formal, haja normas que autorizem uma atuação ativa do juiz⁶⁸.

Em síntese, considera-se que no modelo adversarial prepondera o princípio dispositivo e no modelo inquisitorial, o princípio inquisitivo⁶⁹, sempre tendo em conta a atribuição de poderes ao juiz ou às partes. Precisamente no ponto de equilíbrio dessa divisão de funções é que se situa o moderno debate entre o publicismo e o privatismo ou garantismo⁷⁰, mas, reiterese uma vez mais, é grave equívoco vincular a adoção de um desses modelos processuais com o regime autoritário ou democrático *tout court*. Com efeito, além de inexistir a mencionada vinculação, o mero desenho normativo não é suficiente para ensejar a aplicação de um daqueles modelos e a previsão abstrata, por exemplo, de amplos poderes instrutórios servir mais de uma carta de compromissos do que de modo efetivo de condução processual.

⁶⁶ cf. JOLOWICZ, J. A. A reforma do processo civil inglês: uma derrogação do *adversarial system*? José Carlos Barbosa Moreira (trad.). *Revista Forense*, Vol. 328. Rio de Janeiro: Forense, outubro/dezembro de 1994. ANDREWS, Neil. *O Moderno Processo Civil: formas judiciais e alternativas de conflitos na Inglaterra*. 2ª ed. Teresa Arruda Alvim Wambier (orientação e revisão da tradução). São Paulo: RT, 2012, p. 58. BARBOSA MOREIRA. Uma novidade: o código de processo civil inglês. *Temas de Direito Processual: Sétima série*. São Paulo: Saraiva, 2001, pp. 182/187. A revolução processual inglesa. *Temas de Direito Processual: Nona série*. São Paulo: Saraiva, 2007.

⁶⁷ Cf. CHASE, Oscar. A “excepcionalidade” americana e o direito processual comparado. José Carlos Barbosa Moreira (trad.). *Revista de Processo nº 110*. São Paulo: RT, abril/junho de 2003.

⁶⁸ “[...] resulta la diferencia substancial que existe entre la imagen del juez que surge de lãs *Federal Rules of Evidence* y la realidad del comportamiento de lós jueces estadounidenses: la amenaza que constituye el parecer parciales por ser activos en la búsqueda de la verdad lês induce a la pasividad” (TARUFFO. *La cultura de la imparcialidad...cit.*, p. 50).

⁶⁹ Observa corretamente Didier Jr. que “princípio”, nesse contexto, não é utilizado no sentido de “espécie normativa”, mas, sim, de “fundamento”, “orientação preponderante” etc. Assim, quando o legislador atribui às partes as principais tarefas relacionadas à condução e instrução do processo, diz-se que se está respeitando o denominado princípio – dispositivo ; tanto mais poderes forem atribuídos ao magistrado, mais condizente com o princípio inquisitivo o processo será. A dicotomia princípio inquisitivo-princípio dispositivo está intimamente relacionada à atribuição de poderes ao juiz: sempre que o legislador atribuir um poder ao magistrado, independentemente da vontade das partes, vê-se manifestação de “inquisitividade”; sempre que se deixe ao alvedrio dos litigantes a opção, aparece a “dispositividade” (Ostrês modelos...cit., p. 215).

⁷⁰ Cf. o panorama elaborado por RAMOS, Glauco Gumerato. Ativismo e garantismo no processo civil: apresentação do debate. *Revista Brasileira de Direito Processual*, nº 70. Belo Horizonte: Fórum, abril/junho de 2010. Do mesmo autor, que assume radical postura sobre o tema: Repensando a prova de ofício. *Derecho Procesal Contemporáneo: ponencias de las XXII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*. Tomo II. Raúl Tavorari Oliveros (coord.). Santiago: Editorial Juridica de Chile, 2010.



O modelo acusatório, portanto, confere às partes a preeminência na condução do processo, sendo que, no modelo adversarial “puro”, há uma competição entre as partes perante um juiz passivo e não há preocupação com o conteúdo da decisão ou o resultado das provas, bastando que se observe a gestão do processo de acordo com a vontade das partes⁷¹.

Já no que pode ser denominado de modelo acusatório de garantias, em que se observam os direitos fundamentais, oferecendo uma tutela jurisdicional efetiva e de acordo com a conformação constitucional do processo, deslocando-se assim, de certa forma, a discussão da divisão de funções entre as partes e o juiz, por inexistir incompatibilidade entre a observância de garantias e a gestão oficial do processo⁷². Trata-se de um equilíbrio entre a autonomia das partes, o modelo constitucional do processo e uma condução ativa do juiz, a fim de obter decisões justas⁷³.

Um terceiro modelo de organização do processo centra-se no princípio da cooperação⁷⁴, cujos contornos decorrem do devido processo legal, da boa-fé processual e do contraditório, em que se inclui o juiz no diálogo processual, a condução do processo não se mantém ao livre arbítrio das partes e muito menos se outorga um papel inquisitorial ao juiz⁷⁵. O processo mantém-se simétrico até a prolação da sentença, quando, por se tratar de ato exclusivo da autoridade estatal, incide uma função eminentemente assimétrica, mas que está submetida igualmente a deveres decorrentes do devido processo legal⁷⁶.

⁷¹ TARUFFO. Consideraciones sobre...cit., p. 368.

⁷² Idem, pp. 369/371.

⁷³ Idem, pp. 372/374.

⁷⁴ Cf. OLIVEIRA. Poderes do Juiz e visão cooperativa do Processo. Disponível em www.abdpc.org.br, acesso em 17/09/2012. DIDIER JR. Os três modelos...cit. *Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português*. Coimbra: Coimbra, 2010. MITIDIERO. *Colaboração no Processo Civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: RT, 2009. Colaboração no processo civil como *prêt-à-porter*? Um convite ao diálogo para Lenio Streck. *Revista de Processo* nº 194. São Paulo: RT, abril de 2011. BARREIROS, ob. cit., pp. 167/228. Por conta da existência de um processo em cooperação, Daniel Mitidiero designa os modelos processuais como isonômico, assimétrico e cooperativo, em que este último confere ao juiz uma dupla posição: paritário na condução do processo, no diálogo processual, e assimétrico na decisão (*Colaboração...cit.*, pp. 101/102).

⁷⁵ DIDIER JR. Os três modelos...cit., p. 219.

⁷⁶ Idem, p. 220.



A colaboração ou cooperação atribui deveres aos sujeitos do processo, que podem ser divididos em deveres de esclarecimento, lealdade e de proteção⁷⁷.

O denominado “garantismo processual”⁷⁸, que reavivou de forma radical o debate entre o publicismo e o privatismo⁷⁹, e conseqüentemente, entre os modelos processuais ora mencionados, insere-se justamente na gestão da prova.

⁷⁷ Idem, p. 221. Mitidiero fala em deveres de esclarecimento, consulta, prevenção e auxílio (*Colaboração...cit.*, p. 102). Em relação a esses deveres, exemplifica Didier Jr., inicialmente em relação às partes: “ a) dever de esclarecimento: os demandantes devem redigir a sua demanda com clareza e coerência, sob pena de inépcia (art. 295, I, par. ún., CPC); b) dever de lealdade: as partes não podem litigar de má-fé (art. 17do CPC), além de ter de observar o princípio da boa-fé processual (art. 14,II, CPC); c) dever de proteção : a parte não pode causar danos à parte adversária (punição ao atentado, arts. 879-881, CPC; há a responsabilidade objetiva do exequente nos casos de execução injusta, arts. 475-O, I, e 574, CPC). Mas também em relação ao órgão jurisdicional é possível visualizar a aplicação do princípio da cooperação .O órgão jurisdicional tem o dever de lealdade, de resto também conseqüência do princípio da boa-fé processual, conforme já examinado. O dever de esclarecimento consiste no dever de o tribunal de se esclarecer junto das partes quanto às dúvidas que tenha sobre as suas alegações, pedidos ou posições em juízo, para evitar decisões tomadas em percepções equivocadas/apressadas. Assim, por exemplo, se o magistrado estiver em dúvida sobre o preenchimento de um requisito processual de validade, deverá providenciar esclarecimento da parte envolvida, e não determinar imediatamente a conseqüência prevista em lei para esse ilícito processual (extinção do processo, por exemplo). Do mesmo modo, não deve o magistrado indeferir a petição inicial, tendo em vista a obscuridade do pedido ou da causa de pedir, sem antes pedir esclarecimentos ao demandante –convém lembrar que há hipóteses em que se confere a não-advogados a capacidade de formular pedidos, o que torna ainda mais necessária a observância desse dever. O dever de esclarecimento não se restringe ao dever de o órgão jurisdicional esclarecer-se junto das partes, mas também o dever de esclarecer os seus próprios pronunciamentos para as partes. [...]O dever de consulta é variante processual do dever de informar , aspecto do dever de esclarecimento , compreendido em sentido amplo. Não pode o órgão jurisdicional decidir com base em questão de fato ou de direito, ainda que possa ser conhecida ex officio,sem que sobre elas sejam as partes intimadas a manifestar-se. Deve o juiz consultar as partes sobre esta questão não alvitrada no processo, e por isso não posta em contraditório, antes de decidir. [...]Tem o magistrado, ainda, o dever de apontar as deficiências das postulações das partes, para que possam ser supridas . Trata-se do chamado dever de prevenção, variante do dever de proteção. O dever de prevenção tem um âmbito mais amplo: vale genericamente para todas as situações em que o êxito da ação a favor de qualquer das partes possa ser frustrado pelo uso inadequado do processo. São quatro as áreas de aplicação do dever de prevenção:explicitação de pedidos pouco claros, o caráter lacunar da exposição dos fatos relevantes, a necessidade de adequar o pedido formulado à situação concreta e a sugestão de uma certa atuação pela parte (idem, pp. 221/224).

⁷⁸ Cf., o panorama fornecido por BARREIROS, ob. cit., pp. 154/166.

⁷⁹ O centro do debate pode ser conferido no já célebre livro *Proceso Civil e Ideologia*, coordenado por Juan Montero Aroca (ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006), com ensaios de Franco Cipriani, Giovanni Verde, Girolamo Monteleone, Joan Pico i Junoy, José Carlos Barbosa Moreira, Adolfo Alvarado Velloso, Federico G. Dominguez, Eugenia Ariano Deho e Luís Correia de Mendonça, e duas cartas trocadas por Augusto Mario Morello e Juan Montero Aroca. Ainda: CIPRIANI, Franco. *Ideologie e Modelli del Processo Civile: saggi*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2001. CIPRIANI (coord.). *Stato di Diritto e GAranzie Processuali: atti dele Il Giornate internazionali di Diritto Processuale Civile*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2008. MENDONÇA, Luís Correia de. O pensamento de Franco Cipriani sobre a justiça civil. *Revista de Processo*, nº 172. São Paulo: RT, junho de 2009. QUIJANO, Jairo Parra. *Racionalidad e Ideología en las Pruebas de Oficio*. Bogotá: Temis, 2004. VELLOSO, Alvarado. *Debido Proceso versus Pruebas de Oficio*. Bogotá: Temis, 2004. RAMOS, Glauco Gumerato. Repensando a prova de ofício. *Derecho*



Trata-se de discussão que perpassa tudo o que foi exposto ligeiramente neste artigo e se refere diretamente aos poderes instrutórios do juiz, tema para o qual se dedicará o item seguinte.

Com efeito, a divisão de trabalho entre o juiz e as partes, como já referido, é o cerne da conformação ideológico-cultural do processo, cujo pêndulo sempre tende para os extremos em que se situam os radicalismos, não raras vezes embaçando relevantes debates e conferindo um tom passional próximo ao paroxismo e ao maniqueísmo⁸⁰.

Procesal Contemporáneo: ponencias de las XXII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal. Tomo II. Raúl Tavolari Oliveros (corr.). Santiago: Puntotex, 2010. COLOMER, VILAR, CUADRADO (coord.). *Juan Montero Aroca - El Derecho Procesal Español del Siglo XX a Golpe de Tango: Liber Amicorum, en homenaje y para celebrar su LXX cumpleaños*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012 (não são todos os artigos que tratam do garantismo processual diretamente, mas, nas mais de mil e trezentas páginas do livro, a grande maioria aborda o tema e oferece um interessante panorama do pensamento sobretudo acerca dos poderes do juiz e sua carga autoritária). Excepcional síntese em GRECO, Leonardo. Publicismo e privatismo no processo civil. *Revista de Processo*, nº 164. São Paulo: RT, outubro de 2008.

⁸⁰ Ao analisar o debate antes referido, Leonardo Greco observa que “o processo civil do nosso tempo, nos países de direito escrito, tem um fundamento liberal essencial, que é a sua própria razão de ser, qual seja, a função de realizar em plenitude a eficácia dos direitos dos particulares tutelados pela ordem jurídica”, acrescentando que “a força desse fundamento não se concilia com um juiz ou um processo autoritário. Ao contrário, é preciso explorar com mais argúcia os espaços de liberdade que as partes devem poder exercer na relação processual e que foram tão intensamente sufocados pela prevalência de uma sistemática concepção publicista, da qual ainda temos muita dificuldade de nos emancipar, pois somos herdeiros de uma tradição cultural de paternalismo estatal e as deficientes condições de vida e da educação básica da maioria da população brasileira infelizmente não contribuem para que os indivíduos se tornem capazes de dirigir o seu próprio destino, sem necessidade da proteção da autoridade estatal”. E prossegue para concluir: “Entretanto, o liberalismo pelo qual precisamos lutar não é mais o do Estado absenteísta do século XIX, mas o do Estado Democrático de Direito do 2º Pós-Guerra, ou seja, o que não apenas respeita o livre arbítrio dos cidadãos na tomada de decisões relativas à sua esfera privada, mas que, no momento em que estes recorrem ao Estado para a tutela dos seus direitos, este, através dos juízes, controla diligentemente se aqueles estão em condições de se autotutelarem e, em caso negativo, supre moderada e parcimoniosamente as suas insuficiências para, sem comprometer a sua imparcialidade, assegurar-lhes o acesso efetivo ao gozo dos seus direitos, tendo em vista que as posições de dominação que prevalecem na sociedade precisam ser neutralizadas, sob pena de entregarem os mais fracos ao jugo incontestável dos mais fortes, em total desrespeito às promessas de construção de uma sociedade erigida sob a égide da dignidade humana e do pleno respeito aos direitos fundamentais. [...] Justiça rápida, sim, para todos e com qualidade. Justiça boa não para os juízes ou os advogados, como meio de vida, muito menos para os governantes, como meio de retardar o cumprimento dos seus deveres, mas para os cidadãos” (Publicismo...cit., pp. 55/56).



5. Poderes instrutórios do juiz

Os diversos problemas envolvendo os poderes instrutórios do juiz originaram diversos estudos nas últimas décadas⁸¹⁻⁸²⁻⁸³, não sendo esta a sede própria para a reconstrução de seus

⁸¹ Cf. BARBOSA MOREIRA, o autor brasileiro que mais cuidou do tema: O juiz e a prova. *Revista de Processo*, nº 35. São Paulo: RT, julho/setembro de 1984. A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo. *Temas de Direito Processual (Terceira Série)*. São Paulo: Saraiva, 1984. Breves reflexões sobre a iniciativa oficial em materia de prueba. *Temas de Direito Processual (Terceira Série)*. São Paulo: Saraiva, 1984. O problema da “divisão do trabalho” entre juiz e partes: aspectos terminológicos. *Temas de Direito Processual (Quarta Série)*. São Paulo: Saraiva, 1989. Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo. *Temas de Direito Processual (Quarta Série)*. São Paulo: Saraiva, 1989. Sobre a “participação” do juiz no processo civil. *Temas de Direito Processual (Quarta Série)*. São Paulo: Saraiva, 1989. O processo, as partes e a sociedade. *Temas de Direito Processual (Oitava Série)*. São Paulo: Saraiva, 2004. Por um processo socialmente efetivo. *Temas de Direito Processual (Oitava Série)*. São Paulo: Saraiva, 2004. O processo civil brasileiro entre dois mundos. *Temas de Direito Processual (Oitava Série)*. São Paulo: Saraiva, 2004. Reformas processuais e poderes do juiz. *Temas de Direito Processual (Oitava Série)*. São Paulo: Saraiva, 2004. Duelo e processo. *Temas de Direito Processual (Oitava Série)*. São Paulo: Saraiva, 2004. O novo Código Civil e o direito processual. *Temas de Direito Processual (Nona Série)*. São Paulo: Saraiva, 2007. O processo civil contemporâneo: um enfoque comparativo. *Temas de Direito Processual (Nona Série)*. São Paulo: Saraiva, 2007. Correntes e contracorrentes no processo civil contemporâneo. *Temas de Direito Processual (Nona Série)*. São Paulo: Saraiva, 2007. A revolução processual inglesa. *Temas de Direito Processual (Nona Série)*. São Paulo: Saraiva, 2007. O neoprivatismo no processo civil. *Temas de Direito Processual (Nona Série)*. São Paulo: Saraiva, 2007. Em célebre conferência, afirmou Barbosa Moreira: “estou, e tenho a certeza de que ficarei até a morte, seguramente, inabalavelmente, convencido de que é preciso que o juiz se compenetre da necessidade de que ele assuma realmente, não formalmente apenas, a sua responsabilidade na direção do processo”. [...] Quando o juiz determina a realização de uma prova, ele simplesmente não sabe que resultado vai obter; essa prova tanto poderá beneficiar uma das partes como a outra; e até diria – se considerarmos que essa atitude do juiz implica parcialidade – que a omissão em determinar a prova também implicará parcialidade, porque se a prova não for feita, dessa falta de prova igualmente resultará benefício para alguém, de modo que estaríamos colocando o juiz na desconfortabilíssima posição de ter de ser sempre parcial, quer atue, quer não atue. Eu prefiro ser parcial atuando, a ser parcial omitindo-me” (Os poderes do juiz. *O Processo Civil Contemporâneo*. Luiz Guilherme Marinoni (coord.). Curitiba: Juruá, 1994, pp. 95/96). Confirmam-se, ainda: BEDAQUE. *Poderes Instrutórios do Juiz*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2011. Mergulhão, Rossana Teresa Curioni. *A Produção da Prova no Direito Processual: o alcance e os limites do ativismo judicial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. CABRAL, Trícia Nvarro Xavier. *Poderes Instrutórios do Juiz no Processo de Conhecimento*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2012. CASTRO, Daniel Pentead. *Poderes Instrutórios do Juiz no Processo Civil: fundamentos, interpretação e dinâmica*. São Paulo: Saraiva, 2013. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Poderes do Juiz e visão cooperativa do Processo. Disponível em www.abdpc.org.br. Acesso em 17/09/2012. CÂMARA, Alexandre Freitas. Poderes instrutórios do juiz e processo civil democrático. *Revista de Processo*, nº 153. São Paulo: RT, novembro de 2007. ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. Insuficiência probatória, ônus da prova e poderes instrutórios do juiz. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, n. 96, março de 2011. WAMBIER, Luiz Rodrigues. SANTOS, Evaristo Aragão. Sobre o ponto de equilíbrio entre a atividade instrutória do juiz e o ônus da parte de provar. *Os Poderes do Juiz e o Controle das Decisões Judiciais: estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. José Miguel Garcia Medina e outros (coord.). São Paulo: RT, 2008. Amplamente, especialmente sobre a compatibilização entre o princípio dispositivo e os poderes instrutórios do juiz, com farta indicação bibliográfica: LOPES, Maria Elizabeth de Castro. *O Juiz e o Princípio Dispositivo*. São Paulo: RT, 2006, pp. 109 e ss. CAMPO, Hélio Márcio. *O Princípio Dispositivo em Direito Probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994. Para o debate da questão no processo penal: ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A Iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal*. São Paulo: RT, 2003. No Superior Tribunal de Justiça, merecem ser consultados o REsp 17591/SP, o REsp



contornos fundamentais. Entretanto, é necessário mencionar algumas linhas gerais sobre o tema, não sem antes assinalar que a tendência atual é o reconhecimento legislativo de poderes instrutórios do juiz⁸⁴.

É conhecida a polêmica sobre a relação entre a imparcialidade do juiz⁸⁵ e sua iniciativa probatória⁸⁶, mas parece-me que esta questão pode ser considerada bem equacionada, em

151924/PR, o REsp 471857/ES e o REsp 1072276/RN. Alguma notícia do tema no direito comparado em: LLUCH, Xavier Abel. JUNOY, Joan Pico. (coord.). *Los Poderes del Juez Civil en Materia Probatoria*. Barcelona: J M Bosch, 2003. LLUCH, Xavier Abel. *Iniciativa Probatoria de Oficio en el Proceso Civil*. Barcelona: Bosch, 2005. TARUFFO. Poderes probatórios de las partes y del juez en Europa. *La Prueba (apêndice I)*. Laura Manríquez. Jordi Ferrer Beltrán (trad.). Madrid: Marcial Pons, 2008. SOTELO, José Luis Vásquez. Iniciativas probatorias del juez en el proceso civil. *Revista de Processo nº 177*. São Paulo: RT, novembro de 2009. JUNOY, Joan Picó i. *El Juez y la Prueba: estudio de la errónea recepción del brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, nonsecundum conscientiam y su repercusión actual*, Barcelona: Bosch, 2007, segunda parte. É sabido que na Espanha o artigo 429.1, II e III da Ley de Enjuiciamiento Civil prevê a faculdade, na fase de audiência prévia, integrado do juiz, alertando às partes sobre uma possível deficiência das provas propostas, buscando conciliar as profundas divergências ideológicas em matéria probatória na doutrina local; já o artigo 752.1 amplia a atuação probatória oficial nos denominados “processos indisponíveis” (processos que versem sobre incapacidade, filiação e matrimônio, na forma do art. 748 daquela lei). Sobre o tema, além dos textos de Sotelo e Junoy antes referidos, há amplo panorama no recente livro de LLUCH, Xavier Abel. *Derecho Probatorio*. Barcelona: Bosch, 2012, capítulo IV. No processo canônico, a regra é o princípio dispositivo, podendo o juiz exercer poderes instrutórios para evitar injustiças e para estabelecer o equilíbrio na distribuição do ônus probatório, com base na equidade (ORDEÑANA, Juan Goti. *Tratado de Derecho Procesal Canónico*. Madrid: Colex, 2011, pp. 313/315. Em sentido aproximado, TUCCI e AZEVEDO. *Lições de Processo Civil Canônico: história e direito vigente*. São Paulo: RT, 2001, pp. 104/105 e 122.)

⁸² Para o mais profundo exame do tema de que tenho notícia: FABIANI, Ernesto. *I Poteri Istruttori del Giudice Civile: contributo al chiarimento del dibattito*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2008.

⁸³ Registre-se uma referência histórica: Eduardo Espínola, por expressa influência de Chiovenda e Lessona, elaborou a regra que constou no artigo 127 do Código do Processo do Estado da Bahia, de 1915: “O juiz pode ordenar *ex-officio* as diligências que julgar necessárias para apurar a verdade dos factos allegados, depois de realizadas as que forem requeridas pelas partes” (*Código do Processo do Estado da Bahia Annotado*. Salvador: Typ. Bahiana, 1916, pp. 499/501).

⁸⁴ Cf. TARUFFO. Poderes probatórios de las partes y del juez en Europa. *La Prueba (apêndice I)*. Laura Manríquez. Jordi Ferrer Beltrán (trad.). Madrid: Marcial Pons, 2008.

⁸⁵ Sobre a questão da imparcialidade, ainda que não apenas ligada diretamente aos poderes instrutórios: TARUFFO. La cultura de la imparcialidade en los países de *common law* y de derecho continental. *Páginas sobre Justicia Civil*. Maximiliano Aramburo Calle (trad.). Madrid: Marcial Pons, 2009. CABRAL, Antonio do Passo. Imparcialidade e imparcialidade. Por uma teoria sobre repartição e incompatibilidade de funções nos processos civil e penal. *Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial*. Primeira Série. Fredie Didier Jr. e Eduardo Jordão (org). Salvador: JusPodivm, 2008. SOUZA, Artur César. *A Parcialidade Positiva do Juiz*. São Paulo: RT, 2008. WAMBIER, Luiz Rodrigues. SANTOS, Evaristo Aragão. Sobre o ponto de equilíbrio entre a atividade instrutória do juiz e o ônus da parte de provar. *Os Poderes do Juiz e o Controle das Decisões Judiciais: estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. José Miguel Garcia Medina e outros (coord.). São Paulo: RT, 2008, pp. 156/158. Ver, também, o debate acerca da pergunta “A atuação dos poderes instrutórios do juiz fere a sua imparcialidade?”, publicado na *Revista Brasileira de Direito Processual*, nº 70. Belo Horizonte: Fórum, abril/junho de 2010, pp. 219/231. “Não constitui uma ameaça à neutralidade do juiz, mas pelo contrário uma ajuda para a resolução racional e objectiva das questões do caso, se o juiz chamar a atenção das partes para aspectos jurídicos



princípio, pela constatação de que tanto a ação judicial quanto a omissão em matéria probatória possui potencial para favorecer alguma das partes⁸⁷.

Entretanto, há que se verificar com temperamentos essa imunização da imparcialidade judicial na determinação de produção de algum meio de prova, a fim de que, sob um pretexto democrático e louvável, travestir-se uma condução autoritária e tendenciosa do processo, com uma investigação desenfreada ou busca “poppereana”⁸⁸ de provas para preencher lacunas de conhecimento que, em tese, favoreceriam apenas uma das partes, extrapolando preclusões⁸⁹ e

pertinentes, para que elas se possam preparar quanto a estes e para que a sentença não atinja as partes ‘inesperadamente como um raio’” (ZIPPELIUS, Reinhold. *Filosofia do Direito*. Antônio Franco. Antônio Francisco Sousa (trad.). São Paulo: Saraiva, 2012, p. 345).

⁸⁶ “em matéria de prova o poder inquisitivo do juiz é maior que em qualquer outra atividade processual” [...] “convém, entretanto, salientar que a prova não se faz exclusivamente para o juiz; não se poderia ressuscitar a máxima ‘*iudici fit probatio*’, nem afirmar como outrora se fazia que destinatário da prova é o juiz e não o adversário (*Fides seu probatio est facienda iudici non adversario*). Cada uma das partes tem o direito de conhecer e criticar a prova produzida pela outra e pode até convencer o adversário de boa-fé” TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. I. São Paulo: RT, 1974, p. 402.

⁸⁷ Como bem observou Barbosa Moreira, “o uso das faculdades instrutórias legais não é incompatível com a preservação da imparcialidade do juiz. Tal expressão, bem compreendida, não exclui do órgão judicial a vontade de decidir com justiça, e portanto de dar ganho de causa à parte que tenha razão. A realização da prova pode ajudá-lo a descobrir qual delas a tem, e esse não é resultado que o direito haja de ver com maus olhos. De mais a mais, no momento em que determina uma diligência, não é dado ao juiz adivinhar-lhe o êxito, que tanto poderá sorrir a este litigante como àquele. E, se é exato que um dos dois se beneficiará do esclarecimento do ponto antes obscuro, também o é que a subsistência da obscuridade logicamente beneficiaria o outro” (Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo. *Temas de direito processual* (Quarta série). São Paulo: Saraiva, 1989, p. 48). No mesmo sentido, com enfoque na igualdade e na vulnerabilidade das partes, Teresa Arruda Alvim Wambier equacionou a questão em termos precisos: “O juiz, nesse contexto, seria parcial se assistisse inerte, como um espectador a um duelo, ao massacre de uma das partes, ou seja, se deixasse de interferir para tornar iguais partes que são desiguais. A interferência do juiz na fase probatória, vista sob este ângulo, não o torna parcial. Ao contrário, pois tem a função de impedir que uma das partes venha a vencer o processo, não porque tenha o direito, que assevera ter, mas porque, por exemplo, é economicamente mais favorecida que a outra. A circunstância de uma das partes ser hipossuficiente pode levar a que não consiga demonstrar e provar o direito que efetivamente tem. E o processo foi concebido para declarar, lato sensu, o direito que uma das partes tenha, e não para retirar direitos de quem os tem ou dá-los a quem não os tem” (Anotações sobre o ônus da prova. Disponível em www.abdpc.org.br, acesso em 17/09/2012. Ainda: Reflexões sobre o ônus da prova. *Revista de Processo*, nº 76. São Paulo, RT, outubro-dezembro de 1994). Lembre-se, por fim, de Mauro Cappelletti, pra quem é preciso distinguir imparcialidade de passividade: “o juiz deve ser imparcial em relação ao conteúdo da controvérsia, mas não quanto à relação processual propriamente dita”, acrescentando que deve ser respeitado o princípio dispositivo em sentido “substancial ou próprio” (iniciativa de começar o processo e determinar seu conteúdo), não havendo sentido em preservá-lo no sentido “processual ou impróprio” (Problemas de reforma do Processo Civil nas sociedades contemporâneas. *O Processo Civil Contemporâneo*. Luiz Guilherme Marinoni (coord.). Curitiba: Juruá, 1994, p. 13).

⁸⁸ DAMASKA. *Las Caras...cit.*, p. 208.

⁸⁹ Cf. CABRAL, Trícia. *Poderes Instrutórios do Juiz no Processo de Conhecimento...cit.*, pp. 151/166. Entende Heitor Sica que inexistente preclusão em matéria de iniciativa instrutória pelo juiz (*Preclusão Processual Civil*. São Paulo:



violando limitações probatórias⁹⁰. Trata-se, evidentemente, de uma patologia no uso dos poderes instrutórios, mas não se pode ignorar sua ocorrência, assim como também não se deve excluir a utilização da iniciativa instrutória apenas como forma de demonstração de poder⁹¹, com a finalidade de constranger partes e advogados em audiências ou coonestar algum descumprimento de regra processual por uma das partes.

Outro ponto a ser registrado consiste na omissão no exercício dos poderes instrutórios do juiz e, com isso, a influência no resultado do julgamento, o aprofundamento de

Atlas, 2006, pp. 241/243). Assim também Daniel Neves (*Preclusões para o Juiz: preclusão pro iudicato e preclusão judicial no processo civil*). São Paulo: Método, 2004, pp. 269/270). Preocupa-me, entretanto, a utilização da iniciativa instrutória como mera demonstração do poder e como meio de burla da segurança do processo, mas, efetivamente, no exercício regular dos poderes instrutórios a ideia de preclusão soaria como obstáculo capaz de tornar letra morta a produção probatória de ofício. Registre-se, contudo, que o raciocínio utilizado para se defender a eficácia preclusiva do despacho saneador (sobre o tema, DIDIER JR. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 1. 15ª ed. Salvador: JusPodivm, 2013, pp. 591/597).

⁹⁰ Sobre as limitações probatórias, a excelente tese de GUEDES, Clarissa Diniz. *Persuasão Racional e Limitações Probatórias: enfoque comparativo entre os processos civil e penal*. Tese de doutorado. São Paulo: USP, 2013. Ainda: GRECO, Leonardo. Limitações probatórias no processo civil. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 4, 2009, disponível em www.redp.gov.br, acesso em 19 de dezembro de 2012. ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*. Coimbra: Coimbra, 1992. Sobre o livre convencimento e limitação probatória, é interessante esta distinção: “[Não] parece que o livre convencimento possa traduzir-se na possibilidade de o juiz produzir qualquer prova, ainda que para além das previsões legais específicas. Antes, uma vez esclarecido que ‘livre convencimento’ e ‘liberdade dos meios de prova’ não se colocam numa relação de reciprocidade e que, pelo contrário, livre convencimento e taxatividade de meios de prova não são incompatíveis entre si, é justamente a presença dos poderes discricionários do juiz na avaliação das provas que impõe restrições rigorosas à atividade de seleção dos instrumentos de convicção utilizáveis para fins decisórios. Ainda que se possa discutir sobre as conotações dessas restrições, ora identificando-as como vedação à admissão de provas inominadas, ora, mais genericamente, qualificando-as na condição de fatores de equilíbrio entre liberdade e legalidade probatória; francamente, não se explica como a proposição argumentativa possa ser revertida ao ponto de inferir-se do princípio da livre convicção a ausência de qualquer formalidade nas atividades de admissão e produção de provas” (DEAN, Giovanni. In tema di ‘libertà’ e ‘tassatività’ delle forme nell’ acquisizione probatoria a propósito delle ‘ricognizione fotografica’. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*. Milano: Giuffrè, 1989, p. 834. Tradução de Clarissa Diniz Guedes, para a tese de sua autoria antes citada, que gentilmente me cedeu o texto).

⁹¹ Lembre-se a nociva ideia, dita com ares de verdade absoluta por quase toda a jurisprudência e grande parte da doutrina de que “o juiz é o destinatário da prova”, o que leva às conhecidas e autoritárias fórmulas pronunciadas em audiências como “não preciso de mais provas” ou “dispensar as testemunhas porque já estou satisfeito”, como se produção de prova fosse uma espécie de refeição processual para alimentar o intelecto pessoal do juiz. Sobre o tema: MATTOS, Sérgio. O juiz é o destinatário da prova: porta aberta para o arbítrio? *Processo Civil: estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*. Daniel Mitidiero e Guilherme Rizzo Amaral (coord.). Maria Angélica Echer Ferreira Feijó (org.). São Paulo: Atlas, 2012. De forma mais ampla: STRECK, Lênio. *O que é isto – decido conforme minha consciência?*⁴⁹ ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. Veja-se ainda a observação crítica e certa de Maria Elizabeth de Castro Lopes: *O Juiz e o Princípio Dispositivo*. São Paulo: RT, 2006, pp. 115/117, com a sempre importante lembrança de que o processo não é coisa das partes, mas também não pertence ao juiz.



desigualdades materiais e o descontrole do arbítrio judicial. Com efeito, pode haver abuso na ação e na omissão, com a peculiar nota de que, em matéria de poderes instrutórios, dificilmente poderá haver controle das partes. A ausência de padrões decisórios, por exemplo, que tanto atormentam a construção de uma teoria dos precedentes judiciais, também se faz presente nesta temática, na medida em que a iniciativa instrutória é entendida ou exercida como atividade discricionária⁹².

A preocupação sobre essa questão está menos no desinteresse genérico do juiz acerca da instrução da causa, ainda que haja ampla autorização normativa para que participe efetivamente da instrução do processo⁹³, do que no não exercício desse poder casuisticamente. Ou seja: a utilização eletiva e arbitrária da instrução oficial pode configurar um grave problema, como se a iniciativa probatória fosse uma roleta processual⁹⁴. Essa questão refere-se

⁹² “Puede suceder, ciertamente, que el juez quiera favorecer a una parte serviéndose de sus facultades instructivas, pero es dudoso que en este caso se verifique un verdadero abuso de su discrecionalidad: si tal prueba no sirve para nada, la prueba no modifica el resultado de la controversia. Si, por el contrario, la prueba sirve para determinación de los hechos, entonces es relevante y útil para el proceso, y por lo tanto sigue careciendo de importancia la motivación puramente subjetiva con la cual el juez haya decidido ordenar su práctica. De cualquier manera se busca evitar los abusos, pero la posibilidad de que se cometan no puede llevar a eliminación de los poderes del juez” (TARUFFO. La tutela de la imparcialidad...cit., p. 52). Uma abordagem filosófica interessante sobre as atividades judiciais, especialmente sobre a discricionariedade judicial, vê-se em MARÍN, Rafael Hernández. *Las Obligaciones Básicas de los Jueces*. Madrid: Marcial Pons, 2005, pp. 255/329.

⁹³ Verifica-se efetivamente uma “postura burocrática dos juízes na maioria dos sistemas de *civil law*, em que não se obteve êxito na implantação efetiva da oralidade e imediatidade processuais, já que na prática o juiz permanece como um *sentenciante de gabinete*, que apenas toma conhecimento da controvérsia no momento mesmo de decidir a causa” GUEDES, Clarissa Diniz. *Persuasão Racional e Limitações Probatórias: enfoque comparativo entre os processos civil e penal*. Tese de doutorado. São Paulo: USP, 2013, p. 45. Ainda: TARUFFO. Icebergs do common law e civil law? Macrocomparação e microcomparação processual e o problema da verificação da verdade. Hermes Zaneti Jr. (trad.). *Revista de Processo nº 181*. São Paulo: RT, março de 2010, p. 171. Como diagnosticou Barbosa Moreira, com permanente atualidade, “cumprir reconhecer que não são muito frequentes, na prática judiciária brasileira, as iniciativas instrutórias oficiais. À luz do que acima ficou dito, seria pouco razoável imputar o fato a eventuais imperfeições da lei. Sem esquecer o comodismo e a ‘abulia profissional’ – defeitos de que os magistrados, seres humanos, não estão necessariamente isentos -, são causas principais: de um lado, a sobrecarga de trabalho e, em termos genéricos, as condições desfavoráveis sob as quais desempenha suas funções a grande maioria dos órgãos judiciais, sobretudo os de primeiro grau; de outro, a mentalidade ainda dominante em certos setores (inclusive da mais autorizada doutrina), que vê com reserva, quando não com aberta desconfiança, a atuação espontânea do juiz na pesquisa da verdade, por suscetível de fazê-lo descambar para a posição ‘parcial’ – como se não existissem outros meios, bastante eficazes, de conjurar o risco, sem desestímulo ao exercício, pelo órgão judicial, de poderes que o ordenamento decerto não lhe atribui sem a esperança de que sejam *de fato* utilizados” (A função social...cit., pp. 53/54).

⁹⁴ Veja-se que a seleção normativa realizada para fundamentar uma solução previamente buscada pelo julgador viola esse contraditório e também pode se dar com uma hábil, ou apenas arbitrária, seleção de fatos e de provas que coonestem uma decisão solipsista. Para ilustrar essa situação, vale transcrever o método revelado com



extravagante sinceridade e naturalidade pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Marco Aurélio Mello: “Costumo dizer que, como magistrado, ao defrontar-me com uma controvérsia, primeiro idealizo a solução que entendo mais justa para a lide. Somente após, vou à dogmática buscar o indispensável apoio. E ao assim proceder, exerço - porque toda interpretação o consubstancia - um ato de vontade. Vou à dogmática, vou à ordem jurídica em vigor movido por uma inspiração. E essa inspiração atende ao terceiro instituto do trinômio ‘Lei-Direito-Justiça’. É, justamente, a busca da almejada justiça” (Voto proferido no Recurso Extraordinário nº 236948/MA, Rel. Min. Octavio Gallotti, DJ 31/08/2001, p. 65 (o trecho transcrito está na fl. 778 dos autos, conforme cópia disponível no endereço eletrônico do Supremo Tribunal Federal)). O Ministro, além de se mostrar absolutamente convicto, parece se orgulhar do pensamento, já que o repete há anos, inclusive em ementas de julgamento e no discurso proferido no dia 17 de junho de 2010, em solenidade comemorativa às suas duas décadas como integrante daquela Corte). Para algo ainda mais pitoresco e nocivo para o Estado Democrático de Direito, eis que vizinho da superstição: Min. Dias Tofoli: “Também cumprimento a eminente Relatora pelo profundo voto trazido, e digo que penalizar a cogitação, ou a imaginação ou o pensamento, só Deus pode fazer, e não o homem. Nós não estamos nesta esfera de cognição. Mas verifico, já falando em Deus, que os astros hoje estão alinhados pela concessão das ordens. [...] É por isso que eu acredito em Deus, mas eu acredito também na astrologia. Os astros hoje estão alinhados, em uma conjugação favorável aos pacientes (STF - HC 103.412/SP – Publicação DJe: 23/08/12 - Relatora Min. Rosa Weber). Em contraponto a essas declarações, lembro conhecida passagem de Barbosa Moreira: “É certo que é até possível conceber que algum juiz se sinta, de repente, por assim dizer, ‘iluminado pelo Espírito Santo’, mas dificilmente conseguirá formular de modo convincente e suscetível de controle essa sua iluminação no momento de fundamentar a sentença. Subsistira sempre uma dúvida sobre a verdadeira natureza desse fenômeno...” (Provas atípicas. *Revista de Processo*, nº 76. São Paulo, RT, outubro-dezembro de 1994, p. 115). Interessante passagem de Canotilho são pertinentes para o debate: existem espaços de invisibilidade onde se programa informação relevante para a decisão. Nas antecâmaras da decisão “produzem-se critérios não codificados” que acabam por se transformar, ao arripio dos critérios formais, nos critérios fundamentadores da decisão. Dir-se-ia, em termos de teoria da informação, que existe aqui um verdadeiro *paradoxo da decisão*: só se pode decidir depois de se obter a informação, mas a informação aqui é discriminatória e invisivelmente introduzida, e é mesmo remetida para o “silêncio” na explicitação fundamentadora. Dito por outras palavras: na perspectiva do sistema da informação os critérios invisíveis e os momentos informais são mecanismos de seleção procedimental ou processual conducentes (ou, pelo menos, influenciadores) à decisão sem que em momento formal algum beneficiem de qualquer explicitação. A invisibilidade é total quando se chega à fase da fundamentação. Em grande número de casos de júris acadêmicos, primeiro decide-se e depois adapta-se a fundamentação à decisão previamente tomada. (13/14) Exige-se, pois, saber e ciência ao decisor para este decidir com saber e ciência. O decidir é um acto de prudência, pois a prudência outra coisa não é senão a decisão justa, sobretudo em situações de incerteza. O paradoxo da decisão é o de se transformar o incerto em certo através de um processo invisível na produção de informações que não aparecem procedimental ou processualmente, de forma transparente, na produção da decisão (Julgar e decidir as invisíveis manhas da decisão nos “tribunais acadêmicos”. *Revista Julgar*, nº 1, 2007, disponível em sites.google.com/site/julgaronline, acesso em 09 de agosto de 2012, pp. 13/15). Sentença não é fruto nem objeto de crença; trata-se de ato estatal submetido a controle e que se submete a um arcabouço constitucional que lhe impõe limites e a condiciona. Problemas que se vislumbram nesse contexto: fundamentação fictícia, dissociadas das circunstâncias do caso concreto; motivação implícita, que se satisfaz com a incompatibilidade aparente entre argumentos, sem que se explique até mesmo no que consiste a incompatibilidade; motivação *per relationem*; motivação que se limita a reproduzir jurisprudência, sem demonstrar a pertinência com o caso concreto. Ainda se vê em autorizada doutrina que o bom juiz possui algo de divino e misterioso: “Los buenos jueces se convierten en impermeables. [...] Las voces de fuera no deben ya ressonar porque la sala de deliberaciones es lugar de autónoma interpretación y elaboración de datos adquiridos ritualmente, no es caja de resonancia. [...] El Tribunal Constitucional es lo que se desarrolla en este círculo cerrado, en este crisol de personalidades, ideas, cultura y relaciones interpersonales. Sólo en una mínima parte depende de reglas escritas. Éstas, como mucho, sirven de marco. Lo que cuenta es la institución y la percepción que de ella tienen los jueces. Esto precede en gran medida a las normas positivas. La institución, más en concreto la idea de institución, condiciona el derecho positivo. El derecho, aunque está contenido en normas del más alto nivel formal,



diretamente ao problema da fundamentação das decisões, já que esse tipo de seleção artificial pode muito bem ocorrer na matéria fática e nada mais perigoso para um Estado de Direito⁹⁵ do que juízes que se confundem com a justiça e, em uma espécie de narcisismo epistemológico, supõem carregar a verdade absoluta, categoria que possui relevância e utilidade apenas em questões religiosas e metafísicas, e que no processo gera apenas um indesejado absolutismo judicial⁹⁶. A fundamentação da decisão é a pedra de toque em um processo que leve a sério o devido processo legal. Não se pode confundir a decisão com escolhas arbitrárias do que se produziu em determinado processo. Não se pode entender que o dever de motivação – e o direito à motivação – veicule uma autorização para um econômico, melhor seria dizer avaro, compromisso com a fundamentação. Perdoe-se o truísmo: para que se preocupe com o conteúdo da motivação, primeiro é necessário que essa motivação exista materialmente, em substância, já que sua existência formal não apresenta maiores problemas.

Evidentemente a fundamentação não compreende toda a descrição do caminho mental percorrido pelo juiz na valoração dos fatos e das normas, mas, sim, de uma justificação racional e objetiva acerca da conclusão que se anuncia. Não se trata apenas de um discurso retórico/persuasivo, devendo o juiz demonstrar a veracidade dos fatos de acordo com as provas disponíveis, explicitando as razões que sustentam racionalmente a conclusão⁹⁷.

Oportuna a transcrição deste trecho de Arthur Kaufmann: “Se examinarmos a prática judicial actual de um ponto de vista metodológico, ficamos com a impressão de que, neste

tiene siempre, respecto de la consciencia institucional, un valor subsidiario. En esto subyace una máxima que en materia institucional debería estar clara para todos: a menos que se piense en esclavos o robots, no se puede hacer o deshacer instituciones y ordenamientos como los judiciales sin, o peor, contra la conciencia de los que están llamados a vivificarlos con sus energias espirituales” (ZAGREBSKY, Gustavo. *Principios y Votos: El Tribunal Constitucional y la política*. Manuel Martínez Neira (trad.). Madrid: Trotta, 2008, pp. 19/22). A nota Richard Posner que se tem a impressão de que os juízes deliberam em segredo, mas seria mais exato afirmar que o verdadeiro segredo é que não deliberam adequadamente (*Cómo Deciden los Jueces*. Victoria Roca Pérez (trad.). Madrid: Marcial Pons, 2011, pp. 12/13).

⁹⁵ NUNES, Dierle. *Processo Jurisdiccional Democrático*. Curitiba: Juruá, 2008.

⁹⁶ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. O Problema do “livre convencimento” e do “protagonismo judicial” nos códigos brasileiros: a vitória do positivismo jurídico. *Reforma do Processo Civil: perspectivas constitucionais*. Flaviane de Magalhães Barros e José Luiz Bolzan de Moraes (coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2010.

⁹⁷ “Ciò porta a sottolineare che, indipendentemente da eventuali movenze retoriche, l’obbligo di motivazione richiede che la giustificazione della decisione in fatto esista, sia completa e sai altresì coerente” (TARUFFO. *La Semplice...*, p. 241). Nesse sentido: ABELLÁN. *Los Hechos em el Derecho: bases argumentales de la prueba*. 3ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2010, capítulo IV.



campo, o tempo parou. Ainda é dominante o método subsuntivo igual ao utilizado no século XIX. Ainda vigora a tese segundo a qual o juiz ‘só está sujeito à lei’, e, provavelmente, ainda existirão juízes que estão, realmente, convencidos que formulam a decisão de um modo puramente objetivo, baseados única e exclusivamente na lei, sem interferência de nenhum juízos de valor pessoa” E, após considerar inevitável a carga axiológica do juiz, aponta o autor a existência de “fundamentações aparentes”, concluindo que “censurável é o facto de não argumentarem com clareza, antes proferindo um acto de autoridade/poder (para evitar mal-entendidos.: jurisprudência sem autoridade/poder, sem decisão, não é possível; simplesmente, a autoridade/poder deve justificar-se pela argumentação)”⁹⁸⁻⁹⁹.

Argumentar-se que a indiferença instrutória em determinados casos integra a disputa processual é equiparar o processo a uma competição e subverter toda a lógica que fundamenta a efetivação dos poderes instrutórios do juiz.

Um exemplo singelo, mas do qual decorem algumas reflexões relacionadas ao tema: um acidente automobilístico envolvendo três carros, cada qual com um condutor, no cruzamento sem sinalização de determinada comarca, que conta com juízo único. Todas as partes são capazes e os direitos pleiteados são disponíveis (pleiteiam-se apenas indenizações em virtude de danos materiais e lesões corporais). Ajuíza-se ação contra um condutor, não se arrolam testemunhas e apenas fotografias são anexadas aos autos e as partes prestam os respectivos depoimentos. Consta no boletim de registro de acidente de trânsito a identificação de um comerciante que estava próximo ao local, além da identificação dos policiais que realizaram a ocorrência. O juiz, apenas com os elementos dos autos e com as regras de distribuição do ônus da prova, julga improcedentes os pedidos. Alguns meses depois, o outro envolvido ajuíza ação semelhante contra o mesmo réu daquele primeiro processo, com as mesmas circunstâncias fáticas e os mesmos elementos de convicção. Dessa vez, o mesmo juiz resolve ouvir como “testemunhas do juízo” os policiais e o comerciante e também determina a realização de

⁹⁸ Filosofia do Direito, teoria do Direito, dogmática jurídica. *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*. Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira (trad.).A. Kaufmann e W. Hassemer (org). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, pp. 184/185. Veja-se, do mesmo autor, *Filosofia do Direito*. 2ª ed. António Ulisse Cortês (trad.). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, pp. 84/92.

⁹⁹ TARUFFO. *La Semplice...cit.*, pp. 241/245.



inspeção no local do evento, além de determinar expedição de ofício á secretaria municipal competente para que informe sobre detalhes viários daquele trecho. Com as provas produzidas, julga os pedidos procedentes.

Se a iniciativa probatória oficial for considerada uma faculdade, o descontrole do critério judicial é absoluto e o arbítrio será coonestado; se for considerado um dever, ou poder-dever, o processo se tornará cada vez mais inquisitivo e a obrigatoriedade da instrução oficial ensinará problemas outros; se se eliminar a instrução oficial, será padronizada a omissão, mas os valores que fundamentam a participação do juiz serão sacrificados; se se limitar a atividade instrutória judicial em alguns casos, como somente em direitos indisponíveis, haverá a admissão que a disponibilidade enseja a indiferença no resultado do processo, sem contar a dificuldade intrínseca de se definir o que deve ser considerado indisponível, o que poderia ser sanado com a indicação taxativa de determinadas hipóteses. Essas são algumas inquietações que podem ser extraídas desse instigante tema, revelando como o maniqueísmo é prejudicial a uma discussão ampla, e que precisam ser debatidas e refletidas.

O exemplo antes formulado propositalmente veicula direitos disponíveis, exatamente por ser essa uma outra discussão envolvendo a amplitude dos poderes instrutórios do juiz. A disponibilidade do direito foi um critério relevante utilizado pela jurisprudência brasileira¹⁰⁰ e ainda é um critério que conta com diversas adesões doutrinárias e legislativas, como na já mencionada lei espanhola, mas hoje não conta com intensa adesão da doutrina pátria¹⁰¹. Ou seja: da indisponibilidade do direito decorrem efeitos processuais importantes, como a legitimidade do Ministério Público, a impossibilidade de estabelecimento de negócios jurídicos,

¹⁰⁰ I - Na fase atual da evolução do direito de família, e injustificável o fetichismo de normas ultrapassadas em detrimento da verdade real, sobretudo quando em prejuízo de legítimos interesses de menor. II - Diante do cada vez maior sentido publicista que se tem atribuído ao processo contemporâneo, o juiz deixou de ser mero espectador inerte da batalha judicial, passando a assumir uma posição ativa que lhe permite, dentre outras prerrogativas, determinar a produção de provas, desde que o faça, e certo, com imparcialidade e resguardando o princípio do contraditório. III - Tem o julgador iniciativa probatória quando presentes razões de ordem pública e igualitária, como, por exemplo, quando se esteja diante de causa que tenha por objeto direito indisponível (ações de estado), ou quando o julgador, em face das provas produzidas, se encontre em estado de perplexidade ou, ainda, quando haja significativa desproporção econômica ou sócio-cultural entre as partes” (STJ - REsp 43467/MG, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 18/03/1996, p. 7568). Excelente análise dessa temática em WAMBIER. SANTOS. Ob. cit., item 7.1.

¹⁰¹ Ampla discussão em BEDAQUE, ob. cit., pp. 135/148. CASTRO, ob. cit., pp. 277/298.



a necessidade de formalidades em atos processuais, mas, nessa linha de entendimento, não se distinguiria dos direitos disponíveis para fins instrutórios por meio da atividade judicial¹⁰². Entretanto, nota-se ainda na jurisprudência, se não uma vedação à atividade instrutória do juiz em processos envolvendo direitos disponíveis, uma maior tolerância na omissão judicial, que, nesse contexto, não teria relevância jurídica para fins recursais, por exemplo¹⁰³. Trata-se de entendimento defensável tecnicamente, mas que acaba por quebrar a uniformidade do sistema e incentivar um indesejável casuísmo, na medida em que se considera a atividade instrutória uma espécie de benesse oficial.

Note-se que, em simetria com as regras que fixam o ônus probatório, os poderes instrutórios do juiz somente incidem em casos de incompletude da prova e permanência de dúvida¹⁰⁴⁻¹⁰⁵.

¹⁰² Cf. ESTEVES, Carolina Bonadiman. *(In)disponibilidade do Direito Processual Civil: uma análise do seu reflexo sobre a atividade do juiz e das partes à luz dos princípios fundamentais*. Dissertação de Mestrado. São Paulo: USP, 2002, pp. 143/144 e 177.

¹⁰³ “Cuidando a ação de direitos disponíveis e não existindo nos autos notícia de significativa desigualdade sócio-econômico-cultural entre os litigantes, não há falar em violação ao art. 130 do Código de Processo Civil pela ausência de produção de provas *ex officio*” (REsp 242.219/RS, Rel. Ministra Laurita Vaz, DJ 01/07/2002, p. 280). “[...] em atenção também ao princípio do dispositivo, convém restringir o uso tradicionalmente indiscriminado do despacho que chama as partes a dizerem se têm outras provas a produzir, pois, dogmática e legalmente falando, os momentos para tanto já ocorreram (inicial e contestação). E, ainda, também em observância ao princípio do dispositivo, o magistrado deve ser parcimonioso ao determinar a produção de provas no saneador, evitando tornar controversos pontos sobre os quais, na verdade, as partes abriram mão de discutir - e, portanto, de tornar controvertidos. O objetivo do Código de Processo Civil é claro: evitar delongas injustificadas e não queridas pelos litigantes que, muito mais do que o atingimento da sacrossanta “verdade material” ou o prestígio da igualmente paradoxal “verdade formal”, acabam prejudicando as partes interessadas, na medida em que inviabilizam uma tutela adequada e eficiente. Por tudo isso, se o autor não demonstra (ou não se interessa em demonstrar), de plano ou durante o processo, os fatos constitutivos de seu direito, mesmo tendo-lhe sido oportunizados momentos para tanto, compete ao magistrado encerrar o processo com resolução de mérito, pela improcedência do pedido, mesmo que, por sua íntima convicção, também o réu não tenha conseguido demonstrar de forma cabal os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do alegado direito do autor. [...]” (REsp 840.690/DF, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 28/09/2010). “[...] A produção de provas no processo civil, sobretudo quando envolvidos interesses disponíveis, tal qual se dá no caso em concreto, incumbe essencialmente às partes, restando ao juiz campo de atuação residual a ser exercido apenas em caso de grave dúvida sobre o estado das coisas, com repercussão em interesses maiores, de ordem pública. Impossível, assim, exigir-se a anulação da sentença de primeira instância, mediante a pueril alegação de que ao juízo incumbia determinar a realização de provas *ex officio*. Tal ônus compete exclusivamente à parte interessada na diligência” (AgRg no REsp 1105509/RN, Rel. Ministro Marco Buzzi, DJe 18/12/2012).

¹⁰⁴ Valho-me de instigante situação exposta por Eduardo José da Fonseca Costa, juiz federal e ilustre processualista, em grupo de debates iniciado pela Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo: “Se ao cabo da instrução o juiz ordena *ex officio* produção probatória, é porque ainda tem *dúvida*. Isso significa que o



6. Autonomia privada e processo civil

O silêncio sobre a autonomia das partes não é exclusiva da doutrina brasileira¹⁰⁶: “*Sulla categoria degli accordi processuali, in sé e per sé considerata, è calato sostanzialmente l’oblio. Sul punto la letteratura italiana conserva attualmente, di regola, un silenzio, rotto talvolta da*

autor não se desincumbiu a contento do ônus de provar o fato constitutivo do seu direito. Após a aludida produção, chegar-se-á a um dos seguintes resultados: 1) provar-se-á fato constitutivo do direito do autor; 2) provar-se-á fato impeditivo do direito do autor; 3) provar-se-á fato extintivo do direito do autor; 4) provar-se-á fato modificativo do direito do autor; 5) não se provará nada. Os resultados (2), (3), (4) e (5) mostram que a dilação probatória foi *inútil*, pois antes dela o juiz já poderia ter proferido *sentença de improcedência por falta de prova*. Isso mostra que, na verdade, o juiz sempre mirou - ainda que inconscientemente - o resultado (1). Indago-lhes: há nisso imparcialidade? O juiz não estaria suprindo indevidamente a incompetência probatória do autor? Agir com "parcialidade *positiva*" em favor do autor não significa agir com "parcialidade *negativa*" em *desfavor* do réu?". Ainda que a citação peque pela informalidade da fonte, considero oportuna pela originalidade e pela percuciência, além do respeito à autoria.

¹⁰⁵ Nesse sentido, pode-se dizer que, em um quadro de penúria probatória, a iniciativa judicial é um antecedente da aplicação das regras que disciplinam a distribuição do ônus das partes. Em sentido contrário: BEDAQUE. *Poderes...cit.*, item 3.4, em que se expõe que as regras previstas nos artigos 130 e 333 do CPC se aplicam em momentos diversos. São coisas distintas a que se refere Bedaque: uma coisa é a situação de incerteza em que se encontra o juiz que determina a produção de provas; outra situação é aquela em que se refere à influência do exercício dos poderes instrutórios na permanência das regras que fixam o ônus probatório. Correto, no ponto, Joan Picó i Junoy: “Así la carga de la prueba no impide que el juez, de oficio, pueda ordenar la práctica de un medio probatorio pues, como he indicado, esta institución entra en juego y adquiere plenaeficacia en el momento de dictar sentencia y no con anterioridad, permitiendo saber al juzgador a que parte perjudicará la inexistencia de la prueba de ta-les hechos. Por ello, correctamente, el art. 217.1 LEC establece que el *onus probandi* debe tomarse en consideración: ‘Cuando, al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante, el tribunal consideredudosos unos hechos relevantes para la decisión’. En consecuencia, las reglas de la carga de la prueba siguen teniendo virtualidad en aquellos supuestos en que a pesar de la actividad probatoria llevada a cabo en el proceso, bien sea a instancia de parte o bien por iniciativa judicial, determinados hechos continúan siendo inciertos” (La iniciativa probatoria del Juez civil: un debate mal planteado. *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, nº 3, 2007, disponível em dialnet.unirioja.es, acesso em 19 de dezembro de 2012). Trícia Cabral enxerga nos poderes instrutórios do juiz a justificativa para a distribuição dinâmica do ônus da prova (ob. cit., pp. 148/149). Heitor Sica entende que o reconhecimento de poderes instrutórios do juiz implica a atenuação do ônus da prova e também a mitigação do ônus de afirmação, podendo o juiz, ao identificar indícios de determinada matéria de defesa, mesmo não alegada pelo réu, tem o poder-dever de instruir a causa, o que, em sua visão, está incluído, por exemplo, no artigo 265.3 do CPC português: “Incumbe ao juiz realizar ou ordenar, mesmo oficiosamente, todas as diligências necessárias ao apuramento da verdade e à justa composição do litígio, quanto aos factos de que lhe é lícito conhecer”. Esse raciocínio é estendido por Sica ao autor, a partir das alegações veiculadas na réplica, já que “a posição jurídica do réu, ao rebater os fatos alegados na petição inicial, é igual à posição jurídica do autor em impugnar os fatos alegados na resposta” (*O Direito de Defesa no Processo Civil Brasileiro: um estudo sobre a posição do réu*. São Paulo: Atlas, 2011, pp. 154/163

¹⁰⁶ Cf., ainda, HOFFMAN, Paulo. *Saneamento Compartilhado*. São Paulo: Quartir Latin, 2011, especialmente pp. 185/201.



qualche breve voce enciclopedica, da qualche nota a sentenza, nonché da qualche osservazione a piè di pagina negli studi monografici dedicati ad altri argomenti”¹⁰⁷.

Remo Caponi atribui esse silêncio a dois fatores ideológicos opostos, mas unidos para olvidar o tema dos acordos processuais: o primeiro fato deriva de uma concepção clássica do pensamento liberal, que discrimina de forma absoluta a justiça estatal e a arbitragem, em que a intromissão da autonomia privada revelaria uma nostalgia daquela antiga realidade privatística; em segundo lugar, o publicismo processual acolhido na codificação processual da década de quarenta do século passado, que acabou por alijar a autonomia das partes do processo¹⁰⁸.

A tensão entre autonomia privada e as regras institucionais de resolução das controvérsias não é um dado inscrito na natureza das coisas, mas sim um fenômeno historicamente condicionado por dois fatores: primeiro, a concepção do Estado moderno de apropriar-se dos meios e regras de resolução de controvérsias; em segundo lugar, a publicização do processo civil¹⁰⁹.

Conclui Caponi pela maturidade atual¹¹⁰ da doutrina e da jurisprudência para admitir uma série de acordos processuais¹¹¹⁻¹¹², com o que este texto concorda e assume como premissa.

¹⁰⁷ CAPONI, Remo. Autonomia privada e processo civile: gli accordi processuali. *Accordi di Parte e Processo. Quaderni della Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, nº 11. Milano: Giuffrè, 2008, p. 105.

¹⁰⁸ Idem.

¹⁰⁹ Idem, pp. 101/102.

¹¹⁰ *“Fino ai giorni nostri, la teoria e la prassi della protezione giudiziaria dei diritti si sono sentite costrette a muoversi nel campo di tensione provocato da due poli concettuali contrapposti (diritto pubblico, diritto privato). Oggi si deve apertamente riconoscere - per usare una bella immagine di Michael Stolleis- che questa polarità è come la luce di una stella che si irradia ancora, molto tempo dopo che la sua sorgente si è esaurita. È giunto il momento di liberarsi dei riflessi mentali di questa dicotomia per lavorare alla costruzione di un diritto intermedio e interstiziale. Una costruzione di cui si rinvengono tracce nel passato, benché queste siano rimaste sommerse dalla impostazione allora dominante. [...] Piuttosto si deve riconoscere che il sistema normativo processuale, non è chiuso nella propria autoreferenzialità normativa, ma è disposto ad apprendere dall’ambiente circostante. E se si tratta di un ambiente ricco di buone ragioni potenzialmente universalizzabili, come quello che può scaturire da un esercizio equilibrato del potere di autonomia (individuale o collettiva), l’arricchimento del sistema processuale non può essere che notevole. In sintesi, il principio di legalità della disciplina processuale è riaffermato in un contesto culturale profondamente mutato rispetto a quello ottocentesco. Un contesto nel quale l’interprete teorico e l’operatore pratico del diritto si sono definitivamente liberati dai panni striminziti dell’esegeta, per assumere quelli del coproduttore ed intermediatore di senso delle norme processuali, all’interno di un sistema legale che è come un ‘polmone aperto sull’esperienza”* (ob. cit., pp. 116/119).



Leonardo Greco observa que a definição dos limites entre os poderes do juiz e a autonomia das partes está diretamente vinculada a três fatores: a) à disponibilidade do próprio direito material posto em juízo; b) ao respeito ao equilíbrio entre as partes e à paridade de armas, para que uma delas, em razão de atos de disposição seus ou de seu adversário, não se beneficie de sua particular posição de vantagem em relação à outra quanto ao direito de acesso aos meios de ação e de defesa; e c) à preservação da observância dos princípios e garantias fundamentais do processo no Estado Democrático de Direito¹¹³.

Acrescenta o citado autor que os titulares de direitos disponíveis podem dispor no processo do próprio direito material e de todas as faculdades processuais cujo não exercício possa resultar, direta ou indiretamente, em prejuízo ao direito material. Entretanto, “isso não

¹¹¹ *“Proponiamo qualche esempio di accordo processuale, la cui ammissibilità dovrebbe essere prevista una volta per tutte dalla legge, per sottrarla ad una valutazione in concreto da parte del giudice: a) proposizione di una domanda nuova nel giudizio di primo grado (già ammessa dalla giurisprudenza nel rito ordinario, come «accettazione del contraddittorio»); b) superamento delle preclusioni; c) scelta di un modello di trattazione tra una pluralità di modelli predeterminati dalla legge, all’interno di una sequenza procedimentale unitaria.). La prospettiva è de iure condendo: molti sistemi processuali europei tendono ad articolare la disciplina del processo ordinario di cognizione in una molteplicità di modelli di trattazione della causa, calibrati sulla tipologia del valore, della materia o, più in generale, della complessità della controversia dedotta in giudizio [...] La scelta fra un modello di trattazione e l’altro è affidata al giudice, in collaborazione con le parti, e rientra fra i suoi compiti di direzione formale del processo, ma si potrebbe prevedere che l’accordo tra le parti vincoli il giudice.); d) accordo sul processo modello. La prassi e la riflessione scientifica nell’esperienza tedesca riconoscono alle parti, in ipotesi in cui pendono cause seriali, che presuppongono l’esame di identiche o analoghe questioni, la possibilità di stipulare un accordo (Musterprozessabrede, Musterprozessvertrag), sottoposto in via di principio alla normativa del codice civile, in base al quale vengono trattate solo singole cause, viene sospeso il termine di prescrizione dei diritti, oggetto delle cause che viceversa subiscono un provvisorio arresto, e si conviene che il contenuto della decisione resa sul processo modello, nella parte in cui esso rileva anche nelle cause sospese, vincoli il giudice nella definizione di queste ultime. Sotto questo profilo l’accordo è equiparato ad una transazione intercorsa tra le parti. La nuova disciplina delle impugnazioni agevola l’accesso alla Corte suprema delle cause modello di modesto valore economico, ma di significato fondamentale; e) rientrano nel contesto della valorizzazione dell’autonomia privata nel processo civile, sebbene atti unilaterali, il riconoscimento della domanda e la rinuncia all’azione, nei processi relativi a diritti disponibili [...]; f) accordo sulla qualificazione giuridica applicabile per risolvere la controversia, sulla falsariga dell’art. 12, comma 3 del codice di procedura civile francese” (ob. cit., pp. 105/111).*

¹¹² Na doutrina alemã, há manifestação doutrinária expressa no sentido de que, na dúvida, deve-se privilegiar a liberdade das partes; outra orientação doutrinária separa os acordos processuais em dois tipos: no primeiro, há acordos que implicam a disposição de poderes processuais, como *pactum de non petendo*, *pactum de non exequendo*, renúncia da ação; no segundo, os acordos atingem precisamente as regras processuais, como convenções sobre competência e sobre a distribuição do ônus da prova, que exigem autorização legislativa e razões concretas para, se for o caso, legitimar a autonomia das partes nessas questões (Idem, pp. 102/104). Cf., ainda, PEZZANNI, Titina Maria. *Il Regime Convenzionale delle Prove*. Milano: Giuffrè, 2009.

¹¹³ Os atos de disposição processual: primeiras reflexões. *Os Poderes do Juiz e o Controle das Decisões Judiciais: estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. José Miguel Garcia Medina e outros (coord.). São Paulo: RT, 2008, p. 292.



significa que os titulares de direitos indisponíveis não possam praticar atos de disposição, tanto no sentido de atos prejudiciais quanto de atos decisórios, mas apenas que não podem praticar os que, direta ou indiretamente, possam prejudicar ou dificultar a tutela desses direitos”¹¹⁴.

E, com inteira razão, assinala que uma investigação sobre o novo alcance que vão assumindo os atos processuais das partes certamente exigirá uma revisão da doutrina dominante, segundo a qual não cabe perquirir o conteúdo da vontade ou da causa nesses atos, cujos efeitos são pré-determinados pela lei¹¹⁵⁻¹¹⁶.

¹¹⁴ Idem, ibidem.

¹¹⁵ Idem, p. 291. Para ilustrar a relevância dos atos de disposição e a variedade de hipóteses em que se preveem a possibilidade de atuação da autonomia das partes, Greco arrola diversos exemplos, nas páginas 303/304: 1) a possibilidade de substituição do réu na nomeação à autoria (arts. 65 e 66); 2) a substituição do alienante ou cedente pelo adquirente ou cessionário (art. 42, § 1º); 3) o reconhecimento do pedido (art. 269, inciso II); 4) a transação judicial (arts. 269, inciso III; 475-N, incisos III e V, e 794, inciso II); 5) a suspensão do processo por convenção das partes (arts. 265, inciso II, e 792); 6) o adiamento da audiência por convenção das partes (art. 453, inciso I); 7) o requerimento conjunto de preferência no julgamento perante os tribunais (art. 565, parágrafo único); 8) as convenções sobre prazos (art. 181); 9) as convenções sobre alegações finais orais de litisconsortes (art. 454, § 1º); 10) a desistência da ação (arts. 267, § 4º, e 158, parágrafo único); 11) a conciliação em audiência (arts. 447/449); 12) a desistência da execução (art. 569), 13) a liquidação por arbitramento por convenção das partes (art. 475-C, inciso 14); o) a administração de estabelecimento penhorado (art. 677, § 2º); 15) a escolha do juízo da execução (art. 475-P, parágrafo único); 16) a escolha da prestação nas obrigações alternativas (art. 571); 17) a escolha do foro pela Fazenda na execução fiscal (art. 578, parágrafo único); 18) a escolha do meio executório pelo exequente (art. 568); 19) a escolha do bem na entrega de coisa incerta (art. 629); 20) a opção do exequente pelas perdas e danos na execução de obrigações de fazer (art. 633); 21) a execução da obra pelo próprio exequente nas prestações de fazer (art. 637); 22) o depósito em mãos do executado com a anuência do exequente (art. 666, § 1º); 23) a desistência da penhora pelo exequente (art. 667, inciso III); 24) a sub-rogação ou alienação judicial do crédito penhorado (art. 673); 25) o acordo sobre a forma de administração na penhora de estabelecimento (art. 677, § 2º); 26) a dispensa da avaliação se o exequente aceitar a estimativa do executado (art. 684-I); 27) a opção do exequente pela adjudicação ou pela alienação particular (art. 686); 28) a substituição da arrematação pela alienação via *internet* a requerimento do exequente (art. 689-A); 29) a nomeação do administrador no usufruto (art. 719); 30) a escolha do rito da execução de alimentos (arts. 732/735); 31) a opção do executado pelo pagamento em prestações (art. 745-A); 32) o acordo de pagamento amigável pelo insolvente (art. 783); 33) a escolha de depositário de bens seqüestrados (art. 824-I); 34) o acordo de partilha amigável (art. 1.031); 35) a alienação de bens em depósito judicial (art. 1.113, § 3º). Além dessas hipóteses de atos de disposição, contempla ser possível examinar algumas outras, existentes em outros ordenamentos processuais, mencionadas pela doutrina ou possivelmente compatíveis com o ordenamento brasileiro, como a renúncia bilateral antecipada do recurso futuro, a penhora em lugar inacessível, a não impugnação do valor da causa, a escolha do procedimento, o acordo de alienação antecipada dos bens penhorados e a convenção sobre a escolha do bem a ser penhorado

¹¹⁶ Registre-se original trabalho de Antonio Cabral, em que, a partir da despolarização da demanda e a incidência de zonas de interesse, vislumbra uma série de situações em que as partes deixam de desempenhar papéis fixos: “Com o desenvolvimento de postulados de cooperação e boa-fé, genericamente aplicáveis aos sujeitos do processo, repercutiu a idéia colaborativa do contraditório que norteia a moderna compreensão do princípio, impondo a co-participação dos sujeitos processuais. Assim, hoje o processo não é mais teorizado em torno do conflito ou da lide, mas a partir da agregação, da boa-fé, da conjugação entre interesses privados e interesses Paralelamente, começaram a ser fomentadas, no Brasil e no estrangeiro, a adoção de soluções processuais



Constatada essa nova abertura para o ingresso da autonomia privada no processo¹¹⁷, com os atuais contornos e balizamentos normativos e culturais, passa-se a um exame geral acerca da sua noção conceitual e sua inserção no quadro dos direitos fundamentais.

Lembre-se, para evitar qualquer distorção do debate, a distinção entre autonomia privada e autonomia da vontade: “A autonomia privada é o poder que os particulares têm de regular pelo exercício de sua própria vontade as relações de que participam, estabelecendo-lhes o conteúdo e a respectiva disciplina jurídica. Sinônimo de autonomia da vontade para grande parte da doutrina contemporânea, com ela porém não se confunde, existindo entre ambas sensível diferença. A expressão ‘autonomia da vontade’ tem uma conotação subjetiva, psicológica, enquanto a autonomia privada marca o poder da vontade no direito de um modo objetivo, concreto e real”¹¹⁸.

cooperativas, como a arbitragem, as convenções sobre a prova, acordos sobre as suspensões do processo e de prazos, etc. Nesse sentido, a jurisprudência francesa desenvolveu o *contrat de procedure*, um acordo entre os sujeitos processuais em que todos deliberam sobre as regras que disciplinarão aquele processo específico, fixando prazos para alegações e julgamento, dispensa de recursos, meios de prova que serão utilizados, etc. Trata-se de instituto através do qual os sujeitos do processo, a despeito dos interesses materiais que os movem, atuam em conjunto para específicas finalidades processuais que a todos aproveitem. Na mesma senda, os ordenamentos francês e belga, já de algum tempo, e o regime processual experimental português, recentemente implementado, admitem, p.ex., a formulação de requerimentos conjuntos pelas partes. Hipótese similar ocorre com a recente disposição do art.114 §2º da Constituição da República de 1988, na redação da emenda constitucional 45/2004, no que se refere a requerimento conjunto de instalação de dissídios coletivos de natureza econômica na Justiça do Trabalho. Ora, em todas estas hipóteses, estamos diante de casos em que, ainda que possuam interesses materiais contrapostos, para aqueles fins específicos e naquele momento processual, a atuação conjunta pareceu a alternativa estratégica mais adequada para os sujeitos do processo. É visível que uma apreensão estática do interesse-necessidade não é possível aqui. Devemos lembrar, com Brüggemann, que há casos no processo, como estes, em que não se observa uma efetiva contraposição de interesses, mas apenas uma “rivalidade formal”, casos em que os sujeitos do processo não são oponentes (*Gegenspieler*), mas co-jogadores (*Mitspieler*). Despolarização do processo e “zonas de interesse”: sobre a migração entre polos da demanda. *Reconstruindo a Teoria Geral do Processo*. Fredie Didier. Jr. (org). Salvador: Juspodivm, 2012, pp. 152/153.

¹¹⁷ Segundo Pedro Nogueira, “pode-se localizar a autonomia privada em quatro zonas de liberdade: a) liberdade de negociação (zona das negociações preliminares, antes da consumação do negócio); b) liberdade de criação (possibilidade de criar novos modelos negociais atípicos que melhor sirvam aos interesses dos indivíduos); c) liberdade de estipulação (faculdade de estabelecer o conteúdo do negócio); d) liberdade de vinculação (faculdade de celebrar ou não o negócio). Remanescendo um desses níveis de incidência, preserva-se, ainda que em limite mínimo, a “autonomia privada”. Por isso, nas situações em que só resta ao sujeito a faculdade de praticar ou não praticar o ato, sobra somente a liberdade de vinculação, mas o negócio jurídico mantém-se de pé, nada obstante com um mínimo de autorregramento” (ob. cit., p. 123).

¹¹⁸ AMARAL, ob. cit., p. 345. Lembre-se das críticas que as concepções voluntaristas no negócios jurídico recebem há décadas na própria teoria do Direito Privado (cf., AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.



A autonomia privada trabalha não com a vontade subjetiva soberana, numa exacerbação individualista, mas com o consenso legitimado pela ordem normativa¹¹⁹, que autoriza a formação de normas negociais¹²⁰ e determinação de seu próprio comportamento individual¹²¹.

Para a exata dimensão da autonomia privada e sua relação de tensão com direitos fundamentais, considera-se que se trata de um princípio formal, ou seja, uma norma de validade que fornece razões para observância de normas de conduta. Nesse sentido, a autonomia privada é o princípio que fornecerá razões para que um ato de vontade entre particulares, mesmo restringindo direitos fundamentais, seja estabelecido, aceito e considerado válido¹²².

Há que se verificar, ainda, se entre autonomia privada e direitos fundamentais há efetivamente uma colisão entre direitos que exija sopesamento das conexões de realização ou restrição de um ou outro.

Aponta-se em doutrina que a desigualdade fática entre particulares exige a restrição da autonomia privada¹²³, o que revela um fundamental caráter pedagógico e simbólico da

¹¹⁹ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos Direitos de Personalidade e Autonomia Privada*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 52.

¹²⁰ O negócio jurídico é o exercício da autonomia privada, podendo ser entendido como “a declaração de vontade que se destina à produção de certos efeitos jurídicos que o sujeito pretende e o direito reconhece”, com nítida expressão normativa (AMARAL, ob. cit., pp. 369, 377 e 381/382).

¹²¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. Liberdade individual, acrasia e proteção da saúde. *Estudos e Pareceres sobre Livre-Arbitrio, Responsabilidade e Produto de Risco Inerente: o paradigma do tabaco – aspectos civis e processuais*. Teresa Ancona Lopez (coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 332

¹²² SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 148/150.

¹²³ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 303. Em texto mais recente, o autor reforça sua ideia, cuja pertinência de constatação é relevante: “Ademais, só existe efetivamente autonomia privada quando o agente desfrutar de mínimas condições materiais de liberdade. Isto não acontece em grande parte dos casos de aplicação dos direitos humanos nas relações entre particulares, nas quais a manifesta desigualdade entre as partes obsta, de fato, o exercício da autonomia. Pensar a autonomia privada, num sentido pleno, é considerar também os constrangimentos que lhe são impostos por agentes não-estatais, no contexto de uma sociedade profundamente assimétrica e excludente. Em regra, é contra esses constrangimentos à liberdade humana que se volta a aplicação dos direitos fundamentais no campo das relações entre particulares. Portanto, afirmar a aplicabilidade direta e imediata dos direitos individuais nestas relações não atenta contra a autonomia privada, mas, ao inverso, visa a promovê-la no seu sentido mais pleno” (A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais: o debate teórico e a jurisprudência do STF, disponível em [www.danielsarmento.com.br /category/artigos/academicos/](http://www.danielsarmento.com.br/category/artigos/academicos/)).



constatação, mas se questiona se efetivamente há sopesamento, considerando-se que inexistente referência ao grau de restrição de outro direito fundamental envolvido¹²⁴. Isso não significa, contudo, a desnecessidade de se estabelecerem critérios de aferição da importância da autonomia privada na relação entre particulares, sobretudo em casos de desigualdades fáticas ou, mesmo, que se estabeleça no interior de uma relação jurídica¹²⁵, gerando uma situação assimétrica, em que se revele a vulnerabilidade¹²⁶.

É necessário aferir o “grau de autonomia real” das partes envolvidas, a fim de se perscrutar se há comprometimento da “autenticidade das vontades”, não se podendo elaborar uma equação automática entre desigualdade material e mitigação da autonomia privada¹²⁷.

Aponta-se como fator decisivo para verificar se restrições a direitos fundamentais no estabelecimento de relações particulares devem ser aceitas precisamente de acordo com o grau da autonomia da vontade verificada no caso concreto¹²⁸.

Um outro ponto a se reforçar é a dinamicidade intrínseca das relações particulares que, com a denominada constitucionalização do direito privado, pode afetar a regulação entre particulares com base na autonomia privada, já que uma relação inicialmente simétrica pode

¹²⁴ “Não é demais salientar, contudo, que não há um sopesamento entre autonomia da vontade e direito fundamental atingido [...] já que o critério ‘autonomia real ou aparente’ é unilateral e diz respeito somente à própria autonomia” (SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 158). Para esse autor, a autonomia privada é um princípio formal, ou seja, uma norma de validade que fornece razões para observância de normas de conduta. Nesse sentido, a autonomia privada (ob. cit., p. 148). Registre-se que Virgílio Afonso da Silva tem uma visão peculiar sobre a teoria dos princípios, que é por ela exposta de modo sistemático no livro *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros: 2009. Há grande divergência com as ideias de Humberto Ávila, por exemplo, sobretudo no campo do “conflito normativo” e especificamente quanto à possibilidade de ponderação no conflito entre regras, que é admitido por este último autor (*Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, *passim*, especialmente item 2.3.3.2) e rechaçada por aquele (*Direitos Fundamentais...cit.*, item 2.3). Sobre a distinção entre princípios e regras constitucionais, há um contraponto teórico importante em NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais*. São Paulo: Martins Fontes, 2013, *passim*, especialmente capítulo III.

¹²⁵ SILVA. *A Constitucionalização...cit.*, p. 155.

¹²⁶ Cf. MARQUES, Claudia Lima. MIRAGEM, Bruno. *O Novo Direito Privado e a Proteção dos Vulneráveis*. São Paulo: RT, 2012. No campo processual, o excelente trabalho de TARTUCE, Fernanda. *Igualdade e Vulnerabilidade no Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

¹²⁷ SILVA. *A Constitucionalização...cit.*, pp. 157/158.

¹²⁸ *Idem*, p. 158.



sofrer mudanças fáticas não previstas anteriormente que desequilibrem o negócio jurídico, restringindo ainda mais os direitos fundamentais¹²⁹.

Deve-se mencionar, ainda, o denominado “núcleo irreduzível da ‘autonomia pessoal’”, em que os direitos fundamentais não podem aspirar a uma força conformadora de relações privadas, sob pena de se confiscar referida autonomia¹³⁰. O balizamento desse “núcleo irreduzível” é difícil de ser atingido¹³¹, mas, embora verificável no caso concreto, é discutível a criação de uma espécie de escudo imunizante contra direitos fundamentais¹³². O conteúdo essencial dos direitos fundamentais é marcado por dicotomias: enfoque objetivo/subjetivo e conteúdo essencial e relativo¹³³.

A dimensão objetiva do conteúdo essencial de um direito fundamental ultrapassa a esfera subjetiva de um titular implica não restringi-lo a ponto de afetar seu significado para a sociedade ou parcela dela; já a dimensão subjetiva tem como base uma situação individualizada, tendo em conta que apenas a proteção objetiva pode deixar a descoberto situações individuais que, ainda que sofrendo restrições indevidas no caso concreto, não é suficiente para abalar a dimensão objetiva; o conteúdo absoluto considera a existência intangível de um núcleo, com a evidente dificuldade de se definir o que compreende e o que deve ser excluído desse conteúdo essencial, sendo que há quem entenda que esse núcleo varia com o tempo (absoluto-dinâmico) e outros que trabalham como uma ideia de imutabilidade (absoluto-estático)¹³⁴.

Esse núcleo essencial e comum aos direitos fundamentais seria, segundo autorizada doutrina¹³⁵, a dignidade da pessoa humana, cujo delineamento conceitual é complexo¹³⁶ e ainda se discute seu próprio conteúdo essencial¹³⁷.

¹²⁹ Idem, p. 159.

¹³⁰ CANOTILHO. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1250.

¹³¹ Tanto assim que Canotilho, na obra e local citados acima, apenas enuncia o problema.

¹³² Cf., SILVA. *A Constitucionalização...cit.*, p. 165.

¹³³ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros: 2009, pp. 26/27 e todo o capítulo 5.

¹³⁴ Idem, pp. 185/191.

¹³⁵ Veja crítica em SILVA, *Direitos Fundamentais...cit.*, p. 191/196. Esse autor adota a teoria do conteúdo essencial relativo, que varia a cada situação, dependendo das condições fáticas e das colisões entre diversos direitos e



Trata-se de um tema necessário para reflexão da noção de indisponibilidade do direito que, entre outras consequências, limita a amplitude das convenções sobre ônus da prova. Não se extrai uma noção exata para a definição do núcleo essencial, mas essa abstração é, ao mesmo tempo, fundamental para uma adequação concreta dos termos dos acordos processuais.

7. Considerações finais

A ideia central do presente artigo está na crença de que a evolução cultural da teoria processual brasileira é permite a convivência democrática da autonomia das partes com os poderes do juiz, não havendo espaço para sectarismos e maniqueísmos no fundamental debate envolvendo a divisão do trabalho entre os sujeitos do processo.

Conclui-se este trabalho, portanto, reiterando que a aposta na onisciência e na onipotência do julgador, além de discutível ideológica e metodologicamente, pode levar à exclusão do diálogo no processo, alijando as partes da necessária participação para que seja construída a decisão final¹³⁸. Isso demonstra que um discurso de efetividade do processo pode significar, na verdade, uma ditadura mal disfarçada¹³⁹, inaugurando uma nova “fase” da ciência processual, em que o processo deixa de ser *coisa das partes* e praticamente passa a ser uma *coisa sem partes*.

Não se propõe uma omissão judicial, mas, sim, um retorno das partes ao processo. As conquistas que advieram com a publicização do processo tornam a cena madura para a convivência natural com a efetiva participação dos litigantes, que, embora desiguais, não

interesses no caso concreto (ob. cit., p. 196), ressaltando que, em relação à dignidade, a própria Constituição pode estabelecer vedação absolutas por meio de regras, como a vedação da tortura (p. 202).

¹³⁶ Com a evidente dificuldade de se definir o que se entende por dignidade humana. Sobre esse específico tema: SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. BARROSO, Luís Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

¹³⁷ BARROSO, ob. cit., capítulo 2.

¹³⁸ Cf., com profundidade, NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*. Curitiba: Juruá, 2008.

¹³⁹ SOUSA SANTOS, Boaventura de. *Para uma Revolução Democrática da Justiça*. Coleção “Questões da nossa época nº 134”. São Paulo: 2007, p. 90.



devem ser tratados como inimputáveis e muito menos o juiz deve agir como se estivesse municiado com uma espécie de “poder geral de curatela”.

Entre o privatismo (ou garantismo) e o publicismo do processo, não há mais espaço para o paternalismo judicial.



L'appello motivato della legge 134/2012

(The motivated appeal of statute 134/2012 in Italian Civil Procedure)

Luigi Viola

Lawyer in Italy

Abstract: This essay deals with a new form of appeal in Italian civil procedure, comparing it with the traditional appeal.

Keywords: Appeal. Italian Civil Procedure.

Sommario: 1. L'appello classico 2. L'appello motivato 3. I nuovi fatti 4. Parti del provvedimento 5. Appello rescindente e rescissorio 6. Circostanze 7. La motivazione

1. L'appello classico

La legge 134 del 7-08-2012¹ di Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 22 giugno 2012, n. 83, recante misure urgenti per la crescita del Paese, ha modificato l'appello del processo civile, incidendo – a tratti in modo significativo – sul piano del procedimento e su quello dell'atto.

L'impatto del nuovo appello c.d. filtrato riguarderà le cause introdotte dal giorno 11.9.2012²:

-per l'atto introduttivo del ricorso, si avrà riguardo al momento del deposito;

¹ Pubblicata nella Gazzetta Ufficiale del 11.08.2012, n. 187.

² Dal trentesimo giorno successivo a quello di entrata in vigore della legge di conversione, ovvero dal giorno 11.9.2012.



-per l'atto introduttivo della citazione, si avrà riguardo al momento in cui sia stata richiesta la notificazione.

Per cogliere la portata della novità, si deve necessariamente esaminare – almeno sul piano letterale – ciò che era previsto prima, per poi compararlo con la disciplina attuale e cogliere le reali innovazioni.

L'art. 342 c.p.c. nella sua formulazione precedente alla riforma del 2012, prevedeva l'inserimento dell'esposizione sommaria dei fatti, unitamente all'indicazione degli specifici motivi d'impugnazione ed ai requisiti di cui all'art. 163³ c.p.c.

L'esposizione sommaria dei fatti aveva la funzione di meglio far comprendere i motivi, così realizzando un'interdipendenza non sacrificabile⁴: è possibile capire i motivi se sono collegati ai fatti.

Il riferimento è ai fatti relativi allo svolgimento del giudizio di primo grado che siano rilevanti per la decisione impugnata. Il loro scopo – certamente meno rilevante di quello dei motivi – è di rendere intelligibili da parte del giudice dell'appello i motivi dell'impugnazione senza obbligarlo a fare ricorso ad altre fonti cognitive⁵.

L'esposizione doveva essere sommaria, da intendersi per lo più come narrazione dei fatti giuridicamente rilevanti ai fini dell'appello.

³ CARRATO, *L'omesso avvertimento ex art. 163 n. 7 in appello e le possibili conseguenze processuali*, in *Corriere Giur.*, 2012, 9, 1083; BUGATTI, *Mancata proposizione dell'appello e responsabilità del professionista forense*, in *Danno e Resp.*, 2012, 3, 295.

⁴ Per approfondimenti: TRAVAGLINO, *Appello con pluralità di parti e costituzione dell'appellante*, in *Corriere Merito*, 2011, 10, 944; VOLPE, *Il difetto di giurisdizione in grado d'appello tra profili di diritto transitorio e unità del sistema giurisdizionale*, in *Giur. It.*, 2011, 10; GOZZI, *Difetto di rappresentanza o assistenza della parte e sanatoria in grado di appello*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2011, 3, 750; ROMANO, *Sulla nullità dell'atto di citazione in appello per vizi inerenti alla vocatio in ius*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2010, 6, 1432; SCALA, *L'appello nel procedimento sommario di cognizione*, in *Giur. It.*, 2010, 3; LUISO, *Ancora sul processo di appello in materia di opposizione alle sanzioni amministrative*, in *Giur. It.*, 2010, 1.

⁵ COMOGLIO-FERRI-TARUFFO, *Lezioni sul processo civile*, Bologna, 1998, 806; LUISO, *Invalidità della sentenza e mezzi di gravame*, in *Riv. Dir. Proc.*, II, 2009, 307.



La giurisprudenza⁶, per lo più, si è “accontentata” anche di una narrazione che solo per via indiretta potesse far cogliere l’essenza dei fatti, proprio alla luce del rilievo letterale che l’esposizione fattuale dovesse essere “sommaria”: il requisito della “sommaria esposizione dei fatti” richiesto dall’art. 342 c.p.c. non esige una parte espositiva formalmente autonoma ed unitaria ma, in quanto funzionale alla individuazione delle censure mosse dall’appellante, può ritenersi soddisfatto anche qualora tale individuazione sia consentita anche indirettamente dal complesso delle argomentazioni svolte a sostegno dei motivi di appello, ed in mancanza ne consegue la nullità del relativo atto, che rimane sanata per effetto della costituzione dell’appellato, e non l’inammissibilità del gravame, che non è esplicitamente prevista da alcuna norma.

Accanto alla pretesa circa la narrazione sommaria dei fatti, l’art. 342 c.p.c. predicava la sussistenza di specifici motivi.

La specificità dei motivi indicava all’interprete la necessità di “colpire dettagliatamente” le singole censure; la specificità dei motivi di appello ex art. 342 c.p.c. andava intesa nel senso che essi devono consentire non solo di individuare le questioni costituenti l’oggetto e l’ambito del riesame richiesto al giudice di secondo grado ma altresì di identificare, pur quando la sentenza sia impugnata nella sua interezza, le concrete ragioni per cui se ne invoca la riforma⁷.

La specificità andava “calibrata” sul tipo di pronuncia e sul suo contenuto: l’onere di specificità dei motivi - nel senso che la manifestazione volitiva dell’appellante, intesa ad ottenere la riforma della sentenza impugnata, deve essere sorretta da una parte argomentativa idonea a contrastare la motivazione di quest’ultima e proporzionata alla sua maggiore o minore specificità - andava coordinato con il principio *jura novit curia* che, ai sensi dell’art. 113 c.p.c., presiede alla soluzione delle questioni di diritto⁸.

La previsione dei motivi specifici dell’impugnazione imponeva all’appellante di non limitarsi a chiedere un generico riesame della controversia svolta in primo grado. A mezzo dei

⁶ Cass. civ. Sez. II Sent., 29-01-2007, n. 1790, in *CED Cassazione*, 2007; Cass. civ. Sez. lavoro, 03-01-2005, n. 21, in *Arch. Giur. Circolaz.*, 2005, 1233; Cass. civ. Sez. III, 13-11-2002, n. 15930, in *Gius*, 2003, 5, 561.

⁷ Corte di Appello di Napoli, Sez. III bis, Sentenza del 3.11.2011, in *ilProcessoCivile.com*, 70, 2011.

⁸ Cass. civ. Sez. lavoro, 25-03-2010, n. 7190, in *CED Cassazione*, 2010.



motivi di appello egli doveva procedere ad una prima delimitazione dell'oggetto del giudizio di secondo grado⁹.

Ai fini dell'individuazione del "*thema decidendum*" in appello, sebbene l'art. 342 c.p.c. preveda la devoluzione al giudice d'appello delle sole questioni che siano state fatte oggetto di specifici motivi di gravame, esso si estende ai punti della sentenza di primo grado che siano, anche implicitamente, necessariamente connessi ai punti censurati, e con possibilità di riesame dell'intero rapporto controverso e di tutte le questioni dibattute dalle parti in primo grado se i motivi d'appello fanno puntuale riferimento all'impianto logico letterale complessivo della sentenza di primo grado, sottoponendola ad una critica completa e radicale, non essendo però sufficiente, a tal fine, la richiesta generica di riforma integrale della sentenza impugnata¹⁰.

La dottrina per lo più si divideva sulla nozione di parte di sentenza impugnata:

-per alcuni¹¹ (tesi minoritaria), i motivi d'appello identificavano i capi della sentenza che l'appellante intendeva sottoporre al riesame, provocando la "venuta a galla" in secondo grado di tutte le questioni che formavano quel capo e di tutto il materiale di cognizione a questo inerente, anche se non oggetto di specifica censura;

-per altri¹² (tesi prevalente), i motivi d'appello identificavano le questioni presenti nella sentenza che l'appellante intendeva sottoporre al riesame, provocando "l'affogamento" in secondo grado delle *questiones* non specificatamente criticate.

Certo è che i motivi d'appello assolvevano almeno a due funzioni¹³:

-quella di delimitare l'oggetto dell'impugnazione;

-quella di indicare le ragioni dell'appello.

⁹ PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, 3^a ed., Napoli, 1999, 516.

¹⁰ Cass. civ. Sez. II, 22-07-2002, n. 10681, in *Arch. Giur. Circolaz.*, 2003, 6, 519.

¹¹ RASCIO, *L'oggetto dell'appello civile*, Napoli, 1996, 236.

¹² PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, 3^a ed., Napoli, 1999, 519; CHIARLONI, *Appello*, in *Enc. Giur.*, II, Roma, 1995, 2.

¹³ COMOGLIO-FERRI-TARUFFO, *già cit.*, 806.



2. L'appello motivato

Il nuovo art. 342 c.p.c. (ispirato al codice tedesco¹⁴) non ha cancellato il riferimento all'art. 163 c.p.c.: si è pretesa, però, la motivazione che dovrà indicare l'indicazione delle parti del provvedimento che si intende appellare e delle modifiche che vengono richieste alla ricostruzione del fatto compiuta dal giudice di primo grado, nonché l'indicazione delle circostanze da cui deriva la violazione della legge e della loro rilevanza ai fini della decisione impugnata.

Essenzialmente, si fa riferimento a “parti del provvedimento” e “modifiche richieste”, circostanze “da cui deriva” la violazione di legge e rilevanza.

Le modifiche incidono proprio sull'atto e, tramite questo in modo inevitabile, anche sulle tecniche di redazione dello stesso: la motivazione è prevista a pena d'inammissibilità.

Tale atto si allinea all'art. 125 c.p.c. che individua gli elementi generali degli atti processuali, a cui – però – il novellato art. 342 c.p.c. ne aggiunge altri.

E' previsto – oggi – un atto diverso che non impone spazio ai fatti (la precedente esposizione sommaria dei fatti), ma largo spazio alla motivazione per lo più ancorata all'indicazione di ciò che non va nella prima sentenza e come deve essere cambiato¹⁵, oltre al “perché” naturalmente.

Il nuovo testo dell'art. 342, comma 1 c.p.c. è pensato come un ulteriore dispositivo di filtro che

ha come parametro il rispetto dei requisiti di forma-contenuto ivi previsti; ciò significa in pratica che, mentre per dichiarare inammissibili appelli privi di una «ragionevole probabilità» di essere accolti il giudice dovrà svolgere una sia pur minima attività di apprezzamento cognitivo circa la fondatezza dei motivi di appello, in questo caso il giudice dovrà verificare unicamente se

¹⁴ In particolare, il nuovo art. 342 c.p.c. è intonato al § 520, comma 3, frase 2, nn. 1 e 2 del codice di procedura civile tedesco; così CAPONI, *La riforma dell'appello civile dopo la svolta nelle commissioni parlamentari*, in *Judicium.it*, 2012.

¹⁵ VIOLA, *Il nuovo appello filtrato*, Pistoia, 2012, 13.



l'atto di appello risponde ai requisiti della fattispecie legale di cui all'art. 342, comma 1 c.p.c. e, ove questa

corrispondenza non vi sia, dovrà dichiarare l'appello inammissibile¹⁶.

Pertanto, la struttura dell'atto di appello appare cambiata, a tratti in modo significativo.

I nuovi requisiti, essenzialmente traducibili nella motivazione, sono prescritti a pena d'inammissibilità.

Da qui la necessità di un approfondimento serio e non meramente teorico.

L'atto oggi è valido anche se non contiene l'esposizione sommaria dei fatti; tale previsione, difatti, è stata abrogata, ponendosi in linea – secondo alcuni¹⁷ - con il nuovo art. 132 c.p.c. che si accontenta della concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto.

Vanno oggi puntualmente indicate le parti di provvedimento che si impugnano e le modifiche richieste circa il fatto.

Altresì bisognerà indicare circostanze determinanti la violazione di legge, unitamente alla loro rilevanza.

Vediamo nel dettaglio cosa si intende dire.

3.1 nuovi fatti

La nuova lettera dell'articolato normativo attinente all'appello pone nuovi interrogativi e non è neanche chiaro se il riferimento ai fatti possa oggi continuare ad essere omesso, oppure – diversamente – sia stato di fatto reintrodotta.

La questione non è per nulla ovvia come potrebbe ipotizzarsi *ictu oculi* in quanto:

-da un lato, è stato cassato l'inciso circa l'esposizione "sommaria dei fatti";

¹⁶ Così CAPONI, *La riforma dell'appello civile dopo la svolta nelle commissioni parlamentari*, in *Judicium.it*, 2012.

¹⁷ TONA, *La citazione dovrà andare subito al solo*, in *IlSole24Ore* del 6.8.2012, n. 216, 6.



-dall'altro lato, è rimasto il rinvio all'art. 163 c.p.c., che al n. 4 menziona "l'esposizione dei fatti" (non sommaria).

Pertanto: davvero l'esposizione dei fatti può essere omessa, nel regime *post legge* 134/2012? Oppure addirittura bisogna essere più precisi di prima nella narrazione dei fatti?

E' stato osservato¹⁸ che il riferimento ai fatti, dopo la novella *de qua*, potrebbe essere omesso: l'atto di appello andrebbe redatto senza menzionare il fatto.

Tale affermazione può giustificarsi in base ai seguenti rilievi, per lo più di tipo logico:

-prima della novella, all'art. 342 c.p.c. era possibile leggere la pretesa della norma affinché l'atto contenesse "l'esposizione sommaria dei fatti"; se il legislatore ha eliminato tale inciso, allora vuol dire che tale esposizione, almeno ai fini della validità dell'atto, può essere omessa;

-d'altronde, la riforma così decodificata si porrebbe in linea con l'art. 132 c.p.c., riferibile alla motivazione della sentenza, laddove si parla di concisa esposizione delle ragioni di fatto;

-la *ratio* sottesa alla riforma è volta alla semplificazione ed accelerazione del processo, mentre una narrazione dei fatti rischierebbe di vulnerarla; il riferimento ai fatti è stato omesso per permettere al giudice dell'appello di sindacare, e controllare, solo le cose rilevanti, con la conseguenza che una narrazione di tutti i fatti di tradurrebbe in un'inutile perdita di tempo;

-anche i lavori parlamentari depongono nel senso sopra detto;

-diversamente opinando, non si riuscirebbe a spiegare la ragione per cui l'inciso "esposizione sommaria dei fatti" sia stato cancellato e, per questa via – si porrebbe in serio pericolo la *voluntas legis*.

Accogliendo tale tesi, il nuovo atto di appello ben potrebbe essere redatto omettendo i riferimenti fattuali.

¹⁸ TONA, *già cit.*



Si ritiene di predicare una tesi più letterale: l'atto di appello, anche oggi *post novella*, deve contenere la narrazione dei fatti ed, anzi, a rigore, questa deve essere più esaustiva di prima.

Nel dettaglio, è preferibile optare per una tesi letterale volta a pretendere la narrazione dei fatti in appello, in linea con la nuova lettera dell'art. 342 c.p.c.

Tale affermazione si fonda sui seguenti rilievi:

-è vero che il riferimento all'esposizione sommaria dei fatti è stato espunto dall'art. 342 c.p.c., ma resta il rinvio alle prescrizioni dell'art. 163 c.p.c. che al n. 4 pretende l'esposizione dei fatti, neanche in via "sommaria"; ciò vuol dire che con il pregresso art. 342 c.p.c. la narrazione era sommaria in quanto si derogava a quanto espressamente sanciva l'art. 163 c.p.c., ma - venuta meno la narrazione sommaria - si ha una sorta di "riespansione" del predicato dell'art. 163 c.p.c.; più chiaramente, la novella ha eliminato l'eccezionalità della sommarietà, così facendo rientrare l'appello nei binari dell'ordinarietà scolpiti all'art. 163 c.p.c.;

-altresì, lo stesso art. 342 c.p.c., come innovato, esige l'indicazione delle "modifiche che vengono richieste alla ricostruzione del fatto"; *id est*: bisogna indicare cosa si vuole venga modificato della ricostruzione fatta dal primo giudice a proposito del fatto e, dunque, per poter spiegare cosa si vuole, bisogna anche indicare come sono andate le cose, ovvero i fatti;

-la *ratio* è comunque salvaguardata dalla presenza solo di fatti e diritti rilevanti, visto che al n. 2 dell'art. 342 c.p.c. è scritto "l'indicazione delle circostanze da cui deriva la violazione della legge e della loro rilevanza ai fini della decisione impugnata";

-una lettura diversa sarebbe contraria alla lettera della legge e l'interpretazione letterale prevale sulle altre¹⁹, ex art. 12 delle Preleggi.

Pertanto, poiché la lettera della legge depone nel senso di un'espansione dell'art. 163 c.p.c. rispetto al passato è preferibile - anche sul piano strategico - continuare a menzionare il

¹⁹ Cassazione civile, Sezione lavoro, sentenza del 26.1.2012, n. 1111, in *Overlex.com*, 2012.



fatto anche, se si preferisce, in modo sintetico, ma senza ometterlo; sarebbe un grande rischio soprattutto in sede di prima applicazione della norma *de qua*.

Altra novità rilevante, in tema di nuovo appello filtrato, emerge dal n. 1 dell'art. 342 c.p.c. che esige "l'indicazione delle parti del provvedimento che si intende appellare e delle modifiche che vengono richieste alla ricostruzione del fatto compiuta dal giudice di primo grado".

Bisogna, in pratica, indicare

-le parti del provvedimento criticate (laddove il giudice condanna ad un *dare*, ad esempio);

-le modifiche richieste relativamente alla ricostruzione fattuale.

Tale predicati legislativi si pongono in linea con la struttura rescindente e rescissoria del giudizio d'appello²⁰, confermando anche implicitamente il divieto di *novum iudicium*²¹ classicamente presente in appello:

-le critiche devono essere vagliate, circa la loro fondatezza (fase rescindente);

-bisogna emettere una sentenza che sostituisca la precedente di primo grado (fase rescissoria), tenendo presente le istanze sostanziali fatte valere dalla parte impugnante, in linea con l'art. 112 c.p.c.;

-non si tratta di un nuovo giudizio, tant'è vero che il giudice deve limitarsi a scrutinare le critiche fatte in appello; a maggior ragione, poi, ove si pensi al fatto che con la novella *de qua* non è neanche ipotizzabile che il giudicante rilevi una *quaestio*, essendo stato cancellato l'inciso "salvo che il collegio non li ritenga indispensabili ai fini della decisione" di cui al previgente art. 345 c.p.c.

²⁰ Per approfondimenti PATTI, *Le impugnazioni: natura e struttura*, in *Fallimento*, 2011, 9, 1105; CHIARLONI, *Efficienza della giustizia, formalismo delle garanzie e sentenze della terza via*, in *Giur. It.*, 2011, 1; SASSANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, 2006, 437; BRIGUGLIO-CAPPONI (a cura di), *Commentario alle riforme del processo civile*, Padova, 2009, 24; GALATRO, *La procedura civile*, Rimini, 2008, 663.

²¹ RINALDI, *sub. 342 c.p.c.*, in VIOLA (a cura di), *Codice di procedura civile*, Padova, 2011.



Il n. 1 dell'art. 342 c.p.c. di cui si discorre, laddove impone l'indicazione delle parti del provvedimento impugnate, non attiene alla motivazione della sentenza, ma al suo oggetto²².

4. Parti del provvedimento

Non si può più impugnare genericamente tutto quanto affermato dalla sentenza, ma bisogna indicare le singole parti soggette a censura: va “detto il perché”, ma questo deve soprattutto essere rapportato a singole parti; ecco la ragione per cui è scritto che la motivazione deve contenere l'indicazione delle parti impugnate: bisogna criticare singole parti, dandone contezza motivazionale.

L'impugnazione generica – intesa come affermazione volta a criticare la sentenza senza specificarne le singole parti censurabili - sarà dichiarata inammissibile, in quanto contrastante con il *dictum* dell'art. 342 c.p.c.: bisogna anche precisare se l'impugnazione è totale o parziale, ma avendo sempre cura di focalizzare le critiche su singole parti.

Ebbene, chiarito il necessario riferimento alle parti soggette a censura, come va posta in essere tale indicazione?

Bisogna indicare il punto preciso (ad esempio, al punto 9 della sentenza) oppure – più genericamente – la parte concettualmente criticabile (ad esempio, si critica la sentenza di primo grado laddove afferma che...)?

Il legislatore utilizza l'inciso “indicazione delle parti del provvedimento che si intende appellare” all'art. 342 c.p.c.

Il quesito ha una rilevanza pratica per nulla trascurabile: una risposta sbagliata al quesito potrebbe determinare l'inammissibilità dell'appello stesso, trattandosi di contenuto “a pena d'inammissibilità”.

In favore della parte di sentenza intesa come “punto preciso” può osservarsi che:

²² COSTANTINO, *Le riforme dell'appello civile e l'introduzione del “filtro”*, in *Treccani.it*, 2012, 14.



-è scritto “indicazione delle parti” e, normalmente, l’indicazione presuppone una certa precisione anche visiva; altrimenti, sarebbe stato scritto che l’atto deve contenere “le parti del provvedimento” e non “l’indicazione delle parti”; *id est*: indicare le parti richiederebbe una maggiore precisazione, così dovendosi escludere il riferimento solo concettuale, ma pretendendo un’indicazione rapportabile al punto preciso;

-poi, è scritto “parti del provvedimento” e non “argomenti del provvedimento”; si pretende che vengano indicate “le parti” e non gli “argomenti”, ovvero un’indicazione più “grafica” (o addirittura topografica) piuttosto che concettuale;

-la *ratio* sottesa è quella di ridurre il contenzioso; pertanto, l’imposizione di una “maglia formale” ben si porrebbe in linea con la suddetta *ratio*.

Senz’altro non si può dubitare che il tenore dei nuovi commi 1 degli articoli 342 e 434 vanno in modo univoco nella direzione di un formalismo sempre più spinto che dovrebbe essere, invece, rifuggito²³.

Accogliendo tale tesi, ne dovrebbe seguire – *de plano* – l’inammissibilità dell’appello ove contenga riferimenti concettuali piuttosto che grafici.

Così – in effetti – deporrebbe una lettura rigorosa del disposto dell’art. 342 c.p.c.

Si ritiene, in questa sede, di privilegiare una ricostruzione più logica e meno letterale, più coerente con i principi generali che animano il processo, di cui è imperante quello della strumentalità²⁴ ovvero del raggiungimento dello scopo, ex art. 156 comma 3 c.p.c. (da leggere in combinato disposto con gli artt. 24-111 Cost.): l’inciso “indicazione delle parti del provvedimento” potrebbe essere legittimamente decodificato anche come “indicazioni di tipo concettuale”, senza che – in quest’ultimo caso – possa dichiararsi l’inammissibilità.

²³ FINOCCHIARO, *Al via il “filtro” in appello, al giudice la valutazione sull’ammissibilità*, in *Guida al Diritto*, 2012, 35.

²⁴ Sul principio di strumentalità delle forme, si vedano in giurisprudenza: Cass. civ. Sez. II, 03-08-2012, n. 14102; Cass. civ. Sez. III, 05-04-2012, n. 5529; Cass. civ. Sez. lavoro, 08-03-2012, n. 3637; Cass. civ. Sez. III, 27-01-2012, n. 1193; Cass. civ. Sez. Unite, 03-11-2011, n. 22726, in *Foro It.*, 2011, 12, 1, 3287; Cass. civ. Sez. Unite, 16-04-2009, n. 9005; Cass. civ. Sez. I, 28-12-2006, n. 27593, in *Arch. Giur. Circolaz.*, 2007, 10, 1083.



Questa tesi è preferibile perché si allinea allo spirito generale dell'art. 156 c.p.c., laddove vieta la declaratoria di nullità per l'atto che abbia raggiunto comunque il suo scopo²⁵ (voluto dalla legge e non dall'autore dell'atto²⁶) di volta in volta determinabile²⁷: se vengono indicate le parti concettuali della sentenza, allora lo scopo di permettere al giudice dell'appello un sindacato sul provvedimento di primo grado è raggiunto.

E' pur vero che l'art. 156 c.p.c. si occupa di nullità²⁸, mentre l'art. 342 c.p.c. riguarda l'inammissibilità²⁹, ma il *dictum* sul raggiungimento dello scopo può ben assurgere a principio generale sia per la sua collocazione sistematica tra le "mura" delle disposizioni generali, e sia per la sua portata naturalmente generalizzabile a tutti gli atti ed a tutti i dubbi interpretativi: prima la sostanza, *deinde* la forma.

D'altronde, le *rationes* sottese circa il deflazionamento dei processi da un lato, e la loro durata ragionevole dall'altro, sono salvaguardati: riferirsi ad una nozione concettuale, piuttosto che "topografica" permette comunque un deflazionamento e, del pari, una ragionevole durata assicurando maggiore simmetria tra pretese delle parti e "risposte" del giudicante (la simmetria³⁰ è sicuramente di ausilio alla celerità processuale, riducendo al minimo il rischio" di perdersi tra montagne di carte non governabili").

La motivazione deve indicare, come detto, oltre alle parti del provvedimento di primo grado impugnato, anche l'indicazione delle "modifiche che vengono richieste alla ricostruzione del fatto compiuta dal giudice di primo grado".

²⁵ Per approfondimenti, MONTESANO-ARIETA, *Trattato di diritto processuale civile*, I, Padova, 2001, 321; GIOVANARDI, *Sullo scopo dell'atto processuale in relazione alla disciplina della nullità*, in Riv. Dir. Civ., 1987, II, 279; LA CHINA, *Diritto processuale civile, Le disposizioni generali*, Milano, 1991, 751; CIACCIA CAVALLARI, *La rinnovazione nel processo civile*, Milano, 1981; MARELLI, *La conservazione degli atti invalidi nel processo civile*, Padova, 2000, 51.

²⁶ MANDRIOLI, *Vizi c.d. "non formali" degli atti processuali civili*, in Jus, 1966, 328;

²⁷ ORIANI, *Nullità degli atti processuali*, in Enc. Giur., XXI, Roma, 1990, 7.

²⁸ AULETTA, *Nullità e inesistenza degli atti processuali civili*, Padova, 1999, 132.

²⁹ Per approfondimenti sull'inammissibilità relativa alla novità delle domande, si veda VIOLA, *Le domande nuove inammissibili nel processo civile*, Milano, 2012.

³⁰ VIOLA, *L'udienza di prima comparizione ex art. 183 c.p.c.*, Milano, 2011.



Anche in questo caso il riferimento all'indicazione delle modifiche pone la *questio* precedentemente esaminata, alla quale si rinvia precisando qui, per mera comodità espositiva, che si è privilegiata una tesi logica e meno letterale.

Resta – però – il dato che bisogna (*rectius*: si devono) indicare le modifiche richieste rispetto alla ricostruzione fattuale del giudice di primo grado.

Il giudizio in appello - e qui si conferma – è una *revisio prior instantiae*: si controlla l'operato del primo giudice; la detta conferma arriva dal dato letterale, laddove espressamente si riferisce alla “ricostruzione del fatto compiuta dal giudice di primo grado”.

Un controllo chiaro – pertanto – su quello che il giudice ha scritto.

Vi è però una novità rispetto al passato, almeno sul piano letterale: si deve dire sia quello che non va, e sia come dovrebbe andare.

L'inciso “delle modifiche che vengono richieste alla ricostruzione del fatto compiuta dal giudice di primo grado” vuol dire esattamente questo: l'atto deve indicare come dovrebbe essere riformulata la pronuncia di primo grado.

Esemplificativamente, dovrebbe essere scritto: si chiede che la ricostruzione del fatto, laddove afferma....venga modificata in favore di....; oppure: non è corretto quanto statuito dal primo giudice in ordine ai seguenti accadimenti...e pertanto si chiede che la ricostruzione sia la seguente....

Il nuovo atto di appello, dunque, deve sì criticare, ma anche “costruirsi” la sentenza favorevole.

5.Appello rescindente e rescissorio

In effetti il n. 1 dell'art. 342 c.p.c. pretende chiaramente che, ai fini del soddisfacimento del requisito della motivazione, l'atto debba criticare e costruire un'alternativa al *dictum* del primo giudice.



Pertanto, non è fuori luogo affermare che il nuovo atto di appello di cui all'art. 342 c.p.c. deve contenere una parte “rescindente ed una rescissoria”, ovvero sia criticare e sia costruire.

Prima della novella l'atto processuale era essenzialmente costruito in “modo rescindente” perché si colpiva solo la sentenza di primo grado indicando cosa non andava, trovando linfa legittimante nell'inciso “esposizione sommaria dei fatti ed i motivi specifici”: i motivi potevano limitarsi ad evidenziare i contrasti diretti con la legge, ovvero indiretti (ad esempio nei casi di aporie logiche non superabili).

Oggi la motivazione, pretesa dall'art. 342 c.p.c., impone una rivisitazione delle vecchie formule di atto di appello: bisognerà redigere l'atto con una parte rescindente ed una rescissoria, ovvero una parte che critica, spiegandone il “perché”, ed un'altra che “costruisce” la versione fattuale che si auspica.

L'atto di appello diviene – per questa via – rescindente e rescissorio.

In favore di questa affermazione possono evidenziarsi i rilievi che:

-l'atto deve contenere, a pena d'inammissibilità, l'indicazione delle parti del provvedimento appellate (parte rescindente);

-l'atto deve contenere, a pena d'inammissibilità, l'indicazione delle modifiche che vengono richieste alla ricostruzione del fatto compiuta dal giudice di primo grado (parte rescissoria);

-è pretesa una motivazione dell'atto, in luogo dei precedenti specifici motivi, così allineando l'atto di parte al provvedimento del giudicante e, normalmente, questo presenta una parte rescissoria; pertanto si è passati dai “motivi” alla “motivazione” proprio perché l'atto di appello oggi deve contenere pure una parte rescissoria.

E' aumentata la simmetria – anche in senso formale, in questo caso - tra chiesto e pronunciato, predicata dall'art. 112 c.p.c.



6.Circostanze

Al n. 2 dell'art. 342 c.p.c. è detto che, ai fini del soddisfacimento del requisito della motivazione dell'atto, deve anche essere inserita l'indicazione delle circostanze da cui deriva la violazione della legge e della loro rilevanza ai fini della decisione impugnata.

Pertanto, dopo l'indicazione delle parti del provvedimento appellate e delle modifiche richieste, dovranno anche essere inserite circostanze e rilevanza delle stesse.

Tale enunciazioni meritano di essere esaminate nel dettaglio, data la loro importanza perché previste a pena di inammissibilità.

Ai sensi dell'art. 342 c.p.c. a pena d'inammissibilità l'atto di appello deve anche indicare le circostanze da cui deriva la violazione di legge.

Il riferimento alle circostanze non è molto felice: cosa sono le circostanze?

Si ritiene debba intendersi fatti ovvero atti da cui derivi, in senso causalistico, la violazione di legge: bisognerà – cioè- indicare nella motivazione che attiene al “perché”, anche il referente della violazione di legge stessa.

La violazione della legge può derivare – esemplificativamente - dall'erronea valutazione delle prove *costituende* o precostituite, oppure ancora dall'omessa valutazione di una mancata contestazione specifica di cui all'art. 115 c.p.c.

Non si pretende l'enunciazione di specifici *errores in procedendo* oppure *in iudicando*, ma delle circostanze sulle quali si fonda l'errore di diritto: pertanto, l'appello resta un mezzo di gravame a “motivazione” (non più motivi che presuppongono solo la critica) illimitata, o a critica libera come suol dirsi³¹, grazie al quale si può denunciare l'ingiustizia della decisione di primo grado³².

La critica resta libera perché sono usati gli incisi generici:

-violazione di legge;

³¹ Cass. civ. Sez. III, 12-10-2010, n. 21023; Cass. civ. Sez. I, 02-04-2010, n. 8139; Cass. civ. Sez. V, 19-10-2007, n. 21948.

³² COSTANTINO, *op. cit.*, 15.



- modifiche;
- circostanze.

In pratica, nell'atto bisognerà scrivere che la violazione di legge è derivata dal raffronto tra singolo fatto o atto e qualificazione giuridica dello stesso: le circostanze sono atti e/o fatti rilevanti in appello solo in quanto determinanti la violazione di legge.

La concretezza del nuovo giudizio di appello emerge soprattutto dalla seconda parte del n. 2 dell'art. 342 c.p.c. laddove si precisa che le circostanze evidenziate dall'appellante devono essere rilevanti ai fini della decisione.

La pretesa è in positivo: non bisogna affermare che l'eventuale "vigenza" della sentenza di primo grado possa comportare pregiudizi come detto da parte della dottrina³³, ma in positivo che le circostanze indicate sono rilevanti per ottenere una modifica – *in meius* – della sentenza.

Pertanto, si dovranno:

- indicare le circostanze che abbiano determinato la violazione di legge;
- indicare le relazioni tra tali circostanze e la rilevanza ai fini della decisione.

Non solo fatti o atti generici, ma l'indicazione precisa della loro rilevanza per modificare il *dictum* della sentenza.

Pertanto, rispetto alla disciplina previgente, è preteso oggi la redazione dell'atto che comprenda anche lo scrutinio sulla rilevanza, spiegato al giudice all'interno della motivazione.

D'altronde, tale enunciazione si allinea al concetto di interesse concreto ed attuale³⁴, di cui all'art. 100 c.p.c., solo che oggi è previsto che venga detto nell'atto.

Ovviamente, la rilevanza delle circostanze può essere anche desunta in modo implicito, ma – forse – è meglio inserirla anche "fisicamente" nell'atto di appello, al fine di ridurre al minimo il rischio di ordinanze d'inammissibilità basate su un eccessivo formalismo.

³³ COSTANTINO, *op. ult. cit.*

³⁴ LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, I-II, Milano, 1992; LOMBARDI, *Interesse ad agire*, in *Comm. Verde, Vaccarella*, Torino, 2001; SALVANESCHI, *L'interesse ad impugnare*, Milano, 1990; SASSANI, *Interesse ad agire*, I, *Diritto processuale civile*, in *Enc. Giur.*, XVII, Roma, 1989.



7. La motivazione

Come già anticipato, l'atto di appello – sia esso introduttivo di un secondo grado relativo al processo del lavoro, ovvero di cognizione ordinaria - deve essere motivato.

La motivazione è pretesa a pena di declaratoria d'inammissibilità, ex art. 342 c.p.c.; essa è essenzialmente l'indicazione del perché la pronuncia di primo grado non è condivisibile.

E' la spiegazione circa "l'ingiustizia" di quanto appellato.

La motivazione – però – non deve essere generica, ma seguire le indicazioni ben precise dei nn. 1 e 2 dell'art. 342 c.p.c.: il perché dell'appello deve contenere:

- l'indicazione delle parti del provvedimento che si intende appellare e delle modifiche che vengono richieste alla ricostruzione del fatto compiuta dal giudice di primo grado;

- l'indicazione delle circostanze da cui deriva la violazione della legge e della loro rilevanza ai fini della decisione impugnata.

E' motivazione e non più motivi specifici perché accanto alle critiche, dovrà contenere le "proposte di modifica", così assomigliando di più ad un provvedimento giurisdizionale (in particolare, sentenza) che ad un atto di parte (normalmente è il primo che deve essere motivato).



Book Review

Miklós Kengyel / Zoltán Nemessányi (Eds.): *Electronic Technology and Civil Procedure. New Paths to Justice from Around the World*¹

Gergely Czoboly

Ph.D. candidate at the University of Pécs, Department of Civil Procedure and Law
Sociology

I. In the past few decades, innovation in information and communication technologies had significant impacts both on society and business and is still causing wide-ranging effects on today's life. The scope and scale of all these impacts can not be accurately identified, but two of them are clearly recognizable. On one side it has revolutionized commerce and increased businesses' efficiency, on the other side it has considerably modified private life. Human relations have changed and the person's role in society has been redefined. There is now a generation who has grown up in this era and lives two lives, one in the "real world" and one online. To them, modern information and communication technologies are no longer only tools to communicate, but something different, a part of their life. They read online newspapers, manage their personal and business relations on social networks, have entertainment on the internet and maybe, in the not-so-distant future, they will litigate on the web too.

These technological developments have irreversibly changed our world and, as *Peter Gottwald* states in the introduction, they "now are increasingly affecting courts and civil proceedings. E-commerce inevitably entails e-justice."(p. ix.) But what impacts can and should these developments have on the civil justice? Legislators, practitioners and scholars are trying to find the place and role of information and communication technologies (hereinafter: ICT) in civil procedure. *Gottwald* states that "the IAPL realized the consequences of electronic communication for court proceedings early on" (p. ix.) and

¹ *Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice* 15 [Springer, Dordrecht, Heidelberg, New York and London, 2012, XV, 329 p, ISBN 978-94-007-4071-6 (hardcover), ISBN 978-94-007-d072-3 (eBook)]



refers to *Helmut Rümman's* and *Wouter de Vos's* report on the "Challenge of Information Society" to civil litigation which was presented in 1999, at the Vienna World Congress on procedural law. He refers also to the XIII World Congress of the International Association of Procedural Law (IAPL), which took place in 2007 in Salvador de Bahia (Brasil), where *Janet Walker*, *Garry Watson*, *Emmanuel Jeuland* and *Angel Landoni Sosa* reported on new information technologies in civil procedure. (p. ix.) Until now, the reforms were intended to increase efficiency by using ICT in the traditional civil proceedings. The basic idea was, if it worked in the business world, why shouldn't it be used also in civil procedure to accelerate procedures and reduce procedural costs? However many – both theoretical and practical – questions arise, which have to be answered before further reforms. How traditional principles of civil procedure are to be affected? Where and how can ICT be used effectively in civil procedure? Has it so far accelerated the procedures at all and noticeably reduced costs? And finally, are the current reforms enough to respond to the above mentioned social changes, or is it necessary to redefine the civil procedure itself and give new foundations to it? The authors of this volume asked and tried to answer these questions, scrutinized the current developments in the field of e-justice, and dealt with the depths of these subjects from a theoretical point of view.

II. This volume is the 15th of the "Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice" series and contains the papers of the IAPL colloquium on "Electronic Justice – Present and Future", which took place during September 23rd – 25th 2010 in Pécs, Hungary. But the papers for this volume have been extended and reconsidered in content, and rearranged, so it has a more systematic structure and more detailed reports. The seventeen papers of the volume have been ordered in three parts.

1. The first part under the title "Adapting Systems of Civil Procedure to Electronic Technology" deals with the general questions of the application of ICT in civil procedure, such as the framework of the use of them, or their impacts on the traditional principles and structure of civil procedure. The papers in this section are mostly theoretical and are dealing with the future utilizations and role of ICT in civil procedure.

Masanori Kawano examined the possible application of ICT from a comparative aspect. He distinguishes between civil procedures, one where the judge has an active role and exercises managerial powers, and one where mainly the parties and their representatives arrange and prepare the case, and the judge has only restrictive powers to manage it. In his paper, *Kawano* proceeded from the first steps



to the completion of the procedure and examined the applicability of ICT in the different stages of the procedure. He dealt with the commencement of the civil claim, the preparation for plenary hearings, the presentation of evidence before the court, the service of judgment, the appeals and finally with the summary proceedings. *Nikolaj Fisher* examined and criticized the current developments of German civil procedure in the field of e-justice. He stated that the existing regulation was created without reforms of justice organization and this leads to the copy of the traditional system. He finally argued for a more general view in this field and stated that “before planning and executing the next (national) law reforms in the field of e-justice we should debate on the general question if and how the e-justice is consistent with the traditional basic principles of procedural law”. (p. 96) *Viktória Harsági* did exactly this, and examined whether the traditional principles of civil procedure are keeping their original content in an electronic environment, or are they transforming due to the use of electronic devices. She also dealt with the questions of “access to e-justice” and argued against the compulsory use of electronic forms in general, but she also mentioned exceptions, where obligatory use of ICT does not hinder access to justice. She stated too that “the rationalizing and acceleration potential resulting from the application of modern IT in court proceeding is dependent on the structure of the given proceeding to some extent.” (p. 129) Its potential is much greater in simple proceedings, like order for payment proceedings, than in more complex procedures. While *Harsági* examined the problem mainly from a continental European perspective, in his paper, *Richard L. Marcus* dealt with the effects of ICT to the evidence-gathering process and trials in the American civil procedure from a general perspective. He examined the problems of admissibility (e.g. hearsay) in an electronic environment. He also referred to a report in his paper, which shows the negative effects of e-discovery to delays and costs due to the traditional adversarial approach. (p. 47) In this context, ICT did not made the procedure more efficient but fostered delay and increased costs. *Paul D. Carrington* and *José Eduardo de Resende Chaves Júnior* both described their visions of the virtual civil procedure. Both of them have visualized a procedure where the information is much easier accessible for court, and the judge can decide much effectively in the contentious questions. *Chaves Júnior* showed a procedure which is not mere computerization of traditional civil procedure, but a substantially different, new one. *Carrington* presented a procedure where counsels could not delay the procedure, and would have to cooperate with each other because “the communications between the counsels would be part of the record in the case” so the judge can effectively exercise his managerial powers. (p. 63)



2. The second and third part of the volume deals with the specific applications of electronic technology in different aspects of civil procedure, the service of documents, the taking of evidence and the enforcement procedure in particular. *Fernando Gascón Inchausti* showed and compared the e-filing and e-service of documents from around the world. In his comprehensive analysis, he dealt with the regulatory techniques of eight countries in greater detail and introduced the solutions of twenty other European countries. In the end of his paper he wrote about the positive effects of a properly functioning electronic communication mechanism in the civil procedure and pointed out their potentials in cross-border situations. However he drew the attention to the access to justice and argued for the right of the litigants to ask protections in traditional way beside the electronic one. According to the reforms of civil procedure and the application of ICT he stated, that “the tools should never dictate the development of the purpose they serve.” (p. 179) *Michele Angelo Lupoi* dealt with the possible utilization of ICT in the enforcement procedure. He describes Internet applications which help the creditors to find debtors and their assets, homepages which contains relevant information about the enforcement procedures and finally online auction solutions from Italy. Although he has doubts about the efficiency of electronic devices in civil justice in general, he argued for the use of electronic devices in the enforcement procedure, which is “a very good operating ground for the implementation of digitized procedural mechanisms.” (p. 207) He stated that “the examples mentioned [in his paper] show that IT may indeed support enforcement proceedings as a concerns access to justice, reduction of delays, fight corruption, grant transparency and efficiency to the proceedings.” (p.207) In his paper, *Georg Kodek* examined the possible applications of electronic devices for the demonstration of proof and the evaluation of such evidences. In the end of his paper he evaluated the developments and their possible impacts on trials. In his opinion, the impacts of these information technologies on trial are much limited than their impacts on our daily lives. He also wrote about the efficiency of electronic devices and stated that “compared to the dimensions of e-commerce court proceedings are much less frequent. Thus, any reduction in costs (and, therefore, also the pressure for such reduction in costs) which can be gained by employment of modern technology is arguably much smaller.” (p. 277)

III. In my opinion the subject of the volume is current and the processed issues were deeply thought-provoking. To mention one of these questions, the impacts of information and communication technologies in civil procedure on the time and costs of the procedure is a problematic issue, and the papers of this volume raise doubts on its efficiency. Because the application of electronic devices in civil



Civil Procedure Review
AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

procedure is very costly, it is important to analyze their impacts properly and use them wisely. As *Harsági* pointed out, the efficiency of the use of ICT in simple procedures is much greater than in complex litigations. *Inhausti* and *Lupoi* both agreed that the application of electronic methods in specific matters can be very effective, such as in the service of documents, or in the enforcement procedures. But *Kodek* and *Marcus* drew our attention to the fact that positive impacts of application of electronic devices in the gathering and presentation of evidence are doubtful, and in an adversarial environment it can cause more problems than benefits.

In my opinion, the questions raised in this volume deserve comprehensive discussion and research, and this volume can add much to these.



As presunções no Direito Processual

(The assumptions in Procedural Law)

Yuri Guerzet Teixeira

Lawyer, Masters Candidate at Universidade Federal do Espírito Santo, Brazil

Resumo: O presente estudo objetiva examinar as presunções no processo civil brasileiro, analisando seu conceito, natureza (probatória ou não) e classificação. Com isso, espera-se, apreender, ao menos de um modo geral, as notas essenciais que delinham o objeto de pesquisa. Durante o processo, confrontaremos a presunção com alguns institutos correlatos, tais quais, prova, indício, ficção e ônus da prova. Em atenção aos limites deste trabalho, não se abordará, especificamente, cada uma das presunções legais trazidas pelo direito positivo; procuraremos, ao invés, investigar uma espécie de teoria geral das presunções. A metodologia da análise proposta consiste em pesquisa bibliográfica de obras nacionais e estrangeiras.

Palavras-chave: presunção; prova; indício; ficção; ônus da prova.

Abstract: This study aims to examine the assumptions in Brazilian civil procedure, analyzing its concept, nature (proof or not) and classification. With that, we hope to apprehend, at least generally, the essential elements that outline the object of the research. During the process, we are going to confront the assumption with some related institutes, such as, proof, evidence, fiction and burden of proof. In attention to the modest limits of this study, we did not address specifically each of the legal assumptions brought by the Civil Procedure Code. We seek, instead, to investigate a kind of general theory of assumptions. The proposed analysis methodology consists of bibliographic research of national and foreign literature.

Keywords: assumption; proof; evidence; fiction; burden of proof.

Sumário: 1. Introdução – 2. Conceito de presunção – 3. Sujeitos autorizados a presumir – 4. Presunção e Prova; 4.1. Presunção é prova?; 4.2. Presunção é meio de prova? – 5. Presunção e ficção – 6. Presunção e indício – 7. Classificação das presunções; 7.1. Presunção legal; 7.2. Presunção simples – 8. Presunção e ônus da prova – 9. Conclusão.



1 Introdução

O tema das presunções desperta especial interesse, à medida que, *prima facie*, poderia parecer algo quase místico tomar por conhecido algo que efetivamente é desconhecido.

Entretanto, nada de não científico há na temática das presunções, podendo o fenômeno ser plenamente explicado (não sem alguma polêmica, diga-se) pelos métodos investigativos ordinariamente utilizados pela Ciência do Direito.

Lançando mão, mormente, do método dedutivo, buscaremos adentrar a estrutura da presunção, buscando revelar seu conceito e natureza jurídica, bem como classificá-la. Tudo isto a partir do cotejo entre o objeto de estudo e alguns institutos similares, quais sejam, prova, indício, ficção e ônus da prova. Empreitada esta em que nos lançamos a partir deste momento.

2 Conceito de presunção

O primeiro passo que todo trabalho que se pretenda científico deve dar é especificar seu objeto de análise. Em nosso caso, elegemos como objeto de exame a presunção no direito processual brasileiro. Todavia, mister ainda delimitar a amplitude semântica do vocábulo “presunção”.

Toda palavra é potencialmente ambígua, podendo significar mais de uma coisa, isto é, possui um espaço de vagueza próprio, dentro do qual pode ser (corretamente) utilizada, em acepções distintas¹.

Ocorre que esta ambiguidade potencial é perniciosa para o estudo científico, haja vista ser, muita vez, o ponto crucial de desentendimento nas ponderações acadêmicas. É extremamente problemática a situação em que o emissor da proposição científica utiliza um vocábulo em uma acepção, e seu receptor o utiliza em outra.

¹ Note-se que uma palavra não pode significar qualquer coisa, pois isto destruiria toda a capacidade comunicativa do ser humano. Cada palavra pode, por outro lado, significar coisas distintas dentro de um espaço de vagueza que lhe é próprio.



É justamente por isso que a ciência persegue o ideal de univocidade, no qual a amplitude semântica dos termos é cirurgicamente precisa. Apesar de inalcançável, são aplausíveis os esforços para tentar atribuir um sentido unívoco a cada termo. É esta a tarefa sobre a qual nos debruçaremos a partir de agora: dizer o significa “presunção”.

O vocábulo “presunção” é definido, pelo dicionário Houaiss da língua portuguesa, como uma suposição que se tem por verdadeira². No entanto, toda suposição parte de algum dado. Logo, presunção é o processo por meio do qual se infere um fato desconhecido, a partir de um fato conhecido.

E mesmo as meditações acadêmicas de mais alto gabarito não se afastam desta ideia central sobre o que é a presunção. Segundo clássico estudo de Malatesta, na presunção “hay siempre un hecho conocido, de cual se parte para llegar al desconocido que se presume”³. E estudos mais recentes também adotam, em linhas gerais, a mesma definição⁴.

Não se pode olvidar também que, nas ordenações jurídicas alienígenas, se tem notícia de textos legais conceituando as presunções em consonância com os apontamentos alhures. Por todos, vide os dizeres do Codice Civile italiano: “Articolo 2.727: Le presunzioni sono le conseguenze che la legge o il giudice trae da un fatto noto per risalire a um fatto ignorato”.

Merece salientar que das definições apontadas extraem-se os três requisitos necessários à presunção, são eles *(i)* fato conhecido, ou presuntivo; *(ii)* fato desconhecido, ou presumido, e; *(iii)* nexos de causalidade entre os dois fatos, que permite o conhecimento do último, a partir do primeiro.

Percebe-se que o conceito de presunção, na forma como fora proposto, ainda é bastante vago. Entretanto, não poderia deixar de sê-lo. A larga amplitude semântica do termo em estudo é um

² HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles; FRANCO, Francisco Manoel de Mello. Dicionário Houaiss da língua portuguesa. 1ª ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 2294.

³ MALATESTA, Nicolò Framarino dei. Lógica de las Pruebas em Materia Criminal, tomo primero, s/a, p. 244.

⁴ “A noção de presunção parte da ideia de que o conhecimento de certo fato pode ser induzido pela verificação de um outro, ao qual, normalmente, o primeiro está associado.”. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Prova, 2ª ed. São Paulo: RT, 2011, p. 137.



impositivo da ciência do direito processual, à medida que sob o título de presunção, abrigam-se duas coisas completamente diversas: (a) letra da lei, e; (b) raciocínio dedutivo⁵.

Em momento oportuno, retornaremos a um estudo mais profundo sobre as duas facetas da presunção. Por ora, basta lembrar que a presunção como letra da lei é pura e simplesmente um enunciado normativo, como qualquer outro, a partir do qual se constrói uma norma jurídica geral e abstrata nos seguintes moldes “se provado o fato A, deve-se tomar por comprovado também o fato B”.

Note-se que isto se encaixa na definição geral de presunção, porque se trata de uma operação de conhecer algo desconhecido, por meio de um dado, efetivamente conhecido. No entanto, cuida-se de uma operação impositiva, que o direito positivo obriga o utente a realizar.

Por outro lado, a presunção como raciocínio dedutivo também é a operação, que se processa na mente do ser humano, por meio da qual a partir de algo conhecido, afirma-se algo desconhecido. Nada obstante, este raciocínio não é imposto. Neste caso, devem-se demonstrar os motivos que levaram àquela conclusão.

O que difere as diferentes presunções, em verdade, é sua pertença ao sistema do direito positivo, enquanto regras abstratas. A primeira é uma regra jurídica válida abstrata (pertencente ao universo normativo, ao sistema jurídico) e, como tal, é imperativa; e a segunda é algo ínsito ao ser humano, cuja correção, no caso concreto, deve ser demonstrada – em outras palavras, devemos averiguar se a operação mental se processa por força de lei ou não, se é mera aplicação de norma abstrata ou não.

Admitir a existência destas duas espécies, ambas albergadas pelo mesmo gênero (presunção), evita algumas confusões. Chamamos a primeira de presunção legal, e a segunda de presunção simples.

⁵ HARET, Florence Cronemberger. As Presunções e a Linguagem Prescritiva do Direito, p. 5. Artigo publicado no sítio eletrônico <<http://www.barroscarvalho.com.br>>, acesso em 08.07.2012.



3 Sujeitos autorizados a presumir

Quando falamos que presunção é uma operação mental de natureza dedutiva, temos de necessariamente indicar os sujeitos que estão autorizados, pelo ordenamento jurídico, a realizá-la.

No que tange às presunções legais, parece-nos que são dirigidas ao aplicador do Direito. A regra jurídica da presunção legal prescreve um comportamento para o juiz, qual seja, deve tomar por conhecido um fato desconhecido, se provado outro fato.

Quanto às presunções simples, estas são realizadas cotidianamente por todo ser humano. Faz parte de nossa rotina deduzir fatos desconhecidos, partindo de conhecidos, *v. g.*, vejo cacos de vidro no chão e presumo que um copo se quebrou.

Na seara do direito processual, forçoso reconhecer que estão autorizados a presumir (pela via da presunção simples): juízes, partes, peritos, Ministério Público, enfim, todos os sujeitos de relações jurídicas processuais.

Não se pode olvidar, jamais, que também está autorizado a realizar a operação mental da presunção simples o legislador. A lembrança do legislador como sujeito apto à presunção é pouco ventilada na doutrina – porém, não passou despercebida por Florence Haret⁶ –, muito embora suas presunções sejam de imprescindível valia para o ordenamento jurídico.

Ao editar o texto da lei, o legislador faz inúmeras escolhas de objetivos que pretende buscar. Eleitos os fins, ele presume que determinados meios serão os mais eficazes para atingi-los. E dessa presunção abstrata, nasce a regra de direito positivo. Os meios presumidamente eficazes tornam-se condutas intersubjetivas prescritas pelo ordenamento jurídico.

Imperioso esclarecer, ademais, que toda presunção legal é fruto de uma presunção simples, anterior, realizada pelo legislador. No entanto, uma vez introduzida no ordenamento jurídico, a regra presuntiva (presunção legal) torna-se obrigatória, pouco importando se a presunção é mais ou menos convincente ou se o fato desconhecido é de ocorrência mais ou menos provável.

⁶ HARET. *As Presunções*, op. cit., p. 5.



Ressalvadas estas considerações, para fins deste estudo, investigaremos, a partir de agora, apenas as presunções realizadas pelo juiz, sejam elas de índole legal (aplicação da lei), sejam de índole simples (elaboração do raciocínio).

4 Presunção e prova

Inicialmente, importa rememorar que o estudo das provas é de crucial importância para o processo civil. Determinar se o fato alegado realmente ocorreu é o primeiro passo do exercício da jurisdição. A ele segue a verificação da conformidade do fato ao antecedente da norma jurídica abstrata e, posteriormente, a atribuição (ou não)⁷ de consequências jurídicas àquele fato⁷.

Frequentemente, a presunção é tratada pela doutrina quando do estudo das provas, e não poderia ser diferente, afinal fazer conhecidos os fatos é a tarefa precípua das provas no processo. Portanto, existe um liame estreito entre presunções e provas.

A íntima relação entre presunção e prova é reconhecida por doutos processualistas, os quais não hesitam em inserir na definição daquela uma nítida ideia de prova ou comprovação. É o caso, por todos, de Arruda Alvim⁸.

Estamos com Dinamarco quando estatui que esta relação aperfeiçoa-se justamente para facilitar a comprovação de fatos, ou seja, a presunção atua para facilitar a prova⁹. A presunção é elaborada (pelo juiz ou pela lei) exatamente para os casos em que há dificuldade, ou mesmo impossibilidade, de produção de uma prova direta sobre fato relevante para o processo.

⁷ “Direitos, pretensões, ações e exceções são efeitos de fatos jurídicos: é preciso que se provem fatos jurídicos para que se tenham por existentes, no tempo e no espaço, esses efeitos.”. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários ao Código de Processo Civil, tomo IV. Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 209.

⁸ “A presunção, genericamente considerada, constitui-se num processo lógico-jurídico, admitido pelo sistema para provar determinados fatos, através de cujo processo, desde que conhecido um determinado fato, admite-se como verdadeiro um outro fato, que é desconhecido, e que é (este último) o inserido no objeto da prova.”. ARRUDA ALVIM, José Manoel. Manual de Direito Processual Civil, v. 2, 11ª ed. São Paulo: RT, 2007, p. 562.

⁹ “O objetivo comum e imediato de todas as presunções relevantes para o direito é a facilitação da prova. Há situação em que sendo particularmente difícil a prova, a lei ou o juiz facilita a demonstração do fato relevante, satisfazendo-se com a prova daquele que é o mais fácil provar e assim dispensando a prova direta do fato que realmente interessa para o julgamento da causa.”. DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil, v. 3, 6ª ed. São Paulo: Malheiros. 2009, p. 114.



Evidenciada a proximidade entre presunção e prova, resta-nos esclarecer a natureza de tal proximidade, isto é, presunção é prova? É disso que nos ocuparemos a seguir.

4.1 Presunção é prova?

A respectiva resposta perpassa, obviamente, pela indicação do que é prova. A conceituação de prova é bastante complexa, posto cuidar-se de palavra cujo espaço de vagueza (ou, se preferirmos, amplitude semântica) é particularmente largo.

Amaral dos Santos indica serem duas as acepções da palavra: (a) objetiva, ou seja, os meios destinados a fornecer conhecimento acerca da dos fatos alegados em juízo, e; (b) subjetiva, isto é, resultado, convencimento que se dá no íntimo do juiz acerca dos fatos¹⁰.

Tampouco a palavra prova, como tantas outras, tem um único significado na linguagem jurídica: prova não se chama somente o objeto que serve para conhecimento de um fato, mas também o próprio conhecimento fornecido por tal objeto.¹¹

A acepção objetiva do vocábulo dá ainda margem a dois sentidos distintos: o primeiro é o próprio ato de provar, ou ainda atividade probatória, isto é, a atividade de comprovar uma alegação. O segundo é o meio de prova, ou seja, técnica de extrair a informação de sua fonte¹².

É possível ainda utilizar o vocábulo com um quarto significado, qual seja, fonte de prova, que são “os elementos externos utilizados para a formação do convencimento do juiz”¹³. Em outras

¹⁰ AMARAL SANTOS, Moacyr. Primeiras Linhas de Direito Processual Civil, v. 2, 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 343.

¹¹ CARNELUTTI, Francesco. Instituições de Processo Civil, v. 1; trad.: Adrián Sotero de Witt Batista. São Paulo: Classic Book, 2000, p. 307.

¹² DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil, v. 2, 6ª ed. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 48.

¹³ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil, v. 2, 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 631.



palavras, são as coisas, pessoas e fenômenos¹⁴, dos quais são extraídas as informações relevantes para o processo.

Pois bem, no que concerne à indagação feita alhures (sobre a natureza probatória das presunções), a abalizada doutrina costuma respondê-la afirmativamente¹⁵. Não obstante, insignes estudiosos já defenderam que a presunção, por sua natureza, não é prova, mas adquire tal natureza por sua estrita ligação com o *thema probandum*¹⁶.

Com todas as vênias que merece um dos grandes processualistas da história recente, admitir que a presunção se converte em prova, ou seja, que adquire natureza probatória – se é que é possível tal mudança de natureza –, importa em reconhecer que ela (presunção) tem sim natureza de prova, ainda que tal natureza seja adquirida, e não originária.

O resultado da presunção simples – qual seja, o reconhecimento da ocorrência de um fato desconhecido – é exatamente o resultado que a prova produz. O julgador convence-se da ocorrência de um fato que rigorosamente é desconhecido. Portanto, a presunção simples é prova, no mínimo, na acepção subjetiva da palavra.

O mesmo se dá com a presunção legal. Esta é norma jurídica, via de consequência, é de aplicação imperativa pelo magistrado, logo, ele é obrigado a reconhecer a ocorrência do fato desconhecido.

Neste ponto, imprescindível lembrar que classificar a presunção como uma fonte de certeza estranha à prova soa problemático – e até mesmo perigoso –, pois ao mesmo tempo em que

¹⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Provas Atípicas in Revista de Processo, nº 76. São Paulo: RT, 1994, p. 115. Em verdade, o autor fala apenas em fenômenos naturais, mas entendemos também que fenômenos artificiais poderiam ser utilizados como fontes de provas.

¹⁵ “Por un lado, en efecto, las referidas presunciones son reconducidas a la categoría de las pruebas, como ocurre cuando las presunciones simples se califican como pruebas indirectas o como pruebas críticas.”. TARUFFO, Michele. La Prueba de los Hechos; trad.: Jordi Ferrer Beltrán. Madrid, Editorial Trotta, 2005, p. 471.

¹⁶ “O leitor já sabe que aquela espécie de provas críticas que se chama presunções não são por sua natureza provas, ou seja, não têm em si próprias um destino probatório, mas que se convertem em tais por sua fortuita conexão com o fato por provar.”. CARNELUTTI, Francesco. Sistema de Direito Processual Civil, v. 2; trad.: Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000, p. 654.



deprecia a importância da prova no processo, deixa transparecer que existem outros meios de formação da convicção (acerca de fatos) que não a prova¹⁷.

Mais além, uma vez retirada a presunção do âmbito das provas, cria-se um dualismo entre a certeza advinda da prova e a certeza advinda da presunção, a qual é indefinida – ou mesmo indefinível – no campo da lógica judicial¹⁸. Some-se a isto o fato de que, se a presunção não for prova, perde-se todo o critério para apreciar e valorar seu peso, especialmente quando tais apreciações e valorações forem realizadas em face de provas.

4.2 Presunção é meio de prova?

Outra questão atinente à natureza da presunção circunda seu caráter de meio de prova. Ou seja, fixada a premissa de que presunção é prova, quadra averiguarmos se é também meio de prova.

Os meios de prova, conforme dito anteriormente, são técnicas de extração de informação, sobre fatos, obtidas a partir de determinada fonte, ou grupo de fontes, de prova. Eles nada mais são que espécies de veículos transportam os fatos da fonte para o juiz, atingindo primeiro seus sentidos e depois sua mente¹⁹.

À luz destas breves explanações acerca dos meios de prova, socorremo-nos aos estudos de Cambi para começarmos a enfrentar a indagação que intitula este subitem.

Dessa forma, pode-se perceber que as presunções devem ser classificadas como provas críticas ou lógicas. Contudo, isso não significa que sejam meios de prova. Mesmo porque o conceito de prova é mais amplo (*Probatio est demonstrationis veritas*; provar é demonstrar a verdade de uma

¹⁷ “La presunción no es, para nosotros, mas que una especie de prueba indirecta.[...] Ante todo, clasificar la presunción como una fuente especial de certeza criminal, extraña á la prueba, lo creo peligroso, ya porque puede provocar en el ánimo el desprecio de la prueba, mostrundo que esllian puede producirse la certeza [...]”. MALATESTA. Lógica, op. cit., p. 241-243.

¹⁸ MALATESTA. Lógica, op. cit., p. 244.

¹⁹ DIDIER JR. Curso, op. cit., p. 48.



proposição afirmada), abrangendo não somente a noção de meio, mas também de atividade e de resultado.²⁰.

O referido entendimento é corroborado por celebrados estudos de Didier Jr²¹. e de Abelha Rodrigues²². Destarte, percebe-se uma prevalência na doutrina pela negativa da natureza de meio de prova às presunções.

No que se refere à presunção legal, concordamos os eméritos professores. A presunção legal não é técnica da qual lança mão o magistrado para reputar ocorridos fatos desconhecidos. Ela é uma regra jurídica que deve ser aplicada.

Em verdade, a única “técnica” utilizada pelo juiz, neste caso, é a aplicação da norma ao caso concreto, ou seja, a subsunção. Por mais que esta aplicação produza prova – como sustentamos, presunção, independentemente de sua espécie, é prova – não se pode afirmar que a subsunção é meio de prova.

A presunção legal, apenas estabelece que determinado fato (presuntivo) tem tal natureza e tais efeitos – entre estes efeitos, está o de fazer comprovado outro fato (presumido), este desconhecido –, e o faz por força de lei.

No que concerne à presunção simples, *data venia*, a conclusão é diversa. Neste caso, há sim verdadeira técnica (elaboração mental de cunho dedutivo) da qual o juiz lança mão para, a partir de um fato presuntivo (fonte de prova), tomar por certo um fato presumido (objeto da prova, ou *thema probandum*).

²⁰ CAMBI, Eduardo. A Prova Civil: admissibilidade e relevância. São Paulo: RT, 2006, p. 359.

²¹ “A presunção não é meio de prova, nem fonte desta. Trata-se de atividade do juiz, ao examinar a prova, ou do legislador, ao criar regras jurídicas a ser aplicadas (presunções legais) sempre ou quase sempre, conforme o caso.”. DIDIER JR. Curso, op. cit., p. 58.

²² “Longe de ser um meio de prova, a presunção legal é uma forma de raciocínio do juiz (determinada pela lei), que permite concluir pela existência do fato relevante, a partir do fato circunstancial.”. RODRIGUES, Marcelo Abelha. Manual de Direito Processual Civil, 4ª ed. São Paulo, RT, 2008, p. 198.



A conclusão que o juiz chega não é a ele imposta, obrigatória, mas sim um produto, exclusivamente, de seu intelecto, livre de pressões de cunho impositivo. Aqui se pode perfeitamente falar em técnica de extração de informação relevante (fato desconhecido), partindo de uma fonte de prova (fato conhecido). Em outras palavras, entendemos que a presunção simples é verdadeiro meio de prova²³.

Concluimos assim, que a presunção legal, em vez de meio de prova, é o próprio conteúdo de regras jurídicas que estabelecem a existência de fato relevante para o processo, a partir de outro fato. Tais presunções distinguem-se das presunções meios de prova (presunções simples), porquanto estas consubstanciam verdadeira técnica de extração de informações relevantes para o processo, a partir de uma fonte de provas.

5 Presunção e ficção

Um estudo sobre presunções não prescinde de uma comparação com outro instituto também muito presente na atividade dos operadores do direito, qual seja, a ficção jurídica.

Ao inserir presunções e ficções no direito positivo, o legislador lança mão da função fabuladora da linguagem²⁴. Este tipo de discurso constitui uma realidade própria do Direito, sem se preocupar com sua verdade ou falsidade empírica.

A diferença entre presunção e ficção reside no grau de verdade (ou falsidade, se preferir) das proposições fabulares, quando transportadas para o mundo fenomênico.

A presunção é fundada em uma verdade empírica. Atribui-se a um fato (conhecido) as consequências (fato desconhecido) que ele sempre ou, ao menos, normalmente apresenta. Estabelece-se como verdadeiro algo que normalmente o é. O fundamento último da presunção,

²³ “Nas terceiras [presunções simples], é que se acham as presunções como meios de prova, de onde faremos a correlação necessária com as presunções exaradas pelos aplicadores do direito, também conhecidas como do tipo humana ou hominis. Portanto, pode-se concluir, de acordo com nossas premissas, que meios de prova são somente as presunções realizadas pelo aplicador do direito, inserindo, no procedimento ou processo administrativo e judiciário, as provas constitutivas do fato mediante linguagem competente.”. HARET, Florence Cronemberger. Presunções e no Direito Tributário: teoria e prática, p. 83. Tese de doutorado publicada no sítio eletrônico <<http://www.teses.usp.br>>, acesso em 08.07.2012.

²⁴ HARET. As Presunções, op. cit., p. 8.



então, é retirado da fórmula *id quod prelumque accidit*²⁵; isto é a presunção baseia-se na ordem normal das coisas, nas coisas como ordinariamente são.

Necessário frisar, entretanto, que a presunção parte da concepção do que é ordinário, e não do que é constante. De modo que a consequência (fato presumido) é extraída do fato conhecido, mesmo nos casos em que tal aderência não se produz²⁶ – lembrando que nas presunções simples e nas presunções legais que admitem prova em contrário, comprovada a ausência de aderência, afasta-se a consequência (fato presumido).

Contrariamente, a ficção exsurge a partir de uma falsidade. O legislador atribui a um fato consequências empiricamente atípicas. Sabe-se que, no mundo fenomênico, a proposição apresentada é (ou normalmente é) falsa, porém, para o Direito, ela será verdadeira.

Fazendo um paralelo com os requisitos da presunção acima expostos, a ficção exige também (i) o fato conhecido; (ii) fato desconhecido, ou fictício, e; (iii) não nexos de causalidade entre ambos.

Até agora, falou-se principalmente na diferenciação entre presunção legal e ficção legal. Propositamente, diferimos a análise da presunção simples e da “ficção simples”. Procedamos a ela.

Na presunção simples, o juiz também lança mão de discurso fabular e constitui, assim, uma verdade para o processo que, no mundo fenomênico, pode até ser falsa, isto é, o fato presumido pode até não ter ocorrido²⁷.

Todavia, segundo insistimos até aqui, presunção é prova, influi no convencimento do magistrado. Logo, o julgador deve demonstrar o raciocínio lógico dedutivo que elaborou, ou seja, deve apontar o fato (desconhecido) que presumiu e, principalmente deve demonstrar como chegou a ele, a partir do fato presuntivo (nexo de causalidade).

²⁵ CONTE, Mario. *Le Prove nel Processo Civile*. Milano: Guiffre, 2002, p. 15.

²⁶ “Ya lo hemos dicho; en materia de presunciones se parte de la idea de lo que es ordinario y no de lo que es constante para la especie. En la presunción se atribuye una cualidad á un sujeto, porque de ordinario tal cualidad se ofrece en los sujetos de su misma especie. La ordinaria adherencia de una cualidad a um sujeto, es la, adherencia en el mayor número de los casos comprendidos en la especie: de suerte que hay casos comprendidos también en la misma en los cuales tal adherencia no se produce.”. MALATESTA. *Lógica*, op. cit., p. 246.

²⁷ Frise-se que, comprovada a inoocorrência do fato presumido, deve ser afastada a presunção simples (a qual levou à conclusão de que aquele ocorreu).



Em outras palavras, a validade probatória da presunção simples perpassa pelo controle de sua verdade (ainda que potencial), no mundo fenomênico. O juiz deve demonstrar que a consequência que ele atribui ao determinado fato é típica, é o resultado empiricamente esperado²⁸. E a exposição do nexos de causalidade é a principal forma deste controle, que impede a utilização arbitrária da presunção simples.

Se fosse permitida uma “ficção simples”, teríamos a possibilidade de o juiz atribuir qualquer consequência atípica para qualquer fato – já que o nexos de causalidade não integra a dinâmica das ficções –, e mais, poderia julgar com base nestas atribuições arbitrárias. Nada poderia parecer mais absurdo. Destarte, forçoso concluir que a “ficção simples” é vedada em nosso ordenamento jurídico.

6 Presunção e indício

Os fatos discutidos no processo podem ser apreendidos pelo juiz de duas maneiras distintas: direta e indireta²⁹. A diferença entre elas reside na relação do juiz, por meio dos elementos de probatórios, com o fato relevante para o processo.

Na prova direta, a atividade probatória recai sobre o *thema probandum* fundamental, o juiz conhece diretamente do fato relevante para o processo. Por sua vez, com a prova indireta, busca-se comprovar um fato intermediário (representativo) que, de alguma maneira, se relacione (como causa ou efeito) com o fato relevante para o processo – eis o indício³⁰: este fato intermediário.

A prova indireta não é senão o resultado de um processo lógico, em cuja base (ponto de partida) está o fato conhecido³¹ (intermediário), o qual recebe a denominação de indício. Ressalte-se

²⁸ CONTE. Le Prove, op. cit., p. 17.

²⁹ CAMBI. A Prova, op. cit., p. 357.

³⁰ Entendemos haver outras definições de indício, como, por exemplo, prova débil. No entanto, nenhuma é tão rigorosa como a indicado, a qual é oferecida por Taruffo: “Existe, finalmente, una tercera acepción, más rigurosa y más clara, según la cual «indicio» hace referencia al «hecho conocido» o a la «fuente» que constituye la premisa de la inferencia presuntiva: así pues, es un indicio cualquier cosa, circunstancia o comportamiento que el juez considere significativo en la medida en que de él puedan derivarse conclusiones relativas al hecho a probar. Entre presunción e indicio hay, pues, la misma diferencia que se da entre un razonamiento y la premisa de hecho que le sirve de punto de partida.” TARUFFO. La Prueba, op. cit., p. 480.

³¹ AMARAL SANTOS. Primeiras, op. cit., p. 507.



que o indício sugere o fato que se deseja provar (como causa ou efeito deste), mas, por si só, não possui relevância para o processo³².

De todo o exposto, extrai-se que indício não se confunde com presunção, mas é englobado por esta. O indício é o primeiro passo da presunção, é o fato presuntivo. Por isso, diz-se do indício fonte de presunção³³.

Impende aclarar que esta relação entre indício e presunção ocorre tanto nas presunções simples como nas legais, pois, em ambos os casos, parte-se de um fato conhecido (indício) para deduzir outro, desconhecido³⁴.

Destarte, concluímos que indício não é presunção, mas faz parte da cadeia presuntiva, constituindo o fato conhecido³⁵ – que, por si só, não tem relevância para o processo – que se enlaça, por meio de nexos de causalidade, com outro fato, este desconhecido, o qual é importante para o deslinde do feito.

7 Classificação das presunções

Na esteira do que afirmamos à exaustão ao longo do trabalho, o gênero das presunções abriga duas espécies: (a) a presunção legal, e; (b) a presunção simples. E o critério utilizado para diferenciá-las é o caráter normativo (em termos abstratos) que a primeira ostenta, o qual se faz ausente da segunda³⁶.

³² DIDIER JR. Curso, op. cit., p. 57.

³³ CARNELUTTI, Francesco. A Prova Civil, 2ª ed; trad.: Lisa Pary Scarpa. Campinas: Bookseller, 2002, p. 119-120.

³⁴ Posição contrária parece ser adotada no seguinte trecho: “Eu me refiro, aqui, às presunções judiciais, e não, obviamente, às legais; refiro-me às presunções que o juiz forma com base nos indícios”. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Provas Atípicas. Revista de Processo, nº 76. São Paulo: RT, 1994, p 118.

³⁵ Também entendem que o indício é o fato presuntivo: AROCA, Juan Montero. La Prueba en el Proceso Civil, 3ª ed. Madrid: Civitas, 2002, p. 68; COMOGLIO, Luigi Paolo. Le Prove Civili, 2ª ed. Torino: Utet, s/a, p. 228; CONTE. Le Prove, op. cit., p. 15. Em verdade, parece haver certo descompasso entre os autores, à medida que o primeiro fala em indício como o fato presuntivo de presunção legal e os últimos de presunção simples. Para nós não há que se fazer tal diferenciação, indício é fato presuntivo de qualquer presunção.

³⁶ “Assim se distinguem as presunções simples das presunções legais; a lei permite às primeiras, a livre apreciação do juiz (praesumptiones hominis); às segundas, vincula a apreciação por meio de suas regras (praesumptiones iuris)”. CARNELUTTI. Sistema, op. cit., p. 654.



Pois bem, mantendo sempre em vista esta dualidade das presunções, é chegado o momento de adentrarmos a seara de cada uma delas, para as analisarmos mais profundamente.

7.1 Presunção legal

Retomando a posição esposada até aqui, ratificamos que a presunção legal é uma norma jurídica, criada a partir de uma presunção simples elaborada pelo legislador.

O legislador presume que, empiricamente, um determinado fato normalmente desencadeia certos efeitos. Com isso, ele introduz no direito positivo uma regra jurídica atribuindo àqueles determinados fatos (de possível ocorrência), os respectivos efeitos que ordinariamente seriam sua consequência natural – é esta a presunção legal³⁷.

Note-se que a regra jurídica presuntiva é uma regra jurídica como qualquer outra, e, por isso, também se consubstancia em um juízo hipotético condicional de caráter imperativo, ou seja, segue a fórmula padrão das normas jurídicas, qual seja, “se A, então deve ser B”. Dito de outro modo, “La presunción legal absoluta es, en sí misma, una imputación normativa en el sentido de Kelsen: ‘Dado A debe ser B’”³⁸.

Esta regra jurídica, conforme aduz Aroca, prescreve efeitos probatórios³⁹. Isto é, impõe que, uma vez provado um fato, deve ser reconhecido também outro fato. Se montarmos a estrutura da norma jurídica, teremos que: “se provado o fato A, deve-se tomar por comprovado também o fato B”.

Vale notar que a norma jurídica válida (presunção legal) se dissocia da presunção simples realizada pelo legislador, ou seja, ainda que seja questionada a presunção simples que o legislador elaborou, a presunção legal restará incólume.

³⁷ “Muitas vezes, a própria lei cuida de repartir os fatos importantes com respeito à origem do direito em duas categorias, estatuinto que, afirmados e provados os fatos da primeira categoria, deve considerar-se existente o direito, sem que seja de mister provar igualmente os fatos de segunda ordem.”. CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil, v. 2. Campinas: Bookseller, 1998, p. 289.

³⁸ COUTURE, Eduardo Juan. Estudios de Derecho Processual Civil, tomo II. Buenos Aires: Ediar Editores, s/a, p. 80. Entendemos, *concessa venia*, que a ideia se aplica a todas a presunções legais, e não apenas à absoluta.

³⁹ AROCA. La Prueba, op. cit., p. 130.



Comumente, diz-se que a presunção legal se subdivide ainda em três tipos: (a) presunção legal absoluta; (b) presunção legal relativa, e; (c) presunção legal mista.

A primeira delas (a), também chamada de peremptória ou *iusuris te de iure*, é a mais cabal de todas as presunções no sistema processual pátrio, pois não permite a produção de prova (qualquer que seja ela) em contrário. Ela imputa uma consequência (fato desconhecido) a um fato presumido, sendo que aquela (consequência) não pode elidida, nem mesmo pela mais convincente das provas.

Frente a uma presunção legal de índole *iusuris te de iure*, a única saída que se abre para a parte contrária é impugnar a existência do fato presuntivo. Neste caso, seria demonstrada a desconformidade do fato conhecido com o antecedente da regra jurídica (abstrata) presuntiva, impedindo sua incidência. Ou seja, caberia à parte contrária impugnar a subsunção.

Em verdade, a presunção legal absoluta limita o livre convencimento motivado do juiz, pois retira o poder de outras influências sobre sua convicção. Cuida-se de verdadeiro resquício do ultrapassado sistema da prova tarifada (ou legal), em nosso ordenamento jurídico.

A segunda presunção legal (b) recebe também o nome de condicional, disputável ou *iusuris tantum*. Ao contrário da primeira, esta admite prova em contrário.

A consequência jurídica (fato desconhecido) imposta pela norma jurídica pode ser elidida⁴⁰, se sobrevier prova em contrário. Se demonstrado, no caso concreto, que os efeitos que a lei atribui a tal fato não ocorreram, os referidos efeitos serão tidos por inexistentes.

Segundo a classificação tradicional, o que realmente marca esta subespécie de presunção é a admissibilidade de qualquer prova em contrário, ou seja, não importa a natureza da prova produzida (desde que lícita), esta terá aptidão, em tese, para afastar a presunção legal relativa.

A última das presunções legais (c) é a mista ou intermediária, a qual se aproxima muito da anterior, mas difere-se dela pela impossibilidade de produção de certas provas em contrário.

⁴⁰ Tecnicamente, é mais correto dizer que ocorre a retirada do sistema jurídico da regra jurídica concreta da presunção legal relativa.



A presunção legal intermediária admite sim prova em contrário, não obstante, não é qualquer prova que se faz admissível, apenas algumas, elencadas taxativamente no respectivo enunciado normativo.

A classificação ora apresentada é bastante elucidativa, porém alguns esclarecimentos se fazem necessários. De acordo com a teoria das classes, classificar é agrupar elementos que apresentem a uma característica comum. No entanto, para uma classificação rigorosamente científica, faz-se necessário eleger apenas um critério (característica) para o agrupamento, de tal sorte que, depois de classificados os elementos, exurgirão dois grupos: os que apresentam a característica (critério diferenciador) e os que não a apresentam.

No caso da classificação das presunções legais, o critério adotado deve ser a possibilidade de produção de prova em contrário. Assim, teremos dois grupos: (1) não admitem prova em contrário, e; (2) admitem prova em contrário.

A classe das presunções legais que não admitem prova em contrário (1) é a classe das presunções absolutas. Não obstante, na segunda classe (2), ainda abriga elementos que, apesar de apresentarem a mesma característica (admitem prova em contrário), ainda são diferentes.

Assim, somente dentro da segunda classe (2), podemos eleger um novo critério de classificação, qual seja, a admissão de qualquer prova em contrário. Nesse passo, teremos, dentro desta classe, duas subclasses: (2.1) admitem qualquer prova em contrário, e; (2.2) admitem apenas certas provas em contrário.

A subclasse (2.1) é o grupo das presunções legais relativas, ao passo que os elementos da subclasse (2.2) recebem a designação de presunção legal intermediária.

Com efeito, à luz de todo o exposto, a classificação das presunções legais deve sim ser entendida como tripartite, porém, deve obedecer à seguinte estrutura:

(1) Presunções legais que não admitem provas em contrário – absolutas.

(2) Presunções legais que admitem provas em contrário.

(2.1) admitem qualquer prova em contrário – relativas.



(2.2) admitem apenas certas provas em contrário – mistas.

7.2 Presunção simples

Mantendo-nos fieis ao que foi sustentando supra, a presunção simples é o raciocínio lógico dedutivo por meio do qual, a partir de um fato conhecido, reputa-se ocorrido um fato desconhecido⁴¹. Esta presunção também é denominada de presunção *hominis* ou humana.

Ela não está regulamentada em lei, pois é algo ínsito ao pensamento humano, que rotineiramente realizamos, a partir de informações sensoriais que o mundo fenomênico nos fornece.

Frise-se que a presunção simples mais importante para o processo é aquela elaborada pelo juiz, afinal é ele quem tem que se convencer da ocorrência dos fatos. A presunção simples, então, é relegada, em última análise à prudência do juiz⁴².

Nesta seara, propõe-se analisar o raciocínio mental supracitado: que mecanismos utiliza o juiz (e também os demais sujeitos do processo) para fazer conhecidos fatos desconhecidos? A resposta está nas máximas de experiência⁴³.

As máximas de experiência, por sua vez, são compostas tanto por regras de experiência comum quanto por regras de experiência técnica.

As primeiras advêm do senso comum, da cultura normal que o juiz possui simplesmente por ser um cidadão inserido naquela sociedade. Elas exsurgem por meio da observação daquilo que normalmente acontece, são angariadas por meio do conhecimento ordinário.

Já as regras de experiência técnica exsurgem juntamente com um conhecimento científico em determinada área do conhecimento. Se a área do conhecimento científico for estranha à Ciência do Direito, o magistrado só terá acesso a elas excepcionalmente. E sempre que não se tratar de um caso excepcional, é aconselhável o auxílio de um *expert*.

⁴¹ Ressaltamos anteriormente que todos os sujeitos das relações processuais, bem como o legislador, elaboram presunção simples.

⁴² COMOGLIO. *Le Prove*, op. cit., p. 228.

⁴³ RODRIGUES. *Manual*, op. cit., p. 198.



Pois bem, por meio das máximas de experiência – as quais não são objeto de prova, mas parte integrante da persuasão racional do juiz⁴⁴ – é construído um raciocínio silogístico.

Em outras palavras, é fixada uma premissa maior: “o fato abstrato F normalmente desencadeia o efeito abstrato E”; depois é reconhecida uma premissa menor: “o fato concreto F’ ocorreu”, e; por fim chega-se a uma conclusão: “para este processo, o fato concreto F’ irradiou o efeito concreto E’”. Lembrando que F’ é o fato conhecido (ou presuntivo), e E’ é o fato desconhecido (ou presumido).

Todo este raciocínio deve ser bem fundamentado e submetido ao contraditório das partes, para que a veracidade das premissas seja devidamente averiguada e controlada. É exatamente por isso que o Codice Civile⁴⁵ italiano prescreve que só se deve outorgar força probatória às presunções simples dotadas de gravidade, precisão e concordância⁴⁶.

A gravidade impõe que o nexos entre o fato presuntivo e o presumido deve ser firme e idôneo para produzir probabilidade suficiente para o primeiro implicar o segundo. A precisão impõe que entre as várias conclusões que podem ser retiradas do fato presuntivo, o fato presumido é a sua mais provável. E a concordância indica que, havendo mais de uma inferência probatória, elas devem indicar para a mesma conclusão⁴⁷.

Apesar do silêncio da lei brasileira sobre o tema, entendemos ser de bom alvitre a adoção dos critérios da gravidade, precisão e concordância para o controle das presunções simples no processo civil pátrio, porquanto estes critérios traduzem-se em balizas seguras para averiguar a robustez do nexos de causalidade (construído pelo juiz) enquanto elementos da estrutura da presunção.

Quadra indicar ainda que, quando o juiz, a partir de fatos diversos, presumir consequências conflitantes entre si, ele deve, fundamentadamente, escolher aquela mais firme – ou mais provável –, ou seja, a mais grave, precisa e concordante. Não importa se várias presunções débeis apontarem em

⁴⁴ RODRIGUES. Manual, op. cit., p. 198.

⁴⁵ “Articolo 2729: Le presunzioni non stabilite dalla legge sono lasciate alla prudenza del giudice, il quale non deve ammettere che presunzioni gravi, precise e concordante [...]”.

⁴⁶ “[...] es importante la previsiónn de que las presunciones sólo serán admitidas si son ‘graves, precisas y concordantes’”. TARUFFO. La Prueba, op. cit., p. 472. Em verdade, o autor critica esta fórmula, pois é imprecisa e não há que se falar em admissibilidade de presunções.

⁴⁷ CAMBI. A Prova, op. cit., p. 380-381.



um sentido e apenas uma, firme, apontar em outro; neste caso, ele deve se prender a esta. É algo similar ao que acontece quando diferentes testemunhas dão depoimentos conflitantes.

Finalmente, insta aclarar que uma presunção legal que admite prova em contrário pode ser elidida, sem maiores problemas, por uma presunção simples, se esta for grave, precisa e concordante.

8 Presunção e ônus da prova

Não se pode terminar um estudo sobre presunções sem encarar seus efeitos sobre os ônus da prova, afinal, presunções invertem a dinâmica ordinária do ônus da prova?

Fixemos o conceito de ônus da prova como a faculdade processual ativa, sujeita à preclusão, de provar alguma alegação (atividade probatória), cujo não exercício, ou exercício insatisfatório, acarreta uma consequência negativa para o sujeito processual desidioso.

No que tange ao fato presuntivo, nenhuma das presunções opera qualquer inversão no ônus da prova: à parte que alega o indício (fato conhecido, fonte da presunção) cabe a comprovação de sua ocorrência.

De outro lado, no que concerne ao fato presumido, as diferentes presunções impactam de maneira diversa no ônus da prova, em outras palavras, algumas o invertem e outras não. Deste momento em diante, trataremos da inversão do ônus de provar o fato presumido.

A presunção legal absoluta não produz qualquer inversão no ônus da prova. Em verdade, este tipo de presunção proíbe a admissibilidade de qualquer prova em sentido contrário – já que a prova não será capaz de desconstituir o fato presumido, não há interesse em produzi-la, logo, melhor inadmiti-la. Assim sendo, ela acaba por extinguir qualquer ônus da prova.

Quanto às presunções que admitem prova em contrário, estas ordinariamente invertem o ônus da prova. Porém, excepcionalmente, podem não fazê-lo, exemplificamos: se cabe a uma das partes o ônus de provar o fato presuntivo, e a outra o ônus de mostrar o fato presumido, não há que



se falar em qualquer inversão, o ônus da prova seguirá sua dinâmica natural⁴⁸. No entanto, na maioria das vezes, a presunção que admite prova em contrário inverterá o ônus da prova – trata-se de inversão legal do *onus probandi*.

Em regra, fato presuntivo e fato presumido devem ser provados pela mesma parte. No entanto, ao comprovar o fato presuntivo, presume-se ocorrido o fato presumido. A partir daí, cabe à outra parte o ônus de desconstituir o fato presumido. Isto é, o que caberia a uma parte (produzir prova sobre o fato desconhecido), passa a ser ônus da outra⁴⁹.

Quanto às presunções simples, a conclusão é idêntica. Assim, como nas presunções que admitem prova em contrário, a inversão do ônus da prova é, na maioria das vezes, um resultado natural de sua elaboração⁵⁰. Destarte, as presunções simples aproximam-se das presunções que admitem prova em contrário, quando observadas sob a ótica dos efeitos que produzem no ônus da prova.

Um último comentário precisa ser tecido acerca da inversão do ônus da prova operacionalizado por presunções legais (que admitem prova em contrário). A dita inversão só é passível de ser observada se analisarmos a relação jurídica processual em dois momentos distintos.

No primeiro momento teremos certa distribuição do ônus da prova. E, em um momento posterior, após a incidência da norma abstrata presuntiva, teremos outra distribuição do *onus probandi*⁵¹.

⁴⁸ Reconhecemos que tal possibilidade é extremamente remota, haja vista que, em regra, fato presuntivo e fato presumido são alegados pela mesma parte.

⁴⁹ “Dessa forma, a presunção *iuris tantum*, ao contrário da presunção *iuris et de iure*, consagra uma forma de inversão do ônus da prova, porque dispensa umas das partes de demonstrar o fato presumido, atribuindo à outra parte a possibilidade de produzir prova em contrário. Por conseguinte, quem estava incumbido de provar determinado fato, em razão da presunção legal, deixa de ter esse *onus probandi*, que passa a ser do adversário. Entretanto, se a parte contrária demonstrar não se verificar o fato presumido, a presunção cessa seus efeitos.”. CAMBI. A Prova, op. cit., p. 373. O autor fala apenas em presunção *iuris tantum*, pois não reconhece a presunção mista como subclasse autônoma de presunção legal.

⁵⁰ “Com efeito, a técnica de inversão do ônus da prova, inerente às presunções simples [...]”. CAMBI. A Prova, op. cit., p. 379.

⁵¹ Chamamos de “relação jurídica processual” um conjunto relações jurídicas que atribuem deveres processuais. Assim, inicialmente temos uma relação jurídica processual que atribui determinado ônus da prova a um dado sujeito. Com a incidência da norma presuntiva abstrata, surge a norma presuntiva concreta, que retira do sistema a primeira relação jurídica processual e, em seu lugar, insere outra, atribuindo aquele ônus da prova a outro sujeito.



Inobstante, se analisarmos a distribuição em abstrato do ônus da prova, não veremos qualquer inversão. As normas abstratas presuntivas atuam, juntamente com outras tantas, para distribuir *a priori* do ônus da prova. E aqui não há que se falar em qualquer inversão, mas apenas em certa conformação, imposta pelo direito positivo, do *onus probandi*. Por conta disto, diz-se que, objetivamente falando, a inversão é meramente aparente⁵².

9 Conclusão

À luz de tudo quanto foi exposto, concluímos que presumir é um ato cotidiano da vida do ser humano, cuida-se de uma operação, por meio da qual parte-se de um fato conhecido (indício), para tomar conhecer de um outro fato, desconhecido.

As presunções podem ter natureza normativa (presunções legais, as quais subdividem-se em absolutas, relativas ou mistas) ou não – hipótese em que são um produto exclusivo da inteligência do ser humano (presunções simples).

No bojo do processo, o juiz aplica presunções legais, ao passo que todos os sujeitos de relações processuais, inclusive o próprio juiz, elaboram presunções simples. As presunções tem natureza probatória, embora apenas as presunções simples tenham índole de meio de prova.

Diferem-se da ficção, pois trabalham com a ideia de que o fato presumido é consequência empírica ordinária do fato presumido. Por fim, as presunções podem ou não inverter o ônus da prova, a depender da espécie de presunção realizada.

10 Bibliografia

AMARAL SANTOS, Moacyr. Primeiras Linhas de Direito Processual Civil, v. 2, 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

AROCA, Juan Montero. La Prueba en el Proceso Civil, 3ª ed. Madrid: Civitas, 2002.

⁵² COMOGLIO. Le Prove, op. cit., p. 229.



ARRUDA ALVIM, José Manoel. Manual de Direito Processual Civil, v. 2, 11ª ed. São Paulo: RT, 2007.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Provas atípicas” *in* Revista de Processo, nº 76. São Paulo: RT, 1994.

CAMBI, Eduardo. A Prova Civil: admissibilidade e relevância. São Paulo: RT, 2006.

CARNELUTTI, Francesco. A Prova Civil, 2ª ed; trad.: Lisa Pary Scarpa. Campinas: Bookseller, 2002.

_____. Instituições de Processo Civil, v. 1; trad.: Adrián Sotero de Witt Batista. São Paulo: Classic Book, 2000.

_____. Sistema de Direito Processual Civil, v. 2, 1ª ed; trad.: Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000.

CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil, v. 2, 1ª ed. Campinas: Bookseller, 1998.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Le Prove Civili, 2ª ed. Torino: Utet, s/a.

CONTE, Mario. Le Prove nel Processo Civile. Milano: Guiffè, 2002.

COUTURE, Eduardo Juan. Estudios de Derecho Processal Civil, tomo II. Buenos Aires: Ediar Editores, s/a.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil, v. 2, 6ª ed. Salvador: JusPodivm, 2011.



DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil, v. 2, 6ª ed. São Paulo: Malheiros. 2009.

_____. Instituições de Direito Processual Civil, v. 3, 6ª ed. São Paulo: Malheiros. 2009.

HARET, Florence Cronemberger. As Presunções e a Linguagem Prescritiva do Direito. Artigo publicado no sítio eletrônico <<http://www.barroscarvalho.com.br>>, acesso em 08.07.2012.

_____. Presunções e no Direito Tributário: teoria e prática. Tese de doutorado publicada no sítio eletrônico <<http://www.teses.usp.br>>, acesso em 08.07.2012.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles; FRANCO, Francisco Manoel de Mello. Dicionário Houaiss da língua portuguesa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

MALATESTA, Nicolàs Framarino dei. Lógica de las Pruebas em Materia Criminal, tomo primero, s/a.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Prova, 2ª ed. São Paulo: RT, 2011.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários ao Código de Processo Civil, tomo IV. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. Manual de Direito Processual Civil, 4ª ed. São Paulo: RT, 2008.

TARUFFO, Michele. La Prueba de los Hechos; trad.: Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Editorial Trotta, 2005.