



PUCP

ESCUELA DE
POSGRADO
PUCP

VOL 11 Nº 1



Revista de la Maestría en
DERECHO PROCESAL

RMDPro



Revista de la Maestría en Derecho Procesal Vol. 11 N° 1

© Pontificia Universidad Católica del Perú, 2026
Escuela de Posgrado - Maestría en Derecho Procesal
Av. Universitaria 1801, Lima 32, Perú
revista.derechoprocesal@pucp.pe

e-ISSN: 2072-7976

Primera edición: julio 2026

La versión electrónica de la revista está disponible en <http://revistas.pucp.edu.pe/derechoprocesal>

Director: Renzo Cavani

Coordinador editorial: Stefan Espejo Macedo

Corrección, cuidado de edición y diagramación: Pesopluma S.A.C.

www.pesopluma.net | contacto@pesopluma.net

La *Revista de la Maestría en Derecho Procesal* de la Pontificia Universidad Católica del Perú es una revista electrónica con un régimen de publicación semestral dirigida a profesionales en derecho y estudiantes de pre y posgrado en derecho. La revista tiene como principal objetivo ser un referente en el área del Derecho Procesal a través de la difusión permanente de artículos académicos especializados en analizar doctrina y jurisprudencia, así como reseñas de tesis y libros.



ÍNDICE

Primera sección: homenaje a Sergio Chiarloni

El recuerdo de un amigo: Sergio Chiarloni / Andrea Proto Pisani	5
Sergio Chiarloni / Federico Carpi	11
Un recuerdo de Sergio Chiarloni / Elena D'Alessandro	15
Homenaje a Sergio Chiarloni (<i>in memoriam</i>) / Carlo Vittorio Giabardo	18

Segunda sección: estudios

Papel criativo da jurisprudência, precedentes e formas de vinculação – Homenagem a Sergio Chiarloni / Teresa Arruda Alvim	36
Arbitral Precedent: Still Exploring the Path II / Paula Costa e Silva, Beatriz de Macedo Vitorino y Filipa Lira de Almeida	74
La versión brasileña del proceso estructural: ¿una posible contribución para América Latina? / Edilson Vitorelli	110
Das divergências entre bases teóricas à confluência de ideias no tocante à preservação do direito fundamental ao contraditório / Igor Raatz y Natascha Anchieta	164
Do dever de auxílio do juiz com as partes ao dever de auxílio do juiz com o processo: um giro de 360° / Diego Crevelin de Sousa	205
A cooperação processual civil na sombra do inquisitório / Luís Correia de Mendonça	228
Prueba digital y cibercriminalidad: una mirada a los principios de libertad probatoria, inmediación y contradicción / Raquel Limay Chavez	285

Tercera sección: reseñas

<i>Hacia el proceso judicial del siglo XXII</i> , de Jordi Nieva Fenoll / Ulises Canosa Suárez	318
--	-----



Primera sección
HOMENAJE
A SERGIO CHIARLONI



El recuerdo de un amigo: Sergio Chiarloni*

In Memory of a Friend: Sergio Chiarloni

Andrea Proto Pisani

Profesor emérito de la Università degli Studi di Firenze.

Contacto: andrea.protopisani@unifi.it

El 16 de enero de 2022 falleció Sergio Chiarloni, tras haber padecido durante meses un mal de creciente gravedad, aunque nunca diagnosticado con precisión. Murió solo, en un hospital inaccesible a causa de la COVID-19 y sin el consuelo siquiera de su amadísima esposa, Mirella.

Nació en Viareggio el 16 de julio de 1936, en una familia turinesa reconocida por la trayectoria profesional de su padre como abogado. En Turín pasaría la mayor parte de su vida, aunque con prolongadas estancias en el extranjero.

Deja a su esposa, Mirella Scalfaro, arquitecta de gran sensibilidad; a sus dos hijos, Guido y Paolo; y a la siempre linda y afectuosa nietecita Arianna, además de a su hermana Ana, notable germanista. Deja también una gran comunidad de discípulos, colegas procesal civilistas y de otras disciplinas de nacionalidad italiana y extranjeros, así como a sus numerosos amigos, con quienes compartía valores, ideales y un compromiso con la sociedad civil íntimamente ligados a su labor jurídica.

Limitando deliberadamente los recuerdos, Sergio Chiarloni era parte —y continúa perteneciendo— al reducido núcleo de los más valiosos estudiosos del proceso civil, tanto de los italianos como de los extranjeros de su generación. Luego de haberse licenciado en 1961, prosiguió sus estudios bajo la guía experta, afectuosa y exigente de Giovanni Conso, quien fue un verdadero maestro de la

* Artículo originariamente publicado en el año 2022, en las páginas 312 a 316 del número 1 (edición de enero-marzo) de *Il Giusto Processo Civile, Rivista Trimestrale fondata da Franco Cipriani*, revista dirigida por G. Balena, A. Chizzini, S. Menchini, G. Monteleone y G. Trisorio Liuzzi, y editada en Nápoles por Edizioni Scientifiche Italiane.

** Traducción de Stefan Espejo Macedo.

teoría general del proceso. En 1968, obtuvo la libre docencia (*libera docenza*) en Derecho Procesal Civil. Posteriormente, después de haber enseñado la materia como encargado (*incaricato*), superó en 1980 el concurso para profesor extraordinario (*straordinario*), según la terminología de la época, continuando desde entonces su labor académica con dicha categoría en el área del derecho procesal civil.

Rápidamente, se hizo conocido no solo en Italia, sino también en importantes universidades extranjeras. Entre las muchas, recuerdo en particular a las inglesas como Cambridge y Oxford, y las americanas de Chicago, Río de Janeiro, Brasilia, Buenos Aires, Bogotá y Lima, entre tantas otras que lo invitaban a presentar ponencias en congresos locales o internacionales (en ocasiones incluso como relator general). Recuerdo, en particular, su especial afecto por Inglaterra y sus vínculos con diversos colegas ingleses, al punto de haber adquirido un pequeño departamento en Londres donde por muchos años se trasladaba para estudiar, incluso por meses, en los periodos en los que estaba libre de compromisos en Italia.

Su producción científica asciende a alrededor de doscientas publicaciones, entre las que se incluyen cuatro monografías; cerca de diez volúmenes coordinados por él, especialmente relativos a reformas recientes; un tratado sobre los procesos especiales compuesto por cinco voluminosos tomos, también a cargo de Claudio Consolo; así como la dirección de un amplio *Commentario sul Codice di procedura civile* —publicado por la editorial Zanichelli e inspirado en el clásico *Commentario al codice civile*, conocido como «Scialoja y Branca»—, del cual se han publicado hasta ahora veintisiete volúmenes.

Sergio Chiarloni, genuino procesalista, escribía casi siempre con el denominado «método comparatista», valiéndose del conocimiento de los ordenamientos extranjeros tanto para una mejor comprensión del derecho italiano como para justificar las soluciones adoptadas. En ello creo que fue determinante su encuentro frecuente con un maestro como Rodolfo Sacco y con sus discípulos turineses o milaneses. Ello no excluía, sin embargo, su amistad con los discípulos florentinos de Cappelletti ni con los paveses de Denti.

Su primera monografía, titulada *L'impugnazione incidentale nel processo civile* (tema al que se dedicaría a lo largo de los años en intervenciones relacionadas al juicio de casación), data de 1969. El libro *Introduzione allo studio del diritto processuale civile* fue publicado en el año 1975 y apareció también íntegramente —aunque con un título diverso, pero inequívoco— el mismo año en la *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, dirigida entonces por Tito Carnacini, prestigioso presidente dell'Associazione degli studiosi del processo civile. Se trata de una obra introductoria centrada en denunciar el carácter clasista del proceso

civil italiano. En opinión del autor, ello se manifestaba, sobre todo, en la existencia de rápidos procesos especiales en favor solo de empresarios, propietarios de inmuebles y abogados frente a otros ciudadanos quienes, en cambio, eran forzados a recurrir para la tutela de sus derechos únicamente al lento y atípico proceso ordinario de cognición. Además, agregaría que la única hipótesis típica del proceso especial sumario era aquella del proceso de represión de la conducta antisindical prevista por el artículo 28 de la Ley 300/1970 para la tutela de la libertad de los sindicatos.

Este breve libro, de poco más de cien páginas, fue percibido como escandaloso, principalmente porque abandonaba la lógica abstracta de la dogmática y —agrego yo— porque, en términos simples y accesibles también para los estudiantes, revelaba una realidad absolutamente obvia que, sin embargo, *veintisiete años después de la entrada en vigor de la Constitución de 1948*, nadie, al menos entre los estudiosos del proceso, había denunciado con simplicidad y claridad, evidenciando la evidente contradicción con la primera parte de la Constitución.

En 1980 apareció la versión definitiva de la extensa y articulada monografía *Misure coercitive e tutela dei diritti*. Se trata de un notable trabajo, sustentado en diversas premisas históricas dirigidas a convencer sobre el autoritarismo que estaría detrás de mi propuesta, muchas veces sostenida en la introducción de un adecuado sistema de medidas coercitivas que tengan como objetivo garantizar la efectividad de las resoluciones de condena de obligaciones de hacer o de no hacer, en las cuales era indispensable la cooperación del obligado.

La monografía de Chiarloni fue recibida muy positivamente por la doctrina. Por ejemplo, recuerdo, entre otros, el extenso artículo que Vittorio Colesanti escribió en la *Rivista di Diritto Processuale* (1980, pp. 601 y ss.). Al retomar hoy un tema que, desde 1975, ha estado en el centro de mis reflexiones, diría que probablemente exageré al intentar utilizar no solo el segundo, sino también el primer párrafo del artículo 388 del Código Penal. En la actualidad, no obstante, debe reconocerse que el problema, si bien no ha sido plenamente superado, se ha visto considerablemente atenuado gracias a un ponderado artículo de Michele Taruffo y, poco después, también por algunas observaciones de Luigi Mengoni formuladas en el curso del congreso celebrado en Palermo en 1987.

Posteriormente, en los años 2009 y 2015, el legislador intervino directamente con la introducción del artículo 614-bis en el CPC, disposición que aún hoy es estudiada por los diversos problemas que genera. Con todo, es preciso continuar denunciando el carácter clasista del segundo párrafo del artículo 388 del Código Penal en la medida que continúa sancionando penalmente, y en modo grave, «solo» la inobservancia de las resoluciones judiciales que *tutelan la propiedad, la*

posesión y el crédito, sin que nadie analice el problema de la constitucionalidad de una previsión de este tipo.

En 1984, Sergio Chiarloni publicó el libro titulado *L'appello nel processo del lavoro. Profili dall'esperienza*, que contiene un minucioso análisis estadístico de las sentencias de apelación dictadas en el proceso laboral, examinadas hasta en sus más mínimos detalles a lo largo del periodo comprendido entre 1974 y 1980. No se trata ciertamente de un análisis dogmático, pero tampoco de un análisis meramente estadístico, puesto que solo un jurista experto —en este caso, un profundo conocedor del proceso— podía llevarlo a cabo. A pesar de ello, la obra fue considerada insuficiente a efectos de la evaluación para el denominado «ordinariato» como prueba de la plena madurez alcanzada, por lo que Sergio debió esperar otros tres años para adquirir la condición de *ordinario*.

En el año 1975, Sergio publicó una voluminosa recopilación de escritos, todos ellos de extremo interés, bajo el título (para él particularmente querido) *Formalismo e garanzie negli studi sul processo civile*.

En 1996, se encargó de un volumen sobre la utilización del fax en las *Trasmissioni e notificazioni ad opera degli avvocati*. Asimismo, en 1992, 2002 y 2007 dirigió la publicación de cuatro densos volúmenes dedicados a las *riforme del processo* incorporadas por las leyes de 1990, 2002 y 2007. Después, en los años 2004 y 2008, coordinó tres tomos dedicados al *Nuovo processo societario*, un proceso que tuvo una vida breve. Finalmente, en 2005, junto a Paolo Florio, coordinó un volumen dedicado a los consumidores y a los correspondientes temas procesales.

En cuanto a su participación en la dirección de revistas, me limitaré a recordar, además de su sucesión a Enrico Allorio en la dirección —durante décadas— de la *Giurisprudenza Italiana* en el ámbito del derecho procesal civil, su participación en el comité directivo de la *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* y, entre muchas otras, en el de *Questione Giustizia*.

Tras haber recordado la importante síntesis de los problemas de la justicia italiana contenida en el capítulo homónimo de los *Annali della Storia d'Italia*, que le fue confiado por la editorial Einaudi, podría continuarse largamente con la sola enumeración de la diversa y siempre vivaz actividad científica de nuestro colega, lamentablemente desaparecido. Me limitaré, por tanto, a solo dos breves observaciones.

La primera consiste en recordar únicamente el nombre de algunos de sus muchos discípulos: Giorgio Frus, Eugenio Dalmotto, Alberto Ronco, Chiara Besso, Davide Turrone, Marco Russo, Carlo Vittorio Giabardo y, finalmente, la brillante «sustracción» a Cicci Luiso de Elena D'Alessandro.

La segunda se refiere al interés político y científico común que llevó a algunos amigos operadores del derecho a reunirse, entre mediados de los años ochenta y noventa del siglo pasado, con periodicidad mensual en el Centro di riforma dello stato, fundado en Roma por Pietro Ingrao. Recuerdo en particular a Salvatore Senese, Luigi Ferrajoli, Pino Borrelli, Alessandro Pizzorusso, Salvatore Mannuzzu, Antonio Porcella, Ernesto Lupo, Michele Taruffo, Sergio Chiarloni y quien escribe.

Recuerdo también, entre otras, las reuniones dedicadas a la reforma de los jueces honorarios¹ y aquellas relativas a los graves problemas del juicio de casación. Estos encuentros resultaron posteriormente en pequeños congresos y, más tarde, en dos pequeños volúmenes (a cargo de Raffaello Sestini) que recogían los escritos de los participantes de las reuniones y propuestas de carácter no oficial. Conservo aún dos pequeños libros publicados como suplemento de *Democrazia e Diritto*, y a menudo sigo sintiendo la necesidad de consultarlos.

Antes de concluir este recuerdo quiero decir que, tanto para mí como para mi esposa Rossanna, Sergio Chiarloni y Mirella constituyen una parte importante de nuestra vida. Fueron, ante todo, verdaderos y queridos amigos con quienes nos gustaba compartir el tiempo siempre que fuera posible. Por tanto, nunca dejábamos pasar la oportunidad de viajar a Turín con motivo de un congreso, una exposición o una lección para los estudiantes; y casi siempre éramos huéspedes en su hermosa casa sobre la colina donde se nos ponía a disposición una habitación cómoda y agradable (a la que se accedía a través de una empinada escalera de caracol que, con el paso de los años, era cada vez más difícil de subir).

Y lo mismo hacíamos nosotros cuando Sergio y Mirella visitaban Florencia. Vienen a mi memoria los muchos días compartidos en su hermosa villa en la espléndida Cinque Terre con la dificultad de la empinadísima bajada hasta el mar, así como el viaje que realizamos juntos en Brasil al término de un congreso, con salida desde Brasilia en avión hasta Belo Horizonte, y la continuación en coche por la bellísima región (o estado) de Minas Gerais hasta la llegada final a Río.

Y, finalmente, recuerdo la cena en la pequeña, pero elegante casa de Londres, en ausencia de Mirella y con Sergio como cocinero perfecto. Con pesar evocamos

¹ [Nota del traductor]: los *giudici onorari* son magistrados que no pertenecen a la carrera judicial, pero que ejercen funciones jurisdiccionales, generalmente sobre cuestiones de menor cuantía y por un tiempo limitado, a cambio de una compensación por dicho tiempo. Su régimen se encuentra regulado en Italia por el Decreto Legislativo N.º 116 de 2017.

también la hospitalidad que nos ofreció en la casa que Sergio había adquirido en una isla griega a la que no pudimos llegar a ir. Sin embargo, ninguno de estos hermosos recuerdos logra atenuar el profundo dolor por su desaparición.

Florencia, 9 de abril de 2022

Recibido: 15 de agosto de 2025 | Aprobado: 20 de enero de 2026



Sergio Chiarloni*

Sergio Chiarloni

Federico Carpi

Profesor emérito de derecho procesal civil de la Università di Bologna (Italia).

1. Sergio Chiarloni falleció en Turín el 16 de enero de 2022 y había nacido en Viareggio el 1 de junio de 1936. Sucesor en la profesión de su padre —quien era abogado e hijo, a su vez, de una noble veneciana—, ejerció durante varios años la actividad profesional a regañadientes, ya que no soportaba la restricción a su libertad. Se dedicó sobre todo a la actividad científica, en la que realizó contribuciones fundamentales en varias materias como, por ejemplo, en la revista *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, de cuyo comité de dirección era miembro desde hace varios años.

Quisiera destacar que dedicó un esfuerzo constante a la *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, tanto en las reuniones como con numerosos artículos, entre ellos el primero del año 1963 sobre «Il provvedimento di sospensione necessaria».

Sergio Chiarloni, discípulo de Giovanni Conso, después de licenciarse en 1961 y obtener la libre docencia en 1968, se formó y desarrolló siempre su carrera académica en la Università di Torino, donde llegó a ser profesor emérito y maestro de muchos discípulos.

Los Alpes no lo detuvieron: estudió en Londres, enseñó en Lyon, fue *Visiting Fellow* en la University College de Oxford y miembro de la Facultad de Derecho de Oxford, donde consolidó su amistad con Adrian Zuckerman.

Fue *Visiting Professor* en la Northwestern University de Chicago, en la Universidad de Bogotá y en la Universidad Complutense de Madrid; profesor honorario de la Universidad Abierta Interamericana de Buenos Aires;

* Artículo originalmente publicado en 2022, en las páginas 95 a 97 del primer número de ese año de la *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, publicada en Milán por Giuffrè.

** Traducción de Stefan Espejo Macedo.

miembro honorario de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid; así como académico correspondiente de la Accademia delle scienze di Bologna y tantos otros espacios académicos.

Ha presentado informes generales y nacionales en numerosos congresos internacionales e impartido conferencias en diversos países del mundo. Entre sus numerosas ponencias, recuerdo las impartidas en los congresos mundiales de la International Association of Procedural Law de Viena en 1999 y en Salvador de Bahía en 2007.

Su apertura al mundo, sumada a su conocimiento de varios idiomas, influyó en su extensa producción científica con interesantes perspectivas comparatistas. Y también fue parte de los grupos de trabajo de reforma normativa, a los cuales ha dedicado muy a menudo su crítica científica.

2. Su producción científica fue muy amplia y diversa, e incluyó monografías, artículos en italiano e inglés, y obras colectivas que dirigió. Ningún estudioso, joven o viejo, puede actualmente prescindir de las claras y elegantes páginas de Sergio Chiarloni.

Después de algunos artículos juveniles, inspirados en su intensa pasión política —entre los que me gusta recordar «Diritto processuale civile e società di classi», publicado en la *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* en 1975 (pp. 733 y ss.), el cual a menudo fue objeto de una discusión a manera de broma entre nosotros, dado que le había confesado que yo no lo habría publicado y que solo fue por decisión del profesor Tito Carnacini, quien siempre fue *liberal* y cercano a Conso, que había enviado el trabajo—, se dedicó a las monografías que, con razón, le valieron una cátedra y un consenso general en la comunidad científica.

Basta recordar *L'impugnazione incidentale nel processo civile* (1969); *Misure coercitive e tutela dei diritti* (1980); *L'appello nel processo del lavoro* (1984); *Le riforme del processo civile* (dir.) de 1992; *Formalismo e garanzie* (1995) —donde se recogen, con paciencia, estudios publicados en revistas—; *Casi e questioni di diritto processuale civile* (dir.) de 1998; *Misure acceleratorie e riparatorie contro l'irragionevole durata dei processi* (dir.) de 2002; *Il nuovo processo societario* (dir.) de 2004; *I procedimenti sommari e speciali* (dir.) de 2005; *Consumatori e processo. La tutela degli interessi collettivi dei consumatori* (dir.) de 2005; *Il nuovo processo societario* (dir.) de 2008; *Ragionevolezza e garanzie del processo* (que recoge diversos artículos) de 2012; y *Civil justice in crisis* (dir.); además de numerosos artículos sobre diversos temas, como el valor del precedente, las garantías constitucionales, etc.

Como se desprende con facilidad de esta (incompleta) lista, Sergio Chiarloni, además de ser un autor de obras fundamentales, fue un gran organizador de la cultura, como quedó de manifiesto en su madurez al asumir la dirección del *Commentario al codice di procedura civile*, editado por la editorial Zanichelli, del que se han publicado numerosos y espléndidos volúmenes.

3. Este sería un frío recuerdo académico si no mencionara la verdadera relación de amistad que nos unía con Michele Taruffo —quien lamentablemente falleció en 2020—. Por supuesto, no podré recordar episodios que permanecen, como es justo, en la intimidad de mi alma, pero debo señalar tres momentos: el «turismo académico», la hospitalidad y el amor por la montaña.

En cuanto al llamado «turismo académico», tendría mucho que decir sobre los viajes realizados a diversas partes del mundo, ya fuera por invitación o con ocasión de congresos, siempre con una participación activa y, en algunas ocasiones, en compañía de nuestras esposas. Lamentablemente, estos viajes ya no volverán a realizarse.

Conservo, sin embargo, un recuerdo muy vívido de aquella vez —confieso que no recuerdo el año— en la que debíamos viajar a Brasil para rendir homenaje a Ada Pellegrini. Con anterioridad, habíamos sido invitados a São Luís, capital de Maranhão, en el norte de Brasil, para realizar dos conferencias. En Lisboa, cuando Sergio estaba camino a Recife, me llamó diciendo que se había equivocado de pasaporte y se había llevado el de Mirella (¡la habitual distracción de Sergio!). Estaba a punto de desistir cuando le sugerí que llegara al día siguiente, saltándose la conferencia (entonces, debía hablar en São Paulo), lo que efectivamente hizo. Lo recuerdo con un elegante traje de gabardina *old fashion*, bajando de un avión comercial para embarcar en una pequeña aeronave, puesta a disposición de Ada Pellegrini y de nosotros para sobrevolar el asombroso desierto de los *lençóis maranhenses*.

Posteriormente, recuerdo otras muchas veces, especialmente en Argentina, con Eduardo y Laura Oteiza.

La hospitalidad: cuántas veces, en Champlas Seguin en el valle de Susa; en la casa de campo cerca a Novara; en Leros en Grecia; en la espléndida casa de las Cinque Terre, que era de difícil acceso. Mirella, arquitecta de gran talento, arregló sus casas, aligerando su carga material.

Habíamos decidido con Sergio y Michele frecuentar juntos las respectivas casas de verano. El primer año correspondió a nuestra casa en Sardeña que, por fortuna, estaba equipada con botellas de *cachaça* (para que Michele preparara la *caipirinha*); el segundo fue en Leros, con muchas botellas de gin. No obstante,

diversos acontecimientos de la vida, relacionados con la pandemia o no, impidieron que disfrutemos de la Fortaleza de Taruffo.

La pasión por la montaña: hemos hecho muchos viajes juntos con pieles de foca, desde el refugio Sennes (una espléndida localidad dolomítica entre Cortina y S. Vigilio) hasta el valle de Susa. Pienso en aquella mañana de primavera a las cinco con la impresionante vista de unos ciervos antes de ascender al monte Terra Nera, una subida nada simple.

Aquí me detengo, porque quizá al lector no le interese continuar; en cambio, a mí, me queda el recuerdo imborrable del amigo y del estudioso.

Recibido: 2 de septiembre de 2025 | Aprobado: 10 de enero de 2026



Un recuerdo de Sergio Chiarloni*

A Remembrance of Sergio Chiarloni

Elena D'Alessandro

Profesora ordinaria de Derecho Procesal Civil en la Università di Torino (Italia).

Contacto: elena.dalessandro@unito.it

1. El 16 de enero de 2022 falleció Sergio Chiarloni a los 85 años de edad, quien fuera profesor emérito de Derecho Procesal Civil en la Università di Torino.

Sergio Chiarloni nació en Viareggio (Lucca) el 1 de junio de 1936. En 1954, tras obtener el diploma de educación secundaria, se inscribió en la Facultad de Jurisprudencia de la Università di Torino (con el número de matrícula 18109, según consta en los registros del archivo histórico de los estudiantes de universidad)¹.

Se graduó en Derecho el 20 de marzo de 1961 defendiendo una tesis en Derecho Internacional sobre la posición jurídica del individuo en el ordenamiento internacional. Su maestro, sin embargo, fue el ilustre procesal penalista Giovanni Conso, quien precisamente en aquellos años había regresado a enseñar en Turín, donde tenía a su cargo el curso de Procesal Penal y también el de Derecho Procesal Civil.

La escuela turinesa de Giovanni Conso reunió a diversos jóvenes procesal-penalistas y también

algunos discípulos, incluso del proceso civil, materia enseñada durante algunos años por encargo. Un encargo asumido con gran seriedad hasta el punto de publicar un libro de apuntes complementarios al manual recomendado y un estudio fundamental sobre las nulidades del proceso civil².

La escuela procesal civilista de Turín nació gracias al compromiso y a la dedicación de un jovencísimo Sergio Chiarloni. Una escuela de la cual Sergio fue

* Traducción de Stefan Espejo Macedo.

1 Más información en: <https://www.asut.unito.it/studenti/web/index.php?r=studenti%2Fview&id=33597>

2 Así lo describe Sergio Chiarloni en el necrológico dedicado a su maestro, Giovanni Conso, publicado en 2015 en el número 1217 de la *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura civile*.

y seguirá siendo siempre el corazón palpitante y su exponente más autorizado en razón de sus extraordinarias cualidades como jurista y como persona, apreciadas tanto en Italia como en el extranjero.

2. Soy turinesa por adopción. Tuve la fortuna de poder trabajar en la Università degli Studi di Torino recién a partir del año 2012, cuando Sergio Chiarloni ya se encontraba jubilado. Antes de este momento, Sergio era para mí el amigo culto y refinado de mi maestro, así como el colega con quien mi maestro (el profesor Francesco Paolo Luiso), así como el colega con quien él sostenía controversias académicas sobre el juicio de mérito posesorio.

El mérito posesorio era un tema que les apasionaba a ambos y sobre el cual tenían ideas opuestas. De ello derivó un fascinante debate epistolar llevado a cabo en *Giurisprudenza Italiana*, la revista jurídica dirigida por Sergio Chiarloni, lo que demuestra cuánto apreciaba el diálogo y respetaba la opinión divergente.

Chiarloni negaba la necesidad de un juicio de mérito con cognición plena y exhaustiva en el procedimiento posesorio³, mientras que mi maestro sostenía la tesis contraria. Recuerdo, siendo entonces una joven graduada, la euforia «casi de un hinchado de fútbol» en su despacho del viejo Departamento de Derecho Público de la Università di Pisa cuando las Secciones Unidas⁴ afirmaron la necesidad del juicio de mérito con cognición plena. Me refiero a la Casación, Secciones Unidas, del 24 de febrero de 1998, publicada precisamente en el número 1984 de la revista *Giurisprudenza Italiana*⁵, con nota adhesiva a Luiso.

No fue, por tanto, casual que el primer seminario que organicé en Turín, en el marco de mi curso de Derecho Procesal Civil (año académico 2012-2013), consistiera en un debate entre Sergio Chiarloni y Francesco Paolo Luiso sobre el juicio de mérito posesorio. Los años habían transcurrido, pero cada uno permanecía firme en su respectiva posición. Ambos expusieron el tema con convicción, respeto y cortesía.

3. Cuando llegué a Turín, Sergio Chiarloni supo hacerme sentir en casa pese a que provenía de otra escuela y no me había formado bajo su dirección.

3 Véase, entre otros, «Non esiste più (ma non sarebbe dovuto esistere neanche prima) il c.d. merito possessorio», de Sergio Chiarloni, publicado en 1993 en *Giurisprudenza Italiana*.

4 [Nota del traductor]: las *Sezioni Unite* («Secciones Unidas») son una formación especial del máximo tribunal italiano (Corte di Cassazione) encargada de garantizar la uniformidad de la interpretación del derecho en Italia.

5 Se encuentra en la página 1323.

Le gustaba recordar que había nacido en mi ciudad de origen, Viareggio, y que su casa se encontraba a pocos cientos de metros del lugar donde viví mi infancia. Solía invitarme, junto con toda su Escuela, a celebrar su cumpleaños en la casa de campo que poseía en Piea en la provincia de Asti, diseñada y amoblada por su esposa Mirella.

Compartíamos el interés por el derecho procesal comparado. A pesar de encontrarse jubilado, eran muchos los profesores extranjeros que acudían a visitarlo y a quienes me presentaba. Así pude conocer a Adrian Zuckerman. Sergio lo había conocido durante una estancia en el Institute of Advanced Legal Studies (IALS) de Londres, de la cual surgió una profunda amistad. Del mismo modo, tuve el placer de conocer a Teresa Arruda Alvim y a Jordi Nieva Fenoll, así como a numerosos jóvenes colegas extranjeros que elegían Turín como sede de sus investigaciones para poder intercambiar ideas con Sergio Chiarloni sobre la función nomofiláctica de la Corte de Casación italiana, sobre las impugnaciones incidentales o sobre las medidas coercitivas, materia que Sergio dominaba.

Con incansable generosidad, Sergio ponía sus conocimientos al servicio de los jóvenes procesalistas italianos y extranjeros que acudían en busca de su orientación. Lo recuerdo en el Departamento de la Facultad, dialogando durante horas con sus invitados extranjeros de derecho procesal civil, incluso también durante las reuniones de la redacción de *Giurisprudenza Italiana*, en las que tuve el honor de participar.

4. Sergio Chiarloni fue un procesal civilista agudo y sabio, pero también un intelectual refinado. A través de él conocí y aprendí a apreciar el *Indice dei libri del Mese*, una revista mensual de información cultural. Sergio era miembro del comité editorial junto con su hermana Ana, notable germanista, y colaboraba, además, como autor de comentarios y reseñas.

5. Resulta difícil describir el trato humano de Sergio Chiarloni. Seguramente, he olvidado muchas cosas en estas pocas páginas y me disculpo con el lector. El mensaje que espero haber logrado transmitir es que su perfil académico y humano resulta difícilmente alcanzable y que su ausencia ha dejado un vacío imposible de colmar en Turín. Hoy, al encontrarme, inmerecidamente, ocupando su cátedra turinesa, espero estar a la altura para honrarlo y recordarlo siempre como fundador, alma y emblema de la Scuola di Diritto Processuale Civile turinense. ¡Te lo prometo, Sergio!

Recibido: 3 de septiembre de 2025 | Aprobado: 18 de diciembre de 2025



Homenaje a Sergio Chiarloni (*in memoriam*)*

Tribute to Sergio Chiarloni (in memoriam)

Carlo Vittorio Giabardo**

Profesor e investigador de la Università degli Studi di Torino (Italia).

Contacto: carlovittorio.giabardo@unito.it

1. Han transcurrido poco más de cuatro años desde la desaparición de Sergio Chiarloni, ocurrida el 16 de enero de 2022, a la edad de 85 años (había nacido el 1 de junio de 1936). Profesor emérito de Derecho Procesal Civil en la Università degli Studi di Torino, fue maestro de la escuela procesal civilista turinesa que, al cumplirse un año de su partida, le rindió homenaje el 10 de febrero de 2023 mediante una jornada de estudios en su honor en la que han participado amigos y discípulos¹. Sergio Chiarloni fue uno de los grandes exponentes de una generación —ciertamente destinada a sobrevivir al olvido— que fue artífice del prestigio de la ciencia procesal italiana, reconocida más allá de las fronteras nacionales.

Conocí personalmente a Sergio Chiarloni en 2012, cuando acababa de graduarme de la Università di Torino con una tesis en Derecho Procesal Civil dirigida por Alberto Ronco (discípulo directo de Sergio Chiarloni, a quien siempre estuvo profundamente vinculado), en una de las reuniones sobre derecho procesal civil de la revista *Giurisprudenza italiana*, a las cuales había sido admitido a participar.

* Artículo originalmente publicado el 16 de abril de 2022 en *Giustizia Insieme* (<https://www.giustiziainsieme.it/it/gli-attori-della-giustizia/2263-omaggio-a-sergio-chiarloni-in-memoriam>) y actualizado para esta revista.

** Investigador de la Càtedra de Cultura Jurídica, Universidad de Girona (España). Miembro de la Asociación Internacional de Derecho Procesal, del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y de la Associazione Italiana Studiosi della Prova. Miembro ordinario del grupo de investigación Proceso, Derecho y Justicia de la PUCP.

***Traducción de Stefan Espejo Macedo.

1 Han participado, entre otros, Alberto Ronco, Federico Carpi, Paolo Ferrua, Francesco Paolo Luiso, Giorgio Constantino, Eugenio Dalmotto, Davide Turrone, Adrian Zuckerman, Claudio Consolo, Bruno Sassani, Marco Russo y el suscrito, Paolo Biavati, Chiara Besso Marcheis y Eduardo Oteiza. El programa oficial se puede revisar en el siguiente enlace: https://www.unito.it/sites/default/files/convegno_per_serpio_chiarloni_10_febrario_2023_locandina.pdf

Estas reuniones se realizaban mensualmente en las salas de la entonces biblioteca Francesco Ruffini del Departamento de Jurisprudencia de Turín y eran coordinadas por Sergio Chiarloni con su natural autoridad y carismática presencia. Continuó dirigiendo estos encuentros turineses, incluso de manera virtual, durante el periodo de la pandemia hasta poco antes de su triste muerte.

Me había aproximado inicialmente a su obra durante los años universitarios, antes de escribir la tesis de grado. Al leer sus escritos, la impresión fue desde el inicio la de hallarme ante algo completamente diferente de lo que suele imaginarse como producción *típica* del derecho procesal civil, disciplina que, para quien aún es estudiante y desconoce sus infinitas aristas filosóficas, la inmensa riqueza de perspectivas y la magnitud de las cuestiones que aborda, puede parecer —digámoslo con franqueza— extremadamente técnica, poco llamativa, absorbida por el detalle práctico.

Sin embargo, al leer a Sergio Chiarloni (y especialmente —recuerdo con nitidez aquellos primeros acercamientos a esta ciencia— su estudio sobre el precedente entre el *civil law* y el *common law*)², el árido tecnicismo cedía espacio al florecimiento de temas *elevados*, la cerrada cuestión del detalle se insertaba en un cuadro más general de política del derecho, el aspecto operativo se comprendía en sus coordenadas institucionales y el *presente* se leía como *historia*³.

Existe un marcado rasgo *filosófico* en los intereses y en la producción científica de Sergio Chiarloni⁴. «Un filosofo che si trova a fare due conti con il diritto»⁵, así lo definió con una bellísima expresión Alberto Ronco (2022) en su recuerdo

2 Me refiero a Chiarloni (2001, pp. 614 y ss.).

3 Retomo aquí el título de uno de sus trabajos célebres (Chiarloni, 2004, pp. 447 y ss.).

4 En el tercer año de la carrera de Derecho en Turín, Sergio Chiarloni solicitó inicialmente la dirección de la tesis de licenciatura a Norberto Bobbio, cuyos cursos había seguido; sin embargo, como el célebre filósofo del derecho le indicó que no podría acompañarlo en su trayectoria académica, Chiarloni decidió licenciarse en Derecho Internacional (con una tesis sobre la posición jurídica del individuo en el ordenamiento internacional). Posteriormente, decidió seguir su formación bajo la guía de Giovanni Conso, quien poco antes había sido llamado a dictar en Torino, además de la asignatura de Procedimiento Penal, también el curso de Derecho Procesal Civil (esto lo cuenta Chiarloni mismo en la entrevista concedida a Christian Delgado [2013, pp. 455-468]). No cabe duda de que Chiarloni consideraba a Giovanni Conso como su maestro. Véase, a propósito, la necrológica escrita en las páginas de la «Trimestrale» (Chiarloni, 2015, pp. 1217-1218).

5 [Nota del traductor]: en italiano, la expresión «fare i conti» hace referencia a dialogar sobre un asunto y resolverlo. Su traducción podría ser «arreglar cuentas» en el español, aunque esta expresión puede tener una connotación más conflictiva o punitiva a diferencia del italiano. En el contexto de la frase, la expresión se refiere a que Sergio Chiarloni era un filósofo que desde su ámbito se dirigió al derecho para dialogar directamente con este.

tras su muerte⁶. Fue leyendo y escuchando a Sergio Chiarloni cuando entonces comprendí que el derecho procesal civil es, ante todo, *una mirada privilegiada sobre todo el ordenamiento, una cerradura* desde la cual se contempla la *totalidad de la experiencia jurídica*. Ello se explica por la indiscutible centralidad del momento dinámico, aplicativo y, por tanto, jurisdiccional en cualquier reconstrucción.

Y así muchos temas típicos de la filosofía del derecho, sobre todo de corte analítico —como, por ejemplo, la creación judicial del derecho, el carácter vinculante del precedente o el diálogo entre los «formantes» en la interpretación de la ley—, se convirtieron en los escritos de Sergio Chiarloni en cuestiones de genuino interés procesal sobre los cuales el cultor del derecho procesal no solo tiene *algo*, sino *mucho* que decir⁷. Fueron para mí lecturas cruciales.

Escuché de su propia voz afirmar, por otra parte, que no era casual que algunos de los juristas y teóricos más importantes y completos del derecho del siglo pasado, que se distinguieron también en distintas ramas, fueran procesal civilistas: Emilio Betti, Francesco Carnelutti, Piero Calamandrei... Esta constatación permaneció siempre en mi mente.

2. Vuelvo a leer la primera monografía de Sergio Chiarloni, *L'impugnazione incidentale nel processo civile. Oggetto e limiti* publicada en 1966, cuando tenía 33 años. Se trata, sin duda, de un tema marcadamente técnico y arduo; no obstante, basta un rápido recorrido por las notas para ver aparecer, junto a los grandes nombres clásicos italianos y alemanes de nuestra disciplina, los de, por ejemplo, Carl G. Hempel (matemático y filósofo de la ciencia), de John Dewey, de Ludovico Geymonat, el físico estadounidense Percy W. Bridgman (todos recordados a propósito de la noción y formación de los «conceptos»).

Siguen luego referencias de los filósofos del derecho Philipp Heck, HLA Hart, Lon Fuller, Alf Ross, Jering, Kantorowicz; de los exponentes del realismo jurídico americano Jerome Frank, Oliver W. Holmes y Chaim Perelman; y además el de Norberto Bobbio, Ugo Scarpelli, Widar Cesarini Sforza, Giorgio del Vecchio, Giovanni Tarello y así sucesivamente.

6 Entre otros, también Federico Carpi (2022, pp. 95 y ss.) ha recordado al maestro turinense; lo mismo que Bruno Capponi (2022) y Gastone Cottino (2022) —emérito de derecho comercial, colega y amigo de Sergio Chiarloni en la Università di Torino—.

7 Véase, sin ánimo de exhaustividad y en orden disperso sobre estos diversos temas, Chiarloni (1989a, pp. 118 y ss.; 1993, pp. 439-456; 1994, t. II, pp. 219 y ss.; 2002, pp. 1 y ss.; 2011, vol. II, p. 1263; 2012, pp. 225-243).

Se trata de un arsenal teórico nada ordinario para una monografía y, además, para una primera obra en el ámbito del derecho procesal. Es una demostración de intereses muy vastos, de lecturas sin fronteras, y de un uso fecundo y feliz de la influencia entre las distintas áreas del saber humano.

En su obra se encuentra implícita —a mi juicio— una profunda enseñanza: para manejar las categorías del derecho procesal es necesario saber manejar las de la teoría general del derecho, la cual, a su vez, no es sino una aventura intelectual entre muchas otras y se vale, por tanto, en gran medida de métodos y construcciones comunes a otras empresas cognoscitivas humanas (la ciencia, la epistemología, la sociología, la economía, la filosofía general, la filosofía política).

3. Suele ocurrir que, cuando leemos *en el papel* a un determinado autor, tendemos a imaginar los rasgos de su carácter *en la vida real*. Sucede que la forma de escribir es una expresión de una forma de ser. El de Sergio Chiarloni era un estilo llano, claro, nunca enrevesado ni artificioso, y sin embargo era original, brillante, vivaz y penetrante. Era una escritura fresca, ágil y sumamente eficaz en el uso de expresiones de impacto inmediato que permanecían en la mente («heterogénesis de los fines», «formalismo de las garantías», «oxímoron oculto», «derecho a mentir», etc.). Este estilo era directo, no oscuro; siempre rebuscado, pero no pedante.

Pues bien, con el paso de los años su figura me pareció carismática y gentil, amigable y sonriente, docta, nunca molesta, en absoluto autoritaria, no austera, sino noble, aristocrática. Lo caracterizaba una manera de hablar humana, *alentadora*, capaz de poner a gusto incluso al más intimidado de los colaboradores.

Sostenía ideas incisivas y vigorosas, que defendía con convicción —y en ocasiones con deliberada provocación—, pero nunca hasta el punto de dejar de reconocer lo valioso de las posiciones contrarias, signo inequívoco de la humildad que distingue a los grandes. Sorprendían, además, la rapidez y agudeza de su pensamiento, así como su capacidad para ir directamente al corazón de las cuestiones. Ese rasgo pragmático, en medio de tanta elaboración teórica, derivaba sin duda de su prolongada asistencia a las salas de los tribunales, tanto en su condición de abogado como en su constante interlocución con la magistratura italiana, en particular con la Magistratura Democrática.

No solo estuvo atento —uso aquí sus palabras, aunque fuera del contexto en que fueron escritas— a los «cielos de las abstracciones científicas», sino también

a la «baja cocina de los formularios» (Chiarloni, 1996, p. 547)⁸. El dato práctico, integrado en la amplitud de la mirada, nunca se perdía de vista: piénsese en la atención crucial que prestaba a los problemas organizativos de la justicia civil y al ordenamiento judicial. El buen sentido tenía prioridad sobre la lógica férrea cuando estaba amenazaba con conducir a consecuencias irrazonables.

Se definía, al final de cuentas, como un *positivista moderado*, quizás —simplifico— polemizando y tomando la distancia, por un lado, respecto de los desarrollos más radicales de quienes se inclinan a considerar las normas como nada más que un elemento entre muchos (de ahí, por ejemplo, su reiterada crítica expuesta hacia el pluralismo interpretativo y a la nomofilaquia «en sentido tendencial y dialéctico», así como su defensa, en cambio, de una recuperación de la función nomofiláctica en sentido fuerte)⁹; y, por otro lado, frente a la devoción más obtusa a la ley y el desconocimiento de toda fuerza al derecho viviente.

4. Al preparar mi ingreso al Doctorado en Derecho Procesal Civil en Turín, en 2013, me encontré en la necesidad de elegir el tema a investigar. La elección recayó en el problema de las medidas coercitivas. El legislador italiano había introducido pocos años antes el artículo 614 *bis* CPC (allá por 2009), y las cuestiones que ofrecía esta disposición normativa me parecían de gran interés teórico. Me llamaba la atención sobre todo la comparación que con frecuencia se hacía, y se sigue haciendo, entre las medidas coercitivas «a la italiana» y las propias de otras familias jurídicas (en particular, las del *common law*).

Una vez que fui admitido al doctorado, siempre bajo la guía de Alberto Ronco, me enfrenté desde el inicio con la lectura de la ya clásica monografía de Sergio Chiarloni, *Misure coercitive e tutela dei diritti* de 1980 —un libro para mí queridísimo—, cuyas páginas supusieron un descubrimiento de cuánta riqueza puede haber en el estudio *no solo dogmático*, sino también *histórico y comparado* de las instituciones procesales¹⁰.

Sergio Chiarloni nunca dejó de ocuparse de las medidas coercitivas. En aquellos años estaba nuevamente comprometido en realizar lecturas críticas del

8 [Nota del traductor]: las expresiones usadas en idioma original son las siguientes: *cielo delle astrazioni scientifiche* y *bassa cucina dei formulari*. La segunda expresión hace referencia a los aspectos prácticos y rutinarios de una disciplina.

9 *Cfr.* Chiarloni (1992, pp. 123 y ss.; 2012b, pp. 19 y ss.); este último, publicado con ocasión del encuentro realizado en la Università di Torino el 29 de abril de 2011.

10 Véase también Chiarloni (1988, pp. 755 y ss.; 1989b, vol. I, pp. 183 y ss.).

artículo 614 *bis* CPC, cuya introducción había provocado tanta discusión en la doctrina italiana.

Estuvo presente el día en que defendí la tesis doctoral. Mi trabajo sobre las medidas coercitivas en el derecho procesal civil comparado vio finalmente la luz en 2022 en la colección que él dirigía para la editorial turinesa Giappichelli (la Biblioteca di Diritto Processuale). Le debo un reconocimiento fundamental.

La triste noticia de su fallecimiento llegó precisamente cuando las pruebas de imprenta estaban listas y fue grande para mí la pena de que no haya podido ver, ya al final, la obra publicada. Estas breves páginas quieren ser un renovado agradecimiento.

5. Permítaseme detenerme en la monografía de Sergio Chiarloni a la que acabo de hacer referencia, *Misure coercitive e tutela dei diritti*; no tanto en el contenido, sino en la lección del método que ofrece en relación con el análisis *comparado* y *también político* de los institutos procesales.

Debe decirse desde ya que no es fácil hacer derecho procesal civil comparado. Mientras que la comparación jurídica ha estado, desde hace mucho tiempo muy viva en el derecho privado, en el derecho procesal civil —materia inevitablemente ligada con doble filo a su propio ordenamiento de origen, expresión emblemática de la soberanía y de la estatalidad— el camino se ha presentado históricamente como más difícil, cuesta arriba.

Ciertamente, los grandes procesalistas italianos del pasado ya fueron también agudos observadores de las experiencias jurídicas ajenas (Chiovenda y Calamandrei, ante todo: el primero, cercano interlocutor de la procesalística alemana; y el segundo, atento estudioso también de las evoluciones históricas francesas, comenzando por lo que es, *a su vez*, un trabajo monumental de comparación jurídica, esto es, *La Cassazione civile*).

Pero, al margen de que esa «consciencia comparada» y ese «aliento extraestatal» siguieran siendo, durante muchos años, una excepción en el panorama de los estudios procesales italianos, y de que no pocas veces estos estuvieran guiados por la influencia del método dogmático entonces en uso, lo cierto es que, en aquella época, casi nunca el objeto de aquel diálogo eran los países del *common law*, considerados demasiado lejanos y «otros» como para resultar útiles al estudio. En cambio, la innovadora monografía de Sergio Chiarloni se medía y confrontaba directamente, en muchísimas partes, precisamente con el derecho inglés (al que luego seguiría dedicando estudios e investigaciones particularmente agudos).

En particular, uno de los objetos de investigación era la institución del *contempt of court*, examinada desde una perspectiva profundamente crítica,

noblemente ideológica y, por tanto, política. Allí Sergio Chiarloni denunciaba, en concreto y entre muchas otras cosas, el uso *político distorsionado* que los jueces de Inglaterra y de los Estados Unidos hacían de ese potentísimo poder coercitivo que actúa sobre la persona. Dicho poder, según la investigación, era a menudo empleado para proteger el orden existente, conservar el *statu quo* o incluso con un sentido abiertamente regresivo (por ejemplo, para obstaculizar las huelgas y las reivindicaciones de los trabajadores)¹¹.

¿Podía existir un riesgo semejante al importar formas similares de medidas coercitivas al ordenamiento italiano mediante el uso ingenuo e inconsciente del argumento comparatista? ¿Estaría, además, justificado un trasplante que no tuviera en cuenta las especificidades históricas y sociales de las distintas culturas?

El derecho comparado asumía así en esta obra —y, más en general, en toda su producción— un valor muy preciso, que quiero destacar aquí: no es un simple *estudio del derecho extranjero* —como todavía, con demasiada frecuencia, se concibe— o de las categorías de pensamiento ajenas, sino una auténtica investigación y decodificación de las fuerzas sociales que animan la creación y la consolidación de las instituciones jurídicas.

Sergio Chiarloni escribió en *Misure coercitive e tutela dei diritti* que el derecho comparado sería una ciencia bastante ilusoria cuando «se procede comparando las reglas de los distintos ordenamientos con la *prescindencia del respectivo trasfondo económico, histórico y social*» (Chiarloni, 1980, p. 28)¹². Para comprender el derecho y el derecho procesal se necesita *salir del derecho*: una enseñanza metodológica general que debe tenerse en cuenta.

Reviso las páginas de mi ejemplar de *Misure coercitive e tutela dei diritti* y, una vez más, junto a las figuras ilustres de nuestra materia, encuentro las de los filósofos del derecho (se cita muchas veces la *Dottrina pura del diritto* de Kelsen, y los trabajos de *Von Jhering*, de Kantorowicz), pero sobre todo las obras de Max Weber (*Economia e società*), del historiador francés Marc Bloch (*La società feudale*), así como del filósofo y crítico marxista György Lukács (*La distruzione della ragione*).

Estas referencias son ampliamente utilizadas por Sergio Chiarloni (1980) para su original reconstrucción del desarrollo histórico divergente de las medidas

11 Crítica explícita en más partes del libro, pero especialmente en el capítulo final, «Riflessioni conclusive», y especialmente en las páginas 235 y siguientes (a propósito del así llamado *government by injunction*).

12 El énfasis es mío.

coercitivas personales en Alemania y en Francia según el mantenimiento (en la primera) o la disolución anticipada (en la segunda) de las opresivas estructuras feudales que las habían justificado originalmente¹³.

6. Sociedad, política, historia, estructura de producción, relación de poder, técnicas procesales y valores. El objetivo global de este estudio no era *construir una catedral* ni *trazar figuras geométricas, vistas kelsenianamente en su pureza*, ni *manipular lógicamente*, ni *delimitar o sistematizar conceptos*, ni *organizar esquemas abstractos o clasificar*, sino *criticar* (en el sentido noble de ejercitar el pensamiento crítico), *tomar posición sobre la realidad* a la luz de los valores *políticos* de referencia, considerando por tanto la dimensión *factual*; es decir, los movimientos de la realidad histórica, la sociedad, las corrientes de pensamiento, los fines concretamente perseguidos y los resultados de la experiencia obtenidos.

Sergio Chiarloni formaba, además, parte de aquella naciente generación de estudiosos —activa a partir de finales de los años setenta— que había repudiado el «formalismo conceptualista» abstracto y que se había orientado hacia un estudio auténticamente *político* del derecho procesal civil visto en su significado social y valorado en términos de efectividad, sobre todo al servicio de los sectores más débiles (recordamos, entre otros y con distintos enfoques, a Mauro Cappelletti, Vittorio Denti, Nicolò Trocker, Luigi Paolo Comoglio, Andrea Proto Pisani y Michele Taruffo).

En la producción científica de Sergio Chiarloni, resultó particularmente representativo de aquel clima intelectual el breve libro *Introduzione allo studio del diritto processuale civile* (editado por la Giappichelli en 1975), conocido como el «libretto giallo»¹⁴ debido al color de la portada y rebautizado a manera de broma como el «libreto rosso»¹⁵ de Mao.

La obra fue también fruto de la experiencia desarrollada junto con otros jóvenes profesores, como Norberto Bobbio y Gastone Cottino, en el marco del «Seminario interdisciplinare per lo studio critico del diritto» realizado en la

13 Me refiero al capítulo II, «L'evoluzione storica, Misure coercitive e tutela dei diritti» (pp. 37 y ss.), y, más en particular, a la sección II, titulada «“Nemo ad factum praecise cogi potest”: storicità di un principio “di natura”» (pp. 54 y ss.).

14 [Nota del traductor]: la expresión *libretto giallo* podría traducirse literalmente como «cuadernillo amarillo». Remite a una convención editorial italiana: libritos breves caracterizados por su cubierta amarilla, originalmente asociados a la difusión de novelas policiales o de misterio.

15 [Nota del traductor]: la expresión *libretto rosso* podría traducirse como «cuadernillo rojo».

Facultad de Ciencias Políticas y Jurídicas de Turín a inicio de los años setenta, en plena época de ánimo contestatario y luchas de estudiantes¹⁶.

El propósito de aquellas reflexiones y de aquel librito consistía en *revelar*, mediante instrumentos teóricos y un lenguaje en gran parte tomado del marxismo, las conexiones habitualmente silenciadas entre superestructuras ideológicas, estructuras económicas y mecanismos procesales; entre la división de la sociedad en clases, las diferencias de estamento y los sistemas de dominación social; y los concretos modelos de tutela de los derechos y la administración de justicia existente en un determinado periodo histórico.

7. Tan numerosos son los temas abordados por Sergio Chiarloni a lo largo de casi sesenta años de investigación que sería imposible enumerarlos todos. Entre los muchos, y sin ninguna —ni siquiera mínima— pretensión de exhaustividad, se encuentran entre los predilectos: la apelación (objeto también de una investigación monográfica de corte empírico con referencia al derecho del trabajo), el juez de paz y la magistratura honoraria¹⁷, el ordenamiento judicial, las sentencias de la «tercera vía» y el principio del contradictorio, la tutela de la posesión, las formas alternativas de justicia privada, la noción constitucional de «justo proceso», las técnicas de tutela de los consumidores, la función nomofiláctica de la corte de casación (y, a este propósito, sobre todo la crítica constante de la garantía constitucional del recurso de casación), entre otros muchos temas.

No pretendo, sin embargo, tratar uno en particular. Entre los temas más cercanos a la sensibilidad de quien escribe se encuentra la búsqueda de la verdad en el proceso civil: un tema que no resulta inoportuno definir como *procesal filosófico* que fue tratado por Sergio Chiarloni con un enfoque auténticamente comparado y con atención a las implicaciones entre ideologías y concreciones jurídicas.

Sergio Chiarloni era un firme defensor de la importancia de la búsqueda de la verdad en un proceso civil que quiera definirse como justo, oponiéndose tanto a las derivas *veriphobicas* típicas del postmodernismo como a ciertas reconstrucciones *radicalmente y enteramente privatistas* («revisionistas» o «liberalistas de

16 Chiarloni (1975a). Véase también Chiarloni (1975b, pp. 733 y ss.). Para un análisis similar, pero en términos menos radicales, véase sucesivamente Chiarloni (1998, pp. 406 y ss.).

17 [Nota del traductor]: los *giudici onorari* son magistrados que no pertenecen a la carrera judicial, pero que ejercen funciones jurisdiccionales, generalmente sobre cuestiones de menor cuantía y por un período limitado a cambio de una compensación por dicho tiempo. Su régimen se encuentra regulado en el Decreto Legislativo N.º 116, de 2017, en Italia.

viejo cuño»¹⁸, como las definía Chiarloni) del fenómeno procesal. Esta verdad, reconstruida en todo caso en términos probabilísticos, no se presenta, por lo demás, como el *único fin* de la justicia civil, sino que puede ceder ante la consecución de otros valores¹⁹.

Desde el punto de vista del derecho comparado, su voz fue la única —al menos hasta donde alcanza mi conocimiento— en sostener, y con buenas y persuasivas razones, que el proceso civil *adversary* del *common law* no está *menos* orientado hacia la búsqueda de la verdad —como suele argumentarse—; sino que, por el contrario, lo *está en mayor medida*. Piénsese, por ejemplo, en la regulación del *discovery* o en la obligación de las partes de decir la verdad en los actos introductorios del proceso cuyo incumplimiento puede ser sancionado mediante el *contempt of court*.

De la misma forma, Sergio Chiarloni siempre destacó, también en intervenciones orales, el *fastidio* de afirmar que las partes, en Italia, gozan de un *derecho a mentir*; un derecho que las partes acabarían teniendo como consecuencia de no estar obligadas jurídicamente a decir la verdad (al menos según una determinada reconstrucción).

8. En mi reiterada revisión de la doctrina procesalista e iusfilosófica de la lengua española he podido constatar de primera mano la amplia influencia internacional de Sergio Chiarloni. Desde su cátedra en Turín, había viajado muchísimo por universidades de todo el mundo. Era muy conocido tanto en España (era *académico corresponsal* de la prestigiosa Real Academia de Jurisprudencia y Legislación) como en el dinámico contexto universitario de la América Latina. No existe, literalmente, ningún procesalista del universo iberoamericano, incluso entre los más jóvenes, a quien yo haya mencionado el nombre de Sergio Chiarloni y que no conociera su figura.

Sus relaciones con los exponentes más relevantes de este mundo eran estrechísimas: con Jordi Nieva Fenoll (de la Universitat de Barcelona), Eduardo Oteiza (de la Universidad de La Plata en Argentina, actual presidente de la International Association of Procedural Law, de la que Sergio Chiarloni era miembro y en la que fue en varias ocasiones relator general y nacional en

18 [Nota del traductor]: la expresión utilizada por el autor en italiano es «vetero-liberiste».

19 Resulta imposible reconstruir aquí el pensamiento articulado. Para quien desee profundizar, véase en todo caso Chiarloni (1986a, pp. 819 y ss.; 1986b, pp. 737 y ss.; 1987, pp. 504 y ss.; 1989c, I, pp. 737 y ss.; 2008, p. 144; 2009b, t. I, pp. 403 y ss.; 2010, pp. 695 y ss. —escrito a propósito del clásico libro de Taruffo [2009]—; 2009b, pp. 101 y ss.; 2016, pp. 583-596).

los distintos congresos mundiales)²⁰, Teresa Arruda Alvim (de la Pontificia Universidade Católica de São Paulo), Ada Pellegrini Grinover (de la Universidade de São Paulo), Giovanni Priori (de la Pontificia Universidad Católica del Perú, quien —según me contó— fue su traductor en la ocasión de una conferencia de Sergio Chiarloni en Lima), solo por mencionar algunos de quienes eran sus interlocutores y amigos²¹. En los países del continente latinoamericano se sentía en casa y con frecuencia correspondía a las invitaciones con seminarios en la Università di Torino.

Su producción científica ha sido ampliamente traducida al español: en primer lugar, la monografía *Misure coercitive e tutela dei diritti*, con el título *Medidas coercitivas y tutela de los derechos* (Lima, Palestra, en 2005); y también casi la mayor parte de sus artículos más importantes, publicados en las principales revistas, sobre todo en Brasil y en Perú, en la entonces *Revista Peruana de Derecho Procesal* gracias a la labor de Juan Monroy Gálvez y a su hijo, Juan José Monroy Palacios.

Es revelador, además, el hecho de que el último artículo de Sergio Chiarloni haya aparecido como inédito en lengua española en el volumen a cargo de Jordi Nieva Fenoll y Renzo Cavani (de la Pontificia Universidad Católica del Perú) que reúne las reflexiones de algunos de los más importantes procesal civilistas del panorama internacional en conmemoración del centenario de *La Cassazione civile* de Calamandrei. Su contribución en este volumen se tituló «Nomofilaxis y reforma del juicio de casación» («Nomofilachia e riforma del giudizio di cassazione»)²².

Finalmente, resulta digno de notar el hecho de que la primera sección del libro que comprende su ensayo se titula «El diálogo de dos Maestros», siendo el otro interlocutor Michele Taruffo. Ello constituye un testimonio de la perdurable estima y del homenaje que en toda la tradición iberoamericana se sigue rindiendo a quien contribuyó a engrandecer la tradición procesalista italiana.

²⁰ Fue *General Reporter* en el XI World Congress de 1999 en Vienna y en el XII, de 2003 en la Ciudad de México. Fue, en cambio, *National Reporter* en el congreso siguiente, el XIII, de 2007 en Bahía, Brasil.

²¹ Ha recordado su figura el brasileño Hermes Zaneti (2022, pp. 17 y ss.). También ha informado sobre su fallecimiento la Universidad Abierta Interamericana, de Argentina (Laje, 2022), donde Chiarloni estuvo varias veces junto a Guido Alpa.

²² Tema —como hemos dicho— clásico en las reflexiones de Chiarloni. En J. Nieva-Fenoll y R. Cavani (2021), con traducción al español de César E. Moreno More.

9. La sintonía de Sergio Chiarloni era muy cercana no solo con la doctrina de lengua española, sino también con la de Francia (en la Université Jean-Moullin de Lyon). Asimismo, pasó largos periodos de estudio en Inglaterra (Londres, Oxford y Cambridge) y en los Estados Unidos (Northwestern y Chicago).

En particular, en 1992, durante algunos meses como *Visiting Professor* (Inns of Court Fellowship) en el Institute of Advanced Legal Studies de Londres, Sergio Chiarloni entró en contacto con Adrian Zuckerman —el célebre procesalista de Oxford—, quien en ese momento impartía el curso de Civil Litigation para un máster de la University College.

Cómo se produjo aquel encuentro lo cuenta el propio Zuckerman en un sentido artículo escrito como cierre del volumen de estudios sobre las reformas del proceso civil en el que todos nosotros, discípulos de la escuela turinesa, habíamos participado y que había sido concebido como un homenaje implícito a Sergio Chiarloni (aquel volumen le fue entregado —recuerdo— de manos de Alberto Ronco, con ocasión de su cumpleaños, durante una de las habituales *barbacoas* que Sergio Chiarloni solía organizar en primavera en su casa de campo a las afueras de Turín) (Zuckerman, 2015, pp. 553 y ss.).

Pues bien, Zuckerman relata allí que Sergio Chiarloni, movido por la curiosidad de saber cómo se enseñaba el derecho procesal civil en Inglaterra, decidió asistir personalmente al curso, mezclándose entre los jóvenes estudiantes y sin revelar su identidad. Aquella presencia anónima e inusual durante semanas dejó perplejo a Zuckerman. Solo al final del semestre, Sergio Chiarloni se acercó y se presentó. A partir de ahí nació la amistad, y Zuckerman acudió en varias ocasiones a Turín para impartir encuentros y seminarios doctorales (a menudo sobre *Evidence Law*).

El encuentro tuvo una influencia enorme en Zuckerman (2015) («this meeting —afirma— marked a turning point in my academic interests and outlook») hasta el punto de *abrirle los ojos* —son palabras del propio estudioso inglés— a un modo completamente nuevo de entender el proceso civil («Chiarloni [...] had a profound influence on my understanding of procedural systems and opened my eyes to an entirely new world of learning»).

Ello se comprende bien, dado que el derecho procesal civil en Inglaterra no ha conocido el grado de profundización teórica que, en cambio, ha caracterizado su estudio en Alemania o en Italia. De esta colaboración nació después, en 1999, el volumen —una recopilación de contribuciones— sobre la crisis de la justicia en el derecho comparado, publicado por la Oxford University Press (Zuckerman *et al.* 1999).

10. Vi a Sergio Chiarloni en persona por última vez en abril de 2019 —un año que, al mirar hacia atrás, para muchos aparecerá lejano en el tiempo y en la memoria— en Turín, en el Circolo dei Lettori con ocasión de la presentación del último libro del filósofo y político Mario Tronti (antiguo exponente de aquel vasto movimiento que fue el *operaismo* italiano). No me había sorprendido encontrarlo allí, dados sus intereses, en compañía de su hermana (figura de gran relevancia en la germanística italiana).

Yo me había trasladado poco antes a España y hablamos brevemente de cómo me estaba yendo, y de un libro que acababa de comprar en un puesto cercano y que él conocía bien, pues incluso lo había reseñado (*La borsa di Miss Flite. Storie e immagini del processo*, de Bruno Cavallone también, por cierto, fallecido recientemente)²³. Posteriormente, entre la distancia y luego el periodo de la pandemia, las interacciones se produjeron por *e-mail*, un medio al que, por lo demás, Sergio Chiarloni estuvo siempre muy acostumbrado (respondía con enorme rapidez).

Las últimas veces suelen ser así: casi nunca sabemos que lo son. Pero los Juristas (la mayúscula es deliberada) —al igual que los Artistas, de la mano o del pensamiento— continúan viviendo incluso después de las despedidas: no solo en la mente de quienes los conocieron, sino también en la de quienes sabrán reencontrar su espíritu vivo en las obras que nos han entregado.

Referencias

Capponi, B. (2022, 17 de enero).

Ricordo di Sergio Chiarloni. *Giustizia Insieme*. <https://www.giustiziainsieme.it/it/attualita-2/2132-ricordo-di-sergio-chiarloni?hitcount=0>

Carpi, F. (2022).

Per Sergio Chiarloni. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 95 y ss.

Cottino, G. (2022, 20 de enero).

In ricordo del Prof. Chiarloni. *Quotidiano Giuridico*. <https://www.quotidiano-giuridico.it/documents/2022/01/20/in-ricordo-del-prof-chiarloni>

Chiarloni, S. (1966).

L'impugnazione incidentale nel processo civile. Oggetto e limiti. Giuffrè.

²³ Véase la reseña en Chiarloni (2017, pp. 735 y ss.).

- Chiarloni, S. (1975a).
Introduzione allo studio del diritto processuale civile. Torino: Giappichelli.
- Chiarloni, S. (1975b).
Processo civile e società di classi. En *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 29, 733 y ss.
- Chiarloni, S. (1980).
Misure coercitive e tutela dei diritti. Milán: Giuffrè.
- Chiarloni, S. (1986a).
Riflessioni sui limiti del giudizio di fatto nel processo civile. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 40, 819 y ss.
- Chiarloni, S. (1986b).
La semplificazione dei procedimenti probatori. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 40, 819 y ss.
- Chiarloni, S. (1987).
Processo civile e verità. *Questione giustizia*, (3), 504 y ss.
- Chiarloni, S. (1988).
Ars distinguendi e tecniche di attuazione dei diritti. *Rivista di Diritto Processuale*, 755 y ss.
- Chiarloni, S. (1989a).
Efficacia del precedente giudiziario e tipologia dei contrasti di giurisprudenza. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 43, 118 y ss.
- Chiarloni, S. (1989b).
Ars distinguendi e tecniche di attuazione dei diritti. En Mazzamuto (dir.), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti* (vol. I, pp. 183 y ss.). Nápoles.
- Chiarloni, S. (1989c).
La semplificazione dei procedimenti probatori. *Rivista di Diritto e Procedura Civile*, 43(I), 737 y ss.
- Chiarloni, S. (1992).
In difesa della nomofilachia. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 46, 123 y ss.

Chiarloni, S. (1993).

La dottrina fonte del diritto? *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 47(2), 439-456.

Chiarloni, S. (1994).

La dottrina fonte del diritto? En *Studi in onore di Rodolfo Sacco* (t. II, pp. 219 y ss.). Milán.

Chiarloni, S. (1996).

Riflessioni minime sull'insegnamento del diritto processuale civile. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 50(2), 543-557.

Chiarloni, S. (1998).

La giustizia civile e i suoi paradossi. En *Storia d'Italia, Annali 14, Legge, diritto, giustizia* [L. Violante y L. Minervini, eds.] (pp. 406 y ss.). Einaudi.

Chiarloni, S. (2001).

Un mito rivisitato: note comparative sul precedente judicial. *Rivista di Diritto Processuale*, 56(3), 614-632.

Chiarloni, S. (2002).

Ruolo della giurisprudenza e attività creativa di nuovo diritto. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 56(1), 1-16.

Chiarloni, S. (2004).

Il presente come storia: dai codici di procedura civile sardi alle recentissime riforme e proposte di reforma. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 58, 447 y ss.

Chiarloni, S. (2005).

Medidas coercitivas y tutela de los derechos. Lima: Palestra.

Chiarloni, S. (2008).

Giusto processo, garanzie processuali, giustizia della decisione, *Rivista di Diritto e Procedura Civile*, 1989, 62(1), 129-152.

Chiarloni, S. (2009a).

Riflessioni microcomparative su ideologie processuali e accertamento della verità. En *Quaderni della Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile N.º 12. Due iceberg a confronto: le derive di common law e civil law* (pp. 101 y ss.). Giuffrè.

Chiarloni, S. (2009b).

Giusto processo (dir. proc. civ.). En *Enciclopedia del diritto, Annali II* (t. I, pp. 403 y ss.). Milán: Giuffrè.

Chiarloni, S. (2010).

La verità presa sul serio. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 69, 695 y ss.

Chiarloni, S. (2011).

Funzione nomofilattica e valore del precedente. En *Aequitas sive Deus. Studi in onore di Rinaldo Bertolino* (vol. II). Torino: Giappichelli.

Chiarloni, S. (2012a).

Funzione nomofilattica e valore del precedente. En T. Arruda Alvim Wambier (dir.), *Direito Jurisprudencial* (pp. 225-243). São Paulo.

Chiarloni, S. (2012b).

Un ossimoro occulto: nomofilachia e garanzia costituzionale dell'accesso in cassazione. En C. Besso y S. Chiarloni (dir.), *Problemi e prospettive delle corti supreme: esperienze a confronto* [Quaderni del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino N.º 22] (pp. 19-26). Edizioni Scientifiche Italiane. https://www.dg.unito.it/quaderni_libri/2012_13/Besso.pdf

Chiarloni, S. (2015).

Giovanni Conso. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 69(4), 1217-1218.

Chiarloni, S. (2016).

Riflessioni microcomparative su ideologie processuali e accertamento della verità. En *Studi in onore di Nicola Picardi* (pp. 583-596). Pacini.

Chiarloni, S. (2017).

La borsa di Miss Flite. Storie e immagini del processo. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 71(2), 735-737.

Delgado, C. (2013).

Intervista al professore Sergio Chiarloni. *Revista de Processo*, 225, 455-468.

Laje, P. (2022).

Murió Sergio Chiarloni, padre de la Escuela de Procesalista de Turin. UAI Noticias. <https://noticias.uai.edu.ar/facultades/derecho-y-ciencias-pol%C3%ADticas/muri%C3%B3-sergio-chiarloni-padre-de-la-escuela-de-procesalista-de-tur%C3%ADn/>

Nieva Fenoll, J., & Cavani, R. (dirs.) (2021).

La casación hoy, cien años después de Calamandrei [César E. Moreno More, trad.]. Madrid: Marcial Pons.

Ronco, A. (2022, 25 de enero).

Per Sergio Chiarloni. *Judicium*. <https://www.judicium.it/per-sergio-chiarloni/>

Zaneti, H. (2022).

O processualista Sergio Chiarloni (1936-2022): um exemplo e uma viva lembrança de um “gentiluomo d’altri tempi”. *Revista do Processo*, 236, 17-23.

Zuckerman, A. (2015).

Sergio Chiarloni - A Formative Encounter. En Chiara Besso, Giorgio Frus, Gabriella Rampazzi y Alberto Ronco (eds.), *Trasformazioni e riforme del processo civile* (pp. 553 y ss.). Boloña: Zanichelli.

Zuckerman, A., Chiarloni, S., & Gottwald, P. (eds.) (1999).

Civil Justice in Crisis: Comparative Perspectives of Civil Procedure. Oxford University Press.

Recibido: 3 de septiembre de 2025 | Aprobado: 20 de enero de 2026



Segunda sección **ESTUDIOS**



Papel criativo da jurisprudência, precedentes e formas de vinculação – Homenagem a Sergio Chiarloni

The Creative Role of Case Law, Precedents, and Forms of Binding Effect – Tribute to Sergio Chiarloni

Teresa Arruda Alvim*

Profesora asociada de la Pontificia Universidade Católica de São Paulo.

Código ORCID: 0000-0002-9606-0010 | Contacto: teresaarrudaalvim@aalvim.com.br

Resumen

Este artículo dialoga con un texto de Sergio Chiarloni sobre las funciones de las cortes supremas. Se centra en la constatación de que las decisiones de las cortes supremas poseen fuerza normativa y que, por tanto, deben ser uniformizadas y respetadas. Sobre el derecho brasileño, se comenta el sistema de precedentes introducido por el Código de 2015 y las formas mediante las cuales los precedentes vinculan y que no se restringen a la *ratio decidendi*.

Palabras clave: Tribunales Supremos, corte de casación italiana, fuerza normativa, función nomofiláctica, función uniformizadora, tesis, ratio decidendi

Abstract:

This article engages in dialogue with a text by Sergio Chiarloni on the functions of Supreme Courts. It focuses on the observation that decisions of Supreme Courts possess normative force and, therefore, must be harmonized and complied with. With specific reference to Brazilian law, the article discusses the system of precedents introduced by the 2015 Code and the ways in which precedents are binding, which are not limited to the ratio decidendi.

* Doctora en Derecho por la Pontificia Universidade Católica de São Paulo (Brasil) y profesora asociada de dicha casa de estudios. Profesora visitante en las universidades de Cambridge (Inglaterra) y de Lisboa (Portugal). Abogada.

Keywords: *Supreme Courts, Italian Court of Cassation, normative force, nomophilic function, uniformizing function, thesis, ratio decidendi.*

Recibido: 19 de agosto de 2025 | Aprobado: 15 de diciembre de 2025

Sumario: 1. Introdução.- 2. Funções das Cortes de topo – nomofilática e uniformizadora.- 3. A função paradigmática – Uma função contemporânea?.- 4. A situação do Brasil.- 4.1 A *ratio decidendi*.- 4.2 As teses.- 5. Conclusão.- 6. Bibliografia.

1. Introdução

É uma grande honra homenagear Sergio Chiarloni, um dos (muitos) grandes processualistas que a Itália já teve.

Tive o imenso privilégio de gozar de sua amizade e de sua adorável esposa Mirella, arquiteta criativa, mulher interessante e inteligente.

Chiarloni era um processualista genial e um filósofo do processo. Homem erudito e lúcido, professor por vocação, integra o «grupo dos cinco», com Taruffo, Carpi, Proto Pisani e Tarzia.

Tive a alegria de publicar, numa coletânea de artigos que coordenei, um magnífico texto de Sergio Chiarloni (2012). Trata-se de um tema relevante e atual, principalmente no Brasil, país que acaba de adotar, em alguns casos, a possibilidade de que certas decisões judiciais sejam consideradas precedentes vinculantes.

Este tema sempre chamou a atenção de Chiarloni. Apesar de ser, na Itália, e na Europa como um todo, ainda um tabu se reconhecer que o direito não é obra exclusiva do Poder Legislativo, mas de uma atividade engrenada entre Legislativo e Judiciário, com o auxílio da doutrina, Chiarloni enfrenta a questão com coragem e lucidez.

Como se pode, de fato, afirmar, hoje em dia, que o juiz não cria direito?

São suas estas palavras:

Oggi è universalmente diffusa la consapevolezza che l'attività interpretativa della giurisprudenza racchiude in sé ineliminabili momenti di creazione del diritto. Il giudice non è più vissuto come la mitica *bouche de la loi*, formula storicamente condizionata nata Oltralpe, in un periodo in cui la dottrina della divisione dei poteri costituiva il segno che il potere era concretamente diviso tra la borghesia rivoluzionaria che aveva conquistato il potere legislativo e i residui feudali dello stato assoluto ancora incombenti sul potere

giudiziario. Le espressioni diritto vivente e diritto giurisprudenziale, moneta spicciola del discorso giuridico, ci rammentano ad ogni passo una semplice e banale verità: il giudice non solo crea il diritto del caso concreto attraverso l'attività di sussunzione dei fatti accertati nelle singole fattispecie legali (creando insieme così, nel tempo, un diritto dei casi identici o analoghi che non potrebbe essere appannaggio del legislatore, a meno di immaginarlo capace di abbandonarsi ad un impossibile furore analitico); il giudice crea anche regole nuove derivandole dai principi, aumentando l'estensione di clausole generali, dando rilievo all'equità, legittimando regole emergenti dalla prassi, secondo una tassonomia che prendo a prestito da Guido Alpa (cf. La creatività della giurisprudenza. La giurisprudenza e le fonti del diritto, Diritto giurisprudenziale, a cura di Bessone, Torino, 1996, p. 105)¹ (Chiarloni, 2012, p. 226, nota 2).

É com este magnífico artigo que pretendo dialogar.

2. Funções das Cortes de topo – nomofilática e uniformizadora

Da expressão *nomofilaquia* – função nomofilática, tema central de seu artigo, – tratou Calamandrei nos anos 20 do século passado, e esta passou a ser utilizada até pelo legislador italiano.²

Vem sendo usada pela doutrina de língua italiana, espanhola e portuguesa para significar uma das funções dos Tribunais Superiores, no sentido de que lhes cabe zelar pelo «direito objetivo», pelas «normas jurídicas».

Já dissemos, em obra publicada em coautoria com Bruno Dantas (Arruda Alvim & Dantas, 2019), que:

A função nomofilática do recurso de cassação foi largamente explorada por Calamandrei em sua obra clássica. Para o mestre florentino, a aplicação correta da lei na solução de uma lide assumiria dois vetores: o primeiro vinculado ao interesse público e o segundo associado ao interesse das partes processuais. Para as partes, portanto, a correta aplicação da lei consistiria em *interesse secundário*, pois a qualidade de *primário* era atribuída ao acolhimento da pretensão deduzida.

1 Grifos no original.

2 Como nos conta o próprio Chiarloni (2012): «Il capo I del d.lgs. n. 40 del 2006 è intitolato 'Modifiche al codice di procedura civile in materia di processo di cassazione in funzione nomofilattica'» (p. 226, nota 1).

Assim, no pensar de Calamandrei, o interesse primário das partes, em ver suas pretensões acolhidas, se converteria no veículo do interesse do Estado em controlar a aplicação do direito objetivo (pp. 321-322).

Entretanto, quando se fala em função nomofilática, se pensa imediatamente, hoje em dia, num primeiro problema. É claro que, atualmente, já não se consegue conceber que haja um apego à norma jurídica, sem que esteja subentendida a ideia de que, antes, esta mesma norma deva ter sido *interpretada*. Portanto, é evidente que se deve questionar qual seria exatamente o objeto da tutela nomofilática, já que não se concebe mais que seja a lei, independente de interpretação: de rigor, não se concebe mais texto algum independentemente de sua compreensão. Na verdade, um texto nada mais é do que um aglomerado de palavras numa tela ou numa folha de papel.

Embora ainda se fale em tutela ou função no nomofilática, é evidente que essa tutela não se refere ao zelo incondicional *da lei*, concebida em sua literalidade.

Por isso é que, hoje em dia, muitos mencionam a expressão *nomophilaquia* dialética ou tendencial, que significa exatamente que *algo deve ser preservado por meio da atividade dos Tribunais Superiores*, mas esse algo é a *ordem jurídica* considerada em sua inteireza, que deve ser mantida una e coesa.

Está-se, aqui, diante de uma noção muito menos precisa do que a anterior, porém muito mais rente à realidade.

Dizer que os Tribunais Superiores exercem a função nomofilática pura é quase uma ficção jurídica.

O segundo problema decorre do primeiro, apenas mencionado, e consiste em saber se, realmente, existe a viabilidade de se separar, integralmente, questões de fato de questões de direito, criando-se um Tribunal cuja função seja exclusivamente a de resolver questões de direito (*ius constitutionis*), sem se preocupar diretamente com o interesse das partes (*ius litigatoris*).

Não é uma questão de fácil solução e é por isso que alguns autores aludem à crise de identidade da Corte de Cassação italiana, como Taruffo.

Para nós, brasileiros, no entanto, o sistema proporciona maior facilidade, já que temos Tribunais de *rejulgamento e não de cassação*. Isto está na Súmula 456 da jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e hoje, também, no art. 1.034, *caput* do CPC brasileiro de 2015.

A nosso ver, a *função nomofilática* não pode ser compreendida independentemente da função *uniformizadora*. Isto significa que a *regra positiva*, a *norma escrita*, não pode ser dissociada de sua interpretação. Se assim é, esta interpretação – onde, como vimos, há sempre um quê de criatividade, ainda que em graus

diferentes – deve ser *uniformizada*, como imperativo que deriva da necessidade de respeito ao princípio da igualdade.

Por isso, também escrevemos sobre esta função: A sua razão de ser é alcançar e manter a forma sistemática o direito além de garantir o respeito aos *princípios da igualdade perante o direito*. Em outras palavras, busca-se que haja uniformidade na interpretação das regras e princípios jurídicos, em todo o território submetido à sua vigência (Arruda Alvim & Dantas, 2019, pp. 323-324).

O princípio da *legalidade*, segundo o qual a conduta dos indivíduos é previamente valorada e lhes é dado saber o que podem ou não fazer e as consequências de suas atitudes, deve ser concretizado de modo *engrenado* com o princípio da *igualdade* ou da isonomia. Todos serão iguais perante a lei (= perante o direito), *apenas se a lei for compreendida e aplicada da mesma forma para todos*. Se assim não for, esvaziam-se por completo o sentido e a razão de ser desses princípios, base do Estado de Direito.

E é a correção de distorções decorrentes da desuniformidade da jurisprudência que compõe a essência da função uniformizadora dos recursos dirigidos aos tribunais de cúpula. O que se persegue é a consagração de mecanismo hábil a ensejar que, no curso do processo interpretativo que precede a solução de um conflito levado ao Judiciário, haja a «prorrogação» da segurança e da estabilidade geradas no momento da edição da lei.

Não se trata, é claro, como se observou há pouco, de afirmar que a literalidade da lei deve prevalecer, como se poderia pensar quando se faz menção à função nomofilática. Essa função zela pela prevalência da *uniformidade interpretativa*, que impede ofensas à igualdade e à legalidade, de modo que o direito, que é vocacionado a ter uma única interpretação *correta*, nas mesmas condições fáticas relevantes ao julgamento, seja igual para todos.

É o que diz a primeira alínea do art. 65 do *Ordinamento Giudiziario* (1942): «La corte suprema di cassazione, quale organo supremo della giustizia, assicura l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge».

A uniformidade protege valores relevantes para as sociedades contemporâneas.

O art. 3 da Constituição Italiana (1948) fala de «igualdade perante a lei», constituindo-se, na verdade, em um resquício do positivismo, em sua concepção original. É claro que, como dissemos há pouco, deve haver igualdade *perante o direito*, que, como se admite abertamente hoje em dia, não se confunde com a lei.

Uma praxe interpretativa uniforme também conduz à previsibilidade do direito (Chiarloni, 2012, p. 227), que é uma das facetas da segurança jurídica.

A segurança jurídica é noção multifacetada. Significa muitas coisas. A necessidade de as normas nas quais deve pautar-se a conduta do jurisdicionado serem *previamente conhecidas* (previamente à conduta), de serem a mesma para todos e de serem estáveis liga-se a uma faceta subjetiva da segurança jurídica: a proteção à confiança.

O princípio da proteção da confiança vem se tornando cada vez mais relevante para o direito, porque eleva o nível do potencial de atividades humanas, contribuindo para a racionalização das escolhas, que integram a conduta dos homens, permitindo progressos de antecipação dos comportamentos futuros do *alter*.³

Em última análise, a sociedade «funciona melhor» quando uns confiam nos outros e todos confiam no Estado. E, é evidente, quando esta confiança é prestigiada.⁴

Individuos devem poder confiar no Estado. O Estado não pode frustrar e desorientar o jurisdicionado, tendo condutas contraditórias, e, portanto, surpreendentes. Interpretar o mesmo texto de lei de modos totalmente diversos é conduta, evidentemente, contraditória. Um *venire contra factum proprium*. O princípio da proteção da confiança é, a nosso ver, ínsito ao Estado de Direito.

Na verdade, a exigência de que as autoridades em geral ajam de boa-fé é indispensável à segurança jurídica.⁵ Aqui se está referindo, obviamente, à boa-fé objetiva, que nada tem que ver com o plano interno, das intenções: é a ausência de abuso, a coerência e a harmonia dos atos que compõem suas condutas.⁶

3 Antonio do Passo Cabral (2019, item 1.10.7.1, p. 156), comentando pensamentos de Niklas Luhmann.

4 Diz Canaris (1971) que a confiança, em regra, não é por si própria, digna de proteção, mas apenas porque serve como base para o comportamento de quem confia. No original: «Vertrauen ist i.d.R. nicht um seiner selbst willen schutzwürdig, sondern nur deshalb, weil es zur Grundlage für das Verhalten des vertrauenden wird» (p. 510).

5 Nesse sentido, afirma Celso Antônio Bandeira de Mello (2009): «A analogia é perfeita: o administrador *de boa-fé* que agiu na conformidade com ato administrativo tido por inválido, deve ser resguardado dos efeitos nocivos desta invalidação, pois os atos foram obra do próprio Poder Público. A Ação Pública deve invalidá-los, evitando que continuem a produzir efeitos, mas muitas vezes não se devem desconstituir o que se produziu ‘sob o beneplácito’ do próprio Poder Público» (p. 473).

6 No mesmo sentido, Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Jr. (2012): «A proibição de *venire contra factum proprium* impõe-se à Administração, inclusive, ao Judiciário, pois decorre diretamente do texto constitucional, já que agindo contra seus próprios atos o poder público viola os princípios da segurança jurídica (arts. 1º, 5º, *caput* e XXXVI, CF), da solidariedade (art. 3º, I, CF), da legalidade e da moralidade administrativa (art. 37, *caput*, CF) (NERY JR., 2009, 86)» (p. 367).

Tudo o que se disse aplica-se, indubitavelmente, à conduta do Poder Judiciário.

Geram confiança, a lei, a jurisprudência firme e iterativa de um Tribunal, um precedente de um Tribunal de cúpula etc.⁷

O Poder Judiciário ganha credibilidade e relevância na sociedade se sua jurisprudência é *uniforme e estável*. Jurisprudência não uniforme conduz, naturalmente, ao enfraquecimento do poder do Estado (Chiarloni, 2012, p. 228).

Chiarloni observa, no artigo antes citado que, sob o ponto de vista pragmático, uma das vantagens da uniformidade da jurisprudência é, sem dúvida, sua capacidade de gerar a *eficiência*. Se ações que giram em torno da mesma questão jurídica são decididas de acordo com um modelo, seja um precedente vinculante, seja uma decisão de um órgão maior do Tribunal, ou mesmo do pleno, com função uniformizadora, mais tempo haverá para decidir casos complexos.

3. A função paradigmática – Uma função contemporânea?

Em nosso entender, nada do que se disse antes teria sentido, se não se supusesse que os Tribunais Superiores têm *função paradigmática*: em outras palavras, se suas decisões não devessem ser respeitadas.

De fato, que sentido tem dizer-se que os Tribunais Superiores devem zelar pelo «direito objetivo», ao julgar *um caso*, se estes efeitos estivessem restritos apenas àquele caso? Devem uniformizar as eventuais interpretações existentes, dadas por órgãos inferiores do Poder Judiciário, com que finalidade? Parece inafastável a conclusão de que, por trás de tudo o que até agora se disse, está a pressuposição de que as decisões das Cortes de topo devem servir de norte, de orientação, para todos os demais órgãos do Poder Judiciário: de rigor, para toda a sociedade.

A função paradigmática só pode ser exercida de forma eficiente e plena, se os Tribunais Superiores mantiverem sua jurisprudência harmônica e estável e também seus precedentes vinculantes estáveis. Mudanças de orientação devem

7 O princípio da proteção da confiança é que dá paz e tranquilidade para que as pessoas planejem suas vidas: «Em resumo, a expectativa de comportamento é uma espécie de esperança ou aposta baseada em padrões e comportamentos anteriores já experimentados ou conhecidos. É a espera pela resposta que é possível *sensatamente* antecipar. Essas expectativas, como confirmam as experiências de vida, preparam os sujeitos para lidar com resultados decorrentes do que se espera ou se pode esperar. Elas programam os projetos existenciais das pessoas. Assim, uma vez que se pode antecipar um resultado possível, qualquer surpresa frustra expectativas, causando decepção ou prejuízo de alguma ordem» (grifo nosso) (Freire, 2017, p. 60).

ser necessariamente lentas, e preferencialmente devem corresponder à necessidade de se adaptar o direito a mudanças de sociedade. Não devem ser consequência de mudanças de «opinião» de Ministros e tampouco da alteração da composição humana dos Tribunais.

A função paradigmática das decisões do STF e dos Tribunais Superiores, atinge o seu ápice no CPC brasileiro de 2015. Sobre a função paradigmática e a necessidade de estabilidade *cf* julgado do STF o qual demonstra, no voto do Min. Fachin, o importante papel que assume essa corte:

Sob essas premissas, aliadas à constatação de ausência de alterações nos planos fático e jurídico a indicar que o entendimento acerca da constitucionalidade (da inscrição definitiva como termo final da contagem) já proclamada por este Colegiado na ADI 3460 esteja superado: tenha se tornado ‘inconstitucional’ ou esteja na iminência de se tornar, a eventual alteração no entendimento desta Corte sobre o termo final do triênio em debate traria mais prejuízos do que benefícios. Reforça essa conclusão a leitura do novo Código de Processo Civil e da doutrina especializada. Acerca deste ponto lembra o citado professor que o art. 926 traça importante diretriz para o Judiciário, de cujo caput retira-se: os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente’. Ainda há em seus parágrafos duas orientações que reforçam a adoção da teoria do *stare decisis* por nosso sistema: ‘(os Tribunais) editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante’ (§ 1º, art. 926, CPC) e que ao editá-los ‘devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação’ (§ 2º, art. 926, CPC). (...) A meu juízo, *isso indica que a eventual revisão da tese trará muito mais prejuízo do que benefício, em termos de segurança jurídica e de isonomia*. É dizer, em resumo, que não verifico, na questão, a imprescindível demonstração do desgaste do precedente no que tange à sua congruência social e à sua consistência sistêmica. *Overruling* ou superação total (tradução livre) é técnica que pressupõe justamente a força vinculante do precedente e que, portanto, impõe à corte responsável pela sua formulação um complexo encargo argumentativo, a indicar, repiso, que a antiga interpretação já se tornou inconstitucional ou está se tornando’ (STF, RE 655265, Tribunal Pleno, j. 13.04.2016, rel. Min. Luiz Fux, relator p/ acórdão Min. Edson Fachin, DJe 04.08.2016) (Arruda Alvim & Dantas, 2019, pp. 337 y 339-340).

Robert Alexy também observou tal fenômeno, ponderando que mesmo na Europa continental vem-se atribuindo cada vez mais importância aos precedentes. Salienta, com razão, que o objeto de discussão atualmente é a posição teórica

dos precedentes, de modo que o debate se concentra, sobretudo, na questão sobre se o precedente é ou não fonte de direitos (Alexy, 2001, p. 258).

O adequado desempenho da função paradigmática por um tribunal de cúpula, a nosso ver, pressupõe além da estabilidade, um outro requisito essencial: suas decisões devem gozar do respeito da sociedade, dos membros do próprio Poder Judiciário e dos demais órgãos da Administração Pública. Para tanto, concorrem alguns fatores como a honorabilidade dos seus membros, a legitimidade do procedimento perante a Corte, a uniformidade e a estabilidade das suas decisões, entre outros. Em suma, devem causar sensação geral de que a justiça foi feita, como observa Chiarloni no artigo com o qual se dialoga neste texto.

Por considerar importantes essas nuances, o CPC brasileiro de 2015 reserva normatização emblemática para o caso de haver mudança de orientação dos Tribunais Superiores e do STF, exigindo fundamentação adequada e específica e permitindo, aliás, a modulação de efeitos. Confira-se, a propósito, a redação dos §§ 3.º e 4.º do art. 927:

§ 3.º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

§ 4.º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

O CPC brasileiro de 2015 inova ainda mais: atribui efeito vinculante no sentido «forte» a precedentes em algumas circunstâncias previstas expressamente em lei.

O próprio legislador reconhece que as decisões dos Tribunais Superiores, portanto, em alguma medida, têm carga normativa.

Falar-se da função paradigmática, no fundo, não significa outra coisa se não a percepção de que, em muitas circunstâncias, as decisões judiciais tem esta *carga normativa*, i.e., em alguma dimensão, são norma.

Nos últimos tempos, tem-se dado a devida atenção à *carga normativa* da jurisprudência, superando-se paulatinamente um tabu. Tem-se reconhecido que decisões judiciais são mais do que *fonte* do direito: são o próprio direito.⁸⁻⁹

Chegam a dizer alguns autores, como Wilhelm Knittel, que a norma criada pelo juiz deve ser considerada norma jurídica no sentido pleno da expressão. A norma que emana dos Tribunais para resolver uma dada situação jurídica é direito positivo em vigor.¹⁰

8 Rebatendo o argumento de que admitir-se que o Judiciário crie direito seria transformá-lo em legislador, ofendendo a regra da tripartição de poderes, Luís Roberto Barroso e Patrícia Perrone (2009) explicam que: «Afirma-se, igualmente, que as decisões aditivas e substitutivas correspondem à produção de norma geral pelo Judiciário, equiparável a uma lei. Ainda que a parte ablativa da decisão pudesse configurar mera atuação como legislador negativo, amplamente aceita pela doutrina, a parte reconstrutiva de tais decisões, que adiciona ou substitui conteúdos, configuraria inequívoca atuação como legislador positivo. Haveria, nesse caso, usurpação dos poderes do Legislativo, violação ao princípio da separação dos poderes e ao princípio da legalidade. Esses argumentos são rebatidos pela alegação de que, ainda que o Judiciário inove ao proferir decisões manipulativas, o conteúdo decorrente da componente reconstrutiva da decisão deve sempre equivaler à única solução constitucional possível. O juiz não produz um ato puro de vontade, tal como faria o legislador, mas explicita uma solução que já estava imanente no sistema. Essa atuação se dá dentro dos limites do exercício da jurisdição: depende de provocação por aqueles que detenham legitimidade para tal, tem por limite os termos em que a demanda é formulada e seu alcance e segue um processo em que se observam contraditório, ampla defesa e devido processo legal. A decisão deve ser fundamentada e, ao se desincumbir de tal fundamentação, o magistrado tem um ônus reforçado de demonstrar a existência de uma resposta obrigatória à luz da constituição. A constituição, a seu turno, também é lei, inclusive de hierarquia superior, razão pela qual uma decisão proferida com base nela não pode ser considerada, tampouco, como violadora do princípio da legalidade.

Por outro lado, argumenta-se, o juiz, uma vez provocado, e diante de uma violação constitucional, ainda que por omissão, não pode pronunciar um *non liquet*» (p. 722).

9 Com razão afirma João Ricardo Camargo (2017): «Dizer que o juiz pode criar o direito não pode levar à má compreensão da noção de liberdade de julgar. Como já dissemos, isso não permite que o juiz julgue conforme seus sentimentos. (...) Uma vez admitida a possibilidade de o juiz criar o direito, impõe-se agora demonstrar mais alguns limites à ‘criação’» (pp. 271-296).

10 Em tradução livre: «Por outro lado, a ‘norma judicial’ é considerada uma norma jurídica no sentido pleno da palavra. O resultado da criação judicial do direito é, em qualquer caso, uma norma que o juiz escolhe como regra suprema para decidir sobre os fatos que lhe são submetidos; esta norma é também um direito positivo válido». No original: «Auf der anderen Seite wird die richterrechtliche Norm’ als Rechtsnorm im vollen Wortsinn betrachtet. Das Ergebnis ‘richterlicher Rechtschöpfung sei in jedem Fall eine Norm, die der Richter als Obersatz herausstelle, um unter ihr den gegebenen Sachverhalt zu entscheiden; auch diese Norm sei positives geltendes Recht» (Knittel, 1965, p. 11).

O direito feito pelos juízes, ou, como dizem os alemães, o *Richterrecht*, identifica-se com as decisões dos Tribunais que constroem a evolução do direito e devem servir de base a outras decisões.¹¹

É natural que os órgãos de 2º grau e os juízes singulares se curvem à posição tomada por Tribunais Superiores. Afinal, constitucionalmente, esta é a função que lhes foi atribuída.

Mesmo nos países de *civil law* em que não há precedentes vinculantes, decisões de Tribunais Superiores devem ser respeitadas, principalmente se são muitas no mesmo sentido: jurisprudência firme.

Se as decisões do juiz, sob forma de jurisprudência pacificada ou de precedente de Tribunal Superior,¹² principalmente os considerados vinculantes pelo sistema, se consubstanciam em *normas jurídicas*,¹³ e se essas normas podem mudar (por que a jurisprudência muda!) é natural a preocupação, já mencionada, no sentido de que haja regras de direito intertemporal em relação à sua eficácia.¹⁴ É por isso que, como mencionamos acima, o novo CPC brasileiro permite que o

11 Ensina Verena Klappstein (2008): «Richterrecht sind die von den Gerichten in Fortbildung des geltenden Gesetzesrechts entwickeln und als Entscheidungsgrundlag verwenden Rechts-sätze». Em tradução livre: «O direito judicial consiste nos princípios jurídicos desenvolvidos pelos tribunais na interpretação e na aplicação do direito usado como base para as suas decisões» (p. 39). No entanto, nem sempre esta expressão é usada neste sentido: às vezes parece ser dita com o tom ácido de crítica.

12 Em texto escrito anteriormente à vigência do CPC brasileiro de 2015, Ives Gandra da Silva Martins e Marilene Talarico Martins Rodrigues (2007) já demonstravam sensibilidade em relação à carga normativa da palavra do juiz: «Quantos aos efeitos das *decisões do Supremo Tribunal Federal em seção plenária*, tanto no *controle concentrado* de constitucionalidade como no *controle difuso*, a decisão resultante, na prática, surtirá efeitos ‘erga omnes’. Esse é o entendimento que tem sido adotado em diversos julgados» (p. 205).

13 É o que afirma, com razão, Nelson Nery Jr. (2009): «A construção do direito por intermédio da reiteração das decisões judiciais, notadamente da jurisprudência dos tribunais superiores, já é realidade no mundo e no Brasil» (p. 82).

14 É o que consta de conhecida conferência de Wolfgang Grunsky (1970): «Uma parte considerável do sentido da norma se deve à interpretação dada por juízes. Então, pode-se dizer que o direito que resolveu o caso concreto foi a lei e a jurisprudência que existem a respeito. Se há a proibição do efeito retroativo, este, de rigor, deveria ligar-se aos dois componentes. Esta é uma das inclinações que se pode ter para interpretar e entender este fenômeno». No original: «Von diesem Ausgangspunkt her könnte man dann geneigt sein, als das Recht für den Konkreten Fall nicht allein des Gesetz heranziehen, sondern insbesondere die dazu ergangene Rechtsprechung für maßgeblich zu halten und das Rückwirkungsverbot als selbstverständlich auf diese beiden Komponenten zu beziehen (...). Eine große Menge dessen was Gesetzesinhalt sein soll wird in wirklichkeit vom Auslegungen hineingelegt» (p. 5).

Tribunal disponha sobre a *eficácia da decisão enquanto precedente*, protegendo, assim, a confiança que era depositada na orientação anterior.

4. A situação do Brasil

Além da carga normativa *natural* que caracteriza certas decisões judiciais, notadamente as dos tribunais de cúpula, e a jurisprudência consolidada num certo sentido, há, hoje, como dissemos antes, no direito brasileiro, precedentes ditos *vinculantes*.¹⁵

Como observamos, o CPC brasileiro de 2015 prestigia *precedentes* proferidos em certas e determinadas situações que justificam, segundo o legislador, sejam eles tidos *de antemão* como precedentes. Sim, porque há decisões que se tornam, naturalmente, precedentes *a posteriori*: ou seja, são densas, convincentes, com excelentes fundamentos, que passam a ser respeitadas, naturalmente, em casos posteriores, idênticos ou semelhantes.¹⁶

De acordo com a sistemática do CPC brasileiro de 2015, todavia, há decisões que *já nascem* como precedentes *obrigatórios*, no sentido forte da expressão, e que devem ser paradigma para as posteriores, em casos normalmente idênticos e, às vezes, apenas semelhantes.

A expressão *obrigatoriedade* vem sendo muito frequentemente empregada.¹⁷ Certamente, esta palavra pode ser compreendida de mais de uma maneira.

Por exemplo, diz-se que os precedentes dos Tribunais Superiores, evidentemente devem ser obrigatoriamente respeitados, já que a *função* e a *razão de ser* desses Tribunais é a de proferir decisões *paradigmáticas*, como se viu no início deste artigo, que sirvam de «modelo» aos demais órgãos do Poder Judiciário.

15 Nesses casos, não há lugar para interpretação pessoal do juiz. Nada há de negativo nisso. A liberdade e a independência são do Judiciário e não de cada juiz, individualmente considerado. Observa Evaristo Aragão Santos (2012): «Num regime democrático, constitucional e com instituições consolidadas, pretender que a sua interpretação pessoal prevaleça contra o entendimento consolidado da maioria, essa sim é postura que flerta com a arbitrariedade» (p. 193).

16 Aproximadamente nesse sentido, Eduardo Talamini (2008), fazendo referência a uma vinculação (= obrigatoriedade) fraca (p. 92). Esta é a vinculação (= obrigatoriedade) «normal» dos precedentes que tem caráter cultural e ocorre nos países de *civil law*.

17 «No direito brasileiro contemporâneo há uma absurda e curiosa não percepção da contradição existente entre a mitificação do duplo grau e a ausência de respeito às decisões dos tribunais superiores. De forma acrítica, ao mesmo tempo em que se vê na *obrigatoriedade* dos precedentes um atentado contra a liberdade do juiz, celebra-se o duplo grau de jurisdição como garantia de justiça» (grifo nosso) (Marinoni, 2010, p. 133).

Não teria sentido a existência desses órgãos de cúpula se não houvesse essa obrigatoriedade.

Por outro lado, também se pode afirmar que o respeito às súmulas vinculantes do STF (que não são precedentes) é obrigatório. Essa obrigatoriedade decorre de sua razão de ser e finalidade, que foi levada em conta pelo legislador constituinte e ordinário, que tratou de estabelecer o desrespeito à súmula vinculante como uma das hipóteses de cabimento de reclamação.

Evidentemente, as expressões obrigatório/obrigatoriedade estão sendo usadas em sentidos diferentes, nos dois parágrafos *supra*.

A nosso ver, podem-se conceber, principalmente à luz do atual CPC brasileiro, *três graus de obrigatoriedade*.

Esta classificação da obrigatoriedade dos precedentes, em *três graus de intensidade*, a partir de critério ligado, fundamentalmente, à *consequência* que decorre do seu *descumprimento*, parece-nos adaptada à nossa cultura.¹⁸

A obrigatoriedade será tida como *forte* quando o respeito a um precedente é exigido, sob pena do manejo de medida ou ação *especialmente concebida para esse fim, a reclamação*.¹⁹ São *precedentes obrigatórios*, no sentido *forte*, à luz do CPC

18 A obrigatoriedade do respeito aos precedentes é «sentida» de modo diferente nos países de *common law*. Veja-se, a esse respeito, primoroso texto de Evaristo Aragão Santos (2014), do qual extraímos o trecho abaixo transcrito: «Mas a força do precedente não é apenas persuasiva na *Louisiana*. As decisões da Suprema Corte Estadual são consideradas como *obrigatórias* para os juízes de Cortes inferiores. Essa obrigatoriedade, por sua vez (como, aliás, de maneira geral ocorre no *common law*) *não foi imposta pela legislação*. Mesmo tendo a lei como fonte primeira, o respeito *obrigatório* aos precedentes da Suprema Corte Estadual não foi imposto pela legislação, mas, sim, *decorreu de posicionamento fixado pela própria Corte*. Foi a *Louisiana Supreme Court* quem decidiu que os demais órgãos jurisdicionais cujas decisões lhe estivessem submetidas ao controle ficavam *obrigados* a seguir seus posicionamentos, por mais que deles discordassem. Caberia apenas àquela Corte Suprema revê-los, eventualmente. Até lá, os demais níveis da hierarquia judiciária regional a estes ficariam vinculados.

Por essa razão, no âmbito da Suprema Corte a formação do precedente não depende da prévia consolidação do entendimento numa linha de julgados anterior. A primeira decisão já terá força de precedente obrigatório.

Em termos muito resumidos, as Cortes inferiores não apenas entendem como um *princípio básico e elementar do Direito* a obediência à orientação fixada por aqueles que lhe são hierarquicamente superiores, como, também, têm consciência de que se assim não agirem, no mínimo suas decisões serão revistas pela instância superior, gerando a atuação desnecessária do próprio sistema» (p. 506).

19 «Há, no outro polo, os *precedentes normativos* em sentido forte, correspondentes aos julgados e entendimentos que devem ser obrigatoriamente observados pelas demais instâncias e cujo desrespeito enseja reclamação» (Mello & Barroso, 2016, p. 20).

brasileiro de 2015, por exemplo, as decisões proferidas em recursos repetitivos, no regime dos arts. 1.036 e ss. do mesmo Código.

Em segundo lugar, há os precedentes de *vinculatividade média*. O seu desrespeito gera a possibilidade de correção da decisão que deles se afasta por meio de recurso. O recurso não é um meio especialmente criado com esta finalidade, como é a reclamação.

Em terceiro e último lugar, há a obrigatoriedade que chamamos de *fraca*. A obrigatoriedade *fraca* é (apenas) cultural. É aquela que decorre da razão de ser das coisas, mas, principalmente, do que se deve ter o direito de razoavelmente esperar dos órgãos do Estado (= justa expectativa da sociedade, princípio da proteção da confiança). Da *lógica* ou da racionalidade exigível do direito. O juiz decide o conflito entre A e B do modo x. C e D lhe submetem conflito idêntico à apreciação, no dia seguinte, e o *mesmo* juiz decide de modo y. Expectativa legítima e razoável tinham C e D de que o conflito fosse decidido do modo x!

É desejável que o mesmo juiz não mude de opinião; que os tribunais de 2º grau mantenham jurisprudência firme e estável; mas é, principalmente, não só desejável, como imprescindível para o bom funcionamento do sistema, que os *Tribunais Superiores e o STF não alterem, com frequência, suas posições*. Afinal, o direito não se pode confundir com a sucessão de «opiniões» diferentes, de vários juízes de Cortes Superiores. A jurisprudência firmada há de ser *do tribunal*, e não de cada ministro, individualmente considerado.

É interessante observar que a criação de precedentes vinculantes no Brasil teve por objetivo precípuo o de minimizar o problema da litigância de massa. Os números do Brasil são únicos: temos cerca de 90 milhões de processos em curso e nossos Tribunais Superiores julgam em torno de 300 mil casos ao ano.

Nossos precedentes vinculantes sofrem de um certo «déficit» democrático, pois formam-se de uma vez só. A questão pode ter passado por discussões em órgãos inferiores do Poder Judiciário, mas, uma vez decidida, quando se julga, por exemplo, um Recurso Extraordinário (em que se decide matéria constitucional) ou um Recurso especial Repetitivo (matéria de lei federal), o precedente está criado.

Incidem as críticas de Chiarloni (2012):

Nessuno afferma che l'intervento autoritativo appena accennato debba avvenire 'uno actu' e una volta per tutte. La nomofilachia si attua attraverso un processo, che può anche essere tormentato, specie quando si abbia a che fare con materiali legislativi recenti, che spesso, come acutamente si è osservato, si presentano come dei 'semilavorati', in attesa di un'opera di rifinitura

da parte della giurisprudenza. E in questo contesto, è ragionevole osservare che un contributo prezioso può venire dall'opera interpretativa dei giudici di merito, primi a subire l'impatto delle novità, anche se a tal proposito appare pericolosamente fuorviante parlare di nomofilachia dal basso (...)

Ma una 'teoria dei cento fiori', applicabile ai giudici di merito in funzione della incoercibile pluralità dei giudizi di valore nell'interpretazione, non può venir applicata alla cassazione. Gli organi giurisdizionali di merito sono molti. La corte di cassazione è una. I giudici di merito dicono molte parole. La corte di cassazione dovrebbe dire una sola parola. L'ultima (pp. 232-233).²⁰

4.1. A ratio decidendi

É comum a afirmação, no plano da doutrina, no sentido de que o que vincula, nos precedentes, é a *ratio decidendi*, o *core*, a *holding*. No contexto do direito brasileiro, esta afirmação é, a nosso ver, apenas parcialmente verdadeira.

Dissemos anteriormente que o sistema de precedentes, tal qual concebido pelo CPC brasileiro de 2015, tem em vista, pelo menos predominantemente, minimizar o grave problema do excesso de *ações de massa*, i.e., que dizem respeito a ações idênticas. Isto ocorre com pelo menos três dos institutos que geram precedentes vinculantes.

Quando estes institutos são manejados, os Tribunais elaboram *teses*.

É imprescindível, para a adequada compreensão e operativização do sistema de precedentes brasileiro distinguir-se *ratio decidendi* de *obiter dictum*, num primeiro momento. Também chamam a atenção as tais *teses*: os Tribunais que criam precedentes têm, como se disse, redigido estas *teses*, que se pretende sejam um *enunciado que contenha o cerne da decisão, de molde a facilitar a aplicação do precedente aos casos iguais, que estejam em curso, concomitantemente, ou venham a estar, sucessivamente*.

Com base na doutrina produzida nos países de *common law*, será feita uma primeira abordagem das figuras: *ratio decidendi* e *obiter dictum*. A relevância da doutrina produzida nestes países se deve, naturalmente, a que as regras jurídicas que compõem o *common law* se constroem justamente no bojo das decisões judiciais: é o *case law*. Portanto, a importância de que haja precisão no que concerne a estas definições é visivelmente sentida por muitos autores.

²⁰ Grifo no original.

Os americanos usam a expressão *holding*. «A *holding* é a essência da regra (expressa ou implícita na decisão) necessária para explicar o resultado do julgamento».²¹

Claro que a expressão *ratio decidendi* também pode ser entendida em sua dimensão *descritiva*: «descritivamente, a expressão significa simplesmente uma explicação do raciocínio que levou a corte à conclusão, baseado em elementos sociológicos, históricos e até psicológicos». Mas o que nos interessa aqui é o sentido *prescritivo* da expressão *ratio decidendi*.²²

Trata-se da *proposition of law* (= proposição de direito), explícita ou implícita, considerada necessária para a decisão. É o *core* da decisão.

Há, na decisão, também os *obiter dicta* ou os *gratis dicta*, termos que significam, literalmente, o que foi dito para morrer (= para perder a importância). *Obiter dicta* têm função meramente persuasiva.²³

A ratio decidendi equivale à *rule*.

Uma *rule* é criada para futuros casos, quando ocorre de chegar ao Judiciário um *case of first impression*, ou seja, um caso que deve ser decidido sem que se lhe aplique precedente algum: um caso novo. O que será a *ratio decidendi* neste caso (= *rule*) pode ser determinado expressamente na decisão. Mas o que usualmente ocorre é que a *rule* é definida na decisão subsequente (Dworkin, 1978, p. 111).

Nas palavras de Bankowski *et al.* (1978):

Há casos difíceis, que apresentam entraves e dificuldades para serem interpretados. Há problemas para identificar a *ratio* e compreendê-la. Normalmente, é o tribunal que decide, aplicando o precedente, que determina qual a extensão da proposição de direito à qual se atribuirá o *status* de *ratio* (p. 11).

«A *ratio decidendi*», diz Neil Duxbury (2018):

Pode significar tanto razão da decisão quanto razão para decidir. O raciocínio do juiz pode ser fiel à *ratio*, mas a *ratio* em si mesma é mais que o raciocínio, e, em muitos casos, pode haver uma parte do raciocínio do juiz

²¹ No original: «A holding is the minimum rule (whether or not expressly articulated) necessary to explain the outcome of the case» (Landes & Posner, 1976, p. 250).

²² No original: «descriptively the frase imports merely an explanation of the court's reasoning to its conclusion, based on sociological, historical and even psychological inquiry» (Stone, 1986, p. 600).

²³ «É uma verdade, sobre a qual não há necessidade de se insistir, que os *dicta* têm diferentes graus de persuasão». No original: «It is a truism upon which there is no need to enlarge that dicta are of varying degrees of persuasiveness» (Cross, 1991, p. 76).

que não integra a *ratio*, mas os *obiter dicta*. Um *obiter dictum* é o que é dito de passagem. Em casos reais, ambos os conceitos produzem borrões um no outro (p. 68).²⁴

A *ratio decidendi* e os *obiter dicta*, às vezes não são identificáveis no caso concreto, à primeira vista.

Imagine-se que, além da dificuldade inerente à procura da *ratio*, na Inglaterra, por exemplo, não há acórdãos! Há uma série de *opinions*, justapostas (modo *se-riatim*). Portanto, ainda surge o problema de se saber como qualificar o que exatamente consta das *dissenting opinions* (votos vencidos) até porque, estas *opinions* podem ser apenas parcialmente *dissenting* (= discordantes).

Em algumas decisões da extinta *House of Lords*²⁵ notava-se algum desejo de que houvesse acórdãos (*single collective judgments*), escritos por um juiz, auxiliado por outros, como se fosse um trabalho de equipe. A mesma tendência se fez ver na *Court of Appeal*. No âmbito criminal, há *single majority judgments* (acórdãos em que consta a posição da maioria). Há a possibilidade de se dar publicidade aos votos vencidos.

O modelo da US *Supreme Court* é o de um *single majority judgment* (= acórdão de que consta a posição que prevaleceu), com espaço para declaração de outros votos no mesmo sentido e para votos vencidos.

Na Inglaterra, além de não haver acórdãos, as decisões são longas. Por exemplo, o julgamento de *Alfred MacAlpine Construction Ltd v. Panatown Ltd* (2001)

²⁴ No original: «Ratio decidendi can mean either ‘reason for decision’ or ‘reason for deciding’. Judicial reasoning maybe integral to the ‘ratio’, but the ‘ratio’ itself is more than the reasoning, and within many cases there will be a part of judicial reasoning that constitutes not part of the ratio but ‘obiter dicta’. An ‘obiter dictum’ is literally a ‘saying by the way’. In real cases, both concepts ‘often blur into one another’».

²⁵ É oportuno que se explique, aqui, como e porque se deu esta extinção. Conforme informa Neil Andrews (2011a): «Sem dúvida, a extinção da função jurisdicional da *House of Lords* e a criação da Suprema Corte do Reino Unido foi o maior impacto que teve até hoje a Convenção Europeia de Direitos Humanos sobre o sistema inglês. Assim, o *Lord Chancellor* deixou de exercer sua função de julgar, integrando a parcela da *House of Lords* que não tinha função legislativa. A Suprema Corte passou a funcionar a partir de 1.º de outubro de 2009 e tudo se passou como descrito a seguir. Em 12 de junho de 2003, o Governo Trabalhista, liderado pelo então primeiro Ministro Tony Blair, anunciou o plano de extinguir a tradicional função do *Lord Chancellor*, de extinguir a parte jurisdicional da *House of Lords*, e de transferir esta função para um órgão novo: a Suprema Corte. Em 2005, a Reforma Constitucional ocorreu, sendo extinta a parte jurisdicional da *House of Lords* em 2009. Em 28 de julho de 2009, houve um último julgamento na *House of Lords*, a respeito de um caso em que se discutia o suicídio assistido. Em 1.º de outubro de 2009, a Suprema Corte do Reino Unido reuniu-se e funcionou pela primeira vez» (pp. 165-166).

¹ AC 518, HL tinha 46.000 palavras; o julgamento de *Royal Bank of Scotland v. Etridge* (nº 2) (2002) ² AC 773, HL, há 53.000 palavras e 374 parágrafos, que, hoje em dia, são numerados.²⁶

Todos esses fatores influem dramaticamente nos métodos para se encontrar a *ratio* de uma «decisão». Justamente porque não há «decisão», no sentido de *acórdão*. Quando se pensa, por exemplo, em que as *opinions* teriam sido todas no mesmo sentido, mas algumas baseadas numa linha argumentativa, e outras, em outra linha, o que integra a *ratio*? E a linha argumentativa adotada, integra realmente a *ratio*? Vincula, nos casos subsequentes?

A doutrina sobre o *common law* sempre se ocupou muito intensamente da distinção entre *ratio decidendi* e *obiter dicta*. Há um trabalho, publicado originalmente em alemão em 1928 e em 1929, de Karl Llewellyn, *The Case Law System in American*, 14 (Paul Gewirtz ed & Michael Ansaldi translation, 1989) em que o autor chega a distinguir *holding*, de *ratio decidendi* e *dictum de obiter dictum*.²⁷

Existem inúmeras teorias mais minuciosas do que supõem as definições citadas. Para falar de algumas: há quem entenda que a *ratio* seria *facts-plus-outcome* = fatos somados ao resultado. Isto implica que, segundo esta concepção, o tribunal poderia encontrar a teoria que teria levado ao resultado, sem ficar vinculado àquela adotada pelo precedente. Esta teoria é criticada, pois não gera a certeza desejável.

²⁶ É oportuno que se explique, aqui, como e porque se deu esta extinção. Conforme informa Neil Andrews (2011a): «Sem dúvida, a extinção da função jurisdicional da *House of Lords* e a criação da Suprema Corte do Reino Unido foi o maior impacto que teve até hoje a Convenção Europeia de Direitos Humanos sobre o sistema inglês. Assim, o *Lord Chancellor* deixou de exercer sua função de julgar, integrando a parcela da *House of Lords* que não tinha função legislativa. A Suprema Corte passou a funcionar a partir de 1.º de outubro de 2009 e tudo se passou como descrito a seguir. Em 12 de junho de 2003, o Governo Trabalhista, liderado pelo então primeiro Ministro Tony Blair, anunciou o plano de extinguir a tradicional função do *Lord Chancellor*, de extinguir a parte jurisdicional da *House of Lords*, e de transferir esta função para um órgão novo: a Suprema Corte. Em 2005, a Reforma Constitucional ocorreu, sendo extinta a parte jurisdicional da *House of Lords* em 2009. Em 28 de julho de 2009, houve um último julgamento na *House of Lords*, a respeito de um caso em que se discutia o suicídio assistido. Em 1.º de outubro de 2009, a Suprema Corte do Reino Unido reuniu-se e funcionou pela primeira vez» (pp. 165-166).

²⁷ Referido por Michael Abramovitz e Maxwell Stearns (2005), professores da George Washington University Law School, em extenso artigo (p. 1048). Estes autores citam Karl Llewellyn, para demonstrar como era complexa a abordagem do tema que se fazia há quase cem anos, asseverando que, hoje, precisamos de definições que sejam instrumentos para serem utilmente empregados na prática.

Há quem rebata esta opinião, asseverando que o raciocínio feito pelo tribunal, que decidiu o precedente, não pode ser ignorado. E a seleção de fatos, considerados necessários para a criação da regra, é de vital relevância. Ao juiz do segundo caso (ao qual se vai aplicar o precedente) é dado conceber *rationales* para ligar um caso (o subjacente ao precedente a ser seguido) ao outro, que vai ser decidido.

Os fatos podem ser identificados em níveis diferentes de generalização. Mas com certeza, *ao formular* a regra jurídica, o tribunal *escolhe* os fatos: não são duas operações mentais distintas.

A discussão sobre o que seria a *ratio decidendi* também acaba, como se pode ver, envolvendo a tão problemática distinção entre questão de fato e questão de direito (*issue of law* e *issue of fact*).

J. L. Montrose (1957) diz, por exemplo, que:

Muitas proposições de Direito diferentes podem aplicar-se a um caso: podem-se teoricamente construir várias *rules* diferentes, aplicáveis ao caso (...) E algumas características dos fatos podem servir como um ponto de partida para a escolha destas regras (*rules*) diferentes (p. 593).

O que J. L. Montrose quer com isso dizer é que um caso pode ser resolvido por várias linhas de raciocínio jurídico e que a escolha dos fatos, a serem considerados como relevantes, é a base destes raciocínios. De um fato, ou de um conjunto de fatos diferentes, todos no mesmo contexto, podem derivar raciocínios diferentes e, portanto, soluções diversas.

Já, como se sabe, que o modo mais natural de se criarem regras para orientar o comportamento de integrantes de um grupo é decidir casos iguais da mesma forma – obedecendo-se, assim, precedentes – é oportuna a menção a um exemplo familiar: Caio, de 17 anos, entra na faculdade, e seu pai, João, lhe dá um carro. No ano seguinte, Pedro, irmão mais novo de Caio, entra na faculdade com 17 anos e, invocando o precedente, pede a João, um carro.

João pode dar-lhe um carro. Mas pode, no lugar disso, dizer-lhe que a *ratio* do caso de Caio não se aplica ao seu (= de Pedro), pois este entrou numa faculdade paga e muito cara. Caio, no entanto, entrou em Universidade Federal.

A discussão entre eles deve girar em torno de ter (ou não) a faculdade em que entrou Caio (= fato) integrado a *ratio* da decisão: dar-lhe um carro de presente.

Este exemplo deixa evidente a relevância dos fatos, que integram a *ratio*, na formação do precedente.

Portanto, a escolha dos fatos já deveria «vincular», no sentido de que nos outros casos analógicos se «escolham», como relevantes, fatos «equivalentes». Senão, a frouxidão do sistema de precedentes frustraria sua função.

Um outro exemplo é capaz de deixar claro como realmente escolher o fato e formular a regra *não* são coisas tão diferentes. São os dois conhecidos casos *Barwick v. The English Joint Stock Bank* (1866) e *Lloyd v. Grace, Smith & Co* (1912). No primeiro caso, surgiu a dúvida a respeito de ser o patrão (banco) responsável, em face da vítima, por uma fraude perpetrada por seu empregado, enquanto agindo como seu empregado. Um dos empregados do banco, fraudulentamente, induziu o autor da ação em erro. O banco foi beneficiado. A conclusão foi no sentido de que o banco seria responsável. Mas, o fato de o banco ter tido vantagem, como resultado desta fraude, fez parte da *ratio*? Ou se trata de mero *obter dictum*?

Ou seja, os fatos, para que se chegasse à conclusão de que o banco responde, foram: fraude perpetrada pelo empregado, em que o empregador lucra? Ou foi apenas a: fraude perpetrada pelo empregado?

No caso subsequente, *Lloyd v. Grace, Smith & Co*, o *managing clerk* de uma firma de advogados fraudulentamente induziu um cliente em erro, e, neste caso, não houve benefício algum para o empregador. Aplica-se o precedente?

A decisão foi no sentido positivo e o fato de o empregador ter lucrado foi visto como um *obter dictum* (Cross & Harris, 1991, p. 43).²⁸

Fatos não falam por si (*Facts do not speak for themselves*). Quem os qualifica como relevantes (e, portanto, capaz de gerar consequências jurídicas) é o juiz.²⁹ Portanto, também estes, em certa medida, como disse há pouco, «vinculam».

Muitos dizem, como já observamos antes, e parece ser o que predomina, que «a *rule* que se torna vinculante para os casos subsequentes não é a que consta, expressa ou implicitamente da decisão, mas a que é construída por juízes que posteriormente atuam nos casos análogos» (Goodhart, 1934, pp. 40-65).³⁰

Em face de todas estas discussões, merece menção a tão conhecida definição de Goodhart: «A *ratio decidendi* de um caso pode ser definida como os fatos

²⁸ É interessante notar-se a semelhança com os casos em que dizemos que o legislador *dixit plus quam voluit* e ignoramos, às vezes completamente, uma parte da norma.

²⁹ Estas observações são feitas por Abramovicz y Stearns (2005, p. 1055).

³⁰ No original: «The rule of law for which a case is of binding authority is not one which is pronounced, explicitly or implicitly, by the judge in the precedent case, but which is constructed by later judges» (especialmente verifique a página 47).

relevantes da causa somados à decisão que foi proferida a respeito deles» (p. 47)³¹ também se refere à teoria dita clássica, segundo a qual a *ratio* seria «o princípio de direito que o juiz considerou necessário para sua decisão» (p. 47).³²

Ambas deixam a desejar, porque não contêm indicações de como resolver os problemas consistentes em se saber *que fatos* seriam estes ou *qual seria o princípio*, porque isto pode não estar claro na decisão e ensejar muitas discussões.

Autores, em geral, costumam ligar os *dicta* à ideia de que seriam elementos *desnecessários* para se chegar à conclusão (proposição jurídica), embora, como já se viu, esta afirmação, que satisfaz à primeira vista, realmente é insuficiente.

De fato, é uma maneira cômoda de se definirem os *obter dicta*: dizer que tudo o que não é *ratio decidendi* ou *holding*, como preferem dizer os americanos, é *obter dicta*. Mas é claro que esta definição pela negativa esconde uma série de nuances que podem ter a sua relevância, e, sobretudo, supõem que se saiba como encontrar a *ratio* (Marshall, 1997, pp. 503-518).³³

Mas a simplicidade da definição pela negativa a torna quase imprestável. Isto porque, saber o que é a *ratio*, numa decisão, nem sempre é fácil. Afinal, precisa-se *interpretar a decisão*.

Fala-se de uma simples regra (teste) que seria retirar o que foi dito da decisão e verificar se a decisão poderia ter sido proferida sem o que foi retirado. Se a resposta é positiva, está-se, sim, diante de um *dictum* (Wambaugh).

Claro que este teste tão simples não pode produzir bons resultados, quando a fundamentação da decisão é alternativa. Numa situação como esta, também fica difícil saber qual a *ratio*.

A regra acima mencionada (de Wambaugh) é também criticada, pois segundo alguns, é capaz de gerar *holdings* muito abrangentes, com muitos elementos irrelevantes para o efeito de a decisão ser um precedente (Abramovicz & Stearns, 2005, p. 1059).

Além do mais, pode não ser evidente se a decisão permanece de pé apesar de dela se ter retirado um elemento.

Alguns autores, como, por exemplo, Michael e Maxwell, levantam a possibilidade de ser indicada na própria decisão o que é *ratio decidendi* e o que é *obter dicta*. É o que faz a Suprema Corte Americana (Abramovicz & Stearns, 2005,

31 No original: «the ratio decidendi of a case can be defined as the material facts of the case plus the decision thereon».

32 No original: «the principle of law which the judge considered necessary to his decision».

33 Especialmente a página 515.

p. 1067). E normalmente o faz atribuindo âmbito bastante mais abrangente às suas *holdings* do que outros tribunais.³⁴ Isto se deve muito provavelmente também ao fato de aquela Corte julgar poucos casos por ano.

A proposta dos autores para identificar a *ratio decidendi* e os *obiter dicta* é bem interessante: eles dizem que a *ratio decidendi* é o que foi *efetivamente* decidido (*actually decided*) (Abramovicz & Stearns, 2005, p. 1068). Segundo esta concepção, qualificam-se como *holding* todas as conclusões a que a corte chegou, mesmo quando os caminhos realmente usados para que a decisão tenha sido tomada não abranjam todas elas, mas apenas algumas delas. Portanto, o problema das justificações alternativas seriam, segundo este critério, *ratio* e não *dicta*.

Comenta-se na doutrina:

Quando uma questão é efetivamente decidida de acordo com um certo “caminho”, que tenha sido o escolhido, a possibilidade de haver caminhos alternativos não compromete o *status* dessas questões que foram decididas através daquele caminho. Diferentemente do que acontece com a abordagem ‘reconciliatória’, a nossa definição considera como *holdings* conclusões a que o tribunal chega, mesmo que o tribunal tenha resolvido o caso, levando em conta uma série mais reduzida de caminhos ou tenha escolhido um fundamento mais restrito. Assim, possíveis justificações alternativas ou justificações alternativas e a sua amplitude relativa não são um critério para se classificarem questões como *dicta* (p. 1068)³⁵.

Acrescentam, ainda, os mesmos autores que: realmente decidido, não significa «expressamente declarado». A exigência de que a questão tenha sido «realmente decidida» é mais ampla, pois inclui *holdings* implícitos, que o tribunal nunca formulou expressamente. Eles mesmo reconhecem que: «uma *rule* que tenha sido realmente declarada, pode se revelar superinclusiva – e talvez

34 No original: «requiring greater latitude than other courts in determining the scope of its holdings».

35 No original: «When an issue is actually decided along a chosen decisional path, possibility of an alternative path does not undermine the status of these issues actually decided along that chosen path. Unlike the reconciliation approach, our definition credits as holdings conclusions that a court does in fact reach, even if the court have resolved a case by taking fewer paths or by choosing a narrower ground. Thus, alternative possible justifications, alternative justifications, and relative breadth do not provide basis for classifying actually decided issues as dicta». Reconciliation = facts-plus-outcome.

desestabilizante – se construída de modo a incluir raciocínios excessivamente abstratos em *holdings*» (p. 1068).³⁶

A *proposition of law*, ainda segundo Michael e Maxwell, que se extrai dos fatos – tudo o que tenha sido efetivamente decidido – há de ser baseada nos fatos do caso. Não fatos hipotéticos. Ou seja, conjecturas a respeito de como a decisão seria, se os fatos tivessem sido outros.

Esta *proposition of law* deve ser, como regra, conducente ao julgamento, à decisão (*leading to the judgment*). Com isso, afirmam os autores que às vezes, excepcionalmente, *non-supportive propositions* (proposições que não apoiam a decisão) devem ser compreendidas como integrando a *ratio*. E fazem uma analogia com um viajante que precise ir para o sul mas, em algum momento, teve que pegar uma estrada para o norte.

Embora este exemplo se encontre no campo penal, é interessante trazer-se aqui um caso da jurisprudência americana: *Roe v. Wade* (1973). Em *Roe*, uma mulher (Jane Roe, um pseudônimo) moveu uma *class action*, tendo-lhe sido reconhecida legitimidade, atacando uma lei do Texas que criminalizava a tentativa de aborto, salvo no caso de se ter de salvar a vida da mãe. O que se levou em conta foi o voto do juiz Blackmun, em que este não só declarou ser a lei inconstitucional, mas, à luz deste caso, começou a avaliar outras leis estaduais sobre este tema. Em seu voto, entendeu que a lei não se harmonizava com o direito à *privacy* (14^a Amendment) e fixou uma série de regras, cujo objetivo era o de equilibrar o direito da mãe (de abortar) e o do feto (de viver). Este primeiro direito, a mãe o teria, se o aborto não lhe ameaçasse a vida, portanto, no primeiro trimestre, sendo um direito absoluto. No último trimestre, o Estado pode regular e até proibir o aborto, salvo quando necessário para preservar a saúde ou a vida da mãe. Nesta fase, preserva-se o direito do feto, que já pode viver fora do útero da mãe. No segundo trimestre, o que deve prevalecer, na disciplina que o Estado dá ao tema, é o cuidado com a saúde da mãe.

Isto foi decidido e foi apontado expressamente na decisão como sendo a *holding*.

Mas, de fato, as decisões tomadas nada tinham a ver com os fatos da causa... As *law propositions* não eram *based on the facts of the case* (= baseadas no fatos da causa). A situação é complexa, pois *Roe* moveu a ação num trimestre específico

36 No original: «actually decided does not mean ‘expressly stated’. The ‘actually decided’ requirement is broader in the sense that it includes implicit holdings that a court never explicitly announces. (...) an actually stated rule might prove overinclusive – and perhaps destabilizing – if construed to turn even high – level abstract reasoning into holdings».

de sua gestação. Mas, por outro lado, fato é que o caso foi decidido depois do fim da gravidez.

Resolvi citar este caso só para demonstrar, de modo inequívoco, que a interpretação de um precedente, para que dele se extraia a *holding* ou a *ratio decidendi*, é uma tarefa tão (ou mais!) complexa do que a de interpretar a lei. Para evidenciar que é comum também em países do *commom law*, ir além do caso concreto julgado. E que é possível, sim, extrair a essência de um *hard case*, para, com isso, promoverem-se formas de harmonização do sistema, por meio da uniformização.

Para terminar este item, alistamos abaixo algumas considerações da doutrina brasileira a respeito do que seja a *ratio decidendi*.

A nosso ver, a *ratio decidendi* constitui a essência da estrutura jurídica do pensamento utilizada para apoiar as conclusões da decisão, ou a decisão propriamente dita. Trata-se, em nosso sentir, do cerne da decisão, do seu coração, ou do «core» da decisão, como dizem os ingleses para significar que é a parte da decisão que lhe dá vida.

Não há unanimidade na doutrina brasileira quanto a qual seria o processo por meio do qual se encontra a *ratio* de uma decisão. No movimento de se encontrar a razão determinante de uma decisão há, inevitavelmente, um «*quid*» de construção desta mesma *ratio*. Com isso queremos dizer que não há necessariamente equivalência absoluta da real *ratio* da decisão com aquela que foi usada na decisão, já que, como dissemos antes, o juiz quando decide não deixa claro qual teria sido a *ratio*. Cumpre ao segundo juiz encontrá-la, o que às vezes envolve certa dose de interpretação. Afinal, interpretar uma decisão judicial não é diferente de interpretar um texto de lei. Quando interpretamos um texto de lei, como dissemos antes, não descobrimos apenas o seu sentido, mas, também, pelo menos em parte, nós o construímos.

É nesse sentido também que se manifesta Ronaldo Cramer (2016):

Costuma-se definir *ratio decidendi* como as razões que determinam o resultado do julgamento. No entanto, *ratio decidendi* é mais do que isso.

No *Common Law*, são conhecidas as definições de Rupert Cross e Neil MacCormick para *ratio decidendi*. O primeiro sustenta que *ratio decidendi* são as razões *necessárias* para a solução do caso, enquanto que o segundo afirma que são as razões *suficientes*, sustentando que a palavra ‘necessária’ conferiria uma abrangência maior ao significado de *ratio*.

Para demonstrar a crítica de MacCormick, imagine-se o seguinte caso. Um tribunal julgou duas questões para dar provimento ao recurso: uma referente à prescrição e outra relativa à responsabilidade do réu. Na primeira, o

tribunal refutou o argumento da prescrição, e, na segunda, decidiu que o réu é responsável. Pela ideia de necessidade, o afastamento da prescrição seria uma etapa necessária para se chegar à conclusão do caso e, por conseguinte, integraria a *ratio decidendi*. Porém, pela perspectiva da suficiência, a rejeição da prescrição não seria bastante para definir a responsabilidade do réu e, por isso, não comporia a *ratio*.

Conforme explanado, a crítica de McCormick faz sentido, a ideia de necessidade gera uma compreensão de *ratio decidendi* que, a depender do caso concreto, pode ser muito ampla, gerando, sobretudo, transtornos na sua identificação.

A partir da referida crítica, entendo *ratio decidendi* como as razões *necessárias e suficientes* para determinar o resultado do julgamento (p. 105).³⁷

Depois de comentar a insuficiência e falibilidade de todos os modelos, propostos pela doutrina, que seriam métodos para encontrar a *ratio*, Ravi Peixoto (2018) observa:

O fato é que nenhum dos modelos propostos é infalível – na verdade, nenhum o será. Cada um deles apresenta problemas, mas, ao mesmo tempo, cada um deles acrescenta mais um elemento na busca da determinação da *ratio decidendi*. Caberá ao intérprete buscar, mediante análise apurada do precedente, os fatos, a fundamentação e a conclusão do magistrado para encontrar a *ratio decidendi* aplicável. Uma definição que pode ser apresentada é que ela(s) será(ão) o resultado da interpretação da(s) solução(es) adotada(s) pelas decisões de casos análogos anteriores como um passo suficiente para alcançar a sua conclusão para o ponto ou questão em análise. Em outras palavras, a *ratio decidendi* será a norma jurídica extraída dos precedentes (textos) (p. 188).³⁸

Arrisca um conceito, Fábio Monnerat (2022),³⁹ em obra ainda não publicada:

Na verdade, a *ratio decidendi* deve ser compreendida como um pronunciamento do juiz sobre o direito, na linha defendida por Teresa Arruda Alvim, o que leva à necessidade de se compreendê-la à luz dos fatos relevantes, razões jurídicas invocadas no precedente e resultado do julgamento.

³⁷ Grifos no original.

³⁸ Grifos no original.

³⁹ Grifos no original.

Em essência, pensamos que a *ratio decidendi* são as razões jurídicas usadas na decisão como motivo para assim se decidir, considerando o caso apreciado e, sobretudo, os fatos tidos pelo órgão julgador como determinantes para a tomada de decisão.

Estas ‘razões jurídicas’ mencionadas no conceito acima podem tomar forma de: i) princípio jurídico concretizado pelo tribunal à luz do caso concreto; ii) regra formulada pelo órgão julgador; iii) conclusão acerca do sentido e do alcance de uma norma jurídica à luz dos fatos apreciados, e; iv) qualquer outra afirmação sobre o direito, considerada pelo órgão julgador no julgamento do caso concreto (p. 33).

Taís Schilling Ferraz (2017a),⁴⁰ por seu turno, ensina que:

A ratio decidendi de uma decisão é o princípio (rulling on a point of law) que, com as características de abstração e generalidade, se extrai especialmente (mas não exclusivamente) da fundamentação de um julgado. São os motivos determinantes da decisão, passos necessários para que o julgador chegue a um determinado resultado (p. 255).

Com precisão, observa Daniel Mitidiero (2018):⁴¹

Em outras palavras: decisão e precedente estão em níveis discursivos diferentes. *O precedente é um discurso elaborado a partir do discurso da decisão.*

Ser fiel ao precedente significa respeitar as *razões necessárias e suficientes* empregadas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça para solução de determinada *questão* de um caso. Significa, portanto, respeito à *ratio decidendi*, isto é, às *razões necessárias e suficientes* constante da *justificação judicial* ofertadas pelas Cortes Supremas para solução de determinada questão de um caso. Tendo como *matéria-prima a decisão*, o precedente trabalha essencialmente sobre *fatos jurídicos relevantes que compõem o caso examinado* e que determinaram a prolação da decisão da *maneira* como foi prolatada. Nessa perspectiva, operam inevitavelmente dentro da *moldura dos casos* dos quais decorrem, sendo por essa razão necessariamente contextuais (p. 92).

⁴⁰ Grifos no original.

⁴¹ Grifos no original.

Enfim, a doutrina brasileira também se vem dedicando, nos últimos tempos, como se vê dos exemplos dados, intensamente, à elaboração de um conceito satisfatório de *ratio decidendi*.

4.2. As teses

Os tribunais brasileiros, como mencionamos antes, têm tido a tendência de elaborar teses, em diversas circunstâncias, mas principalmente quando a decisão proferida por eles tem força obrigatória para os demais tribunais, o que significa, indiretamente, que tem força obrigatória para toda a sociedade. Isso acontece nas decisões de controle de constitucionalidade e também nas hipóteses em que os tribunais proferem decisões que se consubstanciam em precedentes vinculantes.

Normalmente essas teses são *enunciados normativos muito simples*, que consistem na descrição sumária do caso concreto e da solução que lhe foi dada pelo tribunal, como se se tratasse realmente de um enunciado normativo.

Uma parte considerável da doutrina sustenta que o que vincula quando o precedente é cunhado com o objetivo de resolver casos específicos de litigância de massa, não é a *ratio*, mas a tese.

Como é sabido e como já observado acima, a construção do direito com base nas decisões dos Tribunais, é fenômeno típico do *common law*. Entretanto, precedentes vêm tornando-se paulatinamente relevantes também em países de *civil law*.

Todavia, é tão interessante quanto imprescindível se observar que a *forma mentis* de um *civil lawyer* é fundamentalmente diferente da de um *common lawyer*.

Com isso, pretende-se sublinhar haver uma diferença substancial entre o «modo de raciocinar» de um jurista (no sentido lato) de um país de *common law* e de outro, de um país de *civil law*.

No *common law*, o precedente tem uma dimensão «factual» muito mais relevante do que a que têm os precedentes nas jurisdições de *civil law*. Nos países de *civil law*, considera-se central no precedente o aspecto teórico, jurídico, no sentido estrito. Evidentemente, ambas as dimensões não podem ser dissociadas, mas estas aparecem, em ambos os sistemas, com graus e relevância diferentes.

A cultura que gira em torno dos precedentes nos países de *common law* nada tem de «mecanicista». O caso concreto está no centro do precedente, que leva à criação da *rule*, que dos fatos decorrem.

No entanto, nos países de *civil law*, e é interessante observar que isso não acontece unicamente no Brasil, *existe uma tendência marcante a se identificar o precedente com um enunciado normativo*, de caráter geral e abstrato, excessivamente

desligado dos fatos que lhe deram origem (Marinelli, 2020, pp. 317-336). Às vezes, fatos são referidos, mas sempre (ou quase sempre) já sob forma de fato típico, qualificado juridicamente.⁴²

Há interessantes exemplos de fenômenos jurídicos que representam esta tendência. Na Itália, as *massime*. Na França, há os *sommaires* dos acórdãos publicados da Corte de Cassação francesa; na Espanha os *resúmenes* das sentenças de Tribunal Supremo.

No Brasil, vêm-se tornando cada vez mais frequentes as tais *teses jurídicas*, que devem conter o que de essencial há no precedente. Antes, já existiam as súmulas vinculantes.

Os mesmos problemas que existem no que diz respeito à forma de se redigir uma súmula vinculante, existem no que tange à maneira como as teses são concebidas.

Duas observações, a esta altura, devem ser feitas: (i) as teses nem sempre são redigidas do mesmo modo. Como veremos em seguida, muitas pretendem abranger a própria *ratio*; outras, propositadamente, as excluem. (ii) a consciência dessas dificuldades já havia com relação às súmulas – bem antes de ser encampada pelo nosso sistema a súmula vinculante: era comum na doutrina a recomendação

42 «No sistema de precedentes, a súmula não deve ser aplicada de forma autônoma em relação ao precedente originário, como se ela mesma fosse o precedente ou, ainda, um texto normativo. É isso o que se tem feito até hoje, seja na teoria, seja na prática. Pega-se o texto da Súmula e se faz a sua interpretação e aplicação de forma indiferente ao precedente originário. Esse uso incorreto da súmula decorre do nosso costume, próprio da tradição do Civil Law, de fazer a subsunção entre a norma do dispositivo legal e o fato gerador. Crê-se que a tese jurídica está retratada no texto da súmula e, por isso, se promove apenas a sua interpretação e aplicação ao caso concreto. Não se tem o hábito de ir ao precedente, para identificar a tese jurídica e aplicá-la ao caso concreto.

Esse hábito tem que mudar. Como constitui mera síntese da tese jurídica do precedente originário, a súmula deve ser empregada nos termos de seu precedente, que constitui, obviamente, a primeira edição da cadeia de julgados que ensejaram o enunciado.

O texto da súmula não é adequado para compreender a tese jurídica do precedente originário, porque constitui sua mera síntese e, como toda síntese, não reúne todos os elementos necessários para o entendimento do objeto sintetizado. Deve apenas servir como indicativo da existência do precedente originário, a fim de se buscar nele a aplicação da tese jurídica criada» (Cramer, 2016, p. 81).

para que súmulas fossem *interpretadas* à luz do acórdão que lhes tinham dado origem – de que, é claro, constavam *atos específicos*.⁴³

A *praticidade* que estas teses representam vem criando dificuldades para que se veja quando estas não seriam adequadas.

Entretanto, percebe-se que esta consciência, no sentido de que os precedentes não podem ser «artificialmente» reduzidos a um enunciado normativo abstrato vem sendo «anestesiada», por assim dizer. As teses devem ser «rentes» ao caso concreto julgado, não podendo conter regras relativas a casos outros que não foram decididos. Elas têm seu valor de *facilitador para a operativização* do sistema de precedentes. Não devem, a meu ver, ser supervalorizadas.

Não há uniformidade absoluta no que diz respeito ao conteúdo que estas teses abrangem.

Exemplo de tese de que não consta a *ratio* é a resultante do RE 795.467, julgado em 2014, cujo relator foi o Min. Teori Zavascki: é incompatível com a Constituição a exigência de inscrição na Ordem dos Músicos do Brasil, bem como o pagamento de anuidade para o exercício da profissão.⁴⁴

43 O que o Cassio Scarpinella Bueno (2022) diz em relação às súmulas se aplica perfeitamente às teses: «Do modo como elas são apresentadas – e isto desde sua concepção original, que remonta à iniciativa do Ministro Victor Nunes Leal do Supremo Tribunal Federal no início da década de 1960 –, é comuníssimo que seu aplicador faça uso delas interpretando seu *enunciado*, tal qual faria se se estivesse diante de uma norma legislada.

Contudo, é também clássica a preocupação da doutrina que se formou – e de modo muito mais intenso a partir da promulgação do CPC de 2015 – no sentido de que a *interpretação do enunciado da Súmula é insuficiente para sua devida compreensão e aplicação. Isto porque, em rigor – e, até mesmo, sendo fiel à concepção original do instituto –, o enunciado deve desempenhar o papel de tão só um verdadeiro índice de soluções uniformes no âmbito da jurisprudência. As condições efetivas de seu uso e aplicações são invariavelmente dependentes da verificação do julgamento dos casos concretos a partir dos quais os enunciados foram editados. (...)*

Com tal constatação é certo compreender que a invocação da Súmula não pode se dar a partir de seu próprio enunciado, mas, diferentemente, a partir dos casos concretos julgados por ela representados. Há necessidade, assim, de partir da Súmula em direção aos seus casos concretos, em prol da verificação de seu alcance, em termos fáticos e jurídicos. Feito isso, passa-se ao caso em exame para verificar se e de que modo se fazem presentes as mesmas circunstâncias fáticas e jurídicas que autorizam idêntica solução a ser alcançada pela Súmula. Embora o manejo das súmulas – por força da prática, dos usos e costumes – dê a impressão de que o emprego da Súmula é feito diretamente sobre o caso novo, o correto é levar em consideração primeiro o caso originário da Súmula porque é ele (e não o novo) que fornecerá as condições fáticas e jurídicas ótimas para a aplicação» (grifos nossos) (pp. 365-401).

44 Este exemplo é lembrado por Ferraz (2017, nota de rodapé 1).

Esta tese equivale a um *enunciado normativo*, a um dispositivo de lei. Não contém, como se percebe com facilidade, a *ratio decidendi*. Muito menos, qualquer *obiter dictum*. A tese afasta a obrigatoriedade da inscrição na Ordem dos Músicos do Brasil, bem como, é evidente, do pagamento de anuidade, para que alguém possa ser músico, exercer a profissão.

Trabalha-se com esta tese como se ela fosse um texto de lei, ou seja, a «premissa» maior do silogismo dedutivo que leva à solução de *casos idênticos*, já que se trata de precedente vinculante (à luz do CPC brasileiro de 2015). Trata-se, como vimos, de uma espécie de *vício de raciocínio* do jurista de *civil law*. Nós preferimos começar o nosso raciocínio no que chamamos de *premissa maior*, e que consiste em um texto normativo. Diferentemente do que ocorre no *common law*: lá o raciocínio começa no exame do caso.

A *ratio* do acórdão é a de que a atividade do músico é manifestação artística protegida pela garantia constitucional da liberdade de expressão. A identificação da *ratio* leva a que se entenda a vinculatividade do precedente a casos não *idênticos*, mas *análogos*.⁴⁵

A mesma *ratio decidendi* pode estar presente em casos não idênticos e, como veremos em outro item adiante, o espectro de vinculação de um Recurso Extraordinário deve abrangê-los também.

Entretanto, a nosso ver, não parece recomendável que o próprio Tribunal de que emana o precedente tente «resumir» a *ratio*, inserindo-a na tese porque (a) nem sempre estas razões determinantes são passíveis de serem sintetizadas em fórmulas simples (Ferraz, 2017b, pp. 419-441); (b) sob pena de realmente se entender estariam os Tribunais legislando, deve-se resguardar ao órgão jurisdicional que julgará um caso posterior a liberdade para analisar o acórdão que gerou o precedente e «descobrir – construir» a sua *ratio*.

⁴⁵ Já trabalhamos com estes conceitos em Arruda Alvim Wambier (2012): «Há técnicas de uniformização decisória que têm como pressuposto a *identidade integral* das situações: os fatos e a questão jurídica, *stricto sensu*, são absolutamente iguais. Não necessariamente o quadro fático subjacente integralmente considerado: mas, dentre os fatos, aqueles tidos como relevantes pelo direito para a incidência (ou não) da consequência sobre a qual se discute. Seriam, então, idênticos, os traços eleitos pelo legislador como essenciais à hipótese de incidência da consequência.

Entretanto, há maneiras de uniformizar o entendimento dos Tribunais muito mais sutis, em que o que há de comum nos casos nada mais é do que um núcleo pequeno, mas *fortemente significativo*, em torno dos quais podem estar *fatos completamente diferentes*. Dando um exemplo extremo, poderíamos considerar contraditórias decisões em que se tivesse concedido indenização de dez mil reais pela perda de uma perna e de cinquenta mil reais por um dedo decepado» (pp. 11-95). Especialmente verifique as páginas 57-58.

Assim, se é verdade, também no direito brasileiro, que precedentes vinculam pela *ratio*, também é verdade, como dissemos, que, quando a técnica de vinculação tem em vista o *gerenciamento de casos de massa*, o *elemento vinculativo* a casos idênticos é a *tese*.

Portanto, não nos parecem criticáveis os exemplos citados pela doutrina⁴⁶ de teses de que *não* constam razões determinantes. Taís Schilling Ferraz lembra ótimos exemplos:

- a. «É inconstitucional o art. 13 da Lei 8.620/1993, na parte em que estabelece que os sócios de empresas por cotas de responsabilidade limitada respondem solidariamente, com seus bens pessoais, por débitos junto à Seguridade Social» (RE 562.276).
- b. «Não viola a Constituição o estabelecimento de remuneração inferior ao salário mínimo para as praças prestadoras de serviço militar inicial» (RE 570.177).
- c. «É constitucional a fixação de alíquota progressiva para o Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação – ITCD» (RE 562.045).
- d. «É prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil» (RE 669.069).
- e. «É obrigatória a observância pelos Estados e Municípios dos critérios previstos na Lei Federal nº 8.880/94 para a conversão em URV dos vencimentos e dos proventos de seus servidores» (REsp 1.101.726).
- f. «A dispensa de reexame necessário, quando o valor da condenação ou do direito controvertido for inferior a sessenta salários mínimos, não se aplica a sentenças ilíquidas» (REsp 1.101.727).
- g. «A simples propositura da ação de revisão de contrato não inibe a caracterização da mora do autor» (REsp 1.061.530).
- h. «Em exceção à regra geral (...), a extensão de prova material em nome de um integrante do núcleo familiar a outro não é possível quando aquele passa a exercer trabalho incompatível com o labor rurícola, como o de natureza urbana» (REsp 1.304.479).

As dificuldades no que diz respeito à identificação da *ratio*, no sistema brasileiro, decorrem, também, do fato de que, normalmente, o relator faz constar de

46 Merece leitura excelente artigo de Taís Schilling Ferraz (2017b), em que esta autora propõe, com argumentos de peso, que se inclua a *ratio* nas teses (pp. 419-441).

seu voto a conclusão e não traz para a redação qual os fundamentos diferentes daqueles outros julgadores que estão de acordo apenas com a conclusão.⁴⁷

Como dissemos, a *ratio* nem sempre é formulada expressamente na decisão. Mas ela deve ser extraída do caso anterior pelo juízo que vai decidir o caso posterior, e respeitada. Se não se respeita a *ratio*, não se consegue manter a coesão, a harmonia e a coerência do direito.

Vinculam pela *ratio* recursos extraordinários avulsos (recurso extraordinário no direito brasileiro é aquele interposto perante o Supremo Tribunal Federal em que se discute se a decisão de que se recorreu ofende ou não à Constituição, em casos em que o mérito apresenta uma relevância que vai muito além do caso concreto) em regime de repercussão geral. De fato, o Recurso Extraordinário não é instituto concebido com o objetivo de resolver o delicado problema brasileiro consistente na litigância de massa.

Mas também há vinculação pela tese, e esta é «mais óbvia» porque, via de regra, dela consta apenas o enunciado usado para resolver o caso e se aplica apenas a casos idênticos.

Isto não significa, todavia que, posteriormente ao exaurimento do julgamento dos recursos no regime dos repetitivos, não deva haver vinculação daquele precedente a casos análogos, ou seja, casos que devem ser decididos à luz da mesma *ratio*, cujos fatos não são exatamente os mesmos.

Mas isso se dará já fora do procedimento dos repetitivos, devendo ficar, a nosso ver, expressiva margem de liberdade ao juiz do segundo caso para descobrir/construir a *ratio* e verificar se esta se aplica ao caso que deve julgar.

47 Segundo Marcelo Mazzola e Luís Manoel Borges do Vale (2021), «são corriqueiras as situações em que os votos são concorrentes (uníssonos na conclusão), mas colidentes nos fundamentos adotados, ensejando as chamadas decisões plurais (unidade conclusiva x disparidade de fundamentos). Essa dinâmica dificulta a extração da *ratio decidendi* (ou *holding*) de eventual precedente de observância obrigatória (...) a existência de diversos fundamentos para embasar o mesmo resultado dificulta a identificação da *ratio decidendi*, pois não se sabe qual deles foi preponderante para o resultado». E, exemplifica: «em muitos casos há maioria (ou mesmo unanimidade) quanto à conclusão, mas os fundamentos apresentados seguem as mais diversas linhas argumentativas (a exemplo do que ocorreu no julgamento do Recurso Especial 422.778-SP, quando estava em jogo a discussão sobre a inversão do ônus da prova, no âmbito do direito do consumidor)» (pp. 199-224).

5. Conclusão

Demos um passeio pelo pensamento do genial Sérgio Chiarloni, principalmente as ideias que constam do artigo com o qual dialogamos, que dizem respeito às funções das Cortes Superiores.

Quando se admite, como faz o professor, que a palavra do Judiciário, principalmente quando constante das decisões das Cortes Superiores, tem força normativa, é que se percebe a relevância das funções que estas cortes exercem, como a função nomofilática, a uniformizadora e a paradigmática.

Uma série de razões de ordem sociológica e jurídica levaram a inexorabilidade de que se viesse a reconhecer que a própria interpretação tem um «*quid*» de criatividade, o que leva à necessidade de uniformização, em função do papel natural que desempenham as cortes de topo, que é o de orientar as decisões dos demais órgãos do Poder Judiciário e a conduta dos indivíduos na própria sociedade.

Nesse contexto, tratamos da relevância que dá o novo Código de Processo Civil brasileiro à jurisprudência e aos precedentes. Mencionamos o fato de o Código ter até mesmo criado precedentes que são *vinculantes* no sentido forte da expressão.

Um dos pontos relevantes desse artigo, foi a nossa tentativa de distinguir entre diferentes *formas de vinculação que existem no Brasil*: há precedentes que vinculam pela *ratio*, e outros que vinculam pela tese.

A vinculação que se dá pela tese está em absoluta conformidade e harmonia com a «*forma mentis*» dos advogados de jurisdições de *civil law*, diferentemente do que acontece com os casos em que a vinculação se dá pela *ratio*, muito mais amoldados à forma de pensar dos operadores do direito de países de língua inglesa, i. e., do *common law*.

Bibliografia

Abramovicz, M., & Stearns, M. (2005).

Defining Dicta. *Stanford Law Review*, (57), 953-1094.

Alexy, R. (2001).

Teoria da argumentação jurídica (Z. Hutchinson Schild Silva, trad.). São Paulo: Landy.

Andrews, N. (2011a).

Influência europeia sobre o processo civil inglês: a Inglaterra não é mais uma ilha. *Revista de Processo*, (195), 161-181.

Andrews, N. (2011b).

Decisões judiciais e o dever de fundamentação: a experiência inglesa. *Revista de Processo*, (192), 99-128.

Arruda Alvim, T., & Dantas, B. (2019).

Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos Tribunais Superiores (6.^a ed.). São Paulo: Thomson Reuters Brasil.

Arruda Alvim Wambier, T. (2012).

Precedentes e evolução do direito. En Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.), *Direito Jurisprudencial* (pp. 11-95). São Paulo: RT.

Bankowski, Z., Maccormick, N., & Marshall, G. (1997).

Precedent in the United Kingdom. En Zenon Bankowski y Neil Maccormick (eds.), *Interpreting Precedents* (pp. 315-353). England: Dartmouth Publishing Company Limited.

Barroso, L. R., & Mello, P. P. C. (2019).

O papel criativo dos Tribunais. En Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, Cândido Rangel Dinamarco, Humberto Dalla Bernandina de Pinho y Luiz Fux (coords.), *Estudos de Direito Processual em homenagem a Paulo Cézar Pinheiro Carneiro* (pp. 701-730). Rio de Janeiro: GZ Editora.

Bueno, C. S. (2022).

Dinâmica do direito jurisprudencial no âmbito do CARF (Conselho Administrativo de Recursos Fiscais): interpretação e distinção a partir de sua Súmula 11. *Revista de Processo*, (323), 365-401.

Cabral, A. do P. (2019).

Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudanças e transições de posições processuais estáveis (3.^a ed.). Salvador: JusPodivm.

Camargo, J. R. (2017).

O novo desenho estrutural dos Embargos de Divergência no STJ traçado pelo CPC/15. *Revista de Processo*, (272), 271-296.

Canaris, C.-W. (1971).

Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht. Munich: C. H. Beck Verlagsbuchhandlung.

Chiarlioni, S. (2012).

Funzione nomofilatica e valore del precedente. En Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.), *Direito Jurisprudencial* (pp. 225-243). São Paulo: RT.

Cramer, R. (2016).

Precedentes vinculantes: teoria e dinâmica. Rio de Janeiro: GEN, Forense.

Cross, R., & Harris, J. W. (1991).

Precedent in English law (4.^a ed.). Oxford: Clarendon Press.

De Ataíde Jr., J. R. (2012).

Uma proposta de sistematização da eficácia temporal dos precedentes diante do projeto de novo CPC. En Antônio Adonias y Fredie Didier Jr. (orgs.), *Projeto do novo Código de Processo Civil: estudos em homenagem a José Joaquim Calmon de Passos* (2.^a série, pp. 363-410). Salvador: JusPodivm.

De Mello, C. A. B. (2009).

Curso de direito administrativo (26.^a ed.). São Paulo: Malheiros.

Duxbury, N. (2008).

The nature and authority of precedent. Cambridge: Cambridge University Press.

Dworkin, R. (1978).

Taking rights seriously. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press.

Ferraz, T. S. (2017a).

O precedente na jurisdição constitucional: construção e eficácia do julgamento da questão com repercussão geral. São Paulo: Saraiva.

Ferraz, T. S. (2017b).

Ratio decidendi x tese jurídica: a busca pelo elemento vinculante do precedente brasileiro. *Revista de Processo*, 42(265), 419-441.

Freire, A. (2017).

Precedentes judiciais: conceito, categorias e funcionalidade. En Dierle Nunes, Aluísio Gonçalves de Castro Mendes y Fernando Gonzaga Jayme (coords.), *A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC de 2015* (pp. 51-82). São Paulo: Revista dos Tribunais.

Goodhart, A. L. (1934).

Precedent in English and Continental Law. *The Law Quarterly Review*, (50), 40-65.

Grunsky, W. (1970).

Grenzen der Rückwirkung bei einer Änderung der Rechtsprechung (Vortrag). Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe, Schriftenreihe, Heft 94. Karlsruhe: C. F. Müller.

Klappstein, V. (2008).

Die Rechtsprechungsänderung mit Wirkung für die Zukunft (Schriften zur Rechtstheorie, Heft 243). Berlin: Duncker & Humblot.

Knittel, W. (1965).

Zum Problem der Rückwirkung bei einer Änderung der Rechtsprechung. Bielefeld: Ernst und Werner Giesecking.

Landes, W. M., & Posner, R. A. (1976).

Legal precedent: A theoretical and empirical analysis. *The Journal of Law and Economics*, (19), 249-307.

Marinelli, M. (2020).

I precedenti giudiziari tra “obbligatorietà” e “persuasività”: note comparatistiche e riflessioni sparse a margine del nuovo c.p.c. brasiliano e della sua “súmula vinculante”. *Revista de Processo*, 45(304), 317-336.

Marinoni, L. G. (2010).

Precedentes obrigatórios. São Paulo: Revista dos Tribunais.

Marshall, G. (1997).

What is binding in a precedent. En Zenon Bankowski y Neil MacCormick (eds.), *Interpreting precedents* (pp. 503-518). Inglaterra: Dartmouth Publishing Company Limited.

Martins, I. G. da S., & Rodrigues, M. T. M. (2007).

Efeitos das decisões do STF, em matéria tributária, em situações de mudança de jurisprudência (créditos de IPI, nas hipóteses de alíquota zero). En Valdir de Oliveira Rocha (coord.), *Grandes questões atuais do direito tributário* (pp. 184-217). São Paulo: Dialética.

Mazzola, M., & Do Vale, L. M. B. (2021).

Contagem de votos: divergências quantitativa/qualitativa e a esquizofrenia no âmbito dos tribunais. *Revista de Processo*, 46(317), 199-224.

Mello, P. P. C., & Barroso, L. R. (2016).

Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. *Revista da AGU*, 15(3), 9-52.

Mitidiero, D. (2018).

Precedentes: da persuasão à vinculação (3.^a ed.). São Paulo: Thomson Reuters Brasil.

Monnerat, F. V. da F. (2022).

Aperfeiçoamento, redimensionamento, distinção e superação dos precedentes qualificados [tese de doutorado, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo].

Montrose, J. L. (1957).

The ratio decidendi of a case. *The Modern Law Review*, (20), 587-595.

Nery Jr., N. (2009).

Boa-fé e segurança jurídica – eficácia da decisão judicial que altera jurisprudência anterior do mesmo tribunal superior. En Tercio Ferraz Jr., Roque Carrazza y Nelson Nery Jr. (coords.), *Efeitos ex nunc e as decisões do STJ* (2.^a ed.). Barueri: Manole.

Peixoto, R. (2018).

Superação do precedente e segurança jurídica (3.^a ed.). Salvador: Juspodivm.

Santos, E. A. (2012).

Em torno do conceito e da formação do precedente judicial. En Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.), *Direito jurisprudencial* (pp. 133-201). São Paulo: Revista dos Tribunais.

Santos, E. A. (2014).

Por que os juízes (no common law!) se sentem obrigados a seguir precedentes? En Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, Luiz Guilherme Marinoni & Teresa Arruda Alvim Wambier (coords.), *Direito jurisprudencial* (vol. 2, pp. 497-508). São Paulo: Revista dos Tribunais.

Stone, J. (1986).

The ratio of the ratio decidendi. *The Modern Law Review*, 22(6), 598-620.

Talamini, E. (2008).

Novos aspectos da jurisdição constitucional brasileira: repercussão geral, força vinculante, modulação de efeitos do controle de constitucionalidade e alargamento do objeto do controle direto (tese de livre-docência não publicada, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo). Brasil.

Jurisprudência, normas e outros documentos legais

Barwick v. The English Joint Stock Bank, LR 2 Ex. 259 (Court of Exchequer [Reino Unido], 1867).

Costituzione della Repubblica Italiana (Assemblea Costituente [Italia], 27 de dezembro de 1947). *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana*, (298), 1948.

Lei N.º 13.105, Código de Processo Civil (Congresso Nacional [Brasil], 17 de março de 2015). *Diário Oficial da União*, 2015.

Lloyd v. Grace, Smith & Co., AC 716 (House of Lords [Reino Unido], 1912).

Regio Decreto N.º 12, Ordinamento giudiziario (Reino de Italia, 30 de janeiro de 1941). *Gazzetta Ufficiale del Regno d'Italia*, 21 de abril 1942.

Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (Supreme Court [United States], 22 de janeiro de 1973).

Súmula 456 do Supremo Tribunal Federal (Brasil, 1964).



Arbitral Precedent: Still Exploring the Path II*

Precedente arbitral: todavía en la exploración del camino II

Paula Costa e Silva

Profesora catedrática de la Universidade de Lisboa.

Código ORCID: 0000-0002-3990-0001 | Contacto: paulacostaesilvaarb@gmail.com

Beatriz de Macedo Vitorino

Doctoranda en Ciencias Jurídicas en la Universidade de Lisboa.

Código ORCID: 0009-0008-8398-7301 | Contacto: beatrizmacedovitorino@gmail.com

Filipa Lira de Almeida

Maestranda en Derecho y Ciencias Jurídicas con especialidad en Derecho Civil de la Universidade de Lisboa.

Código ORCID: 0000-0002-3469-8203 | Contacto: filipalira@fd.ulisboa.pt

Resumen

El estudio de los laudos arbitrales sigue siendo un tema oscuro en lo que respecta a su capacidad para formar precedentes para futuros árbitros y jueces estatales. En contraste, el estudio del propio proceso de toma de decisiones sigue siendo en gran medida insuficiente en materia de arbitraje, principalmente porque los deberes del árbitro al decidir aún no son claros. En este texto profundizamos nuestro intento de construir una teoría del precedente que sea acorde con nuestra concepción del derecho.

Palabras clave: Precedente arbitral, precedente vinculante, naturaleza del arbitraje, teoría del precedente, filosofía del derecho, toma de decisiones, pragmatismo legal.

* Artículo originariamente publicado en el año 2020 en *Revista Ius Dictum- Teoria Geral da Adjudicação*, N° 0, enero-mayo, pp. 125-142. Disponible en: <https://iusdictum.com/numeros/>

Abstract:

The study of arbitral awards is still somewhat obscure when it comes to their ability to form precedents to future arbitrators and state court judges. In contrast, the study of the decision-making process itself is still very much insufficient when it comes to arbitration, mainly because the arbitrator's duties when deciding are still not obvious. In this text we further our attempt at construing a theory of precedent that is consonant to our idea of law.

Keywords: *Arbitral precedent, binding precedent, nature of arbitration, theory of precedent, philosophy of law, decision-making, legal pragmatism.*

Recibido: 17 de septiembre de 2025 | Aprobado: 8 de diciembre de 2025

Summary: 1. Introducing the subject matter.- 2. Defining *precedent*.- 3. Preliminary conclusions based on the definition of *precedent*.- 3.1. May arbitral awards form precedents to arbitrators?.- 3.2. May state court decisions form precedents to arbitrators?.- 3.3. May arbitral awards form precedents to state court judges?.- 4. Why apply a precedent?.- 5. Taking a stance on the nature of arbitration.- 6. The reach of fons ius theories.- 7. The decision-making process.- 8. Final thoughts.

1. Introducing the subject matter

1. Is there such a thing as an arbitral precedent? Can it be *binding* to judicial courts? The answers to these questions will depend on the clarification of another set of broader issues relating to the existence of precedents themselves and their inevitable role in shaping today's possible conceptions of Law.

We will analyse these matters and attempt an answer to the initially posed questions. We have already spoken of this theme in one of our Author's paper¹ and our collective paper;² in *O discurso indizível, ou o estilo possível pela Lei da Boa Razão*,³ soon to be published, some questions related to the ones that we will face here are deepened and some insight into the stances we will take is provided.

Now, we continue exploring the path leading up to adopting a theory of the arbitral precedent.

1 Costa e Silva (s.f.).

2 Costa e Silva *et al.* (2018).

3 A paper by Paula Costa e Silva and Ana Fouto.

2. Defining *precedent*

1. A precedent may be defined, as does Duxbury,⁴ as a «a past event—in law the event is nearly always a decision—which serves as a guide for present action». This is, still in vague terms, the concept at the base of our reflexion—we refer to *precedent* as an anterior decision which plays a leading role to subsequent ones by *binding* the decision-maker to the *previous* decision. Therefore, we mean to distinguish between *precedent decisions*—meaning *anterior* decisions—and *decisions with precedential value*—meaning the constraint of ensuing courts or tribunals’ power to decide.

This is too what Duxbury considers *following a precedent* is: in his own words, «to follow a precedent is to draw an analogy between one instance and another» and «entails looking for guidance to an established standard».⁵ If following a precedent depends on the possibility of drawing an analogy between cases, it is a cognitive activity, and what actually *binds* the decision maker is the duty to decide *well*, which may or may not imply the necessity to apply the *ratio decidendi* of a previous case. We will try to demonstrate this throughout the text.

2. Furthering what we stated above about decisions with precedential value, we must clarify that the precedent differs from the decision from which it originates. It is the *ratio decidendi* that may provide elements prone to establish such relevant connections with posterior cases (the analogy Duxbury refers to) that the anterior decision presents itself as *having precedential value* to a later one.⁶ The decision-maker must *identify* such similarities between the two cases that make the *ratio decidendi*⁷ applicable; are those similarities not to be found and the case at hands falls out of the precedent decision’s scope.

There is said to exist binding and persuasive precedents—a subdivision we will later on submit to a *stress* test—and while the former are as such recognized by all courts pertaining to a national legal order—even if only few of them are actually bound by said precedents (might it be because the law says so or because courts themselves assume the obligation of following certain courts’ decisions’ *ratio decidendi*)—, the latter are extracted from whichever decision a decision-maker finds adequate to solve (or help solve) the case in hands: we

4 Duxbury (2008, p. 1).

5 Duxbury (2008, p. 2).

6 Cross (1961, pp. 201 *et seq*).

7 Cross (1961, p. 104).

may, at this point, already conclude that *every decision that applies the Law of a certain country may form a precedent* (i.e., have precedential value) and that it is considered as such whenever another decision-maker applying said law finds so to be adequate (as stated above, even if there is a system of binding precedents, it is always a *relative* and *cognitive* exercise to determine when there are enough relevant connections between cases in order to apply the *ratio decidendi* of one to another one).⁸

The existence of a precedent rule and the obligation for a court to apply a preceding *ratio decidendi* are questions somehow extrinsic to the decision-making process. We will look further into this matter in § 10.

3. Based on what we have already stated, we will now attempt to understand if self-standing rules contained in arbitral awards and state court decisions may be applied by arbitrators and judges indistinctly, when both apply the same legal order. This said, the statements we made in § 2 require further development, which will be attempted in the following paragraphs.

3. Preliminary conclusions based on the definition of precedent

3.1. May arbitral awards form precedents to arbitrators?

W. Mark C. Weidemaier⁹ explains it is clear arbitrators cite other arbitrators' decisions. This is particularly true when it comes to institutionalized arbitration, such as sports arbitration, where the lack of a set of principles or rules applicable means one of the tasks of the arbitrator is to develop the substantive system, which implies that each arbitrator is aware of creating a new rule (which will guide future arbitrators).

Gabrielle Kaufmann-Kohler noted, at her Feshfield Lecture,¹⁰ the lack of precedential value in commercial arbitral awards. However, this lack is mostly

8 See what we write in § 13, in regards to the nature of the obligation to follow precedents in a system that applies the *stare decisis* principle and in regards to the fact that, despite us stating that following a precedent is always a cognitive exercise, sometimes it occurs that, in a system of binding precedents, decision-makers follow precedents they do not agree with.

9 Weidemaier (2012).

10 We have already spoken of this Lecture in our article Costa e Silva (s.f.). *Cfr.*, Kaufmann-Kohler (2007, pp. 357 *et seq.*).

practical, it does not mean arbitrators deciding a commercial case are indeed prohibited of creating a rule or following a rule created by a precedent.

The awareness of having to create a new rule when deciding a case inserted in a most lacunar system is not necessary to indeed create a rule: the arbitrator that decides a case included in a fairly complete system may still create a self-standing rule, since a system (whichever system, but more so a legal one) is never fully complete.¹¹ Indeed, the awareness of creating a rule or principle is not the criterion to determine whether such rule or principle exists and whether it may be followed in the future.

That would lead us to a more in depth, here useless, consideration on the process of creating rules and on the pre-existence of legal rules before their appliance.¹² However, although to the decision-maker such awareness is, despite its attempt at universality and systematicity, only relevant to the case being decided at the moment, he has, as Karl Llewellyn states, a «responsibility for the precedents which their present decisions may make»,¹³ i.e., a «responsibility accompanying the power to commit to the future before we get there», as Frederick Schauer puts it.¹⁴

This is relevant to understand, as Duxbury notes, that precedents should not be looked upon solely on a precedent-following perspective, but also a precedent-creating one, by stating that «creating precedents, and even following precedents, can be a forward-looking activity».¹⁵

Contrary to the conclusion one might have arrived at if seeing arbitration as an *ad hoc* forum focused only on solving the issue at hands, it is clear there is nothing prohibiting or impeding an arbitrator of citing an arbitral award. At least in some cases, it is not only not prohibited but also required—not because of a supposedly binding force of certain precedents for coming from certain courts of law, but, as we will further on explain, because of the *duty to decide well*.¹⁶

As to the question if it is *always* required, we will clarify throughout this paper that it is our opinion that applying a certain legal order means looking not only into its rules (and norms, a concept we will develop in § 11) but also to

11 Note, however, what we state about this matter in §§ 3 and 11.

12 We will discuss this matter *infra*, in §§ 7 to 12.

13 Llewellyn (1930, p. 251).

14 Schauer (2011, p. 573).

15 Duxbury (2008, p. 4).

16 More on this issue in §§ 4, 5 and 14 to 17.

all past decisions with the force of *res judicata*, both arbitral and strictly judicial—this, of course, does not mean necessarily following their principles, i.e., following a precedent decision or even concluding there is precedential value to a decision (by containing a self-standing innovative rule);¹⁷ we mean solely that in order to comprehend, interpret and apply a legal system and to do so *well*, one must know how it is usually—or has been sporadically—applied, or even how legal orders with the same principles regarding the issue of the case being decided (and with the same lack of positivized rules regarding the specific matter of the conflict) have decided similar cases.¹⁸

3.2. May state court decisions form precedents to arbitrators?

Considering what has already been said, we also admit the precedential value of state court decisions to arbitrators. In fact, this discussion only makes sense in the context of Civil Law systems, since it is clear that an arbitrator applying Common Law could never only rely on written laws. And it is when considering Civil Law systems that it is most pertinent (yet paradoxical) to assert that arbitration does not mean a positivistic view of the Law: it is not a field in which decision-makers (who may not be judges or even law professionals or practitioners) are only to consider written laws.

This observation may seem bizarre, since it seems to assert something undisputed, as the most common and intuitive thoughts about arbitration picture it as a more open and resourceful environment to solve a conflict;¹⁹ yet, when seen as an instance where the arbitrator is to read a law and interpret it without resorting to outer interpretations (i.e., an *ad hoc* instance of problem solving that does not have to follow the same methodology of state courts), the result could

¹⁷ In § 11, we will show that all decisions may be said to contain a self-standing innovative rule. Therefore, the matter of whether a decision has or has not precedential value is always relative: a decision either has or has not precedential value *to a later case*, which depends on the possibility of drawing an analogy between both cases.

¹⁸ In § 12 we will explain that we see past decisions as sources of law and sources of knowledge of law, and what we understand by these concepts.

¹⁹ This perception seems to have historical background: when trying to trace the history of Commercial Arbitration, Earl S. Wolaver notes that medieval traders «preferred justice ‘according to the Law of Merchants’ to that of the common law precisely because the decision method was free, (...) each case viewed in the light of practical expediency and decided in accord with the ethical or economic norms of some particular group» (Wolaver, 1934, p. 132). The flexibility to consider the specific features of the context within which the dispute arose resulted in a more open environment and thus was a synonym to *fairer* decisions.

be precisely a positivistic approach. We mean to distance ourselves from it. Unless the parties agree on a decision based on equity, arbitrators must base their decision in an existent national legal order or international set of rules (broadly, a legal system)—not only fragments of it, but in its entirety. This implicates the need of looking into previous decisions and interpretations of the Law.²⁰

Beyond the literal meaning of the expression *legal order* or *legal system*—from which the arbitrator cannot exclude *any* previous decisions (both arbitral or strictly judicial)—there is yet another significance to it that must be analysed. The ultimate goal of all decision-makers is to render a decision—this is a simple statement with which one can easily agree.²¹ But we also think there is more to it. The *non liquet* prohibition compels the judges—here, in a broad sense—to reach a decision: they have the obligation to decide. We ask: mustn't the decision they shall produce have certain characteristics? They are legally bound to render a decision—*any* decision? Don't they have a duty to obtain a good decision, the *best* decision?

4. This seems particularly relevant if we consider that, save for exceptional cases, arbitral decisions cannot be contested in judicial courts: if an arbitrator does not follow a preceding *ratio decidendi* containing an applicable and adequate solution for a present case, that decision cannot be appealed from in a judicial appellate court. Does this imply a different understanding of the word *obligation*, or a reconfiguration of that primordial duty? We answer both questions negatively. Neither duties nor obligations depend on peripheral or ulterior supervision. Even if it is true that the lack of consequences resulting from the non-compliance to an obligation may originate more breaching situations, it does not mean that the unobserved duty did not previously exist.

²⁰ This is recognized, for example, by the Statute of the International Court of Justice (1945, arts. 59 and 38 (1)(d)) which provides that «[t]he decision of the Court has no binding force except between the parties and in respect of that particular case» and that the International Court of Justice shall apply «judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law». This goes to show that even though there is no doctrine of *stare decisis* in international law, prior decisions may be used by the courts to support their findings.

²¹ We will look into the function and goals of the decisión-maker in § 5.

The lack of a supervision does not free the decision-makers from their duties²²—neither the arbitrator nor the state court judge. Should we state the contrary and we would be admitting that final instance courts and, generically, all those rendering decisions that cannot be contested, are free to decide in whichever way they please: higher courts and final decision-makers would have no duty to reach the best decision, precisely *because* it would not be subject to further scrutiny.

5. A system like the one described most ultimately contradicts the underlying assumptions of the judiciary organization and cannot be accepted. This is why we understand that the fact that arbitral awards cannot be altered by state courts does not mean arbitrators are solely obliged to decide. They are limited and subject to a legal order—whichever it might be—, which means they, as much as state court judges, must decide *well*. What it means to decide well or, in other words, the content of this duty we state all judiciary instances are bound by, will be furthered in the title where we handle the decision-making process.

For now, we must deepen our belief that there is a duty to decide well. Indeed, one must, as states Alexander J. Bělohlávek,²³ distinguish between the *right to court proceedings*, which may be waived on the basis of party autonomy (for instance, by means of signing a valid arbitration agreement), and the *right to legal protection*, which cannot be waived. As the Author states:

[a]rbitration is therefore a process of finding and applying the law. [S]uch legal protection must be approved by the law (laws and regulations) applicable at the seat of arbitration. An arbitration agreement as a manifestation of autonomy only initiates this dispute resolution mechanism within the framework laid down by the *lex arbitri*. This condition is a necessary prerequisite for attributing legal force to arbitration awards, which are therefore enforceable by public authority. The state assumes no responsibility for the provision of legal protection via private mechanisms (arbitration). Arbitration tribunals

²² In these regards, *cf.*, Hart (1994), where the reader may find an explanation of the concept of internal point of view as the adoption of a critical reflective attitude to patterns of behaviour shared by people engaged in a common enterprise, being that judges adopt an internal point of view towards judging as they accept the rules applicable to that activity as standards for the appraisal of their behaviour by others and by themselves, and vice-versa.

²³ Bělohlávek (2011, pp. 47 *et seq.*).

do not represent public authority but are nonetheless instruments of legal protection.²⁴

In these regards, it is clear we do not sustain a vision of arbitration as a dispute resolution mechanism that aims only at the individualized and isolated maximization of the parties' satisfaction. Before any other reasoning and despite there being opinions to the contrary, the motive for our option is the logical impossibility of such vision.

Aiming at the maximization of the parties' satisfaction *always* implicates the other two goals of dispute settlement that Thomas Schultz enumerates:²⁵ the sustainment of the rule of law and of predictability; and the enforcement of substantive societal values, meaning that dispute settlement must provide «means to implement the fundamental agreed allocation of entitlements underlying in the legal system of a given society at a given time, which may not yet have translated into positive legal rules», an idea that, as Shultz puts it, derives from the *sum cuique tribuere* principle.²⁶ Even if in a specific case our statement may not appear to be true and the satisfaction of the parties may seem to ask for a dismissal of societal values and the rule of law, a theory of law which sees in it the best system of party protection, both substantively and procedurally, means that the decision rendered must always be coherent with the whole of the system being applied, regardless of the nature of the decision-maker.²⁷

If we were to admit otherwise, i.e., that alternative dispute resolution methods would only have the function of maximizing the parties' satisfaction (or, as Owen Fiss puts it, that while adjudication would aim at achieving justice,

²⁴ In regards to the first sentence of the quoted excerpt, and considering the approach we have been and will be adopting, we would think about the reference to *law* as *any set of rules that work as criteria for case solving*, not only written law; the nature of the *law-maker* is also not important for our purpose, which is to demonstrate that the duty to decide well is common to all decision-makers and that the *good* decision-making process does not differ according to the *source* of their power to decide.

²⁵ Schultz (2011, pp. 227 *et seq*).

²⁶ Schultz (2011, p. 242).

²⁷ This idea is consonant with Alexy's reference to the principle of the universality of the law, which he elaborates in his *Theorie der juristischen Argumentation: Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung* (Alexy, 1983, pp. 259 *et seq*). In his view, it is unacceptable that, being the applicable rules the same, courts of different nature shall solve similar conflicts in different ways as a result of that dissimilarity alone, thus being that principle required by both formal and material justice. This idea is, of course, consonant with Schultz's view, as we have seen before. On the relevance of this principle to understand precedent's binding scope, *cf.* Bellocchi (2017, pp. 177 *et seq*).

all other methods would only aim at achieving peace),²⁸ the parties' satisfaction itself would be put at risk as the peace obtained by the decision would be temporary—his was the reason why authors such as Owen Fiss saw these methods so sceptically.

Moreover, as Thomas Schultz states in regards to the first goal we enunciated, «satisfaction cannot be a function of the resolution of the dispute, but of the procedure itself», as resolving a dispute may be as simple as the «dint of a role of a dice or the consultation of an oracle», whereas «the search for truth and the provision of a fair hearing are a different matter altogether».²⁹ From the author's words we may conclude that even if the maximization of the parties' satisfaction were to be considered the only goal of arbitration and of other non-judiciary dispute resolution methods, that would never only signify solving the dispute between the parties; it would always lead to taking all the necessary steps to solve definitively the underlying conflict,³⁰ searching for truth and providing a fair trial.

This is, of course, consonant with the fact that, despite us stating many times throughout this paper that law is a system of norms and principles, it may not be seen merely as a system of abstract rights, but more so as a method of reconciling conflicting interests.³¹ In other words, law is both the substantive and the procedural, but it is in the procedure that it finds its most characteristic features, as rules of conduct (permissive, prohibitive or demanding) may constitute any other form of ethical, religious or societal code of conduct. Besides, Law

²⁸ Fiss (2009, pp. 1276-1277).

²⁹ Schultz (2011, p. 237).

³⁰ John Collier and Vaughan Lowe (2000) distinguish conflicts from disputes, considering that the former are a «general state of hostility between the parties», whereas the latter is a «specific disagreement relating to a question of rights or interests in which the parties proceed by way of claims, counterclaims, denials and so on».

³¹ As first discovered by Rudolph von Jhering in his 1872 *Der Kampf um's Recht* (*The Struggle for Law*) and in his 1872 *Der Zweck im Recht* (*Law as a Means to an End*). Von Jhering understood that Law was not an end in itself, but a means to an end, being the final end the existence of society. Therefore, legal concepts had within themselves no productive power and were not eternal, which meant that legal methodology ought not to be based on a mathematical construction of principles from which all rules would derive. Although we do not agree with the exclusion of logic from the juristic method (we will explain what we think the decision-making process to be, below), we do defer to the idea that law exists in order to empower societal peace, which is achieved through the procedural guarantees of each person in litigation. *Cfr.*, Von Jhering (1913) and von Jhering (1915). For more on von Jhering's legal thought evolution, see Seagle (1945, pp. 71 *et seq*).

may not be seen as a system of abstract rights, as rights only exist in the concrete, the real and material situation.

As results from what we wrote, the right to legal protection, with all it includes, is of course demanding on arbitral procedures and decisions. As Owen Fiss provoked, the resort to arbitration and non-judiciary methods of conflict resolution often stems from the inefficiencies of the exercise of judiciary powers, which often lead to long-lasting, burdensome and draining (in both emotional and monetary senses) procedures, therefore actually damaging the parties' right to (speedily obtained) justice. Or, as the Author puts it, the preference for settlement may very well be a «function of the deplorable character of the options available to them».³²

All we have stated so far leads us not to look for answers regarding the role of precedents in arbitration in any of the theories that aim to justify the assignment of power to decide in a definitive manner to arbitrators by identifying the source of that assignment.³³ This will become clearer throughout the paper, as we intend to demonstrate that every decisionmaker is bound to and by the same duty—that of deciding well—, this resulting from the intellectual and rational nature of the deciding process.

The role played by the decision-maker in the decision-making activity cannot be surpassed by that of institutional devices designed to legitimize the decision they render, under penalty of subverting the very idea of *justice* that underlies the resort to a third-party to solve a conflict.

6. Stating that arbitrators *must* take notice of previous arbitral awards and judicial decisions might sound surprising, since arbitration is often seen, as W. Mark C. Weidemaier states, «as an *ad hoc* forum in which arbitrators do

³² It was Owen Fiss' belief precisely that the peace achieved by settlements, not being a wide-scale social peace, was in reality «often a very fragile and temporary peace» (Fiss, 2009, p. 1277).

³³ This idea does not seem to gather consensus amongst legal thinkers. Teresa Arruda Alvim, in her paper *Arbitrating in Brazil: Arbitration and Binding Precedents*, states that arbitrators are *comparable to judges* (2008), a distinction based on the premise that the activity of decision-making is influenced by the source of the power to decide. On these grounds, she concludes that arbitrators *cannot be creative* nor depart themselves from binding precedential decisions rendered by superior state courts, for it would mean the party's agreement on the law applicable to the case was not being observed. The occult premise seems to be that decisions rendered by arbitrators are not part of any legal system, despite of the set of rules the parties might have chosen.

justice (at best) within the confines of particular cases»,³⁴ but, besides what we already stated regarding our non-positivistic approach to arbitration, we do not see in Weidemaier's statement a differentiated characteristic of arbitration. In fact, the judicial court judge also decides a particular case: that is what *doing justice* means. As we stated above, this cannot mean the other two main goals of solving a conflict may be waived, as the right to legal protection itself may also not be waived. If arbitrators are set on the goal of *doing justice* by applying the Law, then they cannot be oblivious to previous decisions, whether rendered by arbitral or judicial courts. Consonant to this idea of arbitrators also having to decide in a *systemic* way is Thomas E. Carbonneau's statement that some systems of arbitration produce «substantive results that have a systemic character».³⁵

This is precisely what Thomas Schultz states when considering the implications of the above-mentioned goal of decisions of sustaining the rule of law, indicating that «[i]f dispute resolution outcomes are to collectively satisfy [the principles of governance by general rules, public as certain ability, prospectivity and steadiness over time], one element in the procedural setup of the system becomes crucial: the precedential force of prior outcomes».³⁶ Also bridging the concepts of rule of law and predictability, and therefore also of systematicity, Lon Fuller explains that a society is only ruled by law when there is predictability and consistency, dismissing the idea that the rule of law may exist when all issues are decided on an ad hoc basis and stating that «the enactment of contradictory rules (...) does not simply result in a bad system of law; it results in something that is not properly called a legal system at all».³⁷

This is also what Gabrielle Kaufmann-Kohler states,³⁸ considering that, if it may be debatable that arbitrators have a legal obligation to follow precedents, it is certain that there is a *moral* obligation to do so, in order to foster a normative environment that is predictable and, therefore, consonant to the «inner morality of law» that Fuller speaks about. If this morality comes from their position as creators of law and solvers of legal disputes, then it becomes clear this need of morality is a legal duty as it is, as Fuller puts it, a condition of any legal system. We will however explain later on when we believe such duty exists. A hint: the duty to follow a precedent exists when deciding *well* demands so.

³⁴ Weidemaier (2012).

³⁵ Carbonneau (2004, p. 1205).

³⁶ Schultz (2011, p. 240).

³⁷ Fuller (1969, pp. 38-39).

³⁸ Kaufmann-Kohler (2007, pp. 357 *et seq*).

3.3. May arbitral awards form precedents to state court judges?

7. We concluded before that every decision applying a certain set of rules may form (at least persuasive)³⁹ precedents to the decision-maker applying the same legal order or an order that regulates the disputed matter similarly, which already allows us to try to answer some important questions. We can therefore affirm that the *ratio decidendi* of a first instance judicial court decision, appellate court decision, as well as arbitral decisions may contain selfstanding rules,⁴⁰ hence, forming precedents, taken into account by a decision-maker in the deciding process.

It follows, of course, that it is possible and rational for a judicial court judge to decide the same way an arbitrator previously did, whenever the relevant alleged facts (as such considered by the judge) are analogue to those that the arbitrator considered in order to decide a certain way, so far as the judge thinks the conclusion to which the arbitrator arrived is the correct one—when thinking so, the judge must be able to explain the thought process leading up to such decision.

The unity of the judicial system—whichever ways the Common Law and Civil Law traditions have conceived to achieve it—depends on the coherence of the decisions rendered. The stability and predictability of decisions and, of course, the accountability of the decision-makers are the mainstay of that system and, as far as we see it, there is no sufficient reason to exclude arbitral decisions from its perimeter. If arbitral decisions were not to be considered by judicial courts, the State would be failing at one of its most crucial duties—delivering Justice through its courts—, for they would be reporting to incomplete, stale laws (for their application is also their formation),⁴¹ thus creating a parallel legal context in which former solutions are to be ignored, while the reasoning of solutions found without using all possible tools would be legally binding.

8. As we have concluded in our already quoted *Arbitral Precedent: Once and Again*:⁴²

³⁹ The reference to the persuasiveness of the precedent serves only the purpose of clarifying that until this point we have only been trying to understand if arbitral and judicial decisions may have precedential value for future decisionmakers. We have not yet taken a stance on the difference between persuasive and binding precedents and on what might make a precedent decision binding.

⁴⁰ Goodhart (1930).

⁴¹ See §§ 10, 11 and 12.

⁴² Costa e Silva (s.f.).

the morality of Law depends, from the legal theory's point of view, on the uniform resolution of identical cases. The conclusion is insensible to the particular source of the rule: be it a legal text or on any other source, as Law is found in the concreteness, what is of interest to us is always the decision. And, in a *prima facie* analysis, the nature of the decision-maker should also be irrelevant.

We will speak more about our input on the nature of arbitration, which will clarify our statements, below. We will also try to understand what the difference between persuasive and binding precedents is and what relevance it may have (and what relevance we think it *should* have) when considering the application, by a state court judge, of a rule created by an arbitral award, and vice versa.

4. Why apply a precedent?

9. Guilherme Rizzo Amaral⁴³ states the place occupied by the arbitral precedent within the judicial framework will depend on the chosen theory as to the nature of arbitration. The reader may by now comprehend we assume a standing point that is favourable to seeing arbitral decisions as part of the process of Law application and therefore of Law creation, which leads us to accepting that arbitrators follow both arbitral and judicial precedents and that judges follow arbitral precedents as well. What makes us think this way?

10. Both arbitrators and judges *pertain* to the Law, since their activity is the highest expression of its interpretation and application, and, therefore, *creation* of such Law. We have already adopted this view in our paper *Arbitral Precedent: Once and Again*: we consider that the essential mission of jurisprudence is the contribution to the revelation *and* creation of Law;⁴⁴⁻⁴⁵ the nature of the decision-maker is secondary to this matter. Therefore, we do not agree with Charles L.

⁴³ Rizzo Amaral (2017).

⁴⁴ Quotes as follows: «If the objective of observing the precedent is to provide coherence to the Law, with jurisprudence contributing to the promotion of equality of all before the law in the material sense, attaining these objectives, in the civil law system, through the decanting, based on the best arguments, of a norm from the rule, and by setting the norm, in praetorian terms, in the common law systems, we ask if one may speak of systemic coherence in just one way? Coherence that determines the observance by arbitral tribunal of the judicial precedents but would allow state courts to feel free to disregard arbitral jurisprudence?».

⁴⁵ This statement will be further developed in § 11.

Knapp's statement that «[w]hatever else arbitration may be, it is not 'law'—the kind of findable, studiable, arguable, appealable, restateable kind of *law*» that courts produce.⁴⁶

We stated before that following a precedent, either binding or even persuasive, is somewhat secondary to the decision-making process (see above, § 2). What we meant is that we believe a judge could still decide the same way even if the preceding decision did not exist—in that case, *that* would be the decision containing the self-standing and innovative rule.

Knowing whether to apply a precedent is therefore a secondary (we might even say *formal*) exercise, which has not so much to do with applying the Law, in its ampler sense, i.e., the legal system of principles and rules, but with applying an already decanted norm from such system: the idea of *applying a precedent* (that is, the rule contained in a previous *ratio decidendi*) is relevant to determine the *fons iuris* of the rule applied, but not to determine the application of the rule itself.

The application of the precedent is circumstantial, because it depends solely of a preceding decision having decided a certain way, which is transferrable to the decision being sought at present. On the contrary, the application of the rule is not circumstantial, it is necessary and derives from the particular case at hands.

11. Clearly, this matter regards the nature of the decision-making activity as *revealing* or *creating* rules of Law. For what we have been stating to make sense, it is important to clear up that, in our opinion, *decision-makers do not create norms; they reveal them through applying the whole legal system*.⁴⁷ In other words, we believe the interpretation and application of a rule is part of the process of creation of a rule, *maxime* by revealing it. This follows from the acceptance of the idea that interpreting something necessarily implies the overcome of the object being interpreted. That object is, in this particular case, written discourse.

⁴⁶ Knapp (2002, p. 766).

⁴⁷ The word *system* is used to represent the idea of *entirety* of a legal order. We do not mean to suggest Kelsen's theoretical conception of Law, developed on his *Reine Rechtslehre*. Our approach is mostly practical-oriented; this choice of words is justifiable by the need to distinguish between the designation of a certain set (which would then be referred to as *corpus*) and an axiologically oriented, intentionally created reality that aims to coherently solve any disputes that may arise in a certain legal context in a predictable and stable manner, that being its function. As for the concept of a functional/functionalized system, *cf.* Canaris (1983, pp. 155 *et seq.*).

Moreover, and as Armin Kaufmann notes,⁴⁸ the interpretative activity of the legal practitioner has the specific purpose⁴⁹ of linking different realities—existence and oughtness. If this is true, at the very moment a decision is rendered, something different from the legal text has been created: a synthesis between it and the (perceived) reality, which is *brought to the text* and attributes *meaning* to it⁵⁰—the norm. That interpretative *attitude* is, therefore, *creative*.

But because the idea of system we have been alluding to leads us to accept its wholeness, every valid decision *reveals* the optimal⁵¹ solution for the case at hands—it can always be found within the system.

However, we do not believe such creation begins and ends on a court. A (judicial or arbitral) decision cannot even be considered the last phase of the formation of a norm, since with every new application the rule evolves, its content becomes clearer and therefore its force (in terms of predictability and justification of its application and effects) becomes stronger.

Although we have stated that a system is always incomplete, what we mean is that it could never become completed, since every new decision rendered reveals a new possibility of application of the whole system. This does not mean that a system's fundamental principles cannot be altered partially or completely (in that case, we might say the whole system changed), for example, because of a change of political system.

Simply, even if some norms do not exist *yet* (for the correspondent formal rule never having been applied, which requires interpretation—and this only if we were to consider that a norm can be applied more than once, rather than that every rule contains virtually unlimited possibilities to intervene in the process of problem-solving, each possibility representing a different norm), they might stem from the existent set of principles agreed upon by deciders. It is when a norm has not been applied before that a (judicial or arbitral) decision may be said to contain an innovative self-standing rule.

48 Kaufmann (1984, pp. 25 *et seq*).

49 This practical view of the (in this case, legal) interpretative activity is explored by Gadamer in a different perspective: that of establishing the *conditions for understanding*, among which would be the pre-comprehension of the object and the *interest in understanding* it, which would guide the interpretative activity. Therefore, the overcome of the interpreted object would not only be a necessary result but a condition under which interpretation is possible (Kaufmann, 1975, pp. 250 *et seq*).

50 Schroth (1989).

51 This concept will be further analysed in § 18.

However, as norms are never truly applied the exact same way and may contain several normative contents (and these may evolve through time and social reform), we must note that all decisions end up containing (revealing), in a sense, an innovative norm, be it highly independent of any other decisions and interpretations of the same set of rules (not being analogue to any previous decision), be it just innovative in the sense that *the specific case X* (i.e., a specific matter of fact) had never been resolved by that norm (in other words, that that norm had never been applied to case X, but had been applied to cases involving analogue matters of fact).

12. To put it simply—and in order not to contradict ourselves, since before we stated that the application of Law is necessary for its creation—, we sustain that the particular case is decided through the weighing of all elements provided by a system, which is not yet Law up until the decision is rendered. Therefore, Law is created through the confrontation of the whole legal system and the particular case, resultant in a decision. The norm, now revealed, was already and always virtually part of the system, and in every new decision the content of the rule from which it stems will continue to be revealed.

Therefore, the concept of *precedent* is not necessary to the harmonization of the system, but it can favour the uniformization of Law application. Having said this, we mean to emphasize that the very word *precedent* should be used as an adjective, not a noun: it reports to an anterior rationalizing process, resultant in a decision that is now repeatable in the limits of the subject matter of each case.

In sum, it is our case that judicial decisions (either coming from state courts or arbitral tribunals) are sources of law regardless of the legal order being applied, as applying a rule is always part of the process of creating it, regardless of it never having been applied, of it not even being positivized or of it being positivized and having been applied several times. This does not mean, however, that by source of law we mean that judicial decisions may not be diverted from and that the system must be rigid; we mean that judicial decisions are both a source of law in the sense that application of law is part of the *creation* process of a rule and in the sense that they are a source of knowledge of the law (i.e., of any set of principles, rules and norms pertaining to a certain system), as decisions *reveal* the norms that the applied system's core principles demand. Looking into past decisions is therefore necessary in the decision-making process, but following a precedent is only necessary when the judge so considers, or, as Wasserstrom puts

it, «precedents ought always to be followed except when they should not»,⁵² a statement we will get back to.

5. Taking a stance on the nature of arbitration

Arbitral awards are determined by the existence of a previous arbitration agreement celebrated between the conflicting parties. However, the parties' goal when recurring to arbitration is still the same as when recurring to judicial courts: getting a decision which is able to solve the conflict fairly (the criteria being the legal system applied) and definitively, in a heteronomous manner—resorting to arbitration is not a synonym of arriving to a decision through an agreement of the parties; actually, it is still a revelation of lack of consensus. As we stated before, the arbitrator and the judicial court judge are bound by the same duties, in particular, the duty to decide *well*. We now move in the field of the above-mentioned right to legal protection.

In other words, and consequently, we do not think that the contractual nature of arbitral tribunals should imply that they be excluded from the idea of jurisdictional system, which consistency depends—even more so if we consider the Common Law family—on the concept of preceding rulings being, at some extent, taken into account by decision-makers.

As Sanders teaches, in arbitral conflict solving:

[o]n the one hand, there is the contractual basis: no arbitration without a valid agreement to arbitrate. This agreement may also regulate the appointment of the arbitrators; in addition, the conduct of the arbitral proceedings may be regulated in great detail by reference of the parties to a set of arbitration rules. On the other hand, arbitration is a judicial process. The arbitrators render, as private judges, a binding decision which is enforceable like a court judgement. Neither of the two aspects can be neglected. The nature of arbitration is influenced by both lines of approach.⁵³

Arbitrators have the power of jurisdiction insofar as they have the power to *say the law (jurisdiction)*, regardless of not having the coercive power to execute decisions. Jurisdiction is, nowadays, shared between state courts and other instances that may determine definitively the law in a specific case.

⁵² Wasserstrom (1961, p. 46).

⁵³ Sanders (2014, p. 5).

The definition of precedent has already made us arrive to these conclusions, which will be the starting point to the second half of this paper where we will ponder the weight of the traditional distinction made between binding and persuasive precedents and its usefulness, in an attempt to understand which nature an arbitral precedent (which we have by now clarified as existent) may have. As for now, we will take a short look into how precedents are framed by the legal families of Civil and Common Law.

So far, and we will continue to do so, we have only spoken about precedents and arbitral awards in a *lato sensu* manner, but it is clear that we are concerning primarily arbitration inserted in national contexts, since the questions relating to the possibility of judicial courts applying arbitral awards' *ratio decidendi* rendered in an international context is a different one. Nevertheless, and considering what we have written and the stream of thought we have been following, two additional notes are in order.

Firstly, it would be relevant to determine if a *legal system* is or should be confined by national borders. An unrestricted negative answer would imply that i) a set of internationally consensual rules had to exist, all pertaining to a coherent international legal system, from which all norms must stem and, consequentially, ii) all decisions, regardless of the court rendering them, had *precedential* value, either binding, persuasive or, as we will develop further in this text, precedential value resulting from the nature of the decision-making process.

Secondly, recalling what we wrote on § 3 and anticipating what will be stated below, decision-making making is an eminently rational process, which means that if there are enough relevant similarities between two cases, the chosen decision for each of them shall not differ. But this statement is only true if the criteria applicable to solve the case are the same, regardless of whether the previous decision applied the legal system also being applied at present or a different legal system that generally treats the issue in the same way, i.e., resorting to the same principles but maybe not containing a clear, undisputed resolution to cases such as the one being decided.

6. The reach of *fons ius* theories

The set of conclusions to which we seem to have arrived must now be put to the test and regarded from different angles.

There is no doubt both Common Law and Civil Law traditions structure their judicial organization in a pyramidal shape, the courts at its vertex being assigned (by Law, which in this context means by the State) certain prerogatives

and the ones at the basis being directly influenced by the exercise of those duties—the change of words is not innocent, as the reader might have already understood from what was written above.

Two questions should now arise: why do these *superior* courts have particular powers? Why is it that only superior courts shall have them? Or, to put it clearer, why are hierarchic structures related to the assignment of duties to courts? These interrogations concern the internal organization of the State's conflict-solving apparatus; nevertheless, the answers provided will directly impact the subject-matter of this reflection, as we now intend to demonstrate.

13. In the Common Law tradition, the *stare decisis* principle implies that the *ratio decidendi* (and not the *obiter dicta*) of previous decisions, rendered by the same or by a hierarchically higher court—therefore, either operating horizontally or vertically—, should define not only a pattern to subsequent ones but, in some cases, peremptory criteria for case resolution⁵⁴. In this tradition, there are two ways of non-appliance of a precedent: either through distinguishing or through overruling.

The *stare decisis* principle actually only arose in the XVIII century, over six hundred years after the establishment of common law, which is explained by Duxbury⁵⁵ as a consequence of the arrival of the duty to justify decisions: for a long time decisions needed not be justified by logical, comprehensible arguments. It was the necessity to do so that gave rise to the precedential value of decisions and, therefore, the rule of law in the Common Law. The fact that, however, the *stare decisis* principle is mandatory and the possibilities of non-appliance of a precedent are limited and often times not used because of various reasons,⁵⁶ sometimes judges follow precedents of which they do not approve.⁵⁷

⁵⁴ Hardisty (1979).

⁵⁵ Duxbury (2008, pp. 18 *et seq*).

⁵⁶ Reasons of which Duxbury takes account, such as laziness, lack of imagination, pressure for time to think about a problem afresh, timidity, prudence regarding the potential effects that a new decision could have on future ones, etc., following up with the statement that «[m]ore often than not, however, following a precedent serves the cause of restraint rather than creativity» (Duxbury, 2008, p. 10).

⁵⁷ *Jones v. DPP* (1962, p. 633), per Lord Devlin: «[T]he principle of *stare decisis* (...) does not apply only to good decisions; if it did, it would have neither value nor meaning». See also: «The ordinary business of judges is to apply the law as they understand it to reach results with which they do not necessarily agree» (Newman, 1984, p. 204).

Civil Law orders face the same challenges regarding predictability, equality and ultimately the deliverance of Justice in the form of just decisions. Yet, while in Common Law systems these concerns are addressed precisely by the doctrine of *stare decisis*, put into practice by the use of precedents, in Civil Law, past judgments (more precisely, their reasoning) are presented as relevant arguments both by the parties and the judge, nevertheless being challengeable; also, they can almost always be diverted from and are not equivalent to parliamentary legal dispositions, save for rare exceptions.

Despite these—as far as we see it, apparent—differences,⁵⁸ a remark is to be made: in both families, the formation⁵⁹ of decisions with precedential value—both binding and persuasive—is taken as a consequence of the hierarchic position of the court that renders the decisions.

In both traditions, this vertical display of courts is sustained by assumptions. They regard the quality of the decision-maker (thus implying another set of assumptions), the jurisdiction of the court or even its composition; more profoundly, it should be noted that, if binding, court decisions are equivalent to written law (although *subordinate* to it, since «a statute can always abrogate the effect of a judicial decision»)—⁶⁰ which making power belongs to the State. Therefore, and although these assertions might not be explicitly made, they follow from the *fons iuris* theories and tend to lead the Doctrine not to accept the precedential value of arbitral tribunal's decisions.

The national legal orders that regulate precedents do so in a way that reinstates these theories, by ordering that only decisions coming from high courts have binding effects,⁶¹ pursuant to the vertical dimension of the *stare decisis* principle.

⁵⁸ In fact, even if it is true that some courts are legally bound to apply precedents under certain circumstances (namely, the appetency of a previous decision's *ratio decidendi* to address a present case), the duty to decide well would also imply the re-use of that same *ratio decidendi*, if the decision-maker thinks it is correct to do so. This means that the reason why the decision-maker is bound to apply a precedent should always be the same, whether we are considering Common Law or Civil Law Systems. This is our opinion, contrary to the ones we referred to in the previous note.

⁵⁹ As we explained before, a persuasive precedent is formed through the application of a norm emerged from a preceding decision by the present decision-maker when he or she finds so to be adequate. Differently, a binding precedent receives its legitimacy from formal, or we might also say institutional, criteria. We will analyse this idea below.

⁶⁰ Cross (1961, p. 164).

⁶¹ For a detailed explanation on the vertical *stare decisis* doctrine in the United States, cf. Mead (2012). As for the functioning of such a doctrine in English Law, cf. Cross (1961, pp. 103 *et seq.*).

14. At this point, we must ask again: is it correct to justify the binding force of precedents based on a classic *fons iuris* theory?

That method of analysis might be adequate to sort out difficulties concerning institutional legitimacy (even if it still fails to provide entirely satisfactory answers, as we briefly noted above), but should the rendition of Justice through courts—any courts, being that both arbitral and State courts share the same primordial goal—⁶² depend on those institutional criteria? Should they not, on the contrary, serve that first purpose?

It appears so. So, if we put together everything we have written so far concerning the need of a systematic approach if courts are to render *the* good, just decision—the one that incorporates all the resources provided by that system; the one that is rational; the one that is correct; the one that is *valid and aims to be good*—⁶³ we believe the traditional approaches require development.

In fact, we do not believe that the sort of vertical precedent structure we referred to above actually constraints the judge and the case's outcome, since the judge, being bound by the duty of deciding well and being confronted by several norms originated by higher courts, will apply the norm that appears to be more suitable.

Or, as W. Mark C. Weidemaier states:

it is questionable whether vertical precedent serves as a material constraint on case outcomes. Among other reasons for scepticism is the fact that, although decision rules announced by superior courts are binding on inferior courts, most disputes will potentially implicate a host of competing decision rules, each of which may be binding within its sphere⁶⁴.

This said, we fundamentally do not think that a precedent which legitimacy was acquired from being announced by law influences very much the deciding activity. As Allen states regarding the common law, «[t]he ‘binding force’ of precedents has through constant and often unthinking repetition, become a kind of

⁶² It cannot be ignored that State courts occupying the vertex of the institutional pyramid are assigned duties apparently more related to the uniformization and development of Law through its use at the specific case than to the deliverance of a judgment that *merely* solves it. However, we have already stated that all judgments applying the Law also develop it, by solving the particular case, which is, of course, the fundamental duty of all courts. See what is stated in § 5 regarding the three main functions of dispute settlement.

⁶³ Further developments on this idea will be made on § 18.

⁶⁴ Weidemaier (2010, p. 1900, footnote 5).

sacramental phrase which contains a large element of fiction», as the judges are trained to believe

that the most conclusive logic is the analogy of antecedent cases, especially if they have been decided by Courts of higher jurisdiction than his own. By these we say he is ‘bound.’ But he is only bound in tellectually (...) It is he himself who must decide whether the precedent is authoritative or not.⁶⁵

Let us now understand this assertion a bit better, by examining the decision-making process and therefore the criteria decision-makers shall observe when deciding whether or not to apply the *ratio decidendi* of a previous decision.

7. The decision-making process

If regarded as previously developed schemes for the resolution of an ensuing conflict, it is easily understandable that the binding content of precedents does not lie on the operative part of the judgment, for the final decision cannot be separated from the situation that requires it.

Those schemes—the *ratio decidendi*—result from the intellectual effort of selecting from the reality, as presented to Court, what might be relevant for the final goal of delivering a judgment. That process is not crucial only for the purpose of reasoning the final decision. It is also the exercise that enables the construction of a pattern: identifying the general contours and the specifying elements of any given situation.

The selection process itself involves a certain understanding of the facts and knowledge of the applicable legal dispositions. From the choosing of elements and their—at least simultaneous—logical concatenation, a chain of deductions can be made, ideally syllogistically culminating in one sole conclusion, but often leading to a plurality of potential valid options, from which one is to be elected by the decision-maker as *the* good decision.

15. «Valid»—as it is used here and as we used it before—is not a naively chosen word. The processes we are discussing are eminently rational and it is in this rationality that the crucial condition of legitimacy for the rendition of a judgment is. It may be argued that a court’s legitimacy derives from its powers being assigned by the State (even if an arbitrator may be perceived as to having less of a public legitimacy)—this

⁶⁵ Allen (1925, pp. 333-334).

would be the positivistic approach to the much wider question of knowing what makes everything binding and an understanding of the word «jurisdiction» that we cannot follow. Even if we were to accept this statement, it would be now helpful to recall what we have previously written: it is not the operative part of the judgment that must be applicable to subsequent situations.

16. We would like to emphasize this idea a bit further, since the conclusions we will try to extract are subtly provided by the precedent doctrine itself. It is not the previous court given order that must be followed; thus, the cornerstone of the precedent doctrine cannot be the mere power to order.

The part of the decision that is *binding*—in the sense of legally having to be followed by subsequent decision-makers—is the intellectual path the decision-makers trace. If *valid* (when designed and if applied to this new case), such path ought to be reproduced. The precedent doctrine itself deconstructs the association between the institutional legitimacy a court needs to produce enforceable decisions and the judiciary legitimacy that leads to a valid decision and lays at the rationality of the judgment.

17. Even though it may be true that only certain entities may, by law, validly—institutionally validly, of course—pronounce judgments, it is not true that the conditions for that political kind of validity apply to the strictly legal and philosophical validity of a judgment⁶⁶. Coherence between premises and conclusion does not depend on any kind of hierarchy or institutional criteria, but on the prevalence of reason over randomness and, consequently, unpredictability, which is the enemy to be fought against by any legal thinker.

Trying to explain the existence and functioning of precedents using the *topoi* from which we discuss institutional legitimacy is an incomplete manner of analysing such matter and tends to deny the possibility of formation of binding arbitral precedents. The only acceptable justification for the existence of binding legal precedents also implies accepting arbitral precedents, if the process to achieve the final judgment is submitted to the same rationalizing elements. What we mean to say is that, while a decision is only legitimate when formed by a rational process which can be communicated, and rendered by a competent entity, there is no competent entity to say whether the *ratio decidendi* of a decision may form a binding precedent, since it is the necessity of a rational decision able to

66 Neves (1995, pp. 85 *et seq*).

put to terms the conflict taking place that may oblige the decision-maker to follow a previous set of decisions.

The idea we want to make clear is that the source of validity of every precedent rests in its *ratio decidendi*, which can only be achieved by the rationalizing process of sorting and applying facts and legal criteria, a process which must be linguistically expressed and comprehensible: as Castanheira Neves explains, the relevant rationality is not the one that simply aims to achieve a necessary inference or demonstration or a true and universal knowledge or explanation, but a finalistic, practical and relational rationality that aims to solve definitively the conflict in a way that is understandable by the parties and third persons.

We adopt, not a formal conception of logic and rationality, but a conception of rationality that allows for a *trans-subjective* validity,⁶⁷ not an objective one—it is not to Truth that the decision-maker is bound. Several conclusions can be drawn from this standing point: first of all, the decision-making process is not and shall not be disconnected from the particular *conflict* to which the decision is required—hence, *decidendi*. This already implies that the *judgment* is not a purely intellectual activity, although it must be justifiable through rational arguments (which construction already requires a value judgment by the decision-maker) and a rational display of those arguments, on which the communicability depends—hence, *ratio*.

18. This is why we think that the goal of achieving one decision is merely ideal—it is not incompatible with the potential validity of several judgments. The correspondence between a logical—justifiable—conclusion and a court decision is its most fundamental condition of validity.

The cautious reader might now be asking how to articulate the idea of a single *good—fair—decision*, mentioned on § 7, and this last statement. The apparent irreconcilability between these statements—meaning the existence of only one good decision for a certain case not implying the validity of only

67 In fact, as asserted by W. Mark C. Weidemaier, it is the explanation the decision-maker gives to substantiate a decision that allows the observation of the norms applied, namely jurisprudentially generated norms. In the Author's words, «the practice of citing to and engaging with past awards [by the arbitrator deciding a case] suggests that system participants invest those awards with 'normative authority' and that arbitrators view themselves as engaged in a lawmaking enterprise. (...) [A]rbitral precedent must be observable to the relevant constituency» (Weidemaier, 2010, p. 1902).

that decision—ought to be solved by sorting out the different realities the two adjectives report to.

Dworkin's well-known *Hercules J.*⁶⁸ would be the prototype of the ever-good decision-maker: being omniscient, his ability to access every aspect of the system on which he was integrated would allow him to resort to the integrity of it when faced with the necessity to render a decision. And it is precisely because of that unlimited knowledge and lack of inherent human constraints such as time, space and outer motivations that the solution he arrives to is the only valid one—if the decision-maker is able to access all aspects of the reality presented to him and has the capacity to mobilize a system in its integrity, the result from his decision-making process is necessarily a flawless decision.⁶⁹ In this scenario, the validity and the adequacy of the decision rendered necessarily coincide: the good decision is a perfect one.

However, (fully) human decision-makers do not assemble Dworkin's Hercules. The *corpus* of information they may master is immensely limited. And in the absence of the god-like characteristic of omniscience, the lacunar grasp of information available to them leads to the impossibility of *absolute* correctness—it allows them to aim for coherence, at best, and even so within the perimeter traced by the reality known to them.

This means that if we were to consider that reality exceeds its own representation, the decision rendered by the human *judge* can be rationally correct without being *good*: i.e., the best possible decision is not, except for the existence of a decision-maker such as Hercules, the ultimately good decision.

However, the human judge/arbitrator who reaches a certain judgment regarding a case via logical thinking and concatenation of rational arguments does so within a specific framework of rules and principles, that is, the applicable legal order. What we mean is that the determination of whether a decision is rational must be done in regard to the legal order applied, more specifically the interpretation and application of the legal rules that the decisionmaker finds adequate and relevant to the case.

Therefore, the rationality demanded to a decisionmaker is not only communicative, but also relative, not absolute—it is *relational*, as it stems from a triangular relationship between the law, the case *and* the judge. It is this type of

68 Dworkin (1986, pp. 239 *et seq.*).

69 A different problem would be that of determining if a system is or can ever be complete—we briefly address that question in § 3 and 11.

rationality that allows for a decision to be deemed *valid*: such decision is not only *correct*, but also *good*. Perhaps not the absolute *best* decision virtually provided by the system, but the best decision provided by all the circumstances of a decision-making (human) process, in which is included the limitedness of the decision-maker. Tending to this concept of rationality, the valid-because-rational decision is the *optimal* decision.

19. However, the binding effect of a decision does not solely derive from its validity. It is not because the conclusion derives logically from the premises—as taken to court by the parties—that the judgment is binding, for that would imply an ontological leap: this is where institutional legitimacy plays its most relevant role. It transforms the conclusion of the judiciary syllogism into an order, meaning that the decision itself (as final phase of conflict solving) can be observed from two different perspectives: as an authoritarian order and as a rational climax—if an order is not substantiated, it is authoritative; if it follows a rational explanation, it is the rational *climax*, rendering enforceability to the judgment, but also concluding the rationalizing process by finally giving an answer to the claimant's petition. Indeed, the correctness of an intellectual construction that supports a final illation does not instantly correspond to the reasoning of the judgment or to the judgment itself.

These are different realities, interlocked by institutional powers, assigned to courts by Law. The gap between logic thought and a declaration that alters a parties' juridical situation and consubstantiates an enforceable order is both linguistical and logic itself; yet, the chasm is filled by the implicit transformative power that comes along with the power to render a judgment.

We would like to recall our previous statements concerning the different kinds of legitimacy at presence—the legitimacy derived from a justified and therefore comprehensible reasoning process of deciding (jurisdictional legitimacy, which allows the validity of the decision) and the institutional legitimacy, both relevant to explaining the binding effect of any decision.

20. One final note regarding the decision-making process: we have stated before that we agree with von Jhering's vision that Law is essentially a method of problem solving, rather than a system of abstract rights, but that we do not agree that logic should be excluded from the juristic method. In these regards we have added that the law only exists in the concrete, real, material, i.e., with every situation of life that demands the interpretation (and therefore application) of legal rules, be it in adjudication when a conflict arises or, regardless of any

conflict, whenever someone accepts or is forced to taking on a responsibility or a duty before someone else.

We have also stated that the rationality we believe to be demanded in adjudication is a relational one, or triangular, as it arrives at a meeting point between the judge, the case and the law (i.e., the legal system being applied and all other legal materials, both foreign legal systems and doctrines). In sum, we believe in a conciliation of empiricism and rationalism, or of empiricism, normativism and conceptualism, loosely in the lines of William James' Pragmatism:⁷⁰ experience providing the ultimate test to any concept.

In these regards, we follow Roscoe Pound's critique of «mechanical jurisprudence»⁷¹ (a formal style of reasoning through which courts decide cases based on broad principles and concepts): if experience is the ultimate test, a case may not be decided solely on the basis that the facts seem to fit in the definition of a certain juridical institute (such as liberty of contract, for instance), despite the harmful consequences of applying the predefined legal regime of that institute.

And a certain concept (juridical institute) may not predefine consequences that will be so rigid as to not allow a good decision to all cases that fall into it. This does not mean concepts ought not to exist or be taken into account, but

⁷⁰ James (1907).

⁷¹ Pound (1908, pp. 605-623). The author writes: «Law is scientific in order to eliminate so far as may be the personal equation in judicial administration, to preclude corruption and to limit the dangerous possibilities of magisterial ignorance. Law is not scientific for the sake of science. Being scientific as a means towards an end, it must be judged by the results it achieves, not by the niceties of its internal structure; it must be valued by the extent to which it meets its end, not by the beauty of its logical processes or the strictness with which its rules proceed from the dogmas it takes for its foundation». And, regarding the effects of a scientific legal system upon courts and legal professionals: «Perfection of scientific system and exposition tends to cut off individual initiative in the future, to stifle independent consideration of new problems and of new phases of old problems, and to impose the ideas of one generation upon another. This is so in all departments of learning. One of the obstacles to advance in every science is the domination of the ghosts of departed masters. Their sound methods are forgotten, while their unsound conclusions are held for gospel. Legal science is not exempt from this tendency. Legal systems have their periods in which science degenerates, in which system decays into technicality, in which a scientific jurisprudence becomes a mechanical jurisprudence». And the author adds further: «I have referred to mechanical jurisprudence as scientific because those who administer it believe it such. But in truth it is not science at all. We no longer hold anything scientific merely because it exhibits a rigid scheme of deductions from *a priori* conceptions. (...) The idea of science as a system of deductions has become obsolete, and the revolution which has taken place in other sciences in this regard must take place and is taking place in jurisprudence also».

simply that their adequacy is tested by the substantive effects they produce.⁷² Roscoe Pound, in these regards, introduces the sociological movement in jurisprudence as opposite to mechanical jurisprudence as «a movement for pragmatism as a philosophy of law; for the adjustment of principles and doctrines to the human conditions they are to govern rather than to assumed first principles; for putting the human factor in the central place and relegating logic to its true position as an instrument».⁷³

Once again we stress that this is not contrary to seeing predictability and consistency as one of adjudication's goals, but most importantly, it must be predictable that all decisions will be adequate to the specific facts of the case being decided.

8. Final thoughts

21. There is, in the end, only one optimal decision: the one reasoned (which means it must be justifiable and driven by practical motives: obtaining the definitive composition of the conflict and the harmonization of the system and all its rules) and institutionally legitimate.

The two conceptions of validity that we intended to present and explore—the judicial and legislative (therefore, political) perspectives—must gather when it comes to appreciate the legitimacy of a judgment⁷⁴ and, as far as precedents are concerned, their hypothetical binding effects. However, we also tried to

72 As António Manuel Hespanha puts it, «Although many concepts or juridical principles are much more modern than generally supposed, it is true that there are others which seem to exist, with their *face value* (i.e., referred to with the same words or as sentences) for a long time. Indeed, concepts such as person, freedom, democracy, family, obligation, contract, property, theft, homicide, are known as juridical constructions since the beginning of the history of European law. However, if we advance a little in their interpretation, we see right away that, underneath the surface of their *terminological* continuity, there are decisive ruptures in their *semantic* meaning. The meaning of the same word, in its different historical occurrences, is intimately connected to the different contexts, social or textual, of each occurrence. In other words, the meaning is eminently *relational or local*. (...) Behind the apparent continuity in the surface of words lies hidden a radical discontinuity in the profoundness of meaning. And this semantic discontinuity frustrates completely that aspiration of an intemporal validity of the concepts embedded in the words, even if the latter remain the same», also explaining in footnote that by *relational* the author means that all concepts are used in each time in relation to others that are also used in the same time in the history of discourse (v.g., freedom to slavery, democracy to monarchy, etc.). *Cfr.*, Hespanha (2012, pp. 17-18) (here, freely translated).

73 Pound (1908, p. 610).

74 Neves (1995, p. 93).

demonstrate that the current understanding of what «institutional legitimacy» (which corresponds to legislative validity) might signify (in a nutshell, the supremacy of State courts' *auctoritas* over the *auctoritas* recognized to arbitral courts, which results in different assignments of *potestas*)⁷⁵ appears not to be adequate to the conceptualization of the precedent doctrine: in one hand, that kind of legitimacy stands on assumptions, mainly concerning the appetency of some courts to better decide certain cases—those assumptions don't seem to serve the purpose, when it comes to our current object of analysis; on the other hand, basing the precedent doctrine on institutional legitimacy criteria seems to result in the closure of a system which is pre-eminently dialectical and which affirmation, creation and re-creation occurs by the exercise of its main function—to decide.

22. This obliges us to conclude that, institutional legitimacy checked, binding judicial precedents cannot be accepted without also accepting the formation of arbitral precedents and their binding effects. Why? Because the condition of validity for both judgments lies on the same justification: both judge and arbitrator must reach a reasoned decision to stabilize the legal situation of the parties at conflict; at the same time, the *fons iuris* theory proves itself unsatisfactory when it comes to deep reflection on this subject-matter. We go back to Wasserstrom's phrase that «precedents ought always to be followed except when they should not».⁷⁶

Even though this maxim is considered by Duxbury to be «unhelpful»,⁷⁷ it dethrones the *fons iuris* theory and guides us in concluding that, in a legal system in which the Law aims to reach a definitive solution to a conflict that is not incompatible with any other decisions and legal rules, the difference between binding and merely persuasive precedents ought to not exist, even though it exists in the praxis of both Civil and Common Law.

We sustain that, if the mainstay of the precedent doctrine is, as we argued, the validity of the judgment, all decision-makers must try to achieve that rational decision and therefore make use of every source of Law, both formal and informal. Only institutional and political-legislative structures may make use of

⁷⁵ We would like to recall our previous notes on the legally determined hierarchic organization of State courts and the assignment of duties that both result from and underlie that distribution, being those justified by implicit assumptions, as stated on § 6.

⁷⁶ Wasserstrom (1961, p. 46).

⁷⁷ Duxbury (2008, p. 13).

hierarchic and judicial vs. arbitration differential criteria, for validity criteria are common and equivalent whether they concern arbitral or state court judgments.

If our premises stand, there is no alternative but to perceive both Civil and Common Law as a rational and, therefore, systematic core of legal rules. The word «systematic» might raise some eyebrows, considering that one of the main distinctions made between Civil and Common Law is the systematic nature of Civil Law⁷⁸—however, the path we rationally traced in this paper forces us to conclude that, in Common Law, it is precedents and not legal codes that reveal its systematic nature, preventing contradictory rulings and guaranteeing predictability and equality before the Law.

This does not mean that in Common Law systems precedents should be binding when coming from certain Courts of law and that, therefore, judges ought to decide in ways they do not agree with, simply because of the previous rendition of a judgment concerning an analogue case. In Common Law, decisions simply reveal more intensively the norms of the system, as less written statutes exist, but the precedent rule ought not to oblige the following of a precedent solely because of institutional criteria. Deciding is still in this context, as always, a cognitive exercise aimed at the final purpose of party satisfaction through conflict solving via just, fair reasoning (i.e., considering the existent system of rules and the need for predictability). The decision-maker's duty is still to decide well.

23. Traditional—but still taking effect nowadays—constructions only confer binding effects to precedents derived from decisions rendered by higher courts, basing such option on assumptions of various kinds. These constructions stem from the realization of the inexistence of Dworkin's Judge Hercules⁷⁹ and, therefore, the practical impossibility of having a system able of discovering the absolute best (past) decision.

The deliverance of Justice is as limited as we are, for the systems chosen are designed by persons who have limited amounts of knowledge, experience and time. Yet, we still need to decide; what is most, we need to decide in the best, longest-lasting way possible. Therefore, these constructions are based on assumptions, on the penalty of facing the impossibility to decide in reasonable time. Binding precedents coming only from higher courts are meant to save the

⁷⁸ Cross (1961, p. 4).

⁷⁹ Dworkin (1986, pp. 239 *et seq*).

judge from the burden of looking into every past decision and deciding which is best, and are meant also to help enforce judicial certainty and predictability.

These assumptions aim to help more the system's continuity than the specified decision taken, for they might not be verified in a certain case. As we understand it, there is no relation of causality between one instance (legal or jurisdictional) saying which precedents (judicial or arbitral) are or are not binding and their actually binding effects, for it is the process of decision making itself that forces a judge to investigate past decisions and juridical opinions to better interpret laws and apply rules and principles. It is the goal—*rectius*, the judge's duty—of reaching the optimal decision for the case in hands that might lead him or her to decide according to a past decision, be it originated from a state court or an arbitral tribunal.

References

Alexy, R. (1983).

Theorie der juristischen Argumentation: Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung. Frankfurt: Suhrkamp Verlag.

Allen, C. K. (1925).

Precedent and logic. *Law Quarterly Review*, (41).

Alvim, T. A. (2018).

Arbitrating in Brazil: Arbitration and binding precedents. Kluwer Arbitration Blog. <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/02/10/arbitrating-brazil-arbitration-binding-precedents/>

Amaral, G. R. (2017).

Judicial precedent and arbitration: Are arbitrators bound by judicial precedent? A comparative study of UK, US and Brazilian law and practice. London: Wildy, Simmonds & Hill Publishing.

Bělohávek, A. J. (2011).

Arbitration from the perspective of right to legal protection and right to court proceedings (the right to have one's case dealt with by a court): Significance of autonomy and scope of right to fair trial. In Alexander J. Bělohávek and Naděžda Rozehnalová (Eds.), *Czech (& Central European) Yearbook of Arbitration: The relationship between constitutional values, human rights and arbitration* (vol. 1, pp. 47-70). New York: JurisNet, LLC.

Bellocchi, M. (2017).

Precedentes vinculantes e a aplicação do direito brasileiro na convenção de arbitragem. São Paulo: Revista dos Tribunais.

Canaris, C. W. (1983).

Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts. Berlin: Duncker & Humblot.

Carbonneau, T. E. (2004).

Arbitral Law-Making. *Michigan Journal of International Law*, (25), 1183-1208. <https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1290&context=mjil>

Collier, J., & Lowe, V. (2000).

The settlement of disputes in international law, institutions and procedures. New York: Oxford University Press Inc.

Costa e Silva, P. (s.f.)

Arbitral Precedent: Once and Again. https://www.academia.edu/35311889/Arbitral_Precedent_once_and_again

Costa e Silva, P., Vitorino, B. M., & Almeida, F. L. (2018).

Arbitral precedente: still exploring the path. Wolters Kluwer Blog. <https://legalblogs.wolterskluwer.com/arbitration-blog/arbitral-precedent-still-exploring-the-path/>

Cross, R. (1961).

Precedent in English Law. London: Oxford University Press.

Duxbury, N. (2008).

The nature and authority of precedent. Cambridge: Cambridge University Press.

Dworkin, R. (1986).

Law's Empire. Norfolk: Hart Publishing.

Fiss, O. (2009).

The history of an idea. *Fordham Law Review*, (78), 1273-1280. <https://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4507&context=flr>

Fuller, L. (1969).

The morality of law [revised edition]. New Haven and London: Yale University Press.

Gadamer, H. G. (1975).

Wahrheit und Methode. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck).

Goodhart, A. L. (1930).

Determining the ratio decidendi of a case. *The Yale Law Journal*, 40 (2), 161-183. <https://www.jstor.org/stable/pdf/790205.pdf>

Hardisty, J. (1979).

Reflections on stare decisis. *Indiana Law Journal*, 55(1), 41-69. <https://www.repository.law.indiana.edu/ilj/vol55/iss1/3>

Hespanha, A. M. (2012).

Cultura jurídica europeia – síntese de um milénio. Coimbra: Almedina.

Hart, H. L. A. (1994).

The Concept of Law (2.^a ed). Oxford: Clarendon Press.

James, W. (1907).

Pragmatism: a new name for some old ways of thinking. Project Gutenberg. <https://www.gutenberg.org/ebooks/5116>

Kaufmann, A. (1984).

Die Geschichtlichkeit des Rechts im Licht der Hermeneutik, in *Beiträge zur Juristischen Hermeneutik*. Cologne: Carl Heymannns Verlag.

Kaufmann-Kohler, G. (2007).

Arbitral precedent: dream, necessity or excuse? The 2006 freshfields lecture. *Arbitration International*, 23(3), 357-378. <https://lk-k.com/wp-content/uploads/Arbitral-Precedent-Dream-Necessity-or-Excuse.pdf>

Kelsen, H. (1934).

Reine Rechtslehre. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck).

Knapp, C. L. (2002).

Taking contracts private: the quiet revolution in contract law. *Fordham Law Review*, (343), 761-798. https://repository.uclawsf.edu/faculty_scholarship/343/

Llewellyn, K. N. (1930).

Case Law. In Edwin Robert Anderson Seligman and Alvin Saunders Johnson (Eds.), *Encyclopaedia of the Social Sciences* (vol. III). London: Macmillan.

Mead, J. W. (2012).

Stare decisis in the inferior courts of the United States. *Nevada Law Journal, Forthcoming*, 12(3), 787-83. <https://scholars.law.unlv.edu/nlj/vol12/iss3/21/>

Neves, A. C. (1995).

Fontes do Direito – contributo para a revisão do seu problema. In *Digesta – Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e outros* (vol. 2). Coimbra: Coimbra Editora.

Neves, A. C. (2010).

O actual problema metodológico da interpretação jurídica. Coimbra: Coimbra Editora.

Newman, J. O. (1984).

Between legal realism and neutral principles: the legitimacy of institutional values. *California Law Review*, 72(2), 200-216.

Pound, R. (1908).

Mechanical jurisprudence. *Columbia Law Review*, 8(8), 605-623.

Sanders, P. (2014).

Arbitration. In Mauro Cappelletti (Ed.), *International Encyclopedia of Comparative Law* (vol. XVI, chapter 12). Leiden and Boston: Martinus Nijhoff Publishers; Tübingen: Mohr Siebeck.

Schauer, F. (2011).

Precedent. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1836384

Schroth, U. (1989).

Philosophische und juristische Hermeneutik. Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart. Heidelberg: C. F. Muller Juristischer Verlag GmbH Verlag.

Schultz, T. (2011).

The three pursuits of dispute settlement. In Alexander J. Bělohávek and Naděžda Rozehnalová (Eds.), *Czech (& Central European) Yearbook of Arbitration: The relationship between constitutional values, human rights and arbitration* (vol. 1, pp. 227-244). New York: JurisNet, LLC.

Seagle, W. (1945).

Rudolf Von Jhering: or law as a means to and end. *The University of Chicago Law Review*, 13(1), 71-89. <https://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol13/iss1/4/>

Von Jhering, R. (1913).

Law as a means to and end (Isaac Husik, trans.). Boston: The Boston Book Company.

Von Jhering, R. (1915).

The struggle for law (J. Lator, trans.). Chicago: Callaghan and Company.

Wasserstrom, R. A. (1961). *The Judicial Decision: Toward a Theory of Legal Justification*. Stanford: Stanford University Press.

Weidenmaier, W. C. M. (2010).

Toward a theory of precedent in arbitration. *William & Mary Law Review*, 51(5), 1895-1958. <https://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol51/iss5/5/>

Weidenmaier, W. C. M. (2012).

Judging-lite: how arbitrators use and create precedent. *North Carolina Law Review*, 90(4), 1091-1146. <https://scholarship.law.unc.edu/nclr/vol90/iss4/4/>

Wolaver, E. S. (1934).

The historical background of commercial arbitration. *University of Pennsylvania Law Review*, 83(2), 132-146. <https://repository.law.upenn.edu/Documents/Detail/the-historical-background-of-commercial-arbitration/169837>

Case law, statutes and other legal documents

Jones v. Director of Public Prosecutions, 2 WLR 575 (Court of Criminal Appeal [Reino Unido], 1962).

Statute of the International Court of Justice (United Nations, 1945). <https://www.icj-cij.org/en/statute>



La versión brasileña del proceso estructural: ¿una posible contribución para América Latina?

The Brazilian Version of Structural Litigation: A Possible Contribution to Latin America?

Edilson Vitorelli*

Profesor adjunto en la Universidade Federal de Minas Gerais.

Código ORCID: 0000-0002-1223-8759 | Contacto: edilsonvitorelli@gmail.com

Resumen

El artículo examina la configuración del proceso estructural en el derecho brasileño y su potencial como modelo para América Latina. A partir de la distinción entre litigio colectivo y proceso colectivo, el autor propone una tipología de los litigios —globales, locales e irradiados— que permite comprender la diversidad y complejidad de los conflictos colectivos contemporáneos. En este marco, se identifica a los litigios estructurales como una categoría de litigios irradiados derivados del funcionamiento defectuoso de estructuras institucionales que generan violaciones sistemáticas de derechos. Se sostiene que los mecanismos tradicionales resultan insuficientes frente a su carácter policéntrico y a la multiplicidad de intereses en conflicto. Por ello, se propone que el proceso estructural es una

* Posdoctorado en Derecho por la Universidade Federal da Bahia, con estudios en el Max Planck Institute for Procedural Law (Luxemburgo). Doctor en Derecho por la Universidade Federal do Paraná (Brasil). Máster en Derecho por la Universidade Federal de Minas Gerais. Profesor adjunto de Derecho Procesal Civil en la Universidade Federal de Minas Gerais en cursos de licenciatura, maestría y doctorado. Profesor en la Universidade Presbiteriana Mackenzie (Brasil). Profesor en los cursos de maestría y doctorado en la Universidade de Ribeirão Preto (Brasil) y en la Universidade Católica de Brasília (Brasil). Profesor visitante en las universidades de Sídney (Australia) y Münster (Alemania). Investigador visitante en la Stanford Law School (EE. UU.) y la Harvard Law School (EE. UU.). Ha impartido conferencias en diversos congresos internacionales y universidades extranjeras, entre las que destacan Yale, Stanford, Georgetown y Berkeley (EE. UU.). Es el único autor brasileño ganador del premio Mauro Cappelletti, otorgado cada cuatro años por la International Association of Procedural Law, al mejor libro sobre proceso del mundo. Fue relator de la Comisión de Juristas del Senado Federal para la elaboración del Anteproyecto de Ley del proceso estructural. Magistrado Federal del Tribunal Regional Federal de la 6.^a Región.

** [Traducción libre del autor]. Revisión por Stefan Espejo Macedo.

técnica orientada a transformar dichas estructuras mediante soluciones flexibles y progresivas. Finalmente, se destaca la necesidad de adecuar la respuesta jurisdiccional al tipo de litigio, subrayando la relevancia del modelo brasileño.

Palabras-clave: Proceso estructural, litigio estructural, proceso colectivo, litigio colectivo, tutela jurisdiccional, derechos colectivos, reforma estructural.

Abstract:

This article examines the configuration of structural litigation in Brazilian law and its potential as a model for Latin America. Based on the distinction between collective disputes and collective proceedings, the author proposes a typology of disputes—global, local, and irradiated—which enables a better understanding of the diversity and complexity of collective contemporary conflicts. Within this framework, structural disputes are identified as a category of irradiated disputes arising from the defective functioning of institutional structures that generate systematic violations of rights. It is argued that traditional mechanisms are insufficient to address their polycentric nature and the multiplicity of competing interests involved. Accordingly, structural proceedings are proposed as a procedural technique aimed at transforming such structures through flexible and progressive solutions. Finally, the article emphasizes the need to adapt judicial responses to the specific type of dispute, highlighting the relevance of the Brazilian model.

Keywords: Structural process, structural litigation, collective procedure, collective litigation, judicial protection, collective rights, structural reform.

Recibido: 13 de agosto de 2025 | Aprobado: 20 de enero de 2026

Sumario: 1. Introducción.- 2. Concepto de litigio colectivo.- 2.1. Los litigios colectivos según los conceptos de sociedad: tipología.- 2.1.1. Litigios colectivos de difusión global (litigios globales).- 2.1.2. Litigios colectivos de difusión local (litigios locales).- 2.1.3. Litigios colectivos de difusión irradiada (litigios irradiados).- 3. Proceso colectivo.- 4. Litigios estructurales.- 5. Procesos estructurales (*structural litigation*).- 5.1. El concepto de proceso estructural según el Proyecto de Ley 3/2025, la Recomendación CNJ 163/2025 y la Resolución Normativa AGU 149/2025.- 5.2. Las normas fundamentales del proceso estructural de acuerdo con el Proyecto de Ley 3/2025.- 6. Consideraciones finales: el perfil del proceso estructural.

1. Introducción

Brasil siempre ha ocupado una posición de liderazgo en América Latina en lo que respecta al proceso colectivo. Desde 1985, con la Ley de Acción Civil Pública y, posteriormente, en 1990, con el Código de Defensa del Consumidor, el país implantó un sistema procesal colectivo que admite cualquier tipo de pretensión y que, bajo la dirección del Ministerio Público, ha sido testigo de la interposición de miles de acciones colectivas por año. Al alejarse del sistema estadounidense y confiar en una institución pública independiente como defensora de la sociedad, el sistema procesal colectivo brasileño inspiró el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica y, con este, a la legislación de varios países¹.

En los últimos tiempos, varios procesalistas brasileños² han dirigido sus esfuerzos al estudio y a la elaboración de propuestas para regular el llamado «proceso colectivo estructural» o, de manera sintética, «proceso estructural»³. El resultado tangible más antiguo de este interés es quizás la presentación del Proyecto de Ley 8.058/2014⁴, en trámite en la Cámara de Diputados, que tiene por objeto regular «el control y la intervención en las políticas públicas por parte del Poder Judicial» y dispone en su artículo 2, párrafo único, que el proceso en este caso tendrá características «estructurales con el fin de facilitar el diálogo institucional entre los poderes». Aunque la intervención judicial en las políticas públicas y el proceso estructural son conceptos totalmente distintos y dicho proyecto de ley haya sido abandonado, es un recuerdo histórico de la fase inicial

1 Para un debate más completo sobre este tema, véase Vitorelli (2024, pp. 55-65).

2 La obra de este autor dedicada al tema alcanzó, cinco años después de su lanzamiento, siete ediciones. Véase Vitorelli (2026).

3 Los trabajos pioneros sobre el tema en Brasil son: Bauermann (2012) y Jobim (2013). En tiempo más reciente, diversas publicaciones han venido abordando el asunto. Véase, por ejemplo, Grinover *et al.* (2017), Arenhart y Jobim (2017), Arenhart (2013, 2015), Violin (2013), y Didier Jr. *et al.* (2017). En los Estados Unidos, además de los trabajos mencionados a lo largo del texto, véase: Fiss (1979), Cummings y Eagly (2001), Rushin (2016), Bertelli y Feldman (2006), Goldstein (2005) y Ratner (1998).

4 Este proyecto de ley, como iniciativa concreta para modificar la realidad procesal brasileña, se mencionará sucesivamente a lo largo del texto. Fue elaborado por la escuela de proceso civil de la Universidad de São Paulo (USP), bajo la dirección de la profesora Ada Pellegrini Grinover y el profesor Kazuo Watanabe, con la colaboración del profesor Paulo Lucon. En 2014, el proyecto fue presentado al Poder Legislativo por el diputado Paulo Teixeira. Desde entonces, hasta 2020, no ha tenido ningún avance y no ha sido examinado por ninguna comisión ni ha recibido ningún dictamen. Por lo tanto, no hay perspectivas a corto plazo de que sea aprobado. Sin embargo, las ideas contenidas en su texto tienen un importante valor doctrinal y merecen ser consideradas.

que, en ese momento, estaba repleta de incertidumbres de este movimiento. Más de diez años después, el proceso estructural se ha convertido en una de las áreas del proceso civil sobre las que más se escribe y, desde el punto de vista práctico, en el método de conducción adoptado por el Poder Judicial en algunos de los procesos más complejos del país.

Sin embargo, ¿qué significa que un proceso sea estructural? ¿Todo proceso que pretenda interferir en las políticas públicas es un proceso estructural? ¿Y todo proceso estructural es un proceso colectivo? ¿Se trata de conceptos superpuestos? El objetivo del presente texto es proponer un marco teórico conceptual para resolver estas dudas y, al mismo tiempo, proponer una base que también sea útil para otros ordenamientos jurídicos.

2. Concepto de litigio colectivo⁵

El primer concepto que requiere aclaración es el de litigio colectivo. Los litigios son conflictos relacionados a intereses jurídicamente relevantes. En inglés, se denominan «*disputes*». Según Humberto Theodoro Júnior, «litis y litigio son términos sinónimos y corresponden a un evento anterior al proceso»⁶. El litigio colectivo es el conflicto de intereses que se inicia involucrando a un grupo de personas más o menos amplio, y en el que estas son tratadas por la parte contraria como un conjunto sin que haya relevancia significativa en ninguna de sus características estrictamente personales. Esto es lo que distingue al litigio colectivo de los litigios individuales. De dicho modo, el litigio colectivo se produce cuando un grupo de personas resulta perjudicado como sociedad sin que la parte contraria actúe contra alguna de esas personas en particular, sino contra el conjunto.

En estos términos, cuando un sastre perjudica a diez de sus clientes, lo que existe es una decena de litigios individuales derivados de las relaciones que se establecen y desarrollan de forma aislada con cada uno de ellos. Aunque el perjuicio sufrido en los diez casos sea idéntico, no se tratará de un litigio colectivo debido a que las relaciones se desarrollan *intuitu personae*. Esta identidad se derivará de cadenas causales distintas y no de una decisión general que afecte a todos los contratos. Por su parte, cuando una empresa productora de alimentos a gran escala reduce su control de contaminación y permite que se mezclen insectos con

5 Esta conceptualización básica fue desarrollada originalmente en Vitorelli (2025). Esta obra fue galardonada con el Premio Mauro Cappelletti, otorgado cada cuatro años por la International Association of Procedural Law al mejor libro sobre proceso del mundo.

6 Theodoro Jr. (2016, § 8).

sus productos⁷, afectando a los respectivos compradores, el litigio es colectivo, ya que la cadena de eventos de la que se deriva no se relaciona con ninguno de determinados consumidores que adquirieron los productos, sino con la colectividad de clientes de la empresa. Estas personas se involucran en el litigio como grupo o como sociedad⁸.

En la práctica, los litigios colectivos se presentan con diferentes perfiles, lo que exige determinar indicadores para su evaluación y la constitución de una tipología. Es decir, ¿qué características de estos litigios colectivos son relevantes para distinguirlos entre sí?

2.1. Los litigios colectivos según los conceptos de sociedad: tipología

2.1.1. Litigios colectivos de difusión global (litigios globales)

La primera categoría de litigios transindividuales se produce en situaciones en las que la lesión no afecta directamente los intereses de ninguna persona. Por ejemplo, un derrame de petróleo en cantidad relativamente pequeña en una perforación profunda en medio del océano⁹ no afecta directamente a nadie. Fuera del interés compartido por todo ser humano en relación con el medio ambiente planetario, nadie es especialmente perjudicado por el daño derivado de este tipo de lesión. En esta situación, en la que la violación de un derecho transindividual no afecta de manera específica a ninguna persona, su titularidad debe atribuirse a la sociedad entendida como estructura. Esta es la categoría que se aproxima a las formulaciones actuales del proceso colectivo que conciben a la sociedad como un ente supracolectivo, despersonalizado, que defiende sus intereses mediante la aplicación del ordenamiento jurídico interpretado por personas autorizadas para

7 El Tribunal Superior de Justicia ya ha tratado casos de este tipo en más de una ocasión. Véase, por ejemplo, Recurso Especial 747.396-DF, Rel. Min. Fernando Gonçalves, juzgado el 9 de marzo de 2010; Recurso Especial 1.239.060-MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, juzgado el 10 de mayo de 2011; y Recurso Especial 1.424.304-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, juzgado el 11 de marzo de 2014.

8 Es evidente que, en algunos casos, esta diferenciación puede ser sutil. Al fin y al cabo, los individuos solo existen en sociedad y la sociedad solo existe en los individuos. Pretender establecer una diferenciación estática e ineludible entre cuestiones individuales y cuestiones colectivas es un ejercicio artificial cuyo valor se limita a los propósitos que se abordan en el texto.

9 El 1 de febrero de 2012, el Ministerio Público Federal de São José dos Campos inició una investigación civil pública sobre el derrame equivalente a ciento sesenta barriles de petróleo en uno de los campos de perforación del presal. La referencia al caso se puede encontrar en G1 (2012).

ello. No se trata aquí de proteger el bien jurídico porque su perjuicio interese específicamente a alguien, sino porque interesa —de manera genérica— a todos.

Esta categoría también incluye las situaciones en las que la lesión a los miembros del grupo es cuantificable individualmente, pero poco significativa para cada uno de ellos. En este escenario, es poco probable que les importe participar en la definición de la forma en que se resolverá el litigio, así como que les preocupe recibir la reparación de forma individual. Es más beneficioso para la sociedad que la reparación del daño se dirija al grupo de forma indiscriminada, evitando que se gasten recursos en la asignación de los valores a cada uno de los individuos.

En otras palabras, los litigios colectivos globales son aquellos que afectan a la sociedad en general, pero que repercuten mínimamente en los derechos de los individuos que la componen. Presentan un bajo nivel de conflicto, dado el escaso interés de los individuos en buscar soluciones al problema colectivo. Su complejidad puede ser alta o baja, dependiendo de la dificultad de definir de antemano la forma de prestar la tutela jurisdiccional, pero la tendencia es que sea baja, ya que el daño suele extenderse de manera uniforme por toda la sociedad.

La tutela jurisdiccional en los litigios globales debe buscar el bienestar colectivo sin prestar mucha atención a la satisfacción de los individuos que integran la sociedad. Como estos sufren pocos daños, interesa más buscar soluciones colectivamente valiosas que emprender esfuerzos para que se realicen pequeñas reparaciones individuales.

2.1.2. Litigios colectivos de difusión local (litigios locales)

Los litigios colectivos locales son aquellos en los que el litigio, aunque sea colectivo, afecta a personas determinadas con una intensidad significativa capaz de alterar aspectos relevantes de sus vidas. Estas personas, sin embargo, comparten algún tipo de vínculo de solidaridad social (sociedad como solidaridad) que las hace pertenecer a una comunidad, diferenciándose de los demás segmentos sociales. Es el caso de las lesiones graves causadas a los derechos de los grupos indígenas, las minorías étnicas, los trabajadores de una determinada empresa, etc.

En el litigio local, el nivel de conflictividad puede calificarse como moderado. En efecto, si bien los miembros de la comunidad manifiestan interés en opinar sobre la resolución del conflicto —siguiendo de cerca las actuaciones que se desarrollan a lo largo del proceso e incluso adoptando posiciones divergentes—, la identidad de las perspectivas sociales, derivada de su pertenencia a un mismo entorno comunitario, opera como un factor de cohesión. Este elemento común atenúa las discrepancias existentes —inevitables en cualquier grupo

social— e impide que alcancen una intensidad tal que desplace o desnaturalice el objetivo compartido. La complejidad es variable, pero tiende a ser mayor que en los litigios globales, dada la necesidad de que la tutela jurisdiccional sea capaz de proporcionar reparación tanto desde el punto de vista individual como colectivo.

La diferencia con respecto a la primera categoría es notable. El daño ambiental ocurrido en el interior del territorio tradicional de una comunidad indígena causa a esta comunidad efectos más evidentes que en el resto de la sociedad mundial, por lo que la única solución compatible con la realidad es atribuir a esa comunidad la titularidad del derecho violado. No es admisible suponer que el daño ambiental provocado por la extracción minera ilícita en territorio indígena interese a los indígenas de la misma manera que al resto de los habitantes de Brasil o del mundo. El vínculo cultural existente entre el indígena y el territorio, que va más allá de un simple vínculo de propiedad¹⁰, acentúa vertiginosamente la relación del grupo indígena con el daño, lo que lo hace insignificante en comparación a los individuos ajenos a él.

En resumen, los litigios locales son aquellos en los que la lesión es muy importante tanto desde el punto de vista colectivo como individual. La lesión afecta a una sociedad que se diferencia específicamente por sus lazos de solidaridad; por esta razón, se le puede denominar técnicamente «comunidad». Sus resultados tienen un impacto significativo en la vida de los individuos que la componen, de modo que sus vidas pueden verse alteradas de manera considerable dependiendo de la solución que se dé al litigio.

Es posible ampliar la categoría de litigios locales para crear un segundo círculo que abarque situaciones en las que los miembros del grupo comparten un vínculo de solidaridad más tenue derivado de situarse en la misma perspectiva social. El término «perspectiva social» se utiliza aquí en el sentido que le atribuye Young¹¹. Las perspectivas sociales son visiones del mundo que se derivan de la posición que ocupa la persona en la sociedad, independientemente de sus opiniones o intereses. La perspectiva social, a diferencia de los intereses y las opiniones, puede ser inconsciente y condiciona la comprensión que los individuos tienen de determinados acontecimientos sociales y sus consecuencias.

El segundo círculo abarca al menos cuatro niveles distintos de solidaridad que pueden expresarse en el siguiente orden, de mayor a menor grado: 1) litigios colectivos relacionados al derecho laboral, 2) litigios colectivos relacionados a víctimas de un mismo accidente, 3) litigios colectivos relacionados a los

¹⁰ Sobre esta cuestión, véase Vitorelli (2016a, 2016b).

¹¹ Young (2000).

tratamientos de salud disponibles para personas que padecen la misma enfermedad y 4) litigios colectivos que involucran a minorías sociales en general, como las minorías raciales, de género, de orientación sexual, etc.

Los trabajadores no forman una comunidad, pero tienen una innegable posición social común en cada una de las categorías profesionales. Dicha situación les otorga una perspectiva social relativamente uniforme de la que se deriva una cierta identidad de reivindicaciones y una forma peculiar de ver la relación laboral¹². Las condiciones laborales en la industria metalúrgica interesan exponencialmente más a los empleados de esta actividad que a los abogados, aunque estos puedan estar interesados en vivir en una sociedad en la que los metalúrgicos tengan buenas condiciones de trabajo. Por esta razón se puede afirmar que, si hay litigios sobre derechos laborales, estos pertenecen a la sociedad de trabajadores afectados por su lesión o amenaza de lesión¹³.

Las víctimas o los familiares de las víctimas de un mismo accidente, así como los portadores de una misma enfermedad, también desarrollan entre sí, con frecuencia, un grado de solidaridad en relación con el litigio. Aunque los miembros del grupo tengan visiones del mundo diferentes en relación con todos los demás aspectos de su existencia, específicamente en relación con el litigio son solidarios y persiguen objetivos en gran medida comunes. Las víctimas quieren ser indemnizadas, los enfermos quieren que se pongan a su disposición los tratamientos más completos posibles; no es por otra razón que estas personas suelen crear asociaciones¹⁴ para ayudar en la búsqueda de reivindicaciones comunes. Es evidente que el vínculo entre estas personas es más tenue en comparación con el de los indígenas o los trabajadores, pero no es insignificante.

12 La posición del texto es coherente con Mancuso (2019, p. 110), que destaca el menor grado de conflicto existente en los derechos colectivos en relación con los difusos.

13 Entre los autores de derecho laboral colectivo existe la misma indecisión mencionada anteriormente en relación con un paradigma individualista, colectivista o intermediario de la titularidad de los derechos laborales transindividuales. Hay una considerable —e innecesaria— dosis de sociedad como estructura en el pensamiento laboral. Véase, en este sentido, Santoro-Passarelli (1973, p. 11), refiriéndose a los intereses «de una pluralidad de personas (...). Pero no es la suma de los intereses individuales, sino su combinación» (Santos, 2009, p. 147), aludiendo a «una síntesis de los intereses de sujetos determinados o determinables que forman un grupo, una colectividad o una categoría organizada y cohesionada».

14 Por ejemplo, la Asociación de Familiares de Víctimas y Supervivientes de la Tragedia de Santa María, Asociación de Víctimas de Accidentes Laborales, Asociación de Familiares y Amigos de las Víctimas del Vuelo TAM JJ3054, Asociación Brasileña de Familiares de Víctimas del Vuelo Air France 447, Asociación de los Ángeles de Realengo, Asociación de Víctimas de Errores Médicos, entre muchas otras.

Por último, la perspectiva social más tenue, pero que aún pertenece a los litigios locales, se refiere a los miembros de una minoría. No parece difícil sostener, por ejemplo, que los derechos relativos a la igualdad de género pertenecen a las mujeres. Aunque los hombres estén interesados en vivir en una sociedad en la que no exista tal desigualdad, el interés femenino en los conflictos transindividuales relacionados con ellas es tan pronunciado que hace que el género masculino sea irrelevante. Del mismo modo, esta afirmación resulta extensible a otras minorías, como las de carácter racial o aquellas definidas por la orientación sexual, especialmente cuando el objeto del litigio se vincula con la perspectiva social que atraviesa y configura la identidad del propio grupo. En tales supuestos, aun cuando puedan existir divergencias internas entre sus miembros, estas suelen centrarse en las estrategias para enfrentar la vulneración alegada y en la determinación del resultado que se considera más adecuado o deseable.

Si bien se reconoce que este grupo es el que presenta el vínculo más tenue, cuando se asume el punto de vista del litigio no se puede imaginar que los hombres tengan tanto que decir como las mujeres en la definición de los caminos para la tutela del derecho a la igualdad de género. No corresponde al grupo mayoritario imponer al grupo minoritario su visión sobre el litigio o sobre la mejor manera de obtener la protección del derecho; de lo contrario, el grupo minoritario sería víctima del autoritarismo o del paternalismo (que no es más que un «autoritarismo enmascarado») por parte de la mayoría. De este modo, el interés de las mujeres en que la igualdad de género se proteja de acuerdo con sus puntos de vista es tan marcado que, en comparación, hace que las posiciones masculinas sean irrelevantes. Por esta razón, las mujeres, al igual que otras minorías, pueden ser consideradas titulares de los derechos relativos a la condición que las convierte en minorías.

En los litigios locales, la tutela jurisdiccional debe orientarse prioritariamente a la reparación de los individuos afectados, otorgándole un carácter más intenso. Dicho énfasis habrá de incrementarse en la medida en que el impacto individual del litigio en la vida de las personas resulte más significativo. La solución colectiva vendrá como consecuencia de la realización de la tutela de los individuos. En el segundo círculo de litigios locales, en el que el impacto de la lesión en la vida de las personas comienza a disminuir, puede aumentar el énfasis en la reparación colectiva.

2.1.3. Litigios colectivos de difusión irradiada (litigios irradiados)

La tercera y última categoría de litigios colectivos comprende los litigios de difusión irradiada. En estos supuestos, la sociedad afectada experimenta un perjuicio

cualitativa y cuantitativamente diferenciado entre sus integrantes. Ello da lugar a la configuración de subgrupos que no constituyen una comunidad homogénea, carecen de una perspectiva social común y no resultan afectados de manera uniforme ni con la misma intensidad por el resultado del litigio. Ello hace que sus visiones sobre la solución deseable sean divergentes y, a menudo, antagónicas¹⁵. Estos acontecimientos dan lugar a litigios mutables¹⁶ y multipolares¹⁷; es decir, no solo se genera una contraposición entre el grupo titular del derecho con el demandado, sino consigo mismo.

Un ejemplo de ello son los conflictos derivados de la instalación de una central hidroeléctrica. Si al inicio del proceso de concesión de la licencia se discuten los impactos prospectivos de la instalación de la obra en su aspecto social y ambiental, la fase de construcción ya cambia el panorama de la localidad con la llegada de grandes contingentes de trabajadores que alteran la dinámica social. Los problemas pasan a ser otros, a menudo imprevistos, y los grupos afectados ya no son los mismos que en un primer momento, cuando se decidieron los límites del proyecto.

En el ámbito ambiental, se modifica el curso o el caudal del río, se interrumpen las vías de comunicación y se aíslan comunidades que antes mantenían una relación de vecindad. Las personas son desplazadas. En el medio ambiente natural, la fauna y la flora sufren impactos significativos. Con el fin de las obras, toda la dinámica cambia de nuevo. Los trabajadores que llegaron se van y otros se quedan. Las personas desplazadas forman nuevos barrios y poblados que exigen la implementación de nuevos servicios públicos. Solo por la realización de

15 Según señaló Mazzilli (2019, p. 49).

16 La mutabilidad de estos conflictos es destacada por Mancuso (2019, pp. 110-114).

17 La multipolaridad se utiliza aquí para referirse a la existencia, al menos potencial, de un gran número de opiniones contrapuestas sobre el conflicto. Cabe señalar que hay una importante corriente en el estudio de los conflictos que niega la existencia de conflictos multipolares, afirmando que estos siempre redundarán en bipolaridad. Entelman (2005) afirma que, aunque existen conflictos con múltiples actores, como la Segunda Guerra Mundial o un conflicto medioambiental (ejemplifica: un actor contaminante, un grupo de vecinos de ese agente, el grupo de empleados que trabaja en la empresa contaminante, el municipio que debe defender el medio ambiente, pero también quiere recaudar impuestos y que representa tanto a los vecinos como a los trabajadores), hay que insistir en la bipolaridad del conflicto. En situaciones de conflicto con múltiples actores, dentro de cada campo sus integrantes se unirán contra el adversario por determinados objetivos. Los conflictos que puedan existir entre ellos se resuelven rápida y previamente o se posponen. Es lo que Entelman denomina «magnetismo conflictual» (p. 86). Elie Eid (2019), a su vez, demuestra que la multipolaridad y la dinámica del conflicto también pueden darse en litigios individuales (pp. 39-77).

una obra, el medio ambiente natural y la dinámica social se alteran de tal manera que la sociedad que existía en ese lugar adquiere rasgos totalmente distintos de los que existían originalmente¹⁸.

Hay muchos otros ejemplos de este tipo de conflicto, como la situación expuesta por Mancuso sobre la construcción del sambódromo en Río de Janeiro¹⁹, los conflictos sobre tierras de grandes proporciones, el trasvase de aguas del río San Francisco²⁰ y el desalojo de la favela de Jaraguá, ubicada en el lugar donde se construiría un Centro Pesquero para la ciudad de Maceió²¹, entre otros.

El litigio derivado del desastre ambiental de Mariana²², ocurrido el 5 de noviembre de 2015, es el ejemplo prototípico de un litigio colectivo irradiado. En estos casos, el nivel de conflictividad es elevado, ya que las personas sufren daños lo suficientemente importantes como para querer que se escuchen sus voces, pero estos daños son distintos en cuanto a su naturaleza e intensidad, lo que potencia las diferencias en sus pretensiones. La sociedad está en conflicto no solo con el causante del daño, sino también consigo misma. La complejidad también es siempre elevada, ya que la tutela jurisdiccional debe tener en cuenta diversos aspectos de la lesión con innumerables posibilidades de solución, todas ellas con relaciones variables de costo-beneficio.

En el caso de los litigios complejos, el análisis se aleja del binomio lícito-ilícito y se acerca, inevitablemente, a consideraciones que dependen de *inputs* políticos, económicos y de otras áreas del conocimiento. Los problemas son

18 Para un interesante estudio de caso sobre los impactos aquí descritos, véase Lamontagne (2012). Mancuso (2019) expone otros varios ejemplos, como la protección de los recursos forestales, que entra en conflicto con los intereses de la industria maderera y sus empleados; la prohibición de la construcción de un aeropuerto internacional que atiende a los intereses de los habitantes del lugar, pero entra en conflicto con los intereses turísticos; etc. Las circunstancias litigiosas mencionadas en el texto son empíricamente verificables en la mayoría de los proyectos hidroeléctricos, incluidos los dos casos ya mencionados: las centrales hidroeléctricas de Aimorés, en Minas Gerais, y de Belo Monte, en Pará (p. 106). Sobre este último, véase Folha de Sao Paulo (2013).

19 Mancuso (2019, p. 107).

20 Mancuso (2005).

21 Hay un resumen del caso disponible en Prefeitura de Maceió (s. f.).

22 Sobre los desastres naturales, véase Carvalho (2020).

policéntricos²³ y su solución no está preestablecida en la ley, lo que conlleva grandes dificultades para la actuación jurisdiccional²⁴.

Aunque el desastre de Mariana es posterior al desarrollo original del concepto de litigio irradiado, los estudios empíricos del caso demuestran la presencia

²³ El carácter policéntrico de algunos problemas y su solución fue abordado por primera vez por Lon Fuller (1978) en un conocido pasaje: «It is a matter of capital importance to note that it is not merely a question of the huge number of possibly affected parties, significant as that aspect of the thing may be. A more fundamental point is that each of the various forms that award might take (say, a three-cent increase per pound, a four-cent increase, a five-cent increase, etc.) would have a different set of repercussions and might require in each instance a redefinition of the ‘parties affected’.

We may visualize this kind of situation by thinking of a spider web. A pull on one strand will distribute tensions after a complicated pattern throughout the web as a whole. Doubling the original pull will, in all likelihood, not simply double each of the resulting tensions but will rather create a different complicated pattern of tensions. This would certainly occur, for example, if the doubled pull caused one or more of the weaker strands to snap. This is a ‘polycentric’ situation because it is ‘many centered’ – each crossing of strands in a distinct center for distributing tensions.

Suppose, again, it were decided to assign players on a football team to their positions by a process of adjudication. I assume that we would agree that this is also an unwise application of adjudication. It is not merely a matter of eleven different men being possibly affected; each shift of any one player might have a different set of repercussions on the remaining players: putting Jones in as quarterback would have one set of carryover effects, putting him in as left end, another. Here, again, we are dealing with a situation of interacting points of influence and therefore with a polycentric problem beyond the proper limits of adjudication» (pp. 394-395).

²⁴ Fletcher (1982). El autor señala que uno de los defectos de la actuación del Poder Judicial en problemas policéntricos es que «courts have no institutional authority to assess normatively the ends of possible solutions to non-legal polycentric problems. The formulation of the remedial decree thus depends to an extraordinary extent on the moral and political intuitions of one person acting not only without effective external control over his or her actions, but also without even the internal control of legal norms» (p. 649). Véase también Vitorelli (2025, cap. 6).

de las características previstas por la teoría²⁵. Los subgrupos sociales afectados por la tragedia discreparon frontalmente sobre la forma en que debía buscarse la tutela jurisdiccional para el caso. La consecuencia de ello es que se rompe con la idea —tradicionalmente defendida— de que los derechos colectivos son indivisibles y que la satisfacción de uno significa, automáticamente, la satisfacción de todos, como tradicionalmente pensaba la doctrina brasileña del proceso colectivo²⁶.

El concepto más adecuado de sociedad para identificar a las personas que ostentan estos derechos es el de la sociedad como creación. En tal sentido, la sociedad es elástica, descentralizada y fluida. Utilizando la terminología de Simmel, lo que importa es la asociación, el hacer sociedad, y no la concepción estática de la sociedad como algo dado y acabado. La red de interacciones sociales entre los individuos es la propia sociedad. Sus estructuras son solo la cristalización de estas interacciones sociales.

Los miembros de esta sociedad fluida y elástica no titularizan el derecho en la misma medida, sino en proporción a la gravedad de la lesión que experimentan. Gráficamente, la lesión es como una piedra lanzada a un lago que provoca ondas de intensidad decreciente que se irradian desde un centro. Cuanto más afectada está una persona por esa violación, más cerca está de ese punto central

²⁵ La aplicación del concepto de litigio irradiado al caso de Mariana también fue realizada por Peçanha *et al.* (2018). Este artículo fue premiado en un concurso académico promovido por la Pontificia Universidad Católica del Perú, cuyo jurado estuvo compuesto por Michele Taruffo, Eduardo Oteiza y Loïc Cadet. En la introducción del trabajo se lee: «El presente trabajo tiene como referencia teórica la tesis doctoral de Edilson Vitorelli: “El debido proceso legal colectivo: de los derechos a los litigios colectivos”. Sus ideas son la base de las reflexiones aquí expuestas. Sus propuestas fundamentan las conclusiones de este trabajo.

El objetivo de este ensayo es demostrar la insuficiencia de la legislación actual sobre el proceso colectivo en América Latina, proponiendo que la base para una regulación adecuada del proceso colectivo pase por la observancia de las características de los litigios concretos. (...) Ante esto, pasamos a presentar la propuesta de Edilson Vitorelli, que replantea la teoría del proceso colectivo a partir de las características del litigio concreto, adaptándola a las exigencias del debido proceso legal».

El problema de los conflictos generados por las presas no es reciente ni exclusivo del caso de Mariana. Véase también, por ejemplo, Braga (2014) y Lamontagne (2012).

²⁶ Como ejemplo destacado, Barbosa Moreira (1984) afirmaba que la satisfacción de uno de los titulares «implica necesariamente la satisfacción de todos y, recíprocamente, el perjuicio de uno solo constituye, *ipso facto*, un perjuicio para toda la colectividad» (p. 174).

y, por esa razón, integra con mayor intensidad esa sociedad elástica de personas afectadas por el perjuicio que son titulares del derecho violado²⁷.

Las personas que sufren los efectos de la lesión del derecho con menor intensidad se sitúan en puntos más alejados de ese centro, pero no por ello dejan de integrar la sociedad. Estarán fuera de ella las personas que, aun teniendo algún interés abstracto o ideológico en la cuestión litigiosa, no resultan afectadas por esta. Sus vidas seguirán de la misma manera, independientemente de que se produzca la violación o de la forma en que se proteja. Con esta propuesta, no importa de quién sea «el» medio ambiente o «el» mercado de consumo, sino a quién afecta y en qué grado la lesión a ese medio ambiente o a esa relación de consumo, considerados específicamente a partir de sus efectos concretos.

Este círculo hipotético no termina en una línea precisa, al igual que las ondas causadas en un lago no terminan en un punto perfectamente determinado, sino en un *rallentando* de situaciones jurídicas. Las personas que se encuentran en la periferia del círculo se ven afectadas de manera progresivamente menor hasta que ya no se puede definir una lesión personalmente atribuible a alguien, lo que marca el límite externo de la sociedad. Al contrario de lo que a veces se afirma de manera un tanto romántica, un daño transindividual no interesa a todos. Es irrelevante para la vida de la mayoría de los habitantes del planeta, por muy grave que sea para las personas que conviven con ella. Esto no significa que alguien lejano no pueda sentir empatía por el sufrimiento ajeno o movilizarse para la protección del medio ambiente, pero tales actitudes no lo colocan en la misma posición que las personas que efectivamente experimentan los efectos de la conducta.

²⁷ La imagen mental propuesta también puede representarse mediante la explosión de una bomba, recordando siempre la advertencia de Ovídio Baptista da Silva (2006) sobre el carácter desaconsejable de los «intentos de representaciones gráficas de fenómenos jurídicos» (p. 90).

Ada Pellegrini Grinover (2000) utiliza una imagen similar, aunque no le atribuía las consecuencias tratadas en el texto: «Por el contrario, los intereses sociales son comunes a un conjunto de personas, y solo a ellas. Intereses dispersos e informales para la tutela de las necesidades colectivas que se pueden resumir en la calidad de vida. Intereses de masas que conllevan afectaciones de las masas y que contraponen grupos, categorías y clases de personas. Ya no se trata de un conjunto de líneas paralelas, sino de un abanico de líneas que convergen en un objeto común e indivisible. Aquí se inscriben los intereses de los consumidores, del medio ambiente, de los usuarios de servicios públicos, de los inversionistas, de los beneficiarios de la seguridad social y de todos aquellos que integran una comunidad compartiendo sus necesidades y sus anhelos» (pp. 9 y ss.).

Así, aunque exista cierto grado de indeterminación en las fronteras de la sociedad que titulariza los derechos litigiosos en esta tercera categoría, es posible definir las posiciones de los diferentes individuos en ella según la intensidad de la vulneración experimentada. Esta definición puede utilizarse en términos estáticos que consideran a las personas que más sufren como ocupantes de una posición central, a las que sufren menos en una posición periférica y a las que no son afectadas al estar en una posición exterior. De la misma forma, se puede utilizar con la ayuda de un análisis relacional que compare los efectos sufridos por dos personas para identificar si la primera ocupa una posición más o menos central en esa sociedad en relación con la segunda.

En conclusión, la tercera categoría, referida a los litigios colectivos que inciden sobre personas determinadas —aunque de formas e intensidades heterogéneas y sin una perspectiva común frente al conflicto—, conduce a la configuración de un concepto distinto de derechos litigiosos. Se trata de derechos que pertenecen a una sociedad de carácter elástico, integrada por aquellos sujetos que han experimentado efectivamente los efectos concretos de la vulneración, quienes ostentan su titularidad en proporción al grado en que resultaron afectados.

En los litigios irradiados, la tutela jurisdiccional deberá buscar dar protagonismo a los subgrupos que más han sufrido en detrimento —si es necesario— de los más periféricos. Esto no siempre es fácil, ya que los grupos más movilizadores terminan buscando y presionando al legitimado colectivo para que actúe en su favor, aunque no siempre sean los que más sufren. Además, la solución del problema de los subgrupos más afectados puede ser más difícil, lo que orienta la actuación del legitimado, por inercia, hacia los problemas más fáciles.

3. Proceso colectivo

En un mundo globalizado en el que las relaciones jurídicas son predominantemente masificadas, la aparición de los litigios colectivos es inevitable. Cualquier país vivirá situaciones en las que diferentes sectores de la sociedad, formados por sus habitantes, se verán envueltos en litigios que no se derivan de relaciones jurídicas individualizadas, sino colectivas. Más aún, como observa Michele Taruffo: «en el mundo globalizado actual, la administración de justicia y la protección de los derechos no pueden considerarse —como se ha hecho hasta ahora— como cuestiones que pertenecen únicamente a la soberanía post-westfaliana de los

Estados-nación»²⁸. En este sentido, los litigios colectivos pueden ser —y en muchos casos son efectivamente— transnacionales. Basta pensar en el calentamiento global, que tal vez sea el litigio colectivo medioambiental más importante de la actualidad, y que no se encuentra adscrito específicamente al sistema jurídico de ningún país²⁹. Los intentos más prometedores que se han realizado para abordar el problema se encuentran en el ámbito del derecho internacional.

Si bien, por una parte, los litigios colectivos son necesarios; el proceso colectivo, por otra, es contingente. La existencia de procesos colectivos depende del ordenamiento jurídico de cada país. Varios países europeos no cuentan con sistemas procesales colectivos o, cuando los tienen, se limitan a algunas áreas del derecho. Así, por ejemplo, en España, la regulación del proceso colectivo se limita, básicamente, a una disposición legal: el artículo 11 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (2000)³⁰, que limita su alcance al derecho del consumidor. En 2013, la Comisión Europea emitió una recomendación a los países miembros sobre la adopción de mecanismos de tutela colectiva de todos los derechos garantizados por las normas de la Unión³¹, pero el éxito de esta iniciativa fue bastante limitado³². En 2020, esta determinación se vio reforzada por la Directiva 1828/2020, que, en esta ocasión, tuvo efectos más concretos. Países como Alemania³³, Italia³⁴ y Portugal³⁵ aprobaron nuevos regímenes de acciones colectivas, aunque limitados a cuestiones de consumo. Estos sistemas son recientes y, por ello, sus resultados prácticos aún son inciertos.

Esto no significa, evidentemente, que los litigios colectivos en estos países solo existan en materia de consumo, sino que el ordenamiento jurídico no ha puesto a disposición de las partes instrumentos procesales civiles para obtener la tutela colectiva en otros ámbitos. Los litigios colectivos en materia de salud o de educación, por ejemplo, se resolverán mediante el derecho administrativo con la intervención de organismos y entidades gubernamentales, o mediante procesos

²⁸ Taruffo (2012, p. 27).

²⁹ Para un interesante debate sobre el tema, véase Zaneti (2019).

³⁰ Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil (2000). El artículo 11 trata la legitimación para la defensa de derechos e intereses de consumidores y usuarios.

³¹ Recomendación de la Comisión Europea 2013/396/UE (2013).

³² Para un resumen actualizado, véase Hodges (2018).

³³ En la ley alemana se conoce como VDuG (Verbraucherrecht durchsetzungsgesetz) y entró en vigor el 13 de octubre de 2023.

³⁴ En Italia, se añadieron al Código de Procedimiento Civil (1940) los artículos 840 bis a 840 sexiesdecies, en vigor desde el 19 de mayo de 2021.

³⁵ En Portugal, el Decreto-Ley n.º 114-A/2023 introdujo el régimen de acciones colectivas.

individuales. Los litigios medioambientales se someterán al derecho penal y así sucesivamente. En general, el buen funcionamiento de los organismos reguladores europeos reduce la necesidad de instrumentos procesales civiles colectivos.

Incluso en Brasil, que cuenta con un sistema procesal colectivo bastante amplio, este no está disponible para todos los litigios, aunque sean colectivos. El párrafo único del artículo 1 de la Ley de Acción Civil Pública de 1985 excluye la aplicación de los procesos colectivos para los casos de litigios relacionados a cuestiones tributarias, contribuciones, previdencias o a fondos institucionales cuyos beneficiarios pueden identificarse individualmente, como es el caso del Fondo de Garantía por Tiempo de Servicio (FGTS). A pesar de ello, es más probable que los litigios fiscales y de seguridad social sean colectivos, no individuales. Al fin y al cabo, el Estado impone por regla general cargas tributarias a la sociedad de contribuyentes que se encuentran en una determinada situación, no a personas elegidas individualmente.

En este contexto, los conceptos de proceso colectivo y litigio colectivo no son sinónimos ni están necesariamente relacionados. El proceso colectivo es la técnica procesal puesta a disposición de la sociedad por el ordenamiento jurídico para permitir la tutela jurisdiccional de los derechos afectados por los litigios colectivos. Si esta técnica no existiera, los litigios colectivos se tratarían mediante otras técnicas, procesales o extraprocesales, de acuerdo con el sistema de cada país.

Por regla general, el proceso colectivo se ha configurado en los distintos países en los que se ha adoptado mediante técnicas representativas: una persona que no es titular del derecho material, o al menos no lo es en su totalidad, está legitimada por el ordenamiento jurídico para iniciar un proceso cuya resolución, en última instancia, tendrá efectos sobre la sociedad que sí es titular del derecho litigioso³⁶.

36 «En nuestra opinión, una acción colectiva es aquella propuesta por un sujeto autónomo legitimado (legitimidad) en defensa de un derecho considerado colectivamente (objeto) cuya inmutabilidad de la sentencia afectará a una comunidad o colectividad (cosa juzgada). He aquí, en pocas líneas, esbozada nuestra definición de acción colectiva. Consideramos elementos indispensables para caracterizar una acción como colectiva la legitimidad para actuar, el objeto del proceso y la cosa juzgada» (Gidi, 1995, p. 16). Traducción libre.

El proceso colectivo rompe así con la lógica tradicional del «*day in court*». Es el litigio, y no el sujeto, el que se someterá al tribunal³⁷.

En Brasil, los litigios colectivos pueden tramitarse colectivamente de conformidad con las disposiciones que componen el microsistema procesal colectivo, principalmente la Ley de Acción Civil Pública y la parte procesal (arts. 81-104) del Código de Defensa del Consumidor (1990). Cabe recordar también la existencia de disposiciones relativas al proceso colectivo en la Consolidación de las Leyes del Trabajo (1943), en la Ley del Mandato de Seguridad (2009), en la Ley de Acción Popular (1965), en la Ley de Improbidad Administrativa (1992), en el Estatuto del Niño y del Adolescente (1990), y en el Estatuto de los Ancianos (2003), entre otras. El sistema de formación de precedentes obligatorios (Código de Proceso Civil [CPC], 2015, arts. 926 y ss.) también puede servir para resolver litigios colectivos. Cuando la decisión de un proceso define una cuestión de derecho con efectos para toda una sociedad puede proporcionar soluciones para litigios colectivos³⁸.

Aunque el ordenamiento jurídico contemple la posibilidad de interponer acciones colectivas, puede suceder que no se promueva ninguna acción de este tipo. Asimismo, a pesar de que el litigio sea de naturaleza colectiva, este puede terminar siendo tratado a través de un proceso individual. Esto ocurre en Brasil en diversas situaciones a las que se ha convenido llamar «litigios masivos» o

37 Fredie Didier Jr. y Hermes Zaneti Jr. (2019) presentan una excepción al carácter representativo del proceso colectivo. Se trata del artículo 37 de la Ley 6.001/73, el Estatuto del Indígena (1973), que dispone que: «Los grupos tribales o comunidades indígenas son partes legítimas para la defensa de sus derechos en los tribunales, correspondiéndoles, en tal caso, la asistencia del Ministerio Público Federal o del órgano de protección al indígena» (pp. 33 y ss.). Esta disposición es compatible con el contenido del artículo 232 de la Constitución, que establece que: «Los indígenas, sus comunidades y organizaciones son partes legítimas para acudir a los tribunales en defensa de sus derechos e intereses, interviniendo el Ministerio Público en todos los actos del proceso». El STJ, en la sentencia del Recurso Especial 990.085/PA, Rel. Min. Francisco Falcão, dictada el 19 de febrero de 2008, no solo admitió la legitimación recurrente de la Comunidad Indígena Gavião da Montanha, sino que también le reconoció las prerrogativas procesales inherentes a la Hacienda pública. Se trataría de una situación de legitimación colectiva ordinaria de carácter no representativo: la comunidad actúa en defensa de sus propios derechos. Sin embargo, se trata de una excepción única, que no compromete el concepto presentado en el texto para otras situaciones. En el mismo sentido, la Declaración aprobada en la III Jornada de Derecho Procesal Civil de la Escuela Nacional de Formación de Magistrados (Enfam) y del Consejo de Justicia Federal (CJF) afirma que «La actuación procesal de las comunidades indígenas, quilombolas o poblaciones tradicionales, para la tutela colectiva de sus derechos, podrá ser realizada por sus líderes, entidades representativas o asociaciones culturales, aunque no estén formal o regularmente preconstituidas» (Enfam, 2017, enunciado 226).

38 En el sentido del texto, véase Didier Jr. y Zaneti Jr. (2016).

«litigios repetitivos». Un ejemplo emblemático es el litigio derivado de los límites de las prestaciones debidas por el Sistema Único de Salud. Aunque este litigio es colectivo, ya que la salud pública es un servicio ofrecido a todos en igualdad de condiciones (Constitución de Brasil, 1988, art. 196), la interpretación que se ha dado del principio de inevitabilidad de la jurisdicción (art. 5, inc. XXXV) ha permitido que se interpusieran millones de demandas solicitando, de forma individual, medicamentos o tratamientos médicos³⁹.

Tanto es así que el sistema de precedentes obligatorios, establecido por el Código de Proceso Civil de 2015, prevé en diversas disposiciones que los precedentes, aunque se hayan formado en procesos individuales, se aplican también a los procesos colectivos⁴⁰. Ello denota que la solución atribuida al caso individual puede extenderse a un proceso colectivo precisamente porque ambos pueden aplicarse al mismo litigio. El texto del CPC también reconocía expresamente esta posibilidad en el artículo 333 (vetado), que permitía la conversión de una acción individual en colectiva.

Cabe señalar que todo este sistema no es un avance, sino un retroceso respecto del CPC. En lugar de estimular el tratamiento colectivo de los litigios que poseen esta característica, el Código permite la creación de una solución estandarizada a partir de procesos individuales repetidos que pueden no expresar la controversia de manera adecuada. Peor aún, permite que esta solución estandarizada se extienda para aplicarse y, eventualmente, que evite el proceso colectivo.

39 El mismo fenómeno se produce con la pretensión de obtener plazas para niños en guarderías públicas. Aunque el litigio es colectivo (ausencia de plazas en un servicio público), hay miles de procesos judiciales individuales que solicitan, cada uno, una plaza para un niño.

40 «Art. 982. Una vez admitida la excepción, el ponente:

I – suspenderá los procesos pendientes, individuales o colectivos, que se tramiten en el Estado o en la región, según sea el caso; (...)

§ 3.º Con el fin de garantizar la seguridad jurídica, cualquier persona legitimada mencionada en el art. 977, incisos II y III, podrá solicitar al tribunal competente, para conocer del recurso extraordinario o especial, la suspensión de todos los procesos individuales o colectivos en curso en el territorio nacional que se refieran a la cuestión objeto del incidente ya iniciado. (...)

Art. 985. Una vez resuelto el incidente, la tesis jurídica se aplicará:

I – a todos los procesos individuales o colectivos que traten sobre la misma cuestión de derecho y que se tramiten en el ámbito de jurisdicción del tribunal correspondiente, incluidos los que se tramiten en los juzgados especiales del Estado o región correspondiente; (...)

Art. 987. De la resolución sobre el fondo del incidente cabrá recurso extraordinario o especial, según el caso. (...)

§2º Una vez apreciado el fondo del recurso, la tesis jurídica adoptada por el Supremo Tribunal Federal o por el Tribunal Superior de Justicia se aplicará en el territorio nacional a todos los procesos individuales o colectivos que traten sobre la misma cuestión de derecho».

Lo contrario también es posible. Los litigios puramente individuales pueden tratarse en procesos colectivos cuando la legislación lo permita. El Código de Defensa del Consumidor autoriza la interposición de acciones colectivas para proteger derechos individuales homogéneos, que son aquellos que provienen de un «origen común». Dependiendo de cómo se interprete este origen común —y Sérgio Arenhart ya ha demostrado que dicha interpretación no es unívoca⁴¹—, será posible permitir que los consumidores, aunque hayan sido perjudicados de forma heterogénea, sean protegidos en una acción propuesta por una asociación. Aunque sus litigios se clasifiquen como individuales, el ordenamiento permite que se tramiten colectivamente.

En sentido análogo, el STJ y el STF han permitido, aunque sin unanimidad⁴², el procesamiento de *habeas corpus* colectivos que pretenden proteger la libertad de grupos de presos, como fue el caso de las presas que son madres de hijos menores⁴³. A pesar de la aceptación por parte de los tribunales del —discutible⁴⁴— instrumento procesal colectivo, en estos casos los litigios son claramente individuales, ya que cada una de estas mujeres fue detenida por una orden judicial distinta, por delitos diversos y en situaciones carcelarias completamente diferentes. Aunque la libertad de estas personas no fue restringida como grupo, colectivamente, se acabó admitiendo que fuera protegida de manera colectiva.

También hay que tener en cuenta que, a pesar de que el litigio colectivo suele derivarse de un perjuicio sufrido por la sociedad, es posible que en algunos casos sea esta misma quien cause la vulneración. Es lo que ocurre, por ejemplo, cuando un grupo de trabajadores organizados causa daños a su empleador o cuando un grupo social, organizado a través de internet, lleva a cabo manifestaciones violentas que vulneran los derechos de las personas.

⁴¹ Arenhart (2014).

⁴² No aceptando el *habeas corpus* colectivo, por ejemplo, en el STJ, Agravo Regimental en RHC 41.675/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, juzgado el 5 de octubre de 2017. En el STF, Habeas Corpus 148.459, Rel. Min. Alexandre de Moraes, juzgado el 19 de febrero de 2018.

⁴³ STF, Habeas Corpus 143641/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, juzgado el 20 de febrero de 2018.

⁴⁴ El *habeas corpus* es un recurso existente en prácticamente todos los sistemas jurídicos occidentales destinado a proteger la libertad individual de una persona. La ponderación de las características y circunstancias personales de ese individuo son esenciales para la decisión de su liberación, así como lo son para la decisión de su encarcelamiento. Basta con pensar en el ejemplo opuesto —la posibilidad de dictar órdenes colectivas de prisión— para darse cuenta de que la garantía de la libertad individual contra el encarcelamiento determinado por un juez es impasible a la tutela colectiva por la vía del *habeas corpus*. Se crea, una vez más, una especie de «teoría brasileña del *habeas corpus*», tal y como ocurrió a principios del siglo XX.

En algunos países, como es el caso de Estados Unidos, el ordenamiento jurídico proporciona a la víctima una herramienta para demandar a la sociedad, que es la acción colectiva pasiva (*defendant class action*). El demandante designa a un representante adecuado para que asuma la defensa del grupo y, en caso de que sea derrotado, las consecuencias pueden recaer sobre los miembros de la sociedad, aunque estos no hayan tenido la oportunidad de intervenir en el proceso.

Aunque algunos autores entienden que esta posibilidad también existe en Brasil⁴⁵, ya se ha demostrado en otro estudio que, de acuerdo con el ordenamiento vigente, no hay condiciones para que un representante pueda ser demandado y que, en caso de perder, el ganador imponga la condena a los ausentes que no pudieron participar en el proceso. La cláusula constitucional del debido proceso legal impide este resultado⁴⁶. Por esta razón, en Brasil, al litigio colectivo pasivo no le corresponde una acción colectiva pasiva. Cabe mencionar que, incluso en Estados Unidos, la atención y el entusiasmo de la doctrina por la modalidad pasiva de *las acciones colectivas* son considerablemente reducidos⁴⁷.

En resumen, el proceso colectivo es la técnica que el ordenamiento jurídico pone a disposición de la sociedad para obtener la tutela de los derechos materiales violados en el contexto de los litigios colectivos. Este proceso se desarrolla a través de la actividad de un representante que figura como parte, pero litiga en nombre de los verdaderos titulares del derecho. Aunque el proceso colectivo es la mejor forma de prestar protección jurisdiccional a los litigios colectivos, puede que no sea la única o puede incluso no estar disponible, dependiendo del ordenamiento jurídico de cada país. De la inexistencia de un sistema procesal colectivo no se puede deducir la inexistencia de litigios colectivos, que son inherentes a la organización social moderna. Estos se resolverán por otras vías, que podrán ser jurisdiccionales o no.

45 Por ejemplo, Didier Jr. y Zaneti Jr. (2019, pp. 495-502), Peixoto (2016) y Rudiniki (2015).

46 En este sentido, véase Vitorelli (2018a). La decisión, como se puede observar, prohíbe, *urbe et orbe*, todo tipo de manifestación contra Vale, amenazando con multas y sanciones penales a personas que no forman parte del proceso y que no han tenido la oportunidad de manifestarse en contradicción. La decisión fue tomada por el Segundo Juzgado Civil, Penal y de Ejecuciones Penales de la Comarca de Brumadinho, en el expediente 5001307-87.2020.8.13.0090, el 5 de junio de 2020.

47 Francis Shen (2010) llevó a cabo una investigación cuantitativa que reveló que, desde 1972, se han presentado más de mil demandas colectivas activas al año en los tribunales federales estadounidenses, llegando a alcanzar aproximadamente cinco mil en 2006. En todo ese periodo, las demandas colectivas pasivas nunca alcanzaron la marca de cien procesos en un año.

Por último, corresponde realizar una última consideración: la disponibilidad de un sistema procesal colectivo no significa que sea la mejor solución, desde el punto de vista de la estrategia individual de quienes integran la sociedad afectada por el litigio. La demanda individual suele ser más rápida y tiene más posibilidades de ser estimada, puesto que implica un impacto financiero menor. Sin embargo, aunque es lícita, esta alternativa perjudica la calidad y la economía de la prestación jurisdiccional. Asimismo, dicho camino propicia sentencias contradictorias en detrimento del principio de igualdad e impide que el problema se resuelva en su conjunto a partir de la consideración completa de sus elementos. Es precisamente sobre este aspecto que el proceso estructural busca actuar.

4. Litigios estructurales

Como se ha podido observar en la explicación anterior, la realidad de los litigios colectivos y, en consecuencia, del proceso colectivo es multifacética y admite diversos perfiles. No obstante, existe una situación que ha llamado la atención de los estudiosos estadounidenses desde mediados del siglo pasado. Ello corresponde a los litigios denominados «estructurales».

Los litigios estructurales son litigios colectivos derivados del funcionamiento de una estructura burocrática pública o privada con un importante alcance social. El funcionamiento de la estructura es lo que causa, permite, fomenta o perpetúa la violación que da lugar al litigio colectivo. En consecuencia, si la respuesta se limita a eliminar la vulneración, el problema puede quedar resuelto solo de manera aparente, sin resultados empíricamente significativos o únicamente de forma transitoria, con el riesgo de repetirse en el futuro⁴⁸.

El origen de un litigio estructural no puede remontarse a un momento preciso en el tiempo ni a un acto único y determinado. Como Naomi Sharp ha señalado, el litigio estructural surge de manera amorfa y progresiva como resultado de una percepción creciente de que la propia forma en que opera una determinada estructura es incompatible con los derechos del grupo social que interactúa con ella. Una serie de actos, omisiones, prácticas o políticas que, aisladamente, pueden incluso parecer lícitos, se combinan para producir una situación de violación de los derechos del grupo⁴⁹. Se trata, como dijo Owen Fiss, de una violación

48 Esta definición fue expuesta inicialmente en Vitorelli (2018b). La definición fue adoptada por el STJ en una sentencia de su Tercera Sala con cita de este artículo en el Recurso Especial 1.854.847, Rel. Min. Nancy Andrigli, juzgado el 2 de junio de 2020.

49 Sharp (1999, p. 26). Véase también Gewirth (1983, p. 585).

sistémica que puede ser o no perceptible en actos específicos, pero que es relevante en su conjunto⁵⁰.

Se debe añadir algunas características a este concepto fundamental. Es más habitual que los litigios estructurales involucren a estructuras públicas porque estas afectan la vida de un número considerable de personas y su funcionamiento no puede simplemente eliminarse, como ocurre con una estructura privada sometida a la lógica del mercado. En este concepto, una estructura puede ser una institución, un conjunto de instituciones, una política o un programa público.

Sin embargo, los procesos estructurales pueden orientarse a modificar el comportamiento de estructuras privadas, tanto de aquellas que prestan servicios públicos o de utilidad pública como de las que, aun siendo íntegramente privadas, resultan esenciales para la sociedad y no pueden ser simplemente eliminadas ni reemplazadas conforme a las reglas del libre mercado⁵¹. Brandon Garrett analiza casos de acuerdos estructurales que involucren a empresas privadas como AIG, American Online, Bristol-Myers Squibb Co., Computer Associates, HealthSouth, KPMG, MCI, Merrill Lynch & Co., Monsanto y Time Warner⁵². En el siglo XXI, la vida de las personas está quizás más impactada por los conglomerados empresariales que por el Estado. No se puede concebir que la protección adecuada contra los actos ilícitos de estas entidades se limite a sanciones pecuniarias o a la imposición de reparaciones por conductas pasadas. En muchos casos, la reestructuración del comportamiento futuro de las empresas es más importante para la sociedad que la reparación por la conducta pasada.

Aunque no todos los litigios colectivos irradiados son estructurales, todo litigio estructural es un litigio colectivo irradiado. Esto se debe a que el litigio estructural se produce en el contexto de una violación que afecta a diversos subgrupos sociales con intensidades y formas diferentes, impactando los intereses de estos subgrupos de maneras distintas sin que exista entre ellos ninguna perspectiva social compartida. Es posible que parte del grupo se beneficie incluso del mantenimiento del estatus posterior a la violación y se coloque en contra de la pretensión de la sociedad. Otro problema es que, dado que los grupos no tienen el mismo grado de movilización o difusión social, los subgrupos más movilizad⁵³os o más concentrados tienden a estar sobrerrepresentados en perjuicio de los

⁵⁰ Fiss (1981, p. 626).

⁵¹ En el sentido del texto, señalando la existencia de una reforma estructural en organizaciones privadas, véase Garrett (2007).

⁵² Garrett (2007).

subgrupos más difusos o menos organizados que, sin embargo, no son menos titulares del derecho litigioso⁵³.

Por tanto, los litigios estructurales son policéntricos y no se adecuan apropiadamente al esquema procesal tradicional. Para William Fletcher, dichos litigios «se caracterizan por tener problemas complejos con innumerables ‘centros’ problemáticos subsidiarios, cada uno de los cuales se relaciona con los demás, de modo que la solución de cada uno depende de la solución de todos los demás»⁵⁴. El autor recurre a la metáfora, también utilizada por Lon L. Fuller, de una telaraña en la que la tensión de cada hilo depende de su relación con el conjunto de la red; en consecuencia, la intervención sobre un solo hilo redistribuye la tensión en toda la estructura y provoca su reconfiguración integral. Los problemas policéntricos atraviesan toda la sociedad y, por regla general, son difíciles de resolver exclusivamente por parte del Gobierno⁵⁵.

El policentrismo legal se caracteriza por la presencia simultánea de varios centros de intereses jurídicamente protegidos en un mismo conflicto. Como Lon Fuller ha establecido, este tipo de problema no puede resolverse adecuadamente mediante las técnicas tradicionales de decisión judicial⁵⁶. En este contexto, los intereses de los distintos subgrupos no pueden encajar en las simples categorías de demandante y demandado. Hay zonas de intereses⁵⁷ que se superponen parcialmente, pero que también se oponen en determinados contextos.

Es debido a estas características que surge la necesidad de modificar el funcionamiento de la estructura. La complejidad del problema y la forma en que sus partes interactúan exigen que se modifique la dinámica social en la que se produce. De lo contrario, el problema no será resuelto o solo se resolverá aparentemente, sin resultados concretos; o se resolverá momentáneamente y volverá a surgir en el futuro, echando a perder todo el esfuerzo realizado. Thaís Viana hace la misma referencia, destacando lo poco realista que es la noción de volver al *statu quo ante*:

53 La cuestión se ha tratado minuciosamente en Vitorelli (2025, cap. 3). El enfoque pluralista de la representación del grupo en los litigios irradiados, defendido en esta obra, también fue adoptado por Daher (2019, p. 95). Este problema fue asimismo percibido por Salles (2017).

54 Fletcher (1982, p. 645).

55 Fletcher (1982, p. 646).

56 Fuller (1978, p. 398).

57 La expresión fue utilizada por Cabral (2009, pp. 29-34).

En consecuencia, para la resolución de litigios colectivos no basta con guiarse por el propósito de ‘volver al status quo ante’, como si fuera hipotéticamente posible (o provechoso) conducir a grupos, comunidades o sociedades en una expedición temporal regresiva mediante la cual se pudieran reconstituir no solo contextos, sino también interacciones.

El lapso temporal inevitable entre el daño en sí y la completa desaparición de sus efectos (suponiendo que esto sea posible) hace que en el momento de la reparación se observen formas sociales y agentes que ya no se corresponden con los existentes en el momento de la práctica del acto lesivo. (...) Por eso también se dice que en el momento de concretarse las medidas para su resolución, la relación litigiosa colectiva ya no tendrá las mismas características que presentaba cuando se cometió el acto lesivo o se inició la amenaza de daño⁵⁸.

Por otra parte, puede que el litigio irradiado se produzca en un contexto no relacionado con el funcionamiento de las instituciones o de las políticas públicas. El litigio derivado de la quema de la paja de la caña de azúcar para viabilizar su cosecha es un litigio irradiado, ya que afecta a varios grupos sociales (personas afectadas por el humo, trabajadores, municipios), pero no es un litigio estructural debido a que, en principio, no implica la reestructuración de ninguna organización. Reiteramos: no todo litigio irradiado es un litigio estructural, aunque todo litigio estructural es un litigio irradiado.

Por tanto, el litigio estructural es un litigio irradiado en el que la violación surge no como resultado de un acto aislado en el tiempo, sino del funcionamiento de una estructura (entendida como institución, política o programa) pública o privada de la que se deriva un patrón reiterado de violaciones de derechos que crea, fomenta o hace posible el conflicto. El litigio estructural afecta a una sociedad irradiada de personas con complejidad y conflictividad elevadas que se derivan de las distintas formas en que los subgrupos sociales se relacionan con la estructura, de ahí deriva su carácter policéntrico. Debido a las características contextuales en las que se produce, la solución de este litigio, para ser significativa y duradera, exige la reestructuración del funcionamiento de la estructura.

⁵⁸ Viana (2022, p. 43).

5. Procesos estructurales (*structural litigation*)

El proceso estructural es un proceso colectivo⁵⁹ en el que se pretende, mediante la actuación jurisdiccional, la reorganización de una estructura pública o privada que causa, fomenta o hace posible la violación de derechos por su forma de funcionar, dando lugar a un litigio estructural. Esencialmente, el proceso estructural tiene las siguientes fases de desarrollo:

1. la comprensión de las características del litigio en toda su complejidad y conflictividad, lo que permite que se escuche a los diferentes grupos de intereses, respetando el carácter policéntrico del litigio;
2. la elaboración de un plan de modificación del funcionamiento de la estructura en un documento o a partir de diversos acuerdos u órdenes judiciales, cuyo objetivo es lograr que deje de comportarse de la manera considerada indeseable;
3. la implementación de este plan de manera obligatoria o negociada;
4. la evaluación de los resultados de la implementación a fin de garantizar el resultado social deseado al inicio del proceso, que está constituida por la corrección de la violación y la obtención de condiciones que impidan su repetición en el futuro;
5. la reelaboración del plan a partir de los resultados evaluados con el fin de abordar aspectos inicialmente no percibidos o mitigar efectos secundarios imprevistos; y
6. la implementación del plan revisado que reinicia el ciclo, el cual se perpetúa hasta que se resuelva el litigio con la obtención del resultado social que se considere apropiado, dadas las circunstancias del conflicto a partir de la reorganización de la estructura.

Este mecanismo de reestructuración institucional es denominado *structural injunction* por los estadounidenses y consiste en una orden judicial que no impone una conducta aislada a una parte específica, sino un conjunto de medidas para ajustar comportamientos futuros en lugar de compensar errores pasados. En este sentido, como Colin Diver ha señalado, es común que el proceso estructural funcione más como un medio de reasignación del poder que como un mecanismo de imposición coercitiva de un resultado específico. En lugar de promover un

59 Aunque no se trata necesariamente de una acción civil pública, como se desarrollará a continuación.

cambio aislado en la estructura, el proceso se convierte «en un componente duradero del proceso de negociación política que determina la forma y el contenido de las políticas públicas»⁶⁰. El juez actúa como un agente de intermediación y de persuasión, no mediante la decisión y la imposición.

Del mismo modo que la existencia de un litigio colectivo puede no implicar la interposición de una acción colectiva, la existencia de un litigio estructural puede no dar lugar a la interposición de un proceso estructural. Si se analizan diversos litigios colectivos desde una perspectiva más amplia, se notará que son estructurales; no obstante, pocos procesos pretenden llevar a cabo una transformación estructural en la realidad. Es posible que un litigio estructural sea abordado mediante un proceso colectivo no estructural, orientado únicamente a resolver sus consecuencias y no sus causas, o incluso a través de múltiples procesos individuales cuyo objetivo se limita a obtener medidas puntuales en beneficio de algunos de los afectados. En ambas situaciones, el funcionamiento de la institución permanece inalterado.

En realidad, es raro que los litigios estructurales se resuelvan mediante procesos estructurales. Los procesos estructurales son largos, difíciles y exigen una conformación representativa compleja que sea capaz de dar cuenta de múltiples centros de interés, titularizados por diversos subgrupos, cuyos intereses no son congruentes. Por esta razón, los jueces y los legitimados colectivos evitan los procesos estructurales y prefieren, como regla general, simplificar y abreviar los casos que se les someten, limitándolos al tratamiento de las cuestiones más urgentes.

Cuando los problemas estructurales se abordan mediante procesos individuales, cualquier criterio de prioridad se reduce, en la práctica, a «quien llega primero». Quien acuda primero a la jurisdicción será atendido; por lo tanto, solo hay una ilusión de victoria. Solo se gana en el proceso, no en la solución concreta. El Tribunal de Justicia de São Paulo, al juzgar una de las acciones colectivas relacionadas con este litigio, se enfrentó al siguiente problema:

Este estado de cosas ha dado lugar a la presentación de innumerables demandas con solicitudes de medidas cautelares a menudo concedidas con el fin de matricularse en guarderías que una vez aceptadas, como no podía ser de otra manera, han desorganizado por completo las listas de espera, generando una situación aún más perjudicial: los beneficiarios de las decisiones judiciales no solo alteran la composición de la lista de espera, sino que, a

60 Diver (1979).

menudo, son incluidos en clases ya saturadas de estudiantes con un evidente perjuicio para el aprendizaje⁶¹.

Susana Henriques da Costa, al analizar empíricamente el litigio de las guarderías en el estado de São Paulo, verificó que el acceso a la justicia individual es más una promesa que una realidad, puesto que el número de demandas, aunque alto en términos absolutos, es bajo si se compara con la magnitud del conflicto; es decir, con las estadísticas de falta de plazas. Por un lado, este hecho, asociado a la evidencia de que el cumplimiento de estas decisiones individuales se lleva a cabo de forma no racionalizada, hace que el déficit de plazas no disminuya con el tiempo. Por otro lado, el acceso colectivo se enfrenta a la resistencia del Poder Judicial, que, en primer lugar, desestima las pretensiones colectivas, aunque las considere fundadas en procesos individuales⁶²; y, en segundo lugar, no encuentra técnicas procesales adecuadas para implementar una decisión colectiva de grandes dimensiones⁶³.

La misma distorsión se observa en relación con los litigios sobre los límites de las prestaciones de salud pública. Definir qué tratamientos o medicamentos deben ser proporcionados por el Sistema Único de Salud es un problema estructural. Demandaría cambios en toda la dinámica del sistema —en las asignaciones presupuestarias, en los criterios científicos que orientan la incorporación de nuevas tecnologías, etc.—, pero ninguna acción, individual o colectiva, pretende hacerlo. Las miles de demandas relacionadas con este caso requieren tratamientos o medicamentos específicos para una persona o para todas las que se encuentren

61 TJSP, Autos 0150735-64.2008.8.26.0002, juzgado el 16 de diciembre de 2013.

62 Carolina Marinho (2009) confirmó en una investigación empírica la percepción de que el Poder Judicial tiende a analizar de manera distinta pretensiones iguales, cuando se formulan de manera individual o colectiva. La autora analizó decisiones de primera y segunda instancia en setenta y cinco acciones relacionadas con el litigio por la falta de plazas en guarderías. Identificó treinta y seis acciones civiles públicas sobre educación infantil propuestas por la Fiscalía de Derechos Colectivos de la Infancia y la Adolescencia de São Paulo que tuvieron sentencias definitivas entre los años 1996 y 2005. De las quince acciones seleccionadas por la autora para el estudio, solo dos fueron consideradas fundadas. Sin embargo, de las veintiún acciones propuestas en defensa de los derechos individuales de niños específicos, ya nombrados en la demanda inicial, veinte obtuvieron una medida cautelar favorable a la matrícula inmediata y catorce fueron consideradas fundadas. En el mismo sentido, también tratando la educación pública, pero con datos de la década de 1990, véase Silva (2001). Para un historial completo sobre el caso de las guarderías con un interesante análisis de cómo ha cambiado la estrategia procesal de las partes a lo largo del tiempo, véase Steffens (2020).

63 Da Costa (2017, pp. 449 y ss.).

en esa situación sin importar, por ejemplo, el impacto presupuestario acumulativo de las condenas, que hoy en día alcanza cifras millonarias.

En un estudio comparativo con datos de procesos relacionados con la prestación de servicios de salud pública en el que participaron cinco países (India, Brasil, Sudáfrica, Indonesia y Nigeria), Brinks y Gauri⁶⁴ concluyeron que, con excepción de Nigeria, el Poder Judicial brasileño fue el que obtuvo los peores resultados concretos en lo que respecta al impacto social de sus decisiones. India, Sudáfrica e Indonesia lograron, con un número considerablemente menor de juicios, cambiar la vida de más personas, porque se centraron en aspectos estructurales del problema como fallas regulatorias o deficiencias en la prestación de servicios que afectaban a toda la población, no solo a los demandantes. Los autores afirman:

En resumen, incluso cuando los tribunales están dispuestos a imponer nuevas obligaciones de prestación al Estado, pueden responder de otras maneras a las demandas que indican que una política pública (o su ausencia) perjudica indebidamente los intereses jurídicamente protegidos de un grupo. Esto implica adoptar una actitud diferente a la de simplemente exigir que el Estado preste un servicio o entregue un medicamento a una persona en particular⁶⁵.

En resumen, un proceso estructural es aquel que busca resolver, a través de la actuación de la jurisdicción, un litigio estructural mediante la reformulación de una estructura (entendida como institución política o programa) cuyo mal funcionamiento es la causa del litigio. Esta reestructuración se llevará a cabo mediante la elaboración de un plan que se implementará a lo largo de un periodo de tiempo considerable con el objetivo de transformar el comportamiento de la estructura en el futuro. Este plan puede no ser un documento único, sino un conjunto de decisiones, acuerdos y medidas que se van sumando progresivamente.

La reestructuración implicará la evaluación y reevaluación de los impactos directos e indirectos de la operación institucional, los recursos necesarios y sus fuentes, y los efectos colaterales del cambio promovido por el proceso sobre los demás actores sociales que interactúan con la institución. Ello resalta el carácter policéntrico, y no bilateral, de un proceso estructural. El proceso estructural es, por lo tanto, un proceso-programa. Dicho proceso pretende la implementación de un plan de cambios significativos y duraderos en la estructura o institución

64 Brinks y Gauri (2014).

65 Brinks y Gauri (2014).

cuyo comportamiento causa el litigio para que este se modifique progresivamente y el litigio evolucione.

Esta definición parece recoger lo esencial del concepto de proceso estructural, evitando contaminarse con características que son meramente accidentales. El proceso estructural se distingue del proceso colectivo común: 1) por el tipo de litigio en el que está centrado, que se deriva del comportamiento reiterado de una estructura (institución política, empresa, entidad, etc.) que tiene un impacto significativo en la sociedad; 2) por el enfoque policéntrico del litigio, que influye en el desarrollo del proceso y que se deriva de la característica irradiada del litigio que subyace al proceso que exige que se representen y consideren los intereses sociales de diferentes subgrupos; y 3) por la pretensión de realizar la tutela jurisdiccional mediante la implementación progresiva y gradual de diversas medidas de reestructuración del comportamiento institucional para el futuro (proceso-programa). Esta definición es compatible con la percepción de Sérgio Arenhart, quien afirma que en los procesos estructurales:

se buscan decisiones que apunten a un cambio sustancial para el futuro de una determinada práctica o institución. Las cuestiones típicas de los litigios estructurales involucran valores amplios de la sociedad en el sentido de que no solo hay varios intereses en juego, sino también de que la esfera jurídica de varios terceros puede verse afectada por la decisión judicial⁶⁶.

Otros autores también enumeran características del proceso estructural en esta línea de pensamiento. Por ejemplo, Mariela Puga establece siete elementos que se asocian repetidamente al proceso estructural: 1) la intervención de múltiples actores procesales; 2) un grupo de personas que es afectado por la decisión, pero que no participa en el proceso; 3) la ocurrencia de una violación de derechos a gran escala; 4) una organización estatal o burocrática que funciona como marco de la situación social que viola los derechos; 5) la invocación de valores de carácter público o constitucional; 6) la pretensión de redistribución de bienes; y 7) una sentencia que supone la implementación mediante un conjunto de órdenes de manera continua y prolongada⁶⁷.

En realidad, los elementos 1, 2 y 3 son comunes a la mayoría de los procesos colectivos; en cambio, los elementos 5 y 6, además de estar presentes en diversos procesos colectivos, también aparecen en acciones individuales. Solo los elementos 4 y 7 parecen, de hecho, propios de la configuración de un proceso

⁶⁶ Arenhart (2015).

⁶⁷ Puga (2014).

estructural. No obstante, Mariela Puga⁶⁸ entiende que la característica distintiva de los procesos estructurales sería su causalidad estructural; es decir, la presencia de múltiples factores causales interrelacionados que contribuyen a la configuración del litigio. En consecuencia, las normas jurídicas, las políticas institucionales, las prácticas reiteradas y las situaciones sociales consolidadas confluyen para componer la causa del conflicto. Según la visión aquí defendida, esta confluencia causal forma parte del concepto de complejidad, que es un elemento de los litigios, no de los procesos, y que se verifica en los litigios en general y no solo en los estructurales.

Del mismo modo, aunque se puede afirmar que el proceso estructural, para ser eficaz, presupone un nivel de diálogo y consenso entre las partes, esta no es una característica esencial para su definición y ni siquiera para su conducción en la práctica. Es perfectamente posible concebir un proceso estructural totalmente impositivo, por ejemplo, mediante la destitución de los administradores de la institución demandada. Por lo tanto, el ciclo descrito anteriormente es lo que parece representar lo peculiar del proceso estructural.

Para concluir, es importante destacar algunos esclarecimientos. En primer lugar, no existe una correspondencia directa y necesaria entre el tipo de litigio y el tipo de proceso. Esto significa que es posible que se adopten medidas estructurales en procesos que no son, en sí mismos, estructurales. Hay casos, que serán tratados, de medidas estructurales determinadas e implementadas en el contexto de procesos que no se desarrollaron según la lógica estructural. Por ejemplo, un proceso colectivo que avanzó sin tener en cuenta las peculiaridades del litigio estructural, pero que en el momento de la implementación de la decisión percibió la imposibilidad de avanzar sin medidas que alteren todo el comportamiento institucional. En consecuencia, es importante distinguir las medidas estructurales adoptadas accidentalmente en procesos que no tienen esta característica de los procesos en los que la pretensión, desde el principio, es la modificación del comportamiento institucional.

En segundo lugar, existen diversos procesos estructurales que pretenden desde el principio la realización de transformaciones institucionales estructurales, pero que no se valen de la finalidad teórica del proceso estructural. Como pretende demostrar la investigación empírica expuesta a lo largo de esta obra, el proceso estructural es un viejo conocido⁶⁹, sobre todo del Ministerio Público. Lo

68 Puga (2014, p. 98).

69 Afirmando también que la práctica del proceso colectivo precede a la teoría, véase Osna (2020).

nuevo está en la sistematización académica de la experiencia y el pensamiento sobre el tema que, se espera, pueda proporcionar nuevas herramientas para ampliar y calificar estos procesos que, en gran medida, ya existen.

En tercer lugar, es posible, aunque más atípico, que se requieran medidas estructurales en el contexto de un litigio que no es, en sí mismo, estructural. Esto suele ocurrir cuando la técnica de reparación destinada a remediar el litigio implica reestructurar determinados aspectos de la relación entre la colectividad y la institución correspondiente, de manera amplia y con proyección futura. Ello puede suceder incluso cuando la situación que justifica su aplicación no proviene de un litigio estructural.

Por regla general, ello se debe a la imposibilidad de otorgar una tutela específica del litigio original lo que conduce a la búsqueda de una protección sustitutiva con carácter estructural. Es lo que ocurre en los casos en que una comunidad se ve perjudicada por un acontecimiento que no es posible de reparar de forma específica y se busca una protección que tampoco es meramente indemnizatoria. Se trata de una situación curiosa desde el punto de vista de la teoría del proceso, pues la tutela no es específica en tanto no se restaura el bien ni consiste en la sustitución del derecho por una indemnización; es decir, no es pecuniaria. Sin embargo, tampoco puede calificarse como tutela por el resultado práctico equivalente, ya que el resultado que se obtiene será diferente. En realidad, se trataría de una modalidad atípica de tutela en la que el juez concede al grupo otro derecho, distinto del que ha sido vulnerado, que se implementa mediante medidas estructurales en el futuro.

La cuarta observación se refiere a las características del plan. Cuando se alude a un plan es positivo, pero no esencial, que esté consolidado en un documento. El plan es el conjunto de medidas utilizadas para modificar la conducta institucional que serán reevaluadas y modificadas a lo largo del tiempo. Es posible que estas medidas no estén todas simultáneamente definidas ni que todas estén previstas expresamente. Cuando se alude a un plan, se quiere destacar —siguiendo a Mariela Puga— que la decisión no se agota en una única orden, sino que consiste en un conjunto progresivo de órdenes que se implementan a lo largo del tiempo. Las decisiones posteriores dependen del desempeño de las anteriores, configurando una auténtica cascada de decisiones⁷⁰. Por esta razón, se puede afirmar que la implementación de medidas estructurales se realiza en espiral con la

70 Sérgio Arenhart (2013) alude a las decisiones judiciales en cascada.

revisión recurrente de los efectos de las medidas ya determinadas, siempre con el objetivo de avanzar en las condiciones del litigio.

Cabe destacar que, en Brasil, la pretensión de adoptar una decisión judicial que determine no una transformación inmediata, sino la formulación de un plan gradual de cambio, encuentra apoyo legal en el artículo 23 de la Ley de Introducción a las Normas del Derecho Brasileño (1942), que dispone que el juez

que establezca una nueva interpretación u orientación sobre una norma de contenido indeterminado, imponiendo un nuevo deber o una nueva condición de derecho, deberá prever un régimen de transición cuando sea indispensable para que el nuevo deber o condicionamiento del derecho se cumpla de manera proporcional, equitativa y eficiente y sin perjuicio de los intereses generales⁷¹.

El plan para la implementación de una reestructuración institucional no es más que un régimen de transición desde el estado de cosas que originó el litigio hacia aquel que la decisión pretende implementar. Por ende, los procesos estructurales son siempre procesos colectivos, ya que siempre implicarán una pretensión planteada por un colectivo legitimado de llevar a cabo una transformación progresiva, duradera y prospectiva en una estructura que tiene un impacto en la sociedad en beneficio de esta. Del mismo modo que el litigio estructural es un litigio colectivo que impacta en la sociedad irradiada de personas que se relaciona con la entidad, su solución también generará efectos sobre esta colectividad. Desde el punto de vista procedimental, en primera instancia, los procesos estructurales serán acciones civiles públicas y populares. En el Supremo Tribunal Federal, además de poder verificarse en las acciones civiles de perfil colectivo (que pueden existir en otros tribunales), también es posible que se tramiten mediante recusaciones de incumplimiento de precepto fundamental.

5.1. El concepto de proceso estructural según el Proyecto de Ley 3/2025, la Recomendación CNJ 163/2025 y la Resolución Normativa AGU 149/2025

En 2025, el Senado Federal recibió el Proyecto de Ley 3/2025, resultado de un anteproyecto elaborado por una Comisión de Juristas, designada en 2024, en la que el autor se desempeñó como relator. El proyecto pretende establecer una ley de proceso estructural para Brasil y uno de los aspectos más debatidos en los

⁷¹ El artículo 23 de la LINDB es tratado en Cabral (2020).

trabajos de la Comisión fue si la ley debía conceptualizar el proceso estructural y, en caso afirmativo, cuál sería el concepto que se adoptaría.

Por un lado, la experiencia del proceso estructural es relativamente reciente en Brasil y, aunque ya hay varios casos en desarrollo, aún existen incertidumbres. Estas giran en torno a divergencias terminológicas —por ejemplo, problema o litigio estructural, decisiones en espiral o en cascada— de menor importancia, pero también hay desacuerdos de fondo, como la posibilidad de llevar a cabo procesos individuales como procesos estructurales e incluir en la esfera de los procesos estructurales acciones de quiebra, recuperación judicial e incluso familiares. Ante esto, la definición de un concepto legal aportaría ventajas.

Sin embargo, es necesario ponderar el riesgo de cualquier conceptualización que se refiere a la posibilidad de que sea interpretado no como una guía para la aplicación de la norma, sino como un conjunto de requisitos que, si no se cumplen, impiden la aplicación del instituto. Esto es lo que ocurrió con el concepto de derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos, cuya previsión legislativa generó (y sigue generando) diversas incertidumbres y extinciones innecesarias de procesos colectivos sin un pronunciamiento sobre el fondo. En la justicia laboral, por ejemplo, existe una acalorada discusión sobre la existencia de «derechos individuales heterogéneos» y la imposibilidad de que sean tutelados colectivamente.

En toda su actuación, la Comisión trabajó con dos conceptos, así como con la posibilidad de no presentar ningún concepto y dejar que la doctrina definiera el ámbito de aplicación de la norma. En esta segunda hipótesis, el artículo 1 del proyecto solo incluiría la siguiente referencia: «Esta ley regula los procesos colectivos destinados a la resolución de litigios estructurales». No obstante, esta alternativa fue rechazada por la mayoría, que consideró importante que hubiera un concepto positivizado.

En consecuencia, partiendo de la premisa de que debía haber un concepto legal, se formularon en el informe preliminar y en el texto final los siguientes:

Concepto del informe preliminar de la Comisión:

Artículo 1. Esta ley regula el proceso estructural entendido como aquel que tiene por objeto un conflicto colectivo de alcance social significativo cuya resolución adecuada depende de medidas prospectivas, graduales y duraderas.

§ 1º El proceso estructural se rige por las disposiciones de la Ley n.º 7.347, de 24 de julio de 1985, y, de manera supletoria y subsidiaria, por el Código de Proceso Civil.

§ 2º Las medidas estructurales también pueden definirse en un compromiso de ajuste de conducta en los términos del § 6 del art. 5 de la Ley n.º 7.347, de 24 de julio de 1985, aplicándose, en lo que sea pertinente, lo dispuesto en esta ley.

Concepto del Informe Final:

Artículo 1. Esta ley regula las acciones civiles públicas destinadas a tratar problemas estructurales.

§ 1º Los problemas estructurales son aquellos que no permiten una solución adecuada mediante las técnicas tradicionales del proceso común, individual o colectivo, y que se caracterizan por elementos como:

I - multipolaridad;

II - impacto social;

III - prospectividad;

IV - naturaleza incrementada y duradera de las intervenciones necesarias;

V - complejidad;

VI - existencia de una situación grave de irregularidad continua y permanente por acción u omisión; y

VII - intervención en el modo de actuación de una institución pública o privada.

§ 2º El proceso estructural se rige por las disposiciones de la Ley N.º 7.347, de 24 de julio de 1985, y, de forma supletoria y subsidiaria, por la Ley N.º 13.105, de 16 de marzo de 2015 (Código de Procedimiento Civil).

§ 3º Las medidas estructurales también pueden definirse en compromisos de ajuste de conducta y otros mecanismos de autocomposición colectiva, aplicándose, en lo que sea pertinente, lo dispuesto en esta ley.

Aunque parecen distintos, los conceptos son en gran medida convergentes. En primer lugar, se estructuran en torno no solo a la definición de proceso estructural, sino también a la de litigio estructural tal y como se ha propuesto en los apartados anteriores. El primer concepto define el litigio estructural como un «conflicto colectivo de alcance social significativo cuya resolución adecuada depende de medidas prospectivas, graduales y duraderas». En el segundo concepto, la Comisión optó por enumerar, a modo de ejemplo, algunas características que

pueden indicar la existencia de este tipo de litigio⁷². El primer concepto está contenido en el segundo, y sus elementos se expresan en los incisos II, III, IV y VI del § 1.

De este modo, el concepto final solo amplía las características que pueden indicar la existencia de un litigio estructural que ya estaban presentes en el texto preliminar. Las características de los incisos I y V reflejan el hecho de que el litigio estructural es una subespecie del litigio irradiado y, por lo tanto, tiende a ser complejo y conflictivo en mayor o menor medida. El inciso VII tiende un puente entre el concepto de litigio y el de proceso estructural, aclarando que la metodología de este último implica la intervención en una institución.

La Comisión adoptó esta solución de enumerar, a modo de ejemplo, las características de un litigio estructural para evitar, como se ha mencionado, que el concepto legal se interpretara como un conjunto de requisitos para la incoación de un proceso estructural y que, con ello, se generara litigiosidad sobre su existencia o no en cada caso. Como ya se ha tratado, esto es lo que ocurre con los conceptos de derechos colectivos del artículo 81, párrafo único del CDC, en detrimento de la eficacia de la tutela jurisdiccional. El concepto inicial conllevaba el riesgo de que el demandado pasara a litigar para demostrar, por ejemplo, que el alcance social del conflicto no es «significativo». Dado que los litigios estructurales tienen perfiles variados, esta conversión del concepto en requisitos podría generar debates innecesarios. Con una lista ejemplificativa, este riesgo se reduce.

Además, el conjunto de formulaciones de los incisos genera una mayor adaptabilidad del concepto a las circunstancias del caso. La práctica demuestra que las características de los litigios estructurales varían en cada caso, especialmente en términos de intensidad. Por tanto, es necesario dejar cierto margen al intérprete cuando se percibe que la aplicación de técnicas procesales estructurales es valiosa, pero el caso no encaja perfectamente en el tipo ideal, descrito académicamente, de litigio estructural.

Posteriormente, la disposición normativa, en ambas versiones, conceptualiza el proceso estructural como un proceso colectivo regido por la Ley de Acción Civil Pública y por el Código de Proceso Civil. En consecuencia, los procesos individuales no son procesos estructurales. Sin embargo, esto no impide que las técnicas procesales con características estructurales se utilicen en otros procesos

72 Aclaración terminológica: aunque en el artículo 1 se utiliza el término «problema estructural», el resto del texto del proyecto emplea la expresión «litigio estructural», de modo que no hay, por parte del proyecto, preferencia por una u otra denominación. La Recomendación 163/2025 del CNJ optó por la expresión «litigio estructural».

cuando sean útiles. Esta noción de transición entre técnicas procesales previstas en distintos procedimientos fue introducida por el CPC en el artículo 327, § 2, y es elogiada por la doctrina⁷³. El texto del proyecto dice lo siguiente:

Art. 14. Las técnicas procesales previstas en esta ley se aplican en la medida en que sean compatibles y adecuadas a los procesos que se ocupan de cuestiones de naturaleza similar a las aquí reguladas.

Párrafo único. Las técnicas procesales previstas en otros procedimientos especiales se aplicarán al proceso estructural siempre que sean compatibles.

De manera similar, el texto no ignora que los tribunales, eventualmente, se enfrentarán a procesos estructurales, ya sea en el juzgamiento de recursos o de causas de competencia originaria. En particular, el Supremo Tribunal Federal se ha destacado por la conducción estructural de las demandas por incumplimiento de precepto fundamental, que se tratarán más adelante. Por esta razón, el texto menciona que «Las disposiciones de la ley se aplican, en lo que corresponda, a los tribunales en el juzgamiento de recursos y acciones de competencia originaria» (art. 15, inc. I).

El proceso estructural es definido a partir de su propósito, lo que queda claro en varias normas fundamentales que se enumeran en el artículo 2: se trata de una acción civil pública que, en general, tiene por objeto realizar una «intervención en el modo de actuación de una institución pública o privada» (inc. VII) de forma «incrementada y duradera» (inc. IV), debido a la «existencia de una situación grave de irregularidad continua y permanente por acción u omisión» (inc. VI). En los debates de la Comisión se rechazaron las sugerencias de asociar el proceso estructural únicamente a casos de violaciones constitucionales o de derechos fundamentales. En Brasil, el proceso estructural no se encuentra en el ámbito del proceso constitucional, sino en el del proceso colectivo, de modo que la tutela estructural no se relaciona necesariamente con cuestiones de constitucionalidad. No obstante, dada la amplitud del texto de 1988, es improbable que un caso de esta naturaleza no tenga repercusiones, aunque sean indirectas, sobre las normas constitucionales.

Además, una característica importante se incluyó en el artículo 1, § 3: en Brasil, la idea de proceso estructural no está necesariamente asociada a la noción de proceso judicial estructural. Las técnicas extraprocesales de tutela colectiva, entre las que destacan el acuerdo de ajuste de conducta, la recomendación y la

73 Didier Jr. *et al.* (2025).

investigación civil, son herramientas que no solo pueden utilizarse, sino que se han utilizado para llevar a cabo intervenciones estructurales. La actuación extrajudicial de los legitimados colectivos, en especial del Ministerio Público, puede asumir características estructurales.

Por otra parte, los tribunales de cuentas y los órganos administrativos también están dirigiendo su atención hacia la construcción de soluciones estructurales para conflictos de gran alcance social relacionados con sus respectivas esferas de actuación. Estas actividades ilustran la forma en que la actuación estructural en Brasil se diferencia de la estadounidense por un menor protagonismo judicial y un mayor espectro de soluciones consensuadas. El proyecto también alude a ellas en el artículo 15, inciso II, mencionando su aplicación a los procesos estructurales de naturaleza «administrativa o de control».

Las disposiciones normativas de la versión final del proyecto de ley se incorporaron, de forma casi idéntica, al artículo 1 de la Recomendación 163/2025 del Consejo Nacional de Justicia:

Artículo 1. Recomendar a los juzgados y tribunales brasileños, con excepción del Supremo Tribunal Federal, que adopten medidas para identificar y tramitar adecuadamente los procesos que traten sobre litigios de carácter estructural.

Párrafo único. El carácter estructural del litigio o proceso puede identificarse por elementos tales como:

I - multipolaridad;

II - impacto social;

III - prospectividad;

IV - naturaleza incrementada y duradera de las intervenciones necesarias;

V - complejidad;

VI - existencia de una situación grave de irregularidad continua y permanente por acción u omisión; y

VII - intervención en el modo de actuación de una institución pública o privada.

Adicionalmente, la Procuraduría General de la Unión, que ha tenido una actuación destacada en los procesos estructurales ante el Supremo Tribunal Federal, redactó la Orden Normativa AGU 149, del 10 de septiembre de 2025, con el propósito de regular las actividades y los flujos entre los órganos contenciosos y consultivos de la Unión para actuar en procesos estructurales. En su artículo 3,

la norma define los litigios y los procesos estructurales, también de forma compatible con lo presentado en el Proyecto de Ley y en la Recomendación del CNJ:

Artículo 3. A los efectos de la presente Resolución Normativa, se considera:

I - litigio estructural: controversia de alta complejidad y conflictividad caracterizada por la necesidad de transformaciones institucionales estructurales, progresivas y duraderas que no admiten una solución adecuada mediante las técnicas tradicionales de juzgamiento;

II - proceso estructural: proceso judicial destinado a la resolución de litigios cuyo carácter estructural haya sido expresamente reconocido por el Poder Judicial; y

III - plan de actuación estructural: documento técnico que reúne de forma organizada y metódica las demandas y la información exigida en la decisión judicial en un proceso estructural.

Todas estas repercusiones normativas derivadas del PL 3/2025 demuestran que el estudio de su contenido es relevante independientemente de que se convierta o no en ley. El PL 3/2025 es, más allá de una propuesta de modificación legislativa, la consolidación del pensamiento académico y jurisprudencial sobre el tema en los últimos años. Todo lo que pretende regular podría implementarse a la luz de la legislación actualmente vigente, lo que lo convierte en un parámetro de actuación más que de innovación. El Poder Judicial, la Procuraduría General de la República, el Ministerio Público, los tribunales de cuentas y otras instituciones ya llevan a cabo procesos estructurales con o sin la aprobación del proyecto de ley. Tal como está, servirá de inspiración, ya sea para la redacción de otras normas o para la actuación práctica de quienes operan en estos casos. También en esta línea, tanto el Supremo Tribunal Federal como el Tribunal Superior de Justicia adoptan hoy en día medidas para identificar procesos de naturaleza estructural en sus sitios web.

5.2. Las normas fundamentales del proceso estructural de acuerdo con el Proyecto de Ley 3/2025

Quizás más importante que establecer un concepto de proceso estructural sea definir la forma en que se llevará a cabo y los valores que lo fundamentan. Por esta razón, el Proyecto de Ley 3/2025, adoptando el lenguaje introducido por el CPC, contempla una disposición normativa en la que enumera las normas fundamentales del proceso estructural:

Art. 2º Son normas fundamentales del proceso estructural:

I - la prevención y resolución consensuada de los litigios estructurales judicial o extrajudicialmente;

II - la primacía de técnicas que concilien la tutela efectiva del derecho con las capacidades institucionales y las atribuciones de los poderes y los agentes que toman decisiones;

III - el diálogo entre el juez, las partes y los demás interesados, incluidos los potencialmente afectados por la decisión para la construcción de un contradictorio efectivo en la búsqueda de una solución plural y adecuada;

IV - la participación de los grupos afectados mediante la realización de consultas y audiencias públicas y otras formas de participación directa e indirecta;

V - la amplia publicidad y transparencia;

VI - la consideración de las normas y los impactos presupuestarios y financieros derivados de las medidas estructurales;

VII - la flexibilidad del procedimiento y de las medidas estructurales, respetando el contradictorio efectivo en los términos de los artículos 9 y 10 de la Ley n.º 13.105, de 16 de marzo de 2015 (Código de Proceso Civil);

VIII - el trato de igualdad para las personas pertenecientes a los grupos afectados;

IX - el énfasis en medidas prospectivas mediante la elaboración de planes con objetivos, metas, indicadores y cronogramas definidos con implementación en un plazo razonable;

X - la oralidad e instrumentalidad de las formas; y

XI - la buena fe y cooperación.

Aunque todas estas normas dialogan entre sí para delinear el perfil del proceso estructural para la realidad brasileña, es posible dividir las, didácticamente, en cuatro conjuntos. El primero se refiere a la prioridad de las soluciones consensuadas y prospectivas (incs. I, IX y XI). Las intervenciones estructurales tienden a ser complejas y duraderas y, por lo tanto, tienen un bajo potencial para ser impuestas de manera eficaz sin ningún grado de colaboración. La propia experiencia estadounidense en el caso de segregación racial refuerza esta conclusión, como se discutirá a continuación. De este modo, a lo largo de varias disposiciones normativas, el proyecto de ley apuesta por diversas técnicas procesales para fomentar el consenso en la identificación del carácter estructural del litigio

(arts. 5, 6 y 7), en la conducción del proceso (art. 8) y en la construcción del plan de actuación estructural (art. 9).

Además, en el artículo 10, el proyecto prevé como regla general que «el proceso estructural debe dar prioridad a la construcción de consensos entre las partes y los demás interesados», lo que implica tanto la actuación personal del juez como, eventualmente, la participación de mediadores (§ 1). Incluso cuando sea necesario tomar una decisión, el texto dispone que el juez debe

adoptar decisiones parciales o provisionales, o emitir recomendaciones, dando a las partes y a los demás interesados la oportunidad de elegir nuevos medios para hacer efectiva la tutela jurisdiccional de producir nuevas diligencias de instrucción o negociadoras, o de complementar los espacios decisorios no agotados en los pronunciamientos judiciales anteriores (§ 2).

En consecuencia, más que prever el consenso como directriz fundamental, el texto lo concreta mediante diversas estrategias para fomentar su efectividad.

La segunda vertiente de las normas fundamentales es una reconstitución del concepto de participación procesal que incluye la preocupación por el contradictorio efectivo entre las partes (inc. III), pero también se extiende a la participación directa del grupo afectado (inc. IV), lo que exige una mayor publicidad y transparencia del proceso (inc. V). Este concepto de participación procesal funciona como un instrumento para obtener información calificada sobre los múltiples impactos potenciales de las medidas estructurales debido a su carácter irradiado⁷⁴.

Además, para que el proceso sea eficaz en la construcción de un resultado eficiente, es necesario considerar las dificultades de una intervención compleja. Para ello, la tercera vertiente de las normas fundamentales es la que establece el aspecto de las capacidades institucionales de gestión de los agentes que toman decisiones (inc. II) y de los límites presupuestarios y financieros de las medidas (inc. VI), lo que denota que todas las perspectivas del demandante de la colectividad y del demandado deben ser ponderadas seriamente. Quien intervenga en procesos estructurales debe tener presente que estos conflictos no se resuelven mediante la mera imposición, propia de la lógica de la «pluma». El Poder Judicial no debe sustituir al órgano decisor en el ejercicio de sus funciones ni ignorar los obstáculos que enfrentan las soluciones propuestas. El Poder Judicial debe ser un

⁷⁴ Sobre la participación procesal como instrumento para la obtención de buenos resultados procesales, véase Vitorelli (2025, cap. 3), y Vitorelli y Barros (2026).

espacio privilegiado para fomentar la priorización del debate y el diseño de una solución que sea viable a la luz de la realidad social que se presenta.

La cuarta vertiente se organiza en torno a la flexibilidad procesal, que no es más que un reflejo de la mutabilidad de la situación material subyacente. Se menciona expresamente en el inciso VII y se refuerza con la previsión del inciso X. Intuitivamente, es común afirmar que la flexibilidad procesal generaría inseguridad jurídica a las partes; sin embargo, esto es un error. Si el contexto material es mutable, invertir en un proceso rígido es garantía de resultados injustos. El proceso reflejará una realidad inexistente, ya sea para desestimar indebidamente la demanda de la parte demandante o para imponer al demandado actividades inútiles que le supondrán una carga sin generar el beneficio correspondiente para la colectividad.

Lo importante es que la flexibilidad procesal se base en la previsibilidad que se construye con el respeto al contradictorio. Un procedimiento flexible no tiene por qué suponer una sorpresa ni para el demandante ni para el demandado, siempre que tengan la oportunidad efectiva de ser escuchados en la medida en que la realidad cambie y exija modificaciones de lo que ya se ha definido. En consecuencia, esta cuarta vertiente está relacionada y controlada por el aumento de la participación, de manera que se produzca una flexibilidad regulada por el contradictorio.

Además, la flexibilidad proporciona retroalimentación. Una de las principales características diferenciadoras del proceso estructural en relación con el proceso tradicional, individual o colectivo, es la necesidad de que los cambios producidos en la realidad social retroalimenten la base de conocimientos construida y, con ello, permitan la evolución del plan de cambio institucional elaborado originalmente. Cuanto más se modifica la realidad por el proceso, más desfasado se vuelve su diagnóstico inicial, lo que fomenta la necesidad de nuevas versiones del plan. Esto es lo que forma la espiral de solución del conflicto en el que el proceso se nutre de sí mismo para que los resultados de la implementación de un plan inicial generen información para su reconstrucción en una versión mejorada. El proceso estructural no puede entenderse bien ni llevarse a cabo mediante la lógica tradicional de causa y efecto, del pasado al futuro. El plan de acción estructural modifica la realidad y, por tanto, debe cambiar para adaptarse a las transformaciones que ha producido.

6. Consideraciones finales: el perfil del proceso estructural

A la luz de lo establecido anteriormente, es posible formular un perfil del proceso estructural según el Proyecto de Ley 3/2025. Este concepto es compatible con

lo que defiende propuesta legislativa desde su edición original, pero el proyecto añade detalles y facilidad de comprensión.

Un proceso estructural es, fundamentalmente, un proceso colectivo que pretende desarrollar un plan para modificar el comportamiento institucional del demandado que entra en conflicto con los derechos de la colectividad. Para cumplir este objetivo, el proceso funciona como un canal de comunicación multilateral que produce información sobre el litigio y las distintas formas en que afecta a la sociedad, sus subgrupos y la propia institución demandada.

Una vez generado el conocimiento sobre el litigio, el proceso estructural se propone, de manera consensuada, elaborar un plan de acción que permita, de forma gradual y prospectiva, modificar el comportamiento institucional con el fin de que en el futuro la estructura sea mejor de lo que es en el presente. Este plan debe tener en cuenta las necesidades de la colectividad, los límites de actuación del demandado y las peculiaridades del conflicto. Un proceso estructural no construirá un estado ideal ni eliminará todos los frentes de conflicto, sino que tratará de alcanzar un objetivo factible medido a partir de indicadores cuantificables. No siempre será posible construir el plan en una sola vez; a veces, puede elaborarse gradualmente a medida que el proceso se desarrolla y se profundiza el conocimiento del conflicto. En cualquier circunstancia, el proceso se nutre de sí mismo, de modo que la implementación, que generalmente es el resultado como fin de la actividad procesal, se convierte al mismo tiempo en un nuevo comienzo: una revisión de lo que se ha hecho a la luz de los efectos producidos.

Para permitir este resultado, la actuación jurisdiccional es redimensionada con la previsión de un juez que se vale de un proceso flexible que le permite más diálogo, la creación de un ambiente que responda a las necesidades del conflicto y un fomento para la construcción de una solución en lugar de imponerla. Esto significa que el juez solo decide cuando está claro que no hay espacio para un acuerdo y, aun así, decide el mínimo posible para que las partes puedan, tomando la decisión como base, seguir adelante con las negociaciones. Estas decisiones minimalistas preservan el espacio deliberativo de las partes con el fin de que el consenso pueda seguir siendo la guía del desarrollo de la actividad procesal.

En resumen, el perfil del proceso estructural implica: a) el aumento del contradictorio y de la participación de las partes y de terceros; b) la reducción de los espacios de decisión judicial; c) la realización de actos procesales ajustados a las necesidades del conflicto; d) el fomento del consenso tanto en términos de conducción del proceso como para la producción de soluciones materiales; e) la elaboración de un plan de transformación de la realidad con metas factibles, indicadores medibles y una clara distribución de responsabilidades; y f)

la supervisión de la implementación de dicho plan con el fin de poder, en caso necesario, modificarlo, ajustándolo a las transformaciones de la realidad, causadas ya sea por el cambio de contexto, el paso del tiempo o los propios efectos del plan, así como para poder identificar en qué momento se han cumplido los objetivos para que el proceso pueda darse por concluido.

Bibliografía

- Arenhart, S. C. (2013).
Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. *Revista de Processo*, (225), 389-410.
- Arenhart, S. C. (2014).
A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos (2.^a ed.). São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Arenhart, S. C. (2015).
Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. *Revista de Processo Comparado*, 1(2), 211-228.
- Arenhart, S. C., & Jobim, M. F. (2017).
Processos estruturais. Salvador: Juspodivm.
- Barbosa Moreira, J. C. (1984).
Temas de Direito Processual Civil: terceira série. São Paulo: Saraiva.
- Bauermann, D. (2012).
Cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer decorrentes de decisões estruturais do Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- Braga, A. C. L. S. S. M. (2014).
A cidade de Sento-Sé e a construção da barragem do Sobradinho: memória, resistência e territorialidade no nordeste brasileiro (1970-1990). En *Congreso Internacional em Sociais e Humanidades* (pp. 301-320). Salvador: UCSal.
- Branco, P. G. G. (2018).
Jurisdição constitucional e diálogo institucional. Brasília: IDP.
- Bertelli, A. M., & Feldman, S. E. (2006).
Structural reform litigation: remedial bargaining and bureaucratic drift. *Journal of Theoretical Politics*, 18(2), 159-183.

Brinks, D., & Gauri, V. (2014).

Sobre triángulos y diálogos: nuevos paradigmas en la intervención judicial sobre el derecho a la salud. En Roberto Gargarella (comp.), *Por una justicia dialógica: el Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática* (pp. 293-320). Buenos Aires: Siglo XXI.

Cabral, A. do P. (2009).

Despolarização do processo e zonas de interesse: sobre a migração entre polos da demanda. *Revista Forense*, (404), 3-42.

Cabral, A. do P. (2020).

Segurança jurídica e regras de transição no Direito Administrativo: introdução ao art. 23 da LINDB. Salvador: Juspodivm.

Cabral, A. do P., Cunha, L. C., & Didier Jr., F. (2025).

Por uma nova teoria dos procedimentos especiais: dos procedimentos às técnicas (5.^a ed.). Salvador: Juspodivm.

Carvalho, D. W. (2020).

Desastres ambientais e sua regulação jurídica (2.^a ed.). São Paulo: Revista dos Tribunais.

Chayes, A. (1976).

The Role of the Judge in Public Law Litigation. *Harvard Law Review*, 89(7), 1281-1316.

Da Costa, S. H. (2017)

Acesso à justiça: promessa ou realidade? Uma análise do litígio sobre creche e pré-escola no Município de São Paulo. En Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe y Susana Henriques da Costa (orgs.), *O processo para solução de conflitos de interesse público* (pp. 449-473). Salvador: Juspodivm.

Cummings, S. L., & Eagly, I. V. (2001).

A critical reflection on law and organizing. *UCLA Law Review*, (48), 443-517.

Daher, L. L. N. (2019).

Ministério Público resolutivo e o tratamento adequado dos litígios estruturais. Belo Horizonte: D'Plácido.

Da Silva, J. A. (2018).

Curso de Direito Constitucional Positivo (41.^a ed.). São Paulo: Malheiros.

Da Silva, O. A. B. (2006).

Sentença e coisa julgada: ensaios e pareceres (4.^a ed.). Rio de Janeiro: Forense.

De Mello, C. A. B. (2019).

Curso de Direito Administrativo (34.^a ed.). São Paulo: Malheiros.

De Passos, J. J. C. (2002).

Comentários ao Código de Processo Civil (Lei n. 5869, de 11 de janeiro de 1973): Volume 3 (arts. 270 a 331) (8.^a ed.). Rio de Janeiro: Forense.

De Salles, C. A. (2017).

Processo civil de interesse público. En Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe y Susana Henriques da Costa (orgs.), *O processo para solução de conflitos de interesse público* (pp. 193-227). Salvador: Juspodivm.

Didier Jr., F., Cabral, A. do P., & Cunha, L. C. (2025).

Por uma nova teoria dos procedimentos especiais: dos procedimentos às técnicas (5.^a ed.). Salvador: Juspodivm.

Didier Jr., F., & Zaneti Jr., H. (2016).

Ações coletivas e o incidente de julgamento de casos repetitivos – espécies de processo coletivo no direito brasileiro: aproximações e distinções. *Revista de Processo*, (256), 209-218.

Didier Jr., F., & Zaneti Jr., H. (2019).

Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo (13.^a ed.). Salvador: Juspodivm.

Didier Jr., F., Zaneti Jr., H., & Oliveira, R. A. (2017).

Notas sobre as decisões estruturais. *Civil Procedure Review*, 8(1), 46-64.

Dinamarco, P. da S. (2001).

Ação Civil Pública. São Paulo: Saraiva.

Diver, C. S. (1979).

The Judge as Political Powerbroker: Superintending structural change in public institutions. *Virginia Law Review*, 65(1), 43-106.

Eid, E. P. (2019).

Multilateralidade no processo civil: divergências de posições jurídicas. *Revista de Processo*, (297), 39-77.

Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (Enfam), & Conselho da Justiça Federal (CJF). (2017). *III Jornada de Direito Processual Civil: Enunciado n.º 226*. Conselho da Justiça Federal.

Entelman, R. F. (2005).

Teoría de los conflictos: hacia un nuevo paradigma. Barcelona: Gedisa.

Fiss, O. M. (1978).

The Civil Rights Injunction. Bloomington: Indiana University Press.

Fiss, O. M. (1979).

The Supreme Court. 1978. Term, Foreword: Forms of Justice. *Harvard Law Review*, (93), 1-58.

Fiss, O. M. (1981).

Note: Complex Enforcement: Unconstitutional Prison Conditions. *Harvard Law Review*, (94).

Fletcher, W. (1982).

The discretionary Constitution: institutional remedies and judicial legitimacy. *The Yale Law Journal*, 91(4), 635-697.

Folha de São Paulo. (2013).

Belo Monte. <http://www1.folha.uol.com.br/especial/2013/belomonte>

Fuller, L. L. (1978).

The Forms and Limits of Adjudication. *Harvard Law Review*, 92(2), 353-409.

G1. (2012).

MPF abre inquérito para apurar vazamento de óleo no pré-sal. <https://g1.globo.com/economia/noticia/2012/02/mpf-abre-inquerito-para-apurar-vazamento-de-oleo-no-pre-sal.html>

Garrett, B. L. (2007).

Structural Reform Prosecution. *Virginia Law Review*, (93), 853-957.

Garrett, B. L. (2014).

Too Big to Jail: how prosecutors compromise with corporations. Cambridge: Harvard University Press.

- Gewirth, P. (1983).
Remedies and resistance. *Yale Law Journal*, (92), 587-680.
- Gavroski, A. A. (2011).
Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva: a efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Gidi, A. (1995).
Coisa julgada e litispendência em ações coletivas. São Paulo: Saraiva.
- Goldstein, B. (2005).
Storming the court: how a band of Yale law students sued the president – and won. Nueva York: Scribner.
- Grinover, A. P. (2000).
Significado social, político e jurídico da tutela dos interesses difusos. *Revista de Processo*, 25(97), 9-15.
- Grinover, A. P., Watanabe, K., & Da Costa, S. H. (coords.). (2017).
O processo para solução de conflitos de interesse público. Salvador: Juspodivm.
- Hart, H. L. A. (2001).
O conceito de direito (3.^a ed.). Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian.
- Hodges, C., & Voet, S. (2018).
Delivering Collective Redress: New Technologies. Oxford: Hart, CH Beck, Nomos.
- Jobim, M. F. (2013).
Medidas estruturantes: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- Komesar, N. K. (1994).
Imperfect Alternatives: choosing institutions in law, economics, and public policy. Chicago: University of Chicago Press.
- Lamontagne, A. (2012).
Impactos discursivos: conflitos socioambientais e o licenciamento da UHE Estreito. Curitiba: CRV.
- Lucon, P. H. dos S. (2015).
Novo CPC: fundamentos, sistematização e normas fundamentais. São Paulo: Forense.

Mancuso, R. de C. (2005).

Transposição das águas do rio São Francisco: uma abordagem jurídica da controvérsia. *Revista de Direito Ambiental*, 10(37), 28-79.

Mancuso, R. de C. (2019).

Interesses difusos: conceito e legitimação para agir (9.^a ed.). São Paulo: Revista dos Tribunais.

Marinho, C. M. (2009).

Justiciabilidade dos direitos sociais: análise de julgados do direito à educação sob o enfoque da capacidade institucional [tesis de maestría, Universidad de São Paulo].

Mazzilli, H. N. (2017).

A defesa dos interesses difusos em juízo (30.^a ed.). São Paulo: Saraiva.

Merryman, J. H. (2007).

The Civil Law Tradition: an introduction to the legal systems of Western Europe and Latin America (3.^a ed.). Stanford: Stanford University Press.

Müller, F. (2005).

Métodos de trabalho do Direito Constitucional (3.^a ed.). São Paulo: Revista dos Tribunais.

Nunes, D., Bahia, A., & Pedron, F. Q. (2015).

Teoria Geral do Processo e o novo CPC. Belo Horizonte: Fórum.

Osna, G. (2020).

Acertando problemas complexos: o “praticalismo” e os “processos estruturais”. *Revista de Direito Administrativo*, 279(2), 251-278.

Ostrom, E. (1990).

Governing the Commons: the evolution of institutions for collective action. Cambridge: Cambridge University Press.

Peçanha, C., Lamêgo, G., Argolo, I., Sento-Sé, J., & Rossi, T. (2018).

O desastre de Mariana e a tipologia dos conflitos bases para uma adequada regulação dos processos coletivos. *Revista de Processo*, (278), 263-297.

Peixoto, R. (2016).

Presente e futuro da coisa julgada no processo coletivo passivo: uma análise do sistema atual e as propostas dos anteprojetos. *Revista de Processo*, (256), 229-254.

Prefeitura de Maceió. (s.f.).

Centro pesqueiro. <http://www.maceio.al.gov.br/centropesqueiro/>

Puga, M. (2014).

Litigio estructural [tesis doctoral en Derecho, Universidad de Buenos Aires].

Ratner, M. (1998).

How we closed the Guantanamo HIV camp: the intersection of politics and litigation. *Harvard Human Rights Journal*, (11), 187-220.

Rudiniki Neto, R. (2015).

Ação coletiva passiva e ação duplamente coletiva [tesis de maestría en Derecho de las Relaciones Sociales, Universidad Federal de Paraná].

Rushin, S. (2016).

Competing case studies of structural reform litigation in American police departments. *Ohio State Journal of Criminal Law*, (14), 113-141.

Sabel, C. F., & Simon, W. H. (2004).

Destabilization rights: how public law litigation succeeds. *Harvard Law Review*, 117(4), 1015-1101.

Santoro-Passarelli, F. (1973).

Noções de direito do trabalho (C. Alberto Chiarelli, trad.). São Paulo: Revista dos Tribunais.

Santos, B. de Sousa (2011).

Para uma revolução democrática da justiça (3.^a ed.). São Paulo: Cortez.

Santos, R. L. (2009).

Teoria das Normas coletivas (2.^a ed.). São Paulo: LTR.

Sharp, N. (1999).

Wrongful system rights violations and the potential of court-sponsored structural reform [tesis doctoral, McGill University].

Sharp, N. (2006).

Modeling Citizens: structural litigation and the social construction of public participation. *Yale Law Journal*, (115), 2188-2256.

Shen, F. X. (2010).

The overlooked utility of the defendant class action. *Denver University Law Review*, 88(1), 73-181.

Silva, C. A. (2001).

Justiça em jogo: novas facetas da atuação dos promotores de justiça. São Paulo: USP.

Steffens, L. (2020).

Litígios estruturais: uma análise sobre o litígio das creches e pré-escolas do Município de São Paulo. En Edilson Vitorelli y Hermes Zaneti Jr. (coords.), *Casebook de Processo Coletivo: estudos de processo a partir de casos* (vol. 2, pp. 453-486). São Paulo: Almedina.

Taruffo, M. (2012).

Notes on the collective protection of rights. En *I Conferencia Internacional y XXIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal: Procesos colectivos (class actions)*. Buenos Aires: International Association of Procedural Law e Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.

Taruffo, M. (2014).

A prova. São Paulo: RT.

Theodoro Jr., H. (2016).

Curso de Direito Processual Civil. Río de Janeiro: Forense.

Tidmarsh, J., & Trangsrud, R. H. (2002).

Complex litigation: problems in advanced civil procedure. Nueva York: Foundation Press.

Viana, T. C. T. (2022).

Tomada de decisão estratégica e modelos agregativos de sujeitos no processo coletivo estrutural [tesis de doctorado, Universidad Federal de Minas Gerais].

Violin, J. (2013).

Protagonismo judiciário e processo coletivo estrutural. Salvador: Juspodivm.

Vitorelli, E. (2016a).

Estatuto do Índio (3.^a ed.). Salvador: Juspodivm.

Vitorelli, E. (2016b).

Estatuto da Igualdade Racial e comunidades quilombolas (3.^a ed.). Salvador: Juspodivm.

Vitorelli, E. (2018a).

Ações coletivas passivas: porque elas não existem nem deveriam existir. *Revista de Processo*, (278), 297-335.

Vitorelli, E. (2018b).

Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. *Revista de Processo*, (284), 333-369.

Vitorelli, E. (2024).

El proceso de reparación colectiva de las grandes catástrofes. *Ius Et Veritas*, (68), 55-65.

Vitorelli, E. (2025).

O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos (4.^a ed.). São Paulo: RT.

Vitorelli, E. (2026).

Processo Civil Estrutural: Teoria e Prática (7.^a ed.). Salvador: Juspodivm.

Vitorelli, E., & Barros, J. O. (2026).

Processo Coletivo e Direito a Participação: Técnicas de Atuação Interativa em Litígios Complexos (3.^a ed.). Salvador: Juspodivm.

Waldron, J. (2011).

The Rule of Law and the Importance of Procedure. En James E. Fleming (org.), *Getting to the Rule of Law* (pp. 3-31). Nueva York: NYU Press.

Young, I. M. (2000).

Inclusion and democracy. Nueva York: Oxford University Press.

Zaneti, G. A. (2019).

Jurisdição adequada para os processos coletivos transnacionais. São Paulo: Revista dos Tribunais.

Jurisprudencia, normas y otros documentos legales

Agravo Regimental en Recurso de Hábeas Corpus N.º 41.675/SP (Quinta Sala del Superior Tribunal de Justicia [Brasil], 5 de octubre de 2017).

Autos N.º 0150735-64.2008.8.26.0002 (Tribunal de Justicia del Estado de São Paulo [Brasil], 16 de diciembre de 2013).

Comunidad Indígena Gavião da Montanha, REsp N.º 990.085/PA (Superior Tribunal de Justicia [Brasil], 19 de febrero de 2008).

Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica (Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, 2004).

Constitución de la República Federativa de Brasil (Asamblea Nacional Constituyente [Brasil], 5 de octubre de 1988).

Decreto-Ley N.º 5.452, de Consolidación de las leyes laborales (Presidencia de la República [Brasil], 1 de mayo de 1943). *Diário Oficial da União*, 9 de agosto de 1943.

Decreto-Ley n.º 114-A/2023, que traspone la Directiva (UE) 2020/1828 relativo a las acciones colectivas para la protección de los intereses de los consumidores (Presidencia del Consejo de Ministros [Portugal], 2023). *Diário de la República*, (234), Serie I, 2.º Suplemento, 5 de diciembre de 2023.

Decreto-Ley N.º 4.657, Ley de Introducción a las Normas del Derecho Brasileño (Presidencia de la República [Brasil], 4 de septiembre de 1942). *Diário Oficial da União*, 9 de septiembre de 1942.

Expediente N.º 5001307-87.2020.8.13.0090 (Segundo Juzgado Civil, Penal y de Ejecuciones Penales de la Comarca de Brumadinho [Brasil], 5 de junio de 2020).

Hábeas Corpus N.º 148.459 (Primera Sala del Supremo Tribunal Federal [Brasil], 19 de febrero de 2018).

Hábeas Corpus N.º 143.641/SP (Pleno del Supremo Tribunal Federal [Brasil], 20 de febrero de 2018).

Ley N.º 4.717, de Acción Popular (Congreso Nacional [Brasil], 29 de junio de 1965). *Diário Oficial da União*, 5 de julio de 1965.

Ley N.º 6.001, Estatuto del Indio (Congreso Nacional [Brasil], 19 de diciembre de 1973). *Diário Oficial da União*, 21 de diciembre de 1973.

Ley N.º 7.347, de la Acción Civil Pública (Congreso Nacional [Brasil], 24 de julio de 1985). *Diário Oficial da União*, 25 de julio de 1985.

Ley N.º 8.078, Código de Defensa del Consumidor (Congreso Nacional [Brasil], 11 de septiembre de 1990). *Diário Oficial da União*, 12 de septiembre de 1990.

Ley N.º 8.069, Estatuto del Niño y del Adolescente (Congreso Nacional [Brasil], 13 de julio de 1990). *Diário Oficial da União*, 16 de julio de 1990.

Ley N.º 8.429, sobre la Improbidad Administrativa (Congreso Nacional [Brasil], 2 de junio de 1992). *Diário Oficial da União*, 3 de junio de 1992.

Ley N.º 1/2000, de Enjuiciamiento Civil (Cortes Generales [España], 2000). *Boletín Oficial del Estado*, 8 de enero de 2000.

Ley N.º 10.741, Estatuto de los Ancianos (Congreso Nacional [Brasil], 1 de octubre de 2003). *Diário Oficial da União*, 3 de octubre de 2003.

Ley N.º 12.016, de Mandato de Seguridad (Congreso Nacional [Brasil], 7 de agosto de 2009). *Diário Oficial da União*, 10 de agosto de 2009.

Ley N.º 13.105, Código de Proceso Civil (Congreso Nacional [Brasil], 16 de marzo de 2015). *Diário Oficial da União*, 17 de marzo de 2015.

Ley N.º 31, Disposiciones de demanda colectiva (Parlamento [Italia], 12 de abril de 2019). *Gaceta Oficial*, (92), 18 de abril de 2019.

Proyecto de Ley N.º 3/2025, regulación del proceso estructural y de las decisiones estructurales (Senado Federal [Brasil], 2025).

Real Decreto N.º 1443, Código de Procedimiento Civil (Reino de Italia, 28 de octubre de 1940).

Recomendación N.º 163/2025, directrices para la tramitación de procesos estructurales (Consejo Nacional de Justicia [Brasil], 2025).

Recomendación de la Comisión Europea 2013/396/UE (Comisión Europea, 2013). *Diario Oficial de la Unión Europea*, L(201), 60-65, 11 de junio de 2013. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32013H0396>

Resolución Normativa N.º 149/2025, actuación de la Abogacía General de la Unión en procesos estructurales (Abogacía General de la Unión [Brasil], 2025).

Verbraucherrecht durchsetzungsgesetz (VDuG), Ley de ejecución de los derechos de los consumidores (Parlamento Federal [Alemania], 2023). *BGBI. I S.*, p. 1100, 12 de octubre de 2023. <https://www.gesetze-im-internet.de/vdug/BJNR11000023.html>



Das divergências entre bases teóricas à confluência de ideias no tocante à preservação do direito fundamental ao contraditório*

From Divergences Between Theoretical Foundations to the Convergence of Ideas Regarding the Preservation of the Fundamental Right to Adversarial Proceedings

Igor Raatz**

Profesor en el curso de graduación en Derecho de la Universidade FEEVALE - Novo Hamburgo (RS).
Código ORCID: 0000-0002-7982-9190 | Contacto: igor@raatzanchieta.com.br

Natascha Anchieta***

Profesora en los cursos de posgraduación y extensión en Derecho Procesal Civil.
Código ORCID: 0009-0009-3886-2304 | Contacto: natascha@raatzanchieta.com.br

Resumen

El presente artículo analiza las bases teóricas de la doctrina de Eugenia Ariano Deho sobre la teoría de la tutela cautelar y establece, a partir de ellas, un diálogo crítico con dicha autora. Como punto de partida, se contrasta la concepción de Piero Calamandrei con la construcción teórica de Pontes de Miranda y Ovídio A. Baptista da Silva, con el fin de examinar la distinción entre tutela cautelar y tutela satisfactiva de urgencia. Se sostiene que, pese a las divergencias conceptuales,

* Artículo originariamente publicado en el año 2022, con el título «Tutelas provisórias e direito fundamental ao contraditório: um diálogo com a doutrina de Eugenia Ariano Deho acerca da teoria da tutela cautelar», en *Revista Brasileira de Direito Processual (RBDPro)*, volumen 30, número 120, páginas 237-270.

** Posdoctor, doctor y magíster en Derecho por la Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Especialista em processo civil por la Academia Brasileña de Derecho Procesal Civil (ABDPC). Miembro del Núcleo de Estudio Hermenéuticos (DASEIN), de la Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPro) y del Instituto Iberoamericano de Direito Processual (IIDP). Profesor en el curso de pregrado en Derecho de la Universidade FEEVALE - Novo Hamburgo (RS). Profesor de cursos de posgrado y extensión en derecho procesal civil. Abogado.

*** Doctoranda y magíster en Derecho por la Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Especialista en Derecho por la Associação dos Juizes do Estado do Rio Grande do Sul (AJURIS). Profesora en cursos de posgraduación y extensión en derecho procesal civil. Abogada.

ambas perspectivas convergen en una preocupación común: la preservación del proceso como garantía y, especialmente, del derecho fundamental al contradictorio. Desde una perspectiva garantista, se concluye que la adecuada delimitación entre tutela cautelar y tutela satisfactiva resulta esencial para evitar la concesión indiscriminada de tutelas sumarias sin previo contradictorio.

Palabras-clave: Derecho fundamental al contradictorio, tutela cautelar, tutela satisfactiva de urgencia, tutelas provisionales, cognición sumaria, garantismo procesal.

Abstract:

This article analyzes the theoretical foundations of Eugenia Ariano Deho's doctrine on the theory of precautionary relief and, based on them, establishes a critical dialogue with the author. As a starting point, it contrasts the conception of Piero Calamandrei with the theoretical framework developed by Pontes de Miranda and Ovidio A. Baptista da Silva, in order to examine the distinction between precautionary relief and urgent satisfactory relief. It is argued that, despite conceptual divergences, both perspectives converge on a common concern: the preservation of the process as a guarantee and, in particular, of the fundamental right to adversarial proceedings. From a garantist perspective, the article concludes that a proper delimitation between precautionary relief and satisfactory relief is essential to avoid the indiscriminate granting of summary measures without prior adversarial hearing.

Keywords: Fundamental right to adversarial proceedings, precautionary relief, urgent satisfactory relief, provisional remedies, summary cognition, procedural garantism.

Recibido: 5 de septiembre de 2025 | Aprobado: 23 de enero de 2026

Se suele decir que «solo Dios, para juzgar, no necesita proceso». Yo agregaría que «no solo» Dios puede juzgar sin proceso sino también el juez civil peruano, el que, la más de las veces, tras la máscara de estar concediendo una tutela meramente cautelar, en el fondo, está concediendo una ilegítima tutela con efectos difícilmente reversibles. Y yo no creo que sea bueno que los humanos juguemos a ser dioses.

Eugenia Ariano Deho (2016f, p. 139)

Sumário: 1. Introdução.- 2. A doutrina de Piero Calamandrei como ponto de partida teórico e as divergências quanto à «teoria da tutela cautelar»: o caráter instrumental da tutela cautelar, a autonomia da tutela cautelar e a distinção entre tutela cautelar e tutela satisfativa.- 3. A doutrina de Pontes de Miranda e Ovídio A. Baptista da Silva como ponto de partida teórico: uma alternativa à instrumentalidade qualificada de Calamandrei, e a necessária distinção entre tutela cautelar e tutela satisfativa.- 4. Da necessária distinção entre *pericolo di infruttuosità/perigo de dano iminente* e *pericolo di tardività/perigo da demora* para a compreensão das «tutelas de urgência».- 5. Tutelas sumárias e violação do direito fundamental ao contraditório.- 6. Conclusão.

1. Introdução

Participar de uma obra voltada a estabelecer um diálogo com o pensamento da professora Eugenia Ariano Deho é motivo de muita honra e orgulho. Em diversos flancos teóricos, o trabalho acadêmico da professora peruana tem impactado no cenário latino-americano. Nesse sentido, pode-se enaltecer tanto as suas traduções dos textos de Franco Cipriani para espanhol, empreendimento decisivo para a disseminação do garantismo processual, quanto sua vasta produção doutrinária, na qual algumas temáticas, seja pela densidade teórica, seja pela quantidade de escritos, saltam aos olhos: direito recursal, tutela executiva e teoria da tutela cautelar.

Especificamente quanto ao último tema, verifica-se, em textos mais recentes, uma acentuada preocupação em salvar a tutela cautelar de posturas não-garantistas, responsáveis por banalizar a sua concessão *inaudita altera parte*. Não é por acaso que, no prólogo do livro *Estudios sobre la tutela cautelar*, Eugenia procura deixar claro que suas reservas sobre a tutela cautelar não estão nem em sua função, nem na amplitude do poder que os juízes gozam para conceder cautelares «atípicas» que se ajustem às necessidades do caso concreto, mas, sim, no procedimento previsto no Código de Processo Civil peruano que estabelece que a tutela cautelar deverá ser concedida (ou denegada) *inaudita altera parte*. Nisso residiria, para ela, a fonte primária «de todas las distorsiones y descréditos que esta noble forma de tutela ha sufrido en estos más de veinte años de vigencia del CPC».¹

De fato, o a concessão desenfreada de *tutelas de cognição sumária* – que, inadequadamente, receberam na legislação procedimental civil brasileira a

¹ Ariano (2016a, p. 6).

denominação *tutelas provisórias* – sem o *prévio contraditório* é um problema dos mais graves e menos debatidos no Brasil. Isso torna, para nós brasileiros, extremamente importante o debate com a professora Eugenia Ariano Deho – até porque, no direito brasileiro, as posturas garantistas começaram a ganhar eco e robustez teórica no âmbito do procedimento civil há pouquíssimo tempo, não obstante já exista uma quantidade grande de textos escritos pela doutrina brasileira sobre o tema.² Contudo, sendo esta uma obra voltada ao debate acadêmico – o que não deve significar apenas uma mera confluência de ideias – estabeleceremos uma série de divergências quanto ao pensamento de Eugenia Ariano Deho acerca da teoria da tutela cautelar. Tais divergências, que não desnaturam em nada nossa preocupação comum com a preservação do *direito fundamental ao contraditório*, decorrem, em grande medida, da incompatibilidade entre o ponto de partida teórico do qual se vale Eugenia Ariano Deho para tratar da teoria da tutela cautelar, ou seja, a doutrina de Piero Calamandrei, e o ponto de partida por nós adotado, qual seja, a doutrina de Pontes de Miranda e Ovídio A. Baptista da Silva.

2. A doutrina de Piero Calamandrei como ponto de partida teórico e as divergências quanto à «teoria da tutela cautelar»: o caráter instrumental da tutela cautelar, a autonomia da tutela cautelar e a distinção entre tutela cautelar e tutela satisfativa

Conforme mencionado anteriormente, nossas divergências com o pensamento de Eugenia Ariano Deho decorrem da adoção de bases teóricas distintas a respeito da teoria da tutela cautelar. Enquanto a professora peruana filia-se à doutrina da Piero Calamandrei sobre o tema, nós optamos por seguir a corrente teórica inaugurada por Pontes de Miranda e desenvolvida por Ovídio A. Baptista da Silva – a qual será apresentada mais adiante no presente ensaio. Essa diferença de bases teóricas produz resultados diferentes no tocante à abordagem de alguns pontos, como é o caso da instrumentalidade da tutela cautelar e o seu âmbito de proteção – temática que conduz à resposta a respeito do objeto da tutela cautelar –, a autonomia da tutela cautelar e a distinção entre tutela cautelar e tutela satisfativa, em que pese, nesse último ponto, nossas discordâncias parecem ser muito mais de ordem terminológica que material.

Para Calamandrei, a nota característica dos provimentos cautelares seria a sua relação de instrumentalidade com o provimento definitivo. Os provimentos

2 Um bom exemplo disso são os mais de 50 artigos com a temática garantista, publicados na coluna *garantismo processual* no site Empório do Direito (2019).

cautelares, desse modo, nasceriam a serviço de um provimento definitivo, do qual buscariam assegurar a eficácia prática. Nisso reside a noção de que os provimentos cautelares servem como instrumento do instrumento (instrumentalidade ao quadrado ou qualificada). Os provimentos cautelares seriam instrumentos dos provimentos definitivos, os quais, por sua vez, seriam um meio para a atuação do direito³ ou, dito de outro modo, instrumentais em relação ao direito material.

Segundo o jurista italiano, essa relação de instrumentalidade entre o provimento cautelar e o provimento principal poderia assumir diversas formas, as quais, a fim de obter uma sistematização da matéria,⁴ ele reduziu em quatro tipos: a) o *primeiro grupo* seria constituído pelos *provimentos instrutórios antecipados*, com os quais, diante de um possível futuro processo de cognição, se objetiva fixar certos resultados probatórios, positivos ou negativos, que poderão ser utilizados naquele processo em momento oportuno – aqui estariam concentrados os casos de *conservação* ou de *asseguração da prova*;⁵ b) o *segundo grupo* abranteria os provimentos que servem para facilitar a frutuosidade prática de uma futura execução forçada, impedindo a dispersão dos bens que poderão ser objeto da própria execução – aqui, o caráter instrumental dos provimentos cautelares, cuja finalidade seria assegurar a futura execução, conservando o direito, sem, contudo, satisfazê-lo, estaria evidenciado pelo preciso paralelismo entre as medidas cautelares compreendidas neste grupo e o procedimento executivo do qual o provimento cautelar constituiria uma espécie de pré-anúncio e segurança;⁶ c) o terceiro grupo compreenderia os provimentos com os quais se *decide interinamente* uma relação controversa sempre que a espera da decisão definitiva poderia causar a uma das partes danos irreparáveis – aqui, a relação de instrumentalidade entre o provimento provisório e o provimento principal seria diversa daquela existente nos grupos precedentes, pois o provimento cautelar consistiria propriamente em uma decisão antecipada e provisória do mérito, destinada a durar até que a esta regulamentação provisória se sobreponha uma regulamentação estável obtida por meio do lento procedimento ordinário. Referido grupo de provimentos cautelares aproximar-se-ia conceitualmente dos assim chamados «acertamentos com prevalente função executiva», com a diferença que os provimentos cautelares não poderiam aspirar a tornar-se definitivos, estando, em todos os

3 Calamandrei (1936, pp. 21-22).

4 Calamandrei (1936, p. 31).

5 Calamandrei (1936, pp. 31-32).

6 Calamandrei (1936, pp. 33-37).

casos, pré-ordenados a emanção de um provimento principal;⁷ e por fim d) o quarto grupo seria formado pelas hipóteses em que é imposto, por parte do juiz, que a parte preste uma caução, a qual seria ordenada ao interessado como condição para obter um posterior provimento jurisdicional.⁸ Neste grupo estariam as medidas de «contracautela», destinadas a neutralizar o perigo causado pela concessão das próprias medidas cautelares.⁹

Com isso, podemos verificar duas consequências extremamente importantes que decorrem do pensamento de Calamandrei: (i) por um lado, a nota característica dos provimentos cautelares não está na sua relação com o direito material, mas na sua relação com os provimentos jurisdicionais definitivos (= fundados em cognição exauriente), o que faz com a *provisoriedade* do provimento cautelar esteja atrelada a sua *instrumentalidade* em relação ao provimento definitivo; (ii) por outro lado, se o que caracteriza os provimentos cautelares é a sua relação imediata com os provimentos definitivos, e não com o próprio direito material, torna-se possível ignorar o elemento da realização ou simples assecuração do direito material para caracterizar a tutela cautelar. É claro que, para tanto, será necessário partir do pressuposto de que a satisfação do direito material ocorre com a declaração do direito mediante um acerto com força de coisa julgada.

Satisfazer um direito significa realizá-lo faticamente no plano das relações humanas.¹⁰ Nisso, Ovídio Baptista da Silva sempre se apresentou em franco combate à doutrina brasileira que, inspirada no pensamento de Calamandrei, entendia que satisfazer o direito era o mesmo que declará-lo de modo definitivo.¹¹ A dificuldade da doutrina em conceber uma segunda categoria de provimentos de urgência, que não ostentasse a natureza de provimento cautelar, estaria, pois, na equivocada compreensão de que somente haverá satisfação do direito com o julgamento definitivo e que satisfazer um direito seria sinônimo de declaração. Nesse equívoco incorreram os juristas brasileiros que trataram dos chamados

7 Calamandrei (1936, pp. 38-41).

8 Calamandrei (1936, p. 44).

9 Da Silva (2007-2008, p. 56).

10 Da Silva (1998, p. 84).

11 Sobre o tema, a aguda crítica de Ovídio A. Baptista da Silva (1991b): «temos dito reiteradamente ser entendimento da doutrina em geral a ideia de que somente haverá decisão quando houver julgamento definitivo da lide. Se o magistrado se limitar a ordenar, imagina-se que o resultado do ato volitivo seja o produto de algum estado hipnótico, dado que não haveria, aí, qualquer decisão (...) satisfazer o direito, portanto, é declará-lo existente, em sentença idônea a produzir coisa julgada» (pp. 140-145). Acerca das origens da equiparação da atividade jurisdicional à mera declaração, ver Da Silva (2007).

«alimentos provisionais» como cautelares, uma vez que estes ofereceriam uma satisfação totalmente distinta daquela obtida no processo de conhecimento¹² e que consideraram ser impossível uma satisfação provisória do direito.¹³

Calamandrei percebeu, com muita precisão, que os casos da letra «c» da sua classificação possuíam algo distinto em comparação com os demais provimentos cautelares. Assim, nos grupos «a», «b» e «d», o provimento cautelar não mira a acelerar a satisfação do direito controverso, mas somente a preparar antecipadamente os meios para fazer com que o acerto ou a execução forçada do direito esteja, quando a demora do procedimento ordinário o consentir, em condições praticamente mais favoráveis. Assim, *urgente não seria a satisfação do direito, mas a assecuração preventiva dos meios tendentes a fazer com que o processo principal, quando sobrevir, seja justo e praticamente eficaz*. Em contrapartida, os provimentos previstos no grupo «c» teriam, para Calamandrei, o objetivo de *acelerar* de modo provisório a satisfação do direito, porque o *periculum in mora* é constituído não pelo temor de não haver meios para a formação ou para a execução do provimento principal sobre o mérito, mas da própria demora do procedimento ordinário, do estado de insatisfação do direito, o qual se contende no juízo de mérito. Aqui, o provimento cautelar seria uma espécie de *acertamento interino do mérito*.¹⁴

12 Alvaro de Oliveira e Lacerda (1998, p. 377). Nesse sentido, podemos destacar a crítica de Ovídio: «A doutrina tem uma compreensão muito diversa do que seja, no plano jurisdicional, a satisfação de um direito. Como tivemos ensejo de mostrar em outro lugar (Decisões interlocutórias..., p. 131 e 145), para CHIOVENDA e, através dele, para toda a nossa doutrina, satisfazer um direito, no plano jurisdicional, é declará-lo existente. É esta a razão pela qual os processualistas têm os alimentos provisionais como cautelares, e não como satisfativos da pretensão alimentar. Carlos Alberto A. de Oliveira (*Comentários ao Código de Processo Civil*, v.8, t. III, p. 377) considera que os alimentos provisionais oferecem uma ‘satisfação’ ‘totalmente distinta da conseguida com a sentença no processo de conhecimento normal’. Embora isso não fique bem nítido no pensamento do jurista, uma análise mais atenta mostra que ele antepõe à sentença do processo de conhecimento que reconhece a obrigação alimentar não aos alimentos provisionais propriamente ditos, enquanto prestação monetária recebida e consumida pelo credor dos alimentos, e sim à respectiva sentença que os tenha concedido sob a forma de provisionais» (Da Silva, 2007-2008, p. 27).

13 Dentre tantos, pode-se mencionar o pensamento de Victor Bomfim Martins (2000), para quem «a expressão ‘satisfação provisória’ encerra contradição nos seus próprios termos, porquanto ou há satisfação em sentido jurídico ou não há. *Tertius non datur* (...) é crucial reconhecer que as decisões tomadas no curso do processo de conhecimento (interlocutórias) não atuam diretamente sobre o interesse (satisfativo) em conflito, até porque instrumentalizam o processo a fazê-lo por meio da sentença, agora sim, pronunciamento judicial definitivo» (pp. 74-75).

14 Calamandrei (1936, pp. 55-57).

Portanto, mesmo se tratarmos os provimentos cautelares como instrumentais em relação ao provimento definitivo, somos obrigados a reconhecer que a tutela cautelar (oferecia pelos provimentos dos grupos «a», «b» e «d») é totalmente distinta daquela prevista no grupo dos provimentos arrolados no grupo «c» da classificação de Calamandrei. Estes últimos, obviamente, não oferecem uma tutela da natureza cautelar, na medida em que os provimentos cautelares têm a função de assegurar a futura satisfação do direito ou, como preferem alguns autores, a eficaz atuação da decisão definitiva sobre o mérito, e não a função de antecipar, ainda que de modo provisório a própria decisão de mérito.¹⁵

Porém, na medida em que o núcleo comum da classificação de Calamandrei era o conceito de provisoriedade – pensado a partir de uma relação de instrumentalidade entre o provimento cautelar e o provimento definitivo – foi possível para Calamandrei manter os casos do grupo «c» no âmbito dos provimentos cautelares. Na verdade, foi a ideia de que *tudo que funciona como instrumento é cautelar* permitiu a Calamandrei, conforme aguda crítica de Ovídio A. Baptista da Silva, a formação do grupo «c» da sua classificação formado pelas «cautelares» que decidiriam interinamente uma relação litigiosa.¹⁶ Desse modo, os «provimentos antecipatórios» seriam cautelares na medida em que instrumentais em relação aos provimentos definitivos. Como se vê, Calamandrei construiu sua teoria contrapondo a cautelaridade da definitividade. O elemento que distinguiria os provimentos cautelares dos provimentos definitivos seria justamente a provisoriedade.¹⁷

Conforme referido anteriormente, nossas divergências com o pensamento da professora Eugenia Ariano Deho, neste ponto, parecem ser muito mais de ordem terminológica, que material. Contudo, entendemos importante retirar, do âmbito da cautelaridade, os provimentos de cognição sumária voltados à satisfação imediata do direito material – os quais, sob o *nomem juris* «tutela da evidência», podem, no direito brasileiro, ser concedidos sem o requisito da urgência, gerando uma situação ainda mais gravosa no tocante à preservação da garantia do contraditório.

Seguindo a doutrina de Calamandrei, Eugenia Ariano Deho considera que as medidas cautelares com conteúdo «igual o semelhante contenido que la resolución definitiva» – denominadas de «medidas anticipadas» ou «anticipatorias» – não teriam o condão de satisfazer o direito, «que es tarea de la tutela de fondo, sino porque ello se hace imprescindible para que la medida cumpla su misión

¹⁵ Calvosa (1970, p. 782).

¹⁶ Da Silva (2007-2008, p. 87).

¹⁷ Da Silva (2007-2008, p. 58).

instrumental de hacer efectiva la tutela de fondo». ¹⁸ Mantendo-se fiel ao pensamento de Calamandrei, menciona que, para ser cautelar, a tutela «debe ser instrumental, es decir, debe servir, simple y llanamente, para asegurar la eficacia de la tutela de fondo neutralizando un determinado peligro en la demora». Por isso, conclui que as «medidas temporales sobre el fondo», previstas no art. 674 do CPC peruano de 1993, ¹⁹ «no son medidas cautelares, sino medidas de fondo temporales, interinales, no cautelares, destinadas a volverse definitivas e inmutables con la emisión de la sentencia de fondo, y que tienden a satisfacer en vía directa el derecho, y no a asegurar la eficacia de la tutela definitiva». ²⁰

Com isso, Eugenia Ariano Deho parece se distanciar da visão doutrinária que, no Brasil, baseando ainda em Calamandrei, rechaçada a possibilidade de uma satisfação provisória do direito e vincula satisfação à definitividade do provimento jurisdicional. Consequentemente, nos parece que a «asignación anticipada de alimentos» do art. 675 do CPC peruano, não pode ser considerada cautelar, do mesmo modo que os «alimentos provisionais» dos artigos 852 a 854 do já revogado CPC brasileiro de 1973 não poderiam ser considerados cautelares.

Porém, do nosso ponto de vista, tudo isso reforça a necessidade de uma clara distinção entre *tutela cautelar* e *tutela satisfativa de urgência* (ou, *tutela satisfativa sumária, considerando-se, como ocorre no direito positivo brasileiro, a possibilidade de tutelas satisfativas provisórias no plano normativo sem o requisito de urgência*). Para tanto, como veremos adiante, mostra-se necessário ir além do pensamento de Calamandrei acerca das tutelas de urgência, centrado na noção de *instrumentalidade qualificada* atribuída por ele como nota essencial dos provimentos cautelares.

Por sinal, este talvez seja nosso principal ponto de divergência em relação à doutrina da professora Eugenia Ariano Deho. Guiada pela doutrina de Calamandrei, a professora peruana considera que a tutela cautelar

jamás pueda ser el instrumento para tutelar directamente la situación sustancial, pues el nexo instrumental: tutela cautelar (medio) - eficaz tutela de

¹⁸ Ariano (2016e, p. 119).

¹⁹ «Artículo 674.- Medida temporal sobre el fondo. Excepcionalmente, por la necesidad impostergable del que la pide, por la firmeza del fundamento de la demanda y prueba aportada, la medida puede consistir en la ejecución anticipada de lo que el Juez va a decidir en la sentencia, sea en su integridad o sólo en aspectos sustanciales de ésta, siempre que los efectos de la decisión puedan ser de posible reversión y, no afecten el interés público».

²⁰ Ariano (2016e, p. 121).

fondo (fin) marca esa suerte de dirección obligada de la tutela cautelar, en cuanto esta (en su contenido y efectos) está teleológicamente dirigida a hacer posible o en todo caso no convertir en inútil la tutela de fondo.²¹

Nessa linha, Eugenia Ariano Deho considera que

la tutela cautelar sirve a garantizar el resultado de cualquier proceso de cognición sea que en este se pretenda una tutela de condena, constitutiva o meramente declarativa, y no solo, sino que además tiende a asegurar también la efectividad práctica de una futura ejecución, en suma, el proceso cautelar es instrumental.²²

O peso da doutrina de Calamandrei – nítido no pensamento de Eugenia Ariano Deho – também é uma constante na tradição luso-brasileira. Isso fica bastante claro, por exemplo, quando o atual Código de Processo Civil brasileiro (CPC/2015), estabelece o art. 300 que a tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o *risco ao resultado útil do processo*, repetindo, pois, a ideia de que a cautelar serve como garantia do processo de conhecimento ou de execução – mais precisamente, *da jurisdição, e não do processo*, notadamente em razão de que na tradição publicista inaugurada, na Itália, por Chiovenda, o *maestro* de Calamandrei, o *processo resume-se à condição de instrumento do poder jurisdicional*.²³

É importante lembrar que, para Calamandrei,

as medidas cautelares são predispostas, mais que no interesse dos particulares, no interesse da administração da justiça, da qual garantem o bom funcionamento e ainda, se poderia dizer, o bom nome (...) este caráter eminentemente publicístico dos provimentos cautelares se revela, ainda em matéria civil, na maior energia com a qual a jurisdição se exercita, quando é dirigida a escopos cautelares: não somente na aceleração do processo e na sumariedade da cognição, mas igualmente no crescimento dos poderes de iniciativa do juiz (...) as medidas cautelares atendem, mais que à tutela dos direitos subjetivos, à polícia do processo.²⁴

²¹ Ariano (2016b, p. 36).

²² Ariano (2016e, p. 108).

²³ No sentido de que o processualismo científico italiano enxergou o processo como um instrumento do poder jurisdicional, ver Raatz e Anchieta (2018).

²⁴ Calamandrei (1936, pp. 144-145). No mesmo sentido, Chiovenda (1936-1940, p. 215).

Segundo essas lições, no Brasil, autores como Galeno Lacerda e Humberto Theodoro Junior disseminaram a noção de que os provimentos cautelares seriam, acima de tudo, *instrumentos da atividade jurisdicional*²⁵ e, portanto, voltados a *garantir o resultado útil do processo (= do exercício do poder jurisdicional, pois, repita-se, na visão publicista o processo é instrumento do poder, e não garantia das partes)*. No fundo, trata-se de uma continuação do perfil autoritário de processo, inaugurado, entre nós, com o Código de Processo Civil de 1939,²⁶ francamente inspirado na doutrina de José Alberto dos Reis – ministro da Justiça no «Estado Novo» português –,²⁷ para quem «o processo cautelar nasce para ser posto ao serviço dum processo principal».²⁸

Aqui, nossa discordância reside na tese da *instrumentalidade elevada ao quadrado*, defendida por Calamandrei, segundo a qual os provimentos cautelares seriam um *instrumento do instrumento*: «nos provimentos cautelares, mais que o escopo de atuar o direito, prevalece o escopo imediato de assegurar a eficácia prática do provimento definitivo que servirá, por sua vez, a atuar o direito». Desse modo, «se todos os provimentos jurisdicionais são um instrumento do direito substancial que, através deles atua, nos provimentos cautelares se encontra uma instrumentalidade qualificada, ou seja, elevada, por assim dizer, ao quadrado».²⁹

Duas consequências práticas decorrem dessa tese: (i) a primeira, reside na possibilidade da concessão de cautelares de ofício, sem que isso represente uma

²⁵ Lacerda (2007) e Theodoro Jr. (2014).

²⁶ Sobre o tema, ver Raatz e Anchieta (2020b).

²⁷ Sobre o tema, ver Mendonça (2012).

²⁸ Reis (1985, p. 27).

²⁹ Calamandrei (1936, pp. 21-22).

violação ao «princípio dispositivo» –³⁰ afinal, se os provimentos cautelares são meros instrumentos da função jurisdicional, e não de uma situação de direito material específica, a sua concessão sem postulação da parte não caracterizaria nenhuma ingerência indevida do juiz no âmbito do direito material; (ii) a segunda, reside na impossibilidade de se conferir *autonomia material* à tutela cautelar, na medida em que, como instrumento da tutela definitiva, seria reduzida a um mero *acessório* do provimento definitivo.

A primeira consequência está bastante afinada com a visão publicista típica do processualismo científico italiano do início do século XX, segundo a qual o Estado seria interessado *não somente no objeto da lide, mas no modo em que ela se desenvolveria*.³¹ No entanto, se considerarmos a tutela cautelar como instrumental em relação ao direito material – como uma forma, pois, de proteção do direito – torna-se insustentável a possibilidade de que o juiz venha a utilizá-la de ofício. No direito brasileiro, por exemplo, seria facilmente identificável a violação ao art. 2.º do CPC, que, ao impedir o juiz de agir de ofício quanto à tutela do direito material, espelha, juntamente com os artigos 141 e 492 daquele mesmo Código, o chamado «princípio dispositivo», sendo uma expressão da autonomia privada no procedimento civil e um reforço à garantia da imparcialidade.³²

³⁰ Optamos por utilizar a expressão «princípio dispositivo» por alguns motivos. Entendemos que a expressão «princípio da demanda» além de ser limitada insere-se no contexto da doutrina italiana que, com Tito Carnacini e Mauro Cappelletti, foi responsável por deturpar o conteúdo originário do «princípio dispositivo», fracionando-o em dois planos (sentido material e sentido processual) justamente para, no âmbito da «técnica processual» liberar a atuação oficiosa do juiz. Ainda sobre o ponto, cabe lembrar que foi após a dissolução do Sacro Império Germânico, ocorrida em 1806, que, nos estados germânicos da primeira metade do século XIX, se iniciou a construção de um arcabouço teórico de combate ao modelo inquisitório. Atribui-se a Nikolaus Thaddaeus Gönner o mérito por ter criado a expressão *Verhandlungsmaxime*, em seu famoso *Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses*, bem como por distingui-la da *Untersuchungsmaxime (Inquisitionsmaxime)*. De início, pois, a contraposição fundamental se dava entre o chamado *princípio inquisitorial* e o *princípio do debate*. Todavia, desde a sua criação por Gönner – e talvez pela falta de precisão da terminologia por ele desenvolvida – foram surgindo algumas questões a respeito da amplitude da *Verhandlungsmaxime (princípio do debate)*. Isso levou a que, em 1858, Ortloff sugerisse, *para contrapor o princípio inquisitório*, a utilização da expressão *Dispositionsmaxime*, o que não significava um abandono da *Verhandlungsmaxime*, mas na distinção entre dois polos de contraposição ao princípio inquisitório. Com efeito, enquanto o *princípio dispositivo* diria respeito ao poder de disposição das partes a respeito dos seus direitos e a escolha de exercê-los em juízo, o *princípio do debate* corresponderia ao poder atribuído às partes relativo ao modo de exercício dos seus direitos no processo, abarcando a utilização do processo e dos respectivos meios de prova. Sobre o tema, ver Raatz (2019).

³¹ Chiovenda (1930, p. 385).

³² Sobre o tema, ver Raatz (2019).

Desse modo, embora ainda seja altamente discutível, o juiz somente poderia conceder cautelares de ofício quando a lei, em casos específicos, assim determinasse, como ocorre no excepcionalíssimo caso do art. 628, §2.º, CPC brasileiro, segundo o qual o juiz mandará reservar o quinhão do herdeiro excluído até que se decida a questão da sua admissão no inventário.

A segunda consequência da compreensão da tutela cautelar como instrumental em relação à tutela definitiva – ausência de autonomia da tutela cautelar e, conseqüentemente, em reduzi-la à posição de acessório dos provimentos «definitivos» – é ainda problemática na legislação brasileira, na qual a tutela cautelar é colocada ao lado do «pedido principal»,³³ como se fosse dele um acessório. Da noção da tutela cautelar como um acessório da tutela definitiva, decorrem uma série de questões, como é o caso, por exemplo, da duração da tutela cautelar.

Seguindo essa linha, Euenia Ariano Deho, por exemplo, entende que a tutela cautelar está «condicionada al sobrevenir de la tutela de fondo», de modo que «cuando sobreviene la tutela de fondo, la tutela cautelar cumple su ciclo vital, y como consecuencia, se extingue, por haber cumplido su función». Assim, «por lo regular, la tutela cautelar tendrá como duración fisiológica la duración de proceso de fondo, a cuyo término la tutela cautelar o perderá toda eficacia o será absorbida por la tutela de fondo».³⁴ Como veremos a seguir, o ponto de partida teórico que seguimos – a doutrina de Pontes de Miranda e Ovídio A. Baptista da Silva – permite que se dê um tratamento diverso ao tema, não somente no sentido de estabelecer uma nítida distinção entre a tutela cautelar e a tutela satisfativa, mas também de superar a visão da tutela cautelar como instrumento do instrumento, admitindo, assim, a existência de cautelares autônomas, mediante a noção de pretensão à segurança.

3. A doutrina de Pontes de Miranda e Ovídio A. Baptista da Silva como ponto de partida teórico: uma alternativa à instrumentalidade qualificada de Calamandrei, e a necessária distinção entre tutela cautelar e tutela satisfativa

Como vimos no item precedente, a doutrina de Calamandrei, por considerar que a nota essencial da cautelaridade estaria na sua relação de *instrumentalidade* e, conseqüentemente, de *provisoriedade* em relação à tutela jurisdicional definitiva

³³ CPC brasileiro (2015, art. 308).

³⁴ Deho (2016c, p. 54).

e de cognição exauriente, foi incapaz de oferecer uma distinção precisa entre tutela de simples segurança – funcionalmente voltada a assegurar o direito – e tutela satisfativa de urgência – funcionalmente voltada à imediata satisfação do direito material. Com isso, igualmente, limitou a tutela cautelar a uma tutela da função jurisdicional definitiva, sendo que, desse modo, deixou de conferir tratamento adequado às cautelares autônomas.

O mesmo não pode ser dito de Pontes de Miranda, cuja doutrina sempre levou em consideração a diferença essencial entre *pretensões a executar* e *pretensões à segurança*.³⁵ Dizia o jurista brasileiro que «a pretensão a executar e a pretensão a assegurar a pretensão são pretensões diferentes: àquela corresponde a execução de sentença; a essa, a medida cautelar adequada».³⁶ Por isso, nas primeiras páginas dos seus Comentários ao CPC/73, Pontes de Miranda acusava a confusão doutrinária entre *antecipação* ou *adiantamento da execução* (que normalmente viria *após* a sentença de cognição completa) e a *asseguração da pretensão*³⁷ – campo em que estaria abrangida a tutela cautelar, a qual, para ele, concernia a prevenir, acautelar, assegurar.³⁸

Ovídio Baptista da Silva soube, como ninguém, se abeberar das lições de Pontes de Miranda e nelas identificar a premissa de que, ao monopolizar a produção do Direito, tanto no nível legislativo quanto jurisdicional, o Estado teria assumido o dever de protegê-lo seja *quando violado*, seja quando estivesse *ameaçado de violação*, para, a partir disso, conferir autonomia à chamada *tutela de simples segurança*. Em outras palavras, Ovídio identificou, na obra de Pontes de Miranda, o manancial teórico para defender a existência de duas pretensões: uma, de *natureza satisfativa* – normalmente outorgada após a declaração da existência de um direito – e, outra, de *natureza cautelar*, sendo esta última voltada simplesmente a *proteger* situações jurídicas aparentes, sem, contudo, satisfazê-las.³⁹

Indo além, Ovídio Baptista da Silva refinou a distinção entre «execução-para-segurança» e «segurança-da-execução», nela enxergando a possibilidade de estabelecer

os conceitos de execução urgente – execução-para-segurança – como sendo uma forma, como qualquer outra, de execução, apenas qualificada pela

35 Pontes de Miranda (2003, p. 118).

36 Pontes de Miranda (2003, p. 13).

37 Pontes de Miranda (2003, p. 3).

38 Pontes de Miranda (2003, p. 11).

39 Da Silva (2004, pp. 224-225).

urgência, contrapondo-a ao conceito de ‘segurança-da execução’, em que a tutela processual não vai além da proteção assegurativa a uma execução futura.⁴⁰

Com isso, Ovídio construiu, no início da década de 80, os alicerces para que, em 1994, o legislador reformista brasileiro pudesse incorporar ao Código de 1973 o instituto da «antecipação da tutela».⁴¹

Ovídio nunca deixou de exaltar a importância de Pontes de Miranda para a referida construção teórica. Dizia o professor gaúcho que a constatação em que então chegava a doutrina contemporânea de que

nem tudo o que ‘funciona’, protegendo preventivamente, seja o direito subjetivo, seja – para os que assim o consideram – a relação processual, haverá de ser considerado cautelar, fora a lição constantemente exposta pela inteligência e o saber inigualável de Pontes de Miranda.⁴²

Porém, Ovídio foi além. Mais do que denunciar a confusão dogmática presente no pensamento dos juristas italianos – que, repita-se, não conseguiram distinguir com precisão a tutela de simples segurança (cautelar) da tutela satisfativa de urgência –, Ovídio identificou nesta outra forma de *tutela antecipatória* o elemento capaz de colocar em xeque «a instituição mais glorificada e exaltada pelos construtores da moderna ciência processual, que é denominada Processo de Conhecimento».⁴³ A partir daí, tornou-se possível compreender o tema sob uma ótica muito mais complexa, desbordando-se do mero estudo dogmático das tutelas de urgência.

Nessa perspectiva, o problema relativo à tutela de urgência deixou de ficar associado à confusão conceitual entre *cautelaridade* e *satisfatividade*. É bem verdade que, ainda hoje, existem confusões a respeito, bem como muitos processualistas

⁴⁰ Da Silva (2004, p. 225).

⁴¹ Registre-se que o instituto da *antecipação da tutela*, inserido no Código de Processo Civil brasileiro de 1973, cerca de vinte anos após a sua vigência, ou seja, em 1994, decorreu de uma proposta realizada por Ovídio A. Baptista da Silva em 1983. Nesse sentido, referiu o professor gaúcho: «embora pouco tenha se escrito sobre ‘antecipação da tutela’, sabe-se que sua introdução em nosso sistema teve origem numa proposta feita por mim no já longínquo ano de 1983, no inesquecível Congresso, realizado em Porto Alegre, para comemorar os dez anos da promulgação do Código de Processo Civil. Embora sua concepção atual não seja fiel ao projeto original, costumo dizer que o novo instituto deverá ser compreendido como instrumento destinado a ‘interditalizar’ o processo civil brasileiro» (Da Silva, 2014, prefácio).

⁴² Da Silva (2002, p. 219).

⁴³ Da Silva (2002, p. 219).

costumam considerar como *cautelar* tudo que é provisório, taxando de *preciosismo* a distinção entre tutela cautelar e tutela satisfativa.⁴⁴ Esses equívocos, porém, como magistralmente apontou Ovídio, estavam numa dimensão mais profunda que as questões dogmáticas, pois residiam nos pressupostos racionalistas presentes na moderna ciência processual.

No fundo, os pré-conceitos de parte dos juristas residiam na incapacidade de enxergar formas de tutela jurisdicionais voltadas a realizar ou acautelar pretensões de direito material tão somente com base em *cognição sumária*. O peso do paradigma racionalista mostrava-se presente, por exemplo, na ideia de que a função da jurisdição é declarar o direito com força de coisa julgada. Realmente, se isso for assim, a dignidade da tutela cautelar – como tutela de simples segurança voltada a acautelar situações jurídicas aparentes – e da própria tutela satisfativa de urgência restaria comprometida.

Ao longo da sua obra, Ovídio identificou como sendo *cinco os elementos conceituais da tutela cautelar: a situação cautelanda, o perigo de dano iminente, a temporariedade, o fumus boni juris e a sentença mandamental*. Por razões didáticas entendemos que é possível construir uma teoria geral da tutela cautelar que parte justamente do *direito substancial à cautela* (uma das notas distintivas do pensamento de Pontes e Ovídio a respeito do tema), na medida em que nele é possível conjugar os elementos *situação cautelanda, probabilidade do direito acautelado (que corresponde ao juízo de cognição sumária) e o perigo de dano iminente (do qual falamos no item precedente)*. Ao lado desses elementos, merece atenção também a *temporariedade* e a *sentença mandamental*, a qual, porém, será estudada posteriormente em conjunto com as demais possíveis eficácias da sentença, tema que, por sinal, é de extrema relevância para uma adequada compreensão da tutela antecipada.

A tutela cautelar visa a proteger uma situação de direito material, e não o processo, diante de uma situação em que o pretense direito do autor, em sua perspectiva dinâmica, encontra-se em estado de risco. O direito referido (situação cautelanda) deverá ser demonstrado como mera aparência, como probabilidade. A tutela cautelar consistirá, pois, em alguma medida tendente a assegurar a frutuosidade do direito referido, mas nunca a satisfazê-lo. *O que é satisfeito na tutela cautelar é o direito à cautela (o direito à segurança do direito), mas nunca o próprio direito protegido.*

44 Nesse sentido, Bedaque (2006, *passim*).

Esse direito que se busca proteger mediante uma tutela cautelar consiste justamente na chamada «situação cautelanda». Daí ser possível afirmar que, no plano do direito material, existe um direito à proteção do direito e um direito à satisfação do próprio direito. Esse direito à segurança do direito, denominado por Ovídio Baptista da Silva como *direito substancial de cautela*,⁴⁵ decorre, por um lado, do monopólio da jurisdição e do consequente dever do Estado de prestar tutela jurisdicional, e, por outro lado, de ser impossível que essa tutela jurisdicional seja prestada imediatamente, sem que, para tanto, seja necessário submeter-se ao tempo normal do processo. Da necessidade de proteger situações de direito material apenas aparentes, mas que devem ser submetidas a um procedimento que, minimamente, seja capaz de conferir segurança aos litigantes, surge o *direito substancial à cautela*, o qual é reconhecido sempre que o direito provável se encontra diante de uma situação real de perigo que seja capaz de torná-lo infrutuoso, vale dizer, materialmente incapaz de ser satisfeito em momento posterior.⁴⁶

Analiticamente desmembrado, o conceito de *direito substancial à cautela* pode ser encarado a partir de dois elementos: a *situação cautelanda*, vale dizer, um direito subjetivo, uma pretensão ou ação de direito material que se afigure provável, e o *perigo de um dano iminente*, requisito essencial para justificar a concessão da tutela cautelar. Esse perigo de dano, que fundamenta o direito à cautela, não se confunde com o perigo da demora exigido para a concessão da tutela antecipada. Trata-se de uma diferença sutil, na medida em que em ambos os casos a questão temporal pode ser enxergada com ares de urgências. O perigo de dano iminente irá fundamentar a urgência como um *evento imprevisto e externo ao processo capaz de causar a infrutuosidade do direito*.

Por isso é possível dizer que a situação cautelanda, ou seja, o direito que se objetiva assegurar será analisado com base em cognição sumária, mas o direito à cautela não. Esse é analisado, dentro da sua estrutura conceitual, com cognição exauriente e depende da soma da situação cautelanda e do perigo de dano iminente. Com isso, pode-se afirmar que haverá formação de coisa julgada material

45 Trata-se, pois, de um direito substancial, e não de um direito conferido pelo processo. O processo (ou melhor, a jurisdição) deve ser capaz de instrumentalizar o direito à cautela, assim como deve ser capaz de realizar no plano das relações humanas (satisfazer) os direitos que se apresentam aptos a serem objeto da tutela jurisdicional. Sobre isso, ver Silva (1991a, p. 153).

46 Conforme Ovídio A. Baptista da Silva (2007-2008), «se deve elevar a pretensão à segurança ao estado de um princípio constitucional, imanente ao Estado de Direito, como hoje, aliás, se admite, mesmo na Itália, onde maior foi a resistência contra a aceitação do chamado ‘direito substancial de cautela’» (p. 62).

quanto ao direito à cautela, mas não quanto ao direito acautelado, pois este não é analisado com base em cognição exauriente quando concedida a cautelar.⁴⁷

Para Ovídio Baptista da Silva, a tutela cautelar, portanto, protege o direito, e não o processo ou a jurisdição. Logo, «a primeira exigência que se faz presente, quando se quer conceituar o que seja a tutela cautelar, é a de estabelecer, no caso concreto, qual o interesse jurídico ameaçado de dano iminente, a carecer de proteção cautelar».⁴⁸ Isso significa que, no plano do direito material, há um direito à segurança do direito, ou, como falava Ovídio Baptista da Silva, uma *pretensão à segurança* do direito, e não do processo.⁴⁹ A fim de corroborar as lições de Ovídio, podemos citar a doutrina de Carlo Calvosa, para quem os provimentos cautelares são coordenados instrumentalmente com as situações substanciais cautelandas e, só por isso, voltados a assegurar, garantir que uma situação subjetiva substancial favorável – hipotética uma vez que ainda não acertada judicialmente – não seja prejudicada.⁵⁰

A legislação brasileira, ainda que de forma tímida, consagra a tese de que há um direito substancial à cautela vocacionado a proteger uma determinada situação de direito material (situação cautelanda), a qual, inclusive, poderia nascer antes mesmo da própria pretensão de natureza satisfativa. Supera-se, por essa via, a visão de Calamandrei no sentido de que a tutela cautelar seja marcada pela *dupla instrumentalidade*, ou seja, que ela seja instrumental em relação ao processo (de conhecimento ou de execução) e este instrumental em relação ao direito material.

Atualmente, o Código de Processo Civil brasileiro, ao prescrever em seu art. 305 que o autor, para obter uma tutela cautelar, deverá expor sumariamente *o direito que se objetiva assegurar* parece ter se inclinado favoravelmente à tese de que a tutela cautelar visa a proteger o direito, e não o processo. Paradoxalmente, porém, o mesmo Código contém previsão no art. 300 no sentido de que a tutela de urgência será concedida quando houver risco ao resultado útil do processo, o que, conforme referido anteriormente, nos remete à doutrina da instrumentalidade qualificada de Calamandrei.

Cabe ainda destacar que a situação cautelanda liga-se à provável existência de uma situação de direito material, razão pela qual, diante do perigo da

47 Sobre o tema, ver Costa (2011).

48 Da Silva (2007-2008, p. 37).

49 Da Silva (2007-2008, p. 39).

50 Calvosa (1970, p. 761).

infrutuosidade, pode nascer o direito à cautela sem que o próprio direito acautelado esteja dotado de pretensão. Trata-se, portanto, de compreender o tema a partir da clássica escada conceitual pontiana em que direito subjetivo, pretensão de direito material e ação apresentam-se como dimensões distintas de uma mesma situação de direito material. Especificamente sobre o tema, como bem adverte Ovídio, a situação em que há direitos subjetivos sem pretensão é até banal, pois basta pensarmos nas disposições dos artigos 130 e 131 do Código Civil para vermos que eles tratam de direitos ainda inexigíveis uma vez que a eles faltam pretensões satisfativas. O artigo 130 do Código Civil deixa, por sinal, muito clara a existência de uma *pretensão à segurança (à cautela do direito)* que nasce antes mesmo da própria *pretensão satisfativa*.⁵¹

Com efeito, a tutela cautelar destina-se a conferir proteção a uma pretensão à segurança (ao direito à cautela). Da existência, no plano do direito material, de um direito à cautela, que decorre, no plano do direito processual, um direito à tutela jurisdicional cautelar. O direito à cautela é composto por uma situação cautelanda que, em juízo, se apresente pelo menos provável (aferível em sede de cognição sumária) e esteja acometida do perigo da infrutuosidade. Analiticamente, o direito à cautela desmembra-se em situação cautelanda + juízo sumário + perigo da infrutuosidade.

Essa constatação é a chave para que possamos entender a autonomia da tutela cautelar. Entre a pretensão à cautela e a pretensão acautelada não há uma relação de acessoriedade, mas, sim, de referibilidade. O direito à cautela contém, no seu suporte fático, uma *referência* a uma situação cautelanda provável,⁵² e não necessariamente a uma pretensão controvertida objeto de um processo dito principal.⁵³ Nesse sentido, têm razão Mario e Enrico Dini quando afirmam ser a tutela

⁵¹ Nesse sentido: «de qualquer modo, é possível separar o direito subjetivo da respectiva exigibilidade (pretensão) que a ordem jurídica, em certas hipóteses, confere a alguém, sem que ele invoque um direito subjetivo. Claro que a situação oposta, de direitos subjetivos sem pretensões, é banal. Basta pensar nos direitos a termo e nos direitos cuja pretensão esteja prescrita. O Código Civil é claro: ‘art. 130. Ao titular do direito eventual, nos casos de condição suspensiva ou resolutiva, é permitido praticar os atos destinados a conservá-lo’. Cuida-se, naturalmente, das pretensões e ações cautelares. ‘Art. 131. O termo inicial suspende o exercício, mas não a aquisição do direito’. São hipóteses indiscutíveis de direitos ainda ‘inexigíveis’, direitos a que faltam pretensões. Temos o direito, porém não podemos exigir a respectiva satisfação, a não ser – atendidos os pressupostos – o poder de exigir segurança que garanta sua futura satisfação. Nestas hipóteses, a pretensão à segurança nasce antes da pretensão satisfativa» (Da Silva, 2008, p. 94).

⁵² Costa (2016, p. 437).

⁵³ Costa (2016, p. 437).

cautelar autônoma, na medida em que existente mesmo sem saber se o direito acautelado existe, sendo, portanto, dele independente.⁵⁴

A tutela cautelar faz referência a uma situação a acautelar-se, a uma situação referida, portanto. Não se trata de referência a um processo ou sequer a uma situação de direito material necessariamente controvertida. Consequentemente, o mérito da tutela cautelar gravitará em torno de uma situação cautelanda provável e ameaçada do perigo da infrutuosidade.⁵⁵ Logo, no mérito cautelar não há referência a um «processo principal» ou a um «pedido principal», mas, sim, a uma situação cautelanda provável. A expressão «principal» remete à falsa ideia de que a cautelar é sempre acessória e dependente da existência do próprio direito a acautelar-se.

Justamente por isso que podemos afirmar a existência de coisa julgada na tutela cautelar, pois haverá juízo de cognição exauriente a respeito do mérito cautelar, ou seja, do direito à cautela (situação cautelanda + probabilidade + perigo da infrutuosidade). Somente na dita «lide principal» é que a situação cautelada (referida na cautelar) será alvo de cognição exauriente.⁵⁶ Haverá autoridade da coisa julgada no juízo cautelar relativamente à própria pretensão à segurança, e não ao direito que se busca assegurar.⁵⁷

Essas premissas nos permitem concluir que, nem sempre, a «lide cautelar» terá como consequência necessária o desencadeamento da «lide principal» (satisfativa do direito referido). Portanto, existem cautelares que, a despeito de fazerem referência a uma situação cautelanda, não são dependentes do pedido de tutela satisfativa. O mais eloquente exemplo dessa modalidade de tutela cautelar é o da *caução de dano infecto*, prevista no art. 1.280 do Código Civil brasileiro, segundo o qual o proprietário ou o possuidor tem direito de exigir caução pelo dano iminente quando o prédio vizinho ameaçar ruína. Nesse caso, a caução presta-se a assegurar o proprietário ou possuidor diante de eventuais prejuízos futuros e, uma vez prestada a caução, não há como exigir que o autor venha a formular o pedido de tutela satisfativa no prazo de trinta dias da efetivação da tutela cautelar, pois não há dano algum a ser reparado (e pode ser que ele nunca venha a ocorrer). Nesse caso, caberá àquele que prestou a caução, tão logo desapareça o perigo de

⁵⁴ Dini e Dini (1950, p. 71).

⁵⁵ Da Silva (1996, p. 171).

⁵⁶ Estamos de acordo com Eduardo José da Fonseca Costa (2016), para quem «quando o juiz julga o pedido cautelar, tem a certeza de que o ‘direito substancial a cautela’ existe [cognição exauriente]» (p. 436).

⁵⁷ Assis (2015, p. 610).

dano iminente e irreparável, requerer a extinção da garantia.⁵⁸ Também a caução prevista no art. 477 do Código Civil brasileiro, destinada a assegurar crédito ainda não exigível em caso de risco de quebra antecipada do contrato constitui espécie de cautelar autônoma. Do mesmo modo, a pretensão a assegurar provas e até mesmo o arresto para assegurar crédito ainda não exigível constituem exemplos notáveis de cautelares autônomas.⁵⁹

Por outro lado, partindo da distinção entre *segurança para execução* e *execução para segurança*, bem como da premissa de que satisfazer um direito significa realizá-lo faticamente no plano das relações humanas,⁶⁰ Ovídio A. Baptista da Silva construiu todo um arcabouço teórico em torno da distinção entre *tutela cautelar* e *tutela satisfativa de urgência*, a qual, por sua vez, de acordo com a irreversibilidade do provimento do plano fático, seria dividida em *tutela satisfativa provisional* e *tutela satisfativa autônoma*. Enquanto as primeiras, contemplariam aquelas hipóteses em que os efeitos práticos da decisão seriam reversíveis, as segundas englobariam as *tutelas satisfativas* com efeitos irreversíveis no plano prático.

No Brasil, por influência da doutrina de Ovídio A. Baptista da Silva, a Lei 8.952/94, introduziu-se, a partir de uma alteração no revogado Código de Processo Civil de 1973, o instituto da antecipação da tutela, caracterizada pela possibilidade de o juiz conceder, antes do final do processo de conhecimento, um provimento *satisfativo*, no sentido de realizar o direito, faticamente, no plano das relações humanas,⁶¹ e *provisório*, tendente a durar até que sobrevenha um provimento definitivo (sentença). Com isso, generalizou-se a equivocada ideia de que o provimento antecipatório fosse, necessariamente, satisfativo. Trata-se de um nítido equívoco, pois também é possível visualizar provimentos antecipatórios em que, liminarmente, se antecipada a tutela cautelar.

De qualquer sorte, os provimentos antecipatórios (gênero no qual se abarcou tanto a tutela satisfativa de urgência – provisional ou autônoma – quanto a tutela satisfativa de *fumus boni juris* extremado, denominada no Brasil de «tutela da evidência») podem ser considerados como provimentos jurisdicionais que visam a conferir aos cidadãos uma *tutela jurisdicional efetiva por meio de uma medida que seja imediatamente idônea a produzir efeitos em todo ou em parte coincidentes*

⁵⁸ Assis (2015, p. 610).

⁵⁹ Costa (2016, p. 442).

⁶⁰ Da Silva (1998, p. 84).

⁶¹ Da Silva (1998, p. 84).

*com a sentença final, sem a necessidade de obter a autoridade judicial de um processo fundado em cognição plena.*⁶² Ela não deixa de ser expressão do fenômeno da *era da jurisdição sem finalidade cognitiva*, de que fala Sergio Menchini.⁶³

Estruturalmente, a tutela satisfativa de urgência é caracterizada por dois elementos: *o caráter satisfativo e a provisoriedade do provimento que a concede*. Vejamos cada um deles.

O conceito de satisfação está atrelado à realização do direito material (= à realização da ação de direito material afirmada em juízo) e, por isso, liga-se à antecipação do conteúdo da tutela definitiva. Por isso, ela se assemelha à noção de *antecipação dos efeitos da decisão de mérito*,⁶⁴ em que pese, do nosso ponto de vista, ela antecipa – ainda que com juízo sumário – a própria decisão sobre o mérito da causa,⁶⁵

62 Correa (2006, p. 1265).

63 Correa (2006, p. 1265).

64 Satta e Punzi (2000, pp. 321-322).

65 Estando a jurisdição caracterizada pela definitividade do provimento (jurisdição como declaração com força de coisa julgada), não há como conceber uma decisão de mérito (que julgue o mérito parcial ou superficialmente) antes da sentença. É justamente por isso que dentro do conceito de decisão interlocutória foram abarcadas *todas as decisões* anteriores a sentença, fundando-se o conceito na noção de *prejuízo (de dano)*. Assim, um provimento antecipatório, posto que modificável pela sentença final, não seria considerado um pronunciamento sobre o direito litigioso e, desse modo, estaria afastada a possibilidade de que decisões (em sentido *lato*) acerca do mérito da causa sem cognição exauriente. Ocorre que o conceito de prejuízo é carregado por uma intrínseca ambiguidade. Prejuízo – elemento nuclear do conceito de decisão interlocutória – equivale tanto à decisão prévia (pré-juízo, pré-julgamento) quanto ao dano, no sentido de prejuízo material eventualmente sofrido pelo litigante, e que, tanto quanto um julgamento definitivo (no sentido de final e irrevogável), poderá revestir-se de caráter irreparável. Para se manter fiel aos preceitos da ordinariedade, o conceito de prejuízo acabou sendo pensando exclusivamente no sentido material (como dano), e não como juízo prévio. A decisão interlocutória não prejudica a decisão principal – a sentença –, na medida em que, no plano normativo, será sempre provisória – no sentido de que poderá ser modificada pela sentença, em que efetivamente julgado o mérito. Dito de outro modo, para o paradigma da ordinariedade, a tutela provisória não poderia ser considerada um (pré) julgamento do mérito (Da Silva, 1991b, pp. 137-138). Obviamente que uma decisão sumária é uma decisão de mérito. A aptidão para formação da coisa julgada – decorrente do maior aprofundamento da cognição – não é elemento que caracteriza o objeto analisado pelo juiz. Do contrário, o mérito da causa seria identificado não pelo conteúdo, mas pela forma com que é conhecido.

caracterizando-se por reproduzir a eficácia executiva ou mandamental presente na eventual tutela definitiva.⁶⁶

O conceito de provisoriedade alinha-se à contraposição essencial entre provisório e definitivo é bastante conhecida no direito brasileiro a partir da clássica lição de Lopes da Costa. Para ele, a barraca onde o desbravador do sertão acampa, até melhor habitação, é provisória, na medida em que irá perdurar até que seja trocada pela habitação definitiva.⁶⁷ Vale dizer, provisório é aquilo que perdura até ser substituído pelo definitivo. Nisso, se revela mais uma distinção entre a tutela satisfativa de urgência e a tutela cautelar, a qual é caracterizada pela *temporariedade*, sendo exemplificada pelos andaimes de uma construção, os quais «ficam apenas até que se acabe o trabalho no exterior do prédio», sendo, pois, definitivos, no sentido de que nada virá a substituí-los.⁶⁸

Com efeito, enquanto aquilo que é provisório tende a durar até que seja trocado por algo, de igual natureza, porém definitivo, o temporário tem duração indefinida, uma vez que deverá perdurar enquanto for necessário. Os andaimes têm duração indeterminada quando utilizados para a pintura de um prédio em construção; porém, não são substituídos pelo prédio. Os andaimes esgotam-se em sua finalidade, assim como a barraca quando do término das férias. Isso não significa que, em nenhum desses dois casos, a barraca os andaimes sejam trocados por algo definitivo da mesma natureza. O evento futuro que eventualmente os torna desnecessários goza de natureza e serventia distintas. Por isso, os provimentos cautelares não deverão, conforme Ovídio A. Baptista da Silva, «ter sua duração determinada pela emanção de uma providência definitiva *que as substitua*, mas haverão de durar enquanto dure o *estado perigoso*, e não mais!».⁶⁹

66 Da Silva (2007-2008, p. 86). O aprofundamento dessa questão requer uma abordagem da classificação das ações de direito material e das sentenças de procedência, bem como da teoria da constante quinze, desenvolvida por Pontes de Miranda (1998), para quem «não há, nem nunca houve, pois, sentença pura, de modo que a qualidade de cada uma resulta da qualidade ou intensidade de um dos elementos» (p. 290). No mesmo sentido, refere Ovídio que «*as sentenças contém mais de uma eficácia, sendo impossível, ou ao menos muito rara, a ocorrência de sentenças que sejam puramente declaratórias ou apenas condenatórias, ou constitutivas, ou executivas ou somente mandamentais, sem que qualquer delas não contenha, em doses menos intensas, outra ou outras eficácias*» (Da Silva, 2005, p. 117). Para um aprofundamento do tema, ver Raatz (2018).

67 Lopes da Costa (1966, pp. 15-16).

68 Lopes da Costa (1958, p. 16).

69 Da Silva (2007-2008, p. 55).

A compreensão da *tutela antecipada* do direito brasileiro (que, nos termos da legislação brasileira, contempla a tutela satisfativa interinal/provisória e a tutela satisfativa autônoma) passa pela premissa de que o conceito de provisoriedade pode ser visualizado tanto no plano normativo quanto no plano fático.⁷⁰ Conforme Cécile Chainais, o fato de a decisão ser provisória não faz com que os seus efeitos não tenham aptidão para se tornarem definitivos, assim como a aptidão de os efeitos de uma decisão tornarem-se definitivos não retira o caráter provisório da decisão que os produziu.⁷¹ Nessa linha, o direito brasileiro contempla tanto a *tutela satisfativa provisional*, cuja marca decisiva é a *dupla provisoriedade*, na medida em que as tutelas satisfativas provisionais são provisórias «enquanto decisões modificáveis pela sentença final e são igualmente provisórias *em seus efeitos*»,⁷² quanto a *tutela satisfativa autônoma*, que consiste numa forma de *tutela de cognição sumária definitiva no plano prático*, tendo em vista que não é provisória em seus efeitos e, portanto, determina «consequências que somente poderão ser reparadas por meio de alguma forma subsequente de reposição (indenização) monetária».⁷³

No que tange aos requisitos para a concessão da tutela antecipada, o direito brasileiro trabalha com a conjugação dos elementos da sumariedade da cognição e a urgência. Contudo, como bem destaca Ovídio A. Baptista da Silva, a urgência necessária para a concessão da tutela satisfativa não se identifica com aquela exigida para a concessão dos provimentos cautelares. Nisso, parece haver convergência entre o pensamento de Ovídio e a doutrina de Calamandrei, seguida integralmente no ponto pela professora Eugenia Ariano Deho, em que pese diverjam quanto à catalogação do grupo «c» da classificação de Calamandrei no âmbito dos provimentos cautelares. Justamente por isso, abordaremos, no próximo tópico, a questão da urgência e como o seu desenvolvimento pode servir não somente para auxiliar na diferenciação entre «tutela cautelar» e «tutela satisfativa», mas, igualmente, para oferecer respostas para a problemática da concessão das tutelas de urgência *inaudita altera parte*.

⁷⁰ Tommaseo (1983, p. 150).

⁷¹ Chainais (2007, p. 223). Há, no ponto, uma nítida cisão entre eficácia e efeitos do provimento jurisdicional, o que, no direito brasileiro, foi bem apreendido por Barbosa Moreira quando do estudo da coisa julgada. A respeito, ver Barbosa Moreira (1984, pp. 100-101).

⁷² Da Silva (2007-2008, p. 86).

⁷³ Da Silva (2007-2008, p. 59).

4. Da necessária distinção entre *pericolo di infruttuosità/perigo de dano iminente* e *pericolo di tardività/perigo da demora para a compreensão das «tutelas de urgência»*

No Brasil, nem a legislação, nem parcela da doutrina consideram importante a distinção feita por Calamandrei entre *perigo da infrutuosidade* e *perigo da tardança*. Contudo, conforme adverte Eugenia Ariano Deho, a existência, no caso concreto, de qualquer destes perigos é tão importante que será o perigo em concreto a neutralizar que determinará o conteúdo da «medida cautelar».⁷⁴ De fato, as duas situações não se confundem.

Na primeira delas, no curso do desenvolvimento do tempo normal do processo (ou antes mesmo dele ser iniciado), despontam fatos idôneos a obstar a frutuosidade prática de um suposto direito. Na segunda situação, o próprio direito material afirmado pelo autor não pode permanecer em um estado de insatisfação por todo o tempo necessário para a prolação da sentença fundada em cognição plena e exauriente, sob pena de o autor sofrer um prejuízo juridicamente relevante.⁷⁵

A diferença entre as duas situações é que, na primeira, a urgência se dá por um evento imprevisto externo ao processo (anterior ou contemporâneo a ele) que poderá causar a infrutuosidade do direito afirmado pela parte autora, como, por exemplo, a dispersão dos bens do devedor; na segunda, o próprio direito, pela sua natureza ou pela situação concreta, não pode suportar o tempo do processo (que já existe ou ainda não foi iniciado). Porém, em ambas, o tempo é tomado como urgência.

Para Ovídio, a confusão conceitual entre as duas situações de urgência deriva da própria falta de cuidado acerca da distinção entre a satisfação antecipada e a forma de tutela outorgada contra o *estado perigoso* (tutela cautelar) que, sem implicar satisfação do direito protegido, visa somente a protegê-lo. Tal distinção era, no entanto, feita com razoável clareza pelos juristas medievais a partir do manejo de dois conceitos fundamentais, quais seja, os conceitos de *periculum in mora* e *periculum damnum irreparabile*.⁷⁶

A categoria a que correspondia ao conceito de *periculum in mora* dizia respeito a *certas causas* que, por sua simplicidade, ou por sua relevância, ou mesmo

⁷⁴ Ariano (2016d, p. 95).

⁷⁵ Proto Pisani (1998, p. 27).

⁷⁶ Da Silva (2007-2008, pp. 42-49).

pela urgência com que exigiam uma resposta jurisdicional, recomendavam que as tratasse por meio de um «processo materialmente sumário», enquanto que, na tutela concedida nos casos de perigo de *damnum irreparabile*, a resposta jurisdicional nada tinha a ver com a *natureza da causa*, mas com a irrupção de um elemento ocasional de risco de dano iminente, capaz de correr, em princípio, com relação a qualquer causa. Nas hipóteses em que se tutelava o direito com base no *periculum in mora*, cumpria-se uma das condições que determinaram a sumarização procedimental no Direito medieval: o encurtamento do tempo necessário à obtenção da tutela satisfativa, extirpando-se do procedimento ordinário todas as formalidades tornadas inúteis; nos casos de proteção contra o *damnum irreparabile*, ao contrário, a tutela se orientava no sentido da outorga de uma garantia jurisdicional contra um estado emergencial, surgindo em razão de *circunstâncias extraordinárias* e que permitiam que se protegesse o direito, sem que o provimento judicial o realizasse antecipadamente.⁷⁷

Na primeira hipótese (*periculum in mora*) não se tratava de eventos porventura surgidos como uma forma de *anomalia circunstancial*, a colocar em risco o direito da parte; ao contrário, é a própria causa que determina o tratamento diferenciado e sumário. É ela que não se compadece com a demora procedimental. Quanto ao *periculum in mora*, pois, sua ligação com a ideia de *aceleração procedimental* é inocultável, o que significa dizer que, aqui, a urgência decorre da lentidão própria do procedimento comum, contra o qual se concebe o tratamento diferenciado da causa, que, todavia, embora encurtada, continuava ordinária (no sentido de uma tutela satisfativa).⁷⁸

Essa dupla perspectiva quanto à urgência, responsável por auxiliar na distinção entre tutela cautelar e tutela satisfativa, desenvolvida por Ovídio a partir dos conceitos de *periculum in mora* e *periculum damnum irreparabile*, é similar à diferenciação que Calamandrei faz entre o *pericolo di infruttuosità* e *pericolo di tardività*. Com efeito, o *periculum damnum irreparabile* – equivalente ao *pericolo di infruttuosità* – será sempre um evento imprevisto, decorrente de uma emergência circunstancial que a ordem jurídica tutela através das medidas cautelares,⁷⁹ ao passo que o *periculum in mora* – equivalente ao *pericolo di tardività* – diz respeito à demora inerente ao procedimento e ao provável prejuízo que advirá ao titular do direito material na hipótese de ter que aguardar o seu tempo normal

⁷⁷ Da Silva (1996, p. 12).

⁷⁸ Da Silva (1996, p. 13).

⁷⁹ Da Silva (2007-2008, p. 54).

para obter a sua satisfação. Aqui, o provimento jurisdicional visa a acelerar, de modo provisório, a satisfação do direito, na medida em que o *periculum in mora* é constituído pelo retardo do estado de insatisfação do direito frente à demora do procedimento ordinário.⁸⁰

Consequência disso é o fato de que o perigo de dano irreparável (perigo da infrutuosidade) não poderá ser *normativamente previsto* pelo legislador antes dos casos concretos que irão justificar a necessidade de uma tutela cautelar. Daí o equívoco do Código de 1973 ao tentar descrever, de forma taxativa, as situações em que determinado direito estaria sob o perigo da infrutuosidade. No que tange ao *periculum in mora*, o dano ao direito diz respeito unicamente à morosidade do «procedimento ordinário», razão pela qual é possível que, previamente, sejam eleitas causas que justificam um tratamento diferenciado, na medida em que não se afeiçoam ao tempo normal do processo, sendo o *periculum in mora* normado.⁸¹

É o que ocorre, por exemplo, com as liminares possessórias do direito brasileiro, cuja concessão independe da comprovação da urgência quando propostas no prazo de ano e dia do esbulho ou da turbação.⁸² Trata-se de hipótese que, pela natureza do direito posto em causa – direito de reaver a coisa –, o legislador presume a urgência, materializada no prejuízo decorrente do estado de insatisfação do direito durante todo o tempo normal do procedimento.⁸³ Caso muito semelhante é trabalhado por Eugenia Ariano Deho quando trata do procedimento endereçado à obtenção de alimentos, em que o legislador comumente «presume» o perigo da tardança, não exigida a sua comprovação pela parte que postula os alimentos.⁸⁴

5. Tutelas sumárias e violação do direito fundamental ao contraditório

Eugenia Ariano Deho tece duras críticas ao procedimento instituído pela legislação peruana para a concessão de medidas cautelares, a qual estabelece que «la petición cautelar será concedida o rechazada sin conocimiento de la parte afectada». O art. 637 do de 1993 CPC peruano prescreve, ainda, que «al término de la ejecución o en acto inmediatamente posterior, se notifica al afectado, quien

80 Calamandrei (1936, p. 56).

81 Da Silva (2007-2008, pp. 53-54).

82 CPC brasileiro (2015, arts. 561 e 562 do).

83 Seguem a mesma lógica as liminares previstas nas ações de despejo, conforme o art. 59, §1.º, da Lei 8.245/91, conhecida, no Brasil, como lei do inquilinato.

84 Ariano (2016h, p. 260).

recién podrá apersonarse al proceso e interponer apelación, que será concedida sin efecto suspensivo».⁸⁵

Sob essa perspectiva, a legislação peruana nem sequer contemplaria a tese de que, para assegurar a efetividade da medida, a oitiva da parte contrária seria diferida. Porém, Ariano sustenta:

no es que el juez de la cautela ‘difiera’ la audición del contrario, sino que simplemente no lo ‘escucha’ (ni antes ni después), pues el único camino que tiene el ‘afectado’, como ya se dijo, es apelar. O sea que quien podría ‘oír’ al ‘afectado’ es un juez distinto del que dictó la medida cautelar.⁸⁶

Afora o problema procedimental específico da legislação peruana, na qual o chamado «contraditório diferido» inexistente perante o juízo em que concedida a medida cautelar, Eugenia Ariano Deho parece ter uma posição bastante restritiva no tocante ao deferimento liminar das medidas cautelares (aqui compreendidas tanto as genuínas cautelares quanto às tutelas satisfativas do grupo «c» da classificação de Calamandrei). Nesse sentido, refere que:

en los ordenamientos ‘normales’, la no audición de la contraparte a efectos de conceder tutela cautelar o se justifica por la extrema urgencia de cautelar una determinada situación jurídica o en el que el conocimiento de la otra parte puede poner en riesgo la efectividad misma de la medida.⁸⁷

A garantia do contraditório recebe, no direito brasileiro, *status* de *direito fundamental*, estando contemplada no art. 5.º, LV, da Constituição Federal de 1988, o qual estabelece que «aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes». O núcleo do contraditório reside em estabelecer um direito à parte de ser *informada* a respeito das alegações formuladas pela parte contrária e o direito de *reagir*; vale dizer, *de contrapor essas alegações* antes

85 Deho (2016f, p. 137).

86 Ariano (2016f, p. 137).

87 Ariano (2016g). Nesse sentido «se piense en un embargo. Dispuesto este inaudita altera pars, si él no se ha ejecutado aún (es decir, si aún no se han aprehendido los bienes muebles, anotado en un registro u ordenado al tercero retener el bien) y el embargado viene notificado de la existencia del embargo, es altamente probable que la resolución no podrá ‘ejecutarse’ (porque ya no se encuentran los bienes muebles, se ha inscrito ya un acto traslativo, se ha retirado el bien en poder de un tercero), condenando, como consecuencia a la ineficacia de la medida cautelar» (p. 250).

que seja proferida decisão judicial que seja potencialmente capaz de interferir negativamente em sua esfera jurídica.

Trata-se da consagração do brocardo *audiatur et altera pars*, referindo-se, portanto, à ideia de a alegação de um só homem não é alegação, devendo o juiz ouvir a ambas as partes, conforme a fórmula do brocardo alemão medieval «*einse mannes red ist keine red, der Richter soll die deel verhoeren beed*». ⁸⁸ O contraditório, nessa linha, é compreendido como uma garantia de defesa das partes, substanciada no *binômio informação-reação*, sendo, pois, essencial para que cada parte tenha a liberdade de atacar e de se defender, com ampla oportunidade de conhecer e discutir os documentos e provas apresentadas. ⁸⁹

O contraditório é, desse modo, um dos elementos essenciais do *devido processo* legal. ⁹⁰ Desse modo, uma adequada compreensão do contraditório pressupõe que se esclareça o que significa dizer que o processo é um direito fundamental. Para tanto, nosso ponto de partida é a «teoria liberal» ou cidadã dos direitos fundamentais (*bürgerlich-liberale Grundrechtstheorie*), ⁹¹ proposta na Alemanha, dentre outros, por Bernhard Schlink e, no Brasil, por Leonardo Martins e Dimitri Dimoulious. ⁹² Sob essa perspectiva, os direitos fundamentais devem ser encarados como «*direitos de resistência à intervenção estatal*», de modo que

se os problemas da relação entre o Estado e o cidadão forem mesmo para serem compreendidos a partir dos direitos fundamentais, então eles teriam que ser compreendidos a partir das categorias da ‘intervenção’, da ‘resistência à intervenção’ e do ‘limite à intervenção’.

Consequentemente, não somente os direitos fundamentais representam uma espécie de resistência como reserva de lei, mas, também, que as intervenções legais devem ser proporcionais, ⁹³ o que por sua vez, nos permite recolocar a proporcionalidade no seu lugar originário, que é o de garantia contra o poder, e não

88 Millar (1945, p. 47).

89 Vicent (1973, p. 445).

90 Constituição da República Federativa do Brasil (1988, art. 5.º, LIV).

91 Schlink (2017, p. 261).

92 Martins e Dimoulious (2014).

93 Schlink (2017, p. 263).

de ferramenta a favor do poder.⁹⁴ Essa mudança de perspectiva tende a oferecer resultados bastante frutíferos para uma compreensão constitucionalmente adequada do fenômeno processual.⁹⁵

Ora, «os direitos fundamentais em sentido próprio são essencialmente direitos do homem livre e, por certo, direitos que ele tem frente ao Estado». E, desse modo, a significação basilar dos direitos fundamentais está alicerçada naquilo que Carl Schmitt denominou de «princípio da distribuição», vale dizer, «*uma esfera de liberdade do indivíduo, em princípio ilimitada, e uma possibilidade de ingerência do Estado, em princípio limitada, mensurável e controlável*».⁹⁶ Desse modo, se o processo é um direito fundamental, o elemento central da dogmática processual – e igualmente da teoria dos direitos fundamentais – é a preservação da liberdade individual (esfera de liberdade do indivíduo). Logo, a ingerência estatal, na esfera de liberdade do indivíduo, mediante o exercício do poder jurisdicional, deve ser limitada e controlada pelo processo. Por isso, a inexorável relação entre a noção dos *direitos fundamentais como direito de defesa/resistência* e a noção de processo como *garantia de liberdade*.⁹⁷

Consequentemente, a noção de *processo como direito fundamental* reforça a perspectiva teórica que marca o *garantismo processual*, para o qual o *processo é garantia contrajurisdicional de liberdade*. Não por acaso, a Constituição brasileira primeiramente trata do processo no rol das garantias do cidadão (Título II) e, depois, trata da jurisdição no rol dos poderes do Estado (Título IV).⁹⁸ Com isso, supera-se a visão do processo como instrumento do poder jurisdicional – típica do *publicismo processual*, que, no Brasil, costuma ser denominado de *instrumentalismo processual* – responsável, inclusive, por uma deturpação da própria noção garantística do contraditório.⁹⁹

A legislação infraconstitucional brasileira considera que o *contraditório prévio* é a regra, estabelecendo, no *caput* do art. 9.º, do CPC, que «*não se proferirá*

94 Como bem destacado por Eduardo José da Fonseca Costa, algumas garantias como a proporcionalidade e a eficiência, foram capturadas pelo Estado (tendo em vista a míngua de uma garantística, que as fizesse melhor compreendidas e, em consequência, imunes à captura). De contra-estatal se degradaram em pró-estatal. De garantia em instrumento. De escudo em arma. Costa (2019a). Sobre a noção de proporcionalidade como garantia, ver Dietrich (2020).

95 Para um aprofundamento do tema, ver Raatz (2020).

96 Schmitt (1996, p. 170).

97 Sobre essa relação, ver Dalla Barba (2020).

98 Costa (2019b). Também Delfino (2017, p. 216).

99 Sobre o tema, ver Raatz e Anchieta (2020a).

decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida». Excepcionalmente, admite-se o chamado *contraditório diferido*, compreendido na instauração do contraditório após ter sido proferida a decisão em desfavor da parte ré, a qual contará, então, com ampla possibilidade de discussão da questão no mesmo procedimento, perante o mesmo órgão julgador.¹⁰⁰ Nesse caso, após ter sido efetivada a tutela de urgência, «o réu readquirirá o seu direito natural de defesa».¹⁰¹ No direito brasileiro, há previsão expressa no sentido da não aplicação do *caput* do art. 9.º do CPC à «tutela provisória de urgência» e «às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III».¹⁰²

Ainda que o direito brasileiro estabeleça – no plano infraconstitucional – a possibilidade de que se excepcione o *contraditório prévio* no âmbito da «tutela provisória de urgência», cabe questionar se *toda e qualquer* situação de urgência é capaz de autorizar essa espécie de relativização do contraditório. Para tanto, é necessário cotejar os conceitos utilizados para caracterização da urgência no âmbito da tutela cautelar e da tutela antecipada na legislação brasileira, com os conceitos anteriormente referidos (*perigo da demora/pericolo di tardività* e *perigo de dano iminente/pericolo di infruttuosità*).

O Código de Processo Civil brasileiro estabelece, como requisito para a concessão da tutela de urgência (compreendendo-se, nesse conceito, tanto a tutela cautelar quanto a tutela antecipada), a existência de elementos que evidenciem *o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo*.¹⁰³ Nota-se, portanto, que faltou apuro técnico ao legislador brasileiro, seja por ter supostamente unificado os requisitos para as duas espécies de tutela de urgência (cautelar e antecipada), seja por empregar expressões que não refletem apropriadamente o elemento da urgência, necessário para a concessão da tutela cautelar e da tutela antecipada.

Parece-nos que a melhor interpretação possível do referido dispositivo deverá pressupor que a expressão *perigo de dano* seja reservada às tutelas de urgência de natureza satisfativa (tutela antecipada) e que a expressão *risco ao resultado útil do processo* seja reservada à tutela cautelar. Entendemos, ainda, que a expressão *perigo de dano* é insuficiente para dar conta de todas as situações de urgência que ensejam a concessão da tutela antecipada. Basta, para tanto, pensarmos nas

¹⁰⁰Da Silva (2007-2008, p. 31).

¹⁰¹Lopes da Costa (1958, p. 29).

¹⁰²CPC brasileiro (2015, art. 9.º, parágrafo único, I e II).

¹⁰³CPC brasileiro (2015, art. 300, *caput*).

hipóteses de «tutela inibitória», nas quais, para a análise da tutela definitiva, dispensa-se qualquer discussão acerca do dano, bem como da culpa ou dolo.¹⁰⁴

Nesses casos, ao utilizar a expressão *perigo de dano* para a concessão da tutela antecipada, teríamos uma estranha situação na qual a tutela definitiva dispensa a discussão sobre o dano – estando, portanto, limitada no plano horizontal a cognição – exigindo menos para a sua concessão que a própria tutela de cognição sumária. Por isso, nesses casos, deve-se considerar a expressão *perigo de ilícito* ou, de modo mais claro e abrangente, *perigo da demora* (= *pericolo di tardività*). Do contrário, teríamos que considerar que o legislador brasileiro negou a possibilidade de tutela de urgência no âmbito da tutela inibitória, o que, certamente, representaria uma violação ao direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.¹⁰⁵

Voltando à indagação anterior, somos obrigados a concluir que a *concessão liminar (sem o prévio contraditório) das tutelas antecipadas, com base, simplesmente, na exigência do perigo de dano (= perigo da demora/pericolo di tardività), nos moldes em que, textualmente, autoriza o art. 9.º, parágrafo único, I, do CPC brasileiro, representa uma afronta ao direito fundamental ao contraditório*. Isso porque, o mero perigo de dano (leia-se, risco de prejuízo em razão da insatisfação/violação do direito afirmado em razão do tempo normal do procedimento) não justifica limitar o contraditório. Consequentemente, *a interferência do poder jurisdicional-estatal na esfera de liberdade do réu sem o prévio contraditório será desproporcional quando inexistir situação de urgência extremada*.¹⁰⁶

Dito de outro modo, sempre que, antes da apreciação do pedido de tutela antecipada, a oitiva da parte ré não torne impossível a imediata satisfação do direito do autor, o contraditório prévio deverá ser preservado. Somente será admissível a concessão *inaudita altera parte* da tutela antecipada quando a ocorrência do dano à parte autora (ou do ilícito, em se tratando de tutela inibitória) não possa ser neutralizada antes da manifestação da parte ré. A concessão liminar da tutela antecipada deve ser, portanto, a exceção, e não a regra,¹⁰⁷ de modo que, sendo possível optar pela modalidade prévia do contraditório ao invés da modalidade diferida, sem que isso cause prejuízo ao autor, deverá prevalecer o contraditório

¹⁰⁴ CPC brasileiro (2015, art. 497, parágrafo único).

¹⁰⁵ Constituição da República Federativa do Brasil (1988, art. 5.º, XXXV).

¹⁰⁶ O conceito de proporcionalidade aqui utilizado é o desenvolvido pelo BVerfG e consagrado na dogmática constitucional alemã, composto por quatro etapas (legitimidade, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito). Para um aprofundamento do tema, sugere-se a leitura de Laurentiis (2015).

¹⁰⁷ Nesse sentido, Zavascki (2009, p. 119), Costa (2016, pp. 417-418) e Assis (2015, p. 435).

prévio, atingindo-se, assim, o fim almejado (neutralização da situação de urgência) do modo menos gravoso à parte ré, preservando, na sua integralidade, o direito fundamental ao contraditório.

O conceito de *urgência extremada* possui o mesmo significado da expressão *perigo de dano irreparável ou de difícil reparação* que Código de Processo Civil brasileiro de 1973 utilizava como requisito para a concessão da tutela antecipada. Na prática judiciária brasileira, porém, a concessão liminar das tutelas de urgência, notadamente da tutela antecipada, foi banalizada. Dizer que o direito afirmado pelo autor não se afeiçoa ao tempo normal do procedimento, e que, por isso, é necessário neutralizar a situação de urgência para evitar um dano, não é o mesmo que dizer que o direito afirmado não pode suportar um estado de insatisfação até que seja estabelecido o contraditório.

O caso, por exemplo, do autor que busca a retirada do seu nome dos órgãos de proteção ao crédito antes da tutela definitiva, pode estar baseado tanto (a) no simples perigo da demora – que decorre da violação de seus direitos de personalidade ao longo de todo o tempo necessário para que seja concedida à tutela definitiva – quanto na alegação de que (b) a indevida inscrição do seu nome em órgãos de proteção ao crédito lhe impedirá de participar de um procedimento licitatório que ocorrerá em 10 dias ou de obter um empréstimo imprescindível para pagar os empregados de uma empresa no corrente mês.

No caso «a», a concessão da tutela antecipada com a postergação do contraditório representa uma interferência desproporcional na esfera jurídica do réu, na medida em que o contraditório prévio não causará um dano irreparável ou de difícil reparação ao autor, diferentemente do que aconteceria no caso «b», no qual a oitiva da parte ré antes da concessão/denegação da tutela antecipada ocasionará uma interferência proporcional à garantia do contraditório, pois é a única alternativa para evitar um dano irreparável ao autor, tratando-se, pois, de medida legítima, adequada, necessária e proporcional – se comparada com a modalidade diferida do contraditório – para neutralizar a urgência (interesse do autor) e preservar a garantia do contraditório (interesse do réu).

Nota-se, portanto, que se for possível evitar interferências ao direito fundamental ao contraditório (preservando-se a modalidade prévia) e, ainda assim, apreciar o pedido de tutela de urgência (após ter sido oportunizada a oitiva do réu) sem que isso cause dano irreparável ao autor, essa será a medida a ser adotada, sob pena de configurar-se afronta à proporcionalidade (=dentre duas medidas legítimas, necessária e adequadas deve-se optar pela menos gravosa aos direitos fundamentais). Nessa linha, eis um problema acerca do qual a doutrina necessita urgentemente se debruçar: boa parte das intervenções estatais jurisdicionais

representam, ao mesmo tempo, medidas para a satisfação de interesses da parte autora que, ao mesmo tempo, interferem na esfera de liberdade da parte ré. Por isso, o debate acerca da proporcionalidade na perspectiva garantista é tão importante.

6. Conclusão

Apesar das inúmeras divergências teóricas apontadas neste texto – as quais são, em grande medida, fruto de pontos de partida doutrinários distintos acerca das «tutelas de urgência» – a visão (garantista) que possuímos em comum com a professora Eugenia Ariano Deho acerca do processo – compreendido como garantia do indivíduo, e não como instrumento do Estado, como é típico do publicismo processual – faz com que o diálogo aqui proposto seja bastante frutífero. Por sinal, as advertências de Eugenia Ariano Deho acerca da concessão *inaudita altera parte* das tutelas de urgência merecem ser lidas e refletidas no Brasil, país onde, apesar das inúmeras conquistas teóricas a respeito das «tutelas de urgência», a banalização das liminares é somente mais um dos reflexos do publicismo processual, uma herança do Código de Processo Civil de 1939 brasileiro de 1939 (fruto de um regime político ditatorial), que segue bastante viva em nossas instituições jurídicas e na processualística dos países de América Latina.

Bibliografia

Ariano, E. (2016a).

Prólogo. Em *Estudios sobre la tutela cautelar*. Lima: Gaceta Jurídica.

Ariano, E. (2016b).

La instrumentalidad de la tutela cautelar. Em *Estudios sobre la tutela cautelar*. Lima: Gaceta Jurídica.

Ariano, E. (2016c).

Estabilidad de la tutela cautelar. Em *Estudios sobre la tutela cautelar*. Lima: Gaceta Jurídica.

Ariano, E. (2016d).

Situación cautelable, verosimilitud y periculum in mora. Em *Estudios sobre la tutela cautelar*. Lima: Gaceta Jurídica.

- Ariano, E. (2016e).
El poder general de cautela. Em *Estudios sobre la tutela cautelar*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Ariano, E. (2016f).
¿Jugando a ser dioses? La discrecionalidad del juez en el proceso cautelar. Em *Estudios sobre la tutela cautelar*. Lima: Gaceta jurídica.
- Ariano, E. (2016g).
El “nuevo” procedimiento cautelar. Em *Estudios sobre la tutela cautelar*. Lima: Gaceta jurídica.
- Ariano, E. (2016g).
La tutela cautelar y los equívocos mensajes del código procesal civil. Em *Estudios sobre la tutela cautelar*. Lima: Gaceta jurídica.
- Alvaro de Oliveira, C. A., & Lacerda, G. (1998).
Comentários ao código de processo civil (arts. 813 a 889) (3.^a ed., vol. VIII, t. II). Rio de Janeiro: Forense.
- Assis, A. de (2015).
Processo civil brasileiro. volume II: parte geral: institutos fundamentais: tomo 2. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Barbosa Moreira, J. C. (1984).
Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada. *Temas de direito processual: terceira série* (pp. 99-114). São Paulo: Saraiva.
- Bedaque, J. R. dos S. (2006).
Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização) (4.^a ed.). São Paulo: Malheiros.
- Calamandrei, P. (1936).
Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari. Padova: Cedam.
- Calvosa, C. (1970).
Il processo cautelare (i sequestri e i provvedimenti d'urgenza). Torino: Unione tipografica - editrice torinese.
- Chainais, C. (2007).
La protection juridictionnelle provisoire dans le procès civil en droit français et italien. Paris: Dalloz.

Chiovenda, G. (1930).

Le riforme processuali e le correnti del pensiero moderno. Em *Saggi di diritto processuale civile (1900-1930), Volume primo*. Roma: Società Editrice Foro Italiano.

Chiovenda, G. (1936-1940).

Instituciones de derecho procesal civil. Madrid: Revista de Derecho Privado.

Correa, U. (2006).

Autonomia funzionale della tutela cautelare anticipatoria. *Rivista di diritto processuale*, 61(4), 1251-1272.

Costa, E. J. da F. (2011).

Sentença cautelar, cognição e coisa julgada: reflexões em homenagem à memória de Ovídio Baptista. *Revista de Processo*, 36(191), 357-376.

Costa, E. J. da F. (2016).

Art. 302. Em Lenio Luiz Streck, Dierle Nunes e Leonardo Cunha (orgs.), *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva.

Costa, E. J. da F. (2019a).

Notas para uma garantística. *Empório do direito*, (40). <http://bit.ly/31nL6XX>

Costa, E. J. da F. (2019b).

O processo como instituição de garantia. Consultor Jurídico. <http://bit.ly/35KWtwT>

Dalla Barba, R. G. (2020).

Se o processo é uma garantia de liberdade, ele é um direito de defesa. *Empório do Direito, Coluna Garantismo Processual*, (46). <https://emporiiododireito.com.br/leitura/46-se-o-processo-e-uma-garantia-de-liberdade-ele-e-um-direito-de-defesa>

Da Silva, O. A. B. (1991a).

A ação cautelar inominada no direito brasileiro: de acordo com a Constituição de 1988 (2.^a ed.). Rio de Janeiro: Forense.

Da Silva, O. A. B. (1991b).

Decisões interlocutórias e sentenças liminares. *AJURIS: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, 18(51).

Da Silva, O. A. B. (1996).

Do processo cautelar. Rio de Janeiro: Forense.

Da Silva, O. A. B. da. (1998).

Curso de processo civil: processo cautelar (tutela de urgência) (2.^a ed., vol. 3). São Paulo: Revista dos Tribunais.

Da Silva, O. A. B. (2002).

Tutela antecipatória e juízos de verossimilhança. Em *Da sentença liminar à nulidade da sentença*. Rio de Janeiro: Forense.

Da Silva, O. A. B. (2004).

Uso alternativo do procedimento ordinário: tutelas de urgência. Em *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense.

Da Silva, O. A. B. (2005).

Curso de processo civil (7.^a ed., vol. 1). Rio de Janeiro: Forense.

Da Silva, O. A. B. (2007).

Jurisdição e execução na tradição romano-canônica (3.^a ed.). Rio de Janeiro: Forense.

Da Silva, O. A. B. (2007-2008).

Curso de processo civil: v.2, processo cautelar (tutelas de urgência) (4.^a ed.). Rio de Janeiro: Forense.

Da Silva, O. A. B. (2008).

Jurisdição, direito material e processo. Rio de Janeiro: Forense.

Da Silva, O. A. B. (2014).

Prefácio. Em L. F. Gomes, *Responsabilidade objetiva e antecipação de tutela (direito e pós-modernidade)* (2.^a ed.). Porto Alegre: Livraria do Advogado.

De Laurentiis, L. C. (2015).

A proporcionalidade no direito constitucional: Origem, modelos e reconstrução dogmática [tese de doutorado em Direito do Estado, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo].

De Mendonça, L. C. (2012).

80 anos de autoritarismo: uma leitura política do processo civil português. Em Juan Montero Aroca (dir.), *Proceso civil e ideologia* (pp. 375-430). Valencia: Tirant Lo blanch.

Delfino, L. (2017).

Como construir uma interpretação garantista do processo jurisdicional. *Revista brasileira de direito processual (RBDPro)*, 25(98), 207-222.

Dietrich, W. G. (2019).

Proporcionalidade irracional: qual delas? *Empório do direito, Coluna garantismo processual*, (43). <https://emporiiododireito.com.br/leitura/43-proporcionalidade-irracional-qual-delas>

Dimoulius, D., & Martins, L. (2014).

Teoria geral dos direitos fundamentais (5.^a ed. revista, atualizada e ampliada). São Paulo: Atlas.

Dini, M., & Dini, E. A. (1950).

I provvedimenti d'urgenza: nel diritto processuale civile e nel diritto del lavoro (art. 700 a 702 Cod. Proc. Civ.) (5.^a ed. t. I). Milano: Giuffrè.

Empório do Direito. (2019).

Coluna Garantismo processual. <https://emporiiododireito.com.br/colunas/garantismo-processual>

Lacerda, G. (2007).

Comentários ao Código de Processo Civil (arts. 796 a 812) (10.^a ed., vol. VIII, t. I). Rio de Janeiro: Forense.

Lopes da Costa, A. A. (1958).

Medidas preventivas: medidas preparatórias – medidas de conservação (2.^a ed.). Belo Horizonte: Livraria Bernardo Álvares editora.

Lopes da Costa, A. A. (1966).

Medidas preventivas: medidas preparatórias – medidas de conservação (3.^a ed.). São Paulo: Sugestões Literárias.

Martins, V. A. A. B. (2000).

Comentários ao código de processo civil: volume 12, do processo cautelar (arts. 813 a 889). São Paulo: Revista dos Tribunais.

Menchini, S. (2006).

Nuove forme di tutela e nuovi modi di risoluzione delle controversie: verso il superamento della necessità dell'accertamento con autorità di giudicato. *Rivista di diritto processuale*, 61(3), 869-902.

Millar, R. W. (1945).

Los principios formativos del procedimiento civil. Buenos Aires: Ediar.

Pontes de Miranda, F. C. (1998).

Tratado das ações. Campinas: Bookseller.

Pontes de Miranda, F. C. (2003).

Comentários ao código de processo civil (arts. 796-889) (2.^a ed. revista e aumentada, t. XII). Rio de Janeiro: Forense.

Proto Pisani, A. (1998).

La tutela sommaria in generale e il procedimento per ingiunzione nell'ordinamento italiano. *Revista de processo*, 90(23), 22-35.

Raatz, I. (2018).

Tutelas provisórias no processo civil brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

Raatz, I. (2019).

Autonomia privada e processo (2.^a ed.). Salvador: JusPodivm.

Raatz, I. (2020).

O processo como direito fundamental. *Empório do direito, Coluna garantismo processual*. <https://emporiiododireito.com.br/leitura/35-o-processo-como-direito-fundamental>

Raatz, I., & Anchieta, N. (2018).

Uma “teoria do processo” sem processo? A breve história de uma ciência processual servil à jurisdição. *Revista brasileira de direito processual (RBDPro)*, 26(103), 173-192.

Raatz, I., & Anchieta, N. (2020a).

Contraditório em “sentido forte”: uma forma de compensação das posturas judiciais instrumentalistas? *Empório do direito, Coluna garantismo processual*, (31). <https://emporiiododireito.com.br/leitura/31-contraditorio-em-sentido-for-te-uma-forma-de-compensacao-das-posturas-judiciais-instrumentalistas>

Raatz, I., & Anchieta, N. (2020b).

Das raízes do instrumentalismo processual. *Empório do direito, Coluna Garantismo Processual*, (110). <https://emporiiododireito.com.br/leitura/abdpro-110-das-raizes-do-instrumentalismo-processual-no-brasil>

Reis, J. A. Dos (1985).

A figura do processo cautelar. *Revista Ajuris*, 19(56).

Satta, S., & Punzi, C. (2000).

Diritto processuale civile (2.^a ed.). Padova: Cedam.

Schlink, B. (2017).

Liberdade mediante resistência à intervenção estatal: reconstrução da função clássica dos direitos fundamentais. *Revista de direito civil contemporâneo*, (11), 261-297.

Schmitt, C. (1996).

Teoría de la Constitución. Madrid: Alianza Editorial.

Theodoro Jr., J. (2014).

Curso de direito processual civil (49.^a ed., vol. II). Rio de Janeiro: Forense.

Tommaseo, F. (1983).

I provvedimenti d'urgenza: struttura e limiti della tutela anticipatoria. Padova: Cedam.

Vicent, J. (1973).

Précis de procédure civile. Paires: Libraire Dalloz.

Zavascki, T. A. (2009).

Antecipação da tutela (7.^a ed.). São Paulo: Saraiva.

Jurisprudência, normas e outros documentos legais

Constituição da República Federativa do Brasil (Presidência da República [Brasil], 1988).

Diário Oficial da União, 5 de outubro de 1988.

Decreto-Lei N.º 1.608, Código de Processo Civil (Presidência da República [Brasil],

1939). *Diário Oficial da União*, 18 de setembro de 1939.

Decreto Legislativo N.º 768, Código de Processo Civil (Presidência da República [Peru],

1993). *Diário Oficial El Peruano*, 4 de março de 1993.

Lei N.º 5.869, Código de Processo Civil (Presidência da República [Brasil], 11 de janeiro

de 1973). *Diário Oficial da União*, 17 de janeiro de 1973.

Lei N.º 8.245, Lei do Inquilinato (Presidência da República [Brasil], 1991). *Diário Oficial da União*, 21 de outubro de 1991.

Lei N.º 10.406, Código Civil (Presidência da República [Brasil], 10 de janeiro de 2002).

Lei N.º 13.105, Código de Processo Civil (Congresso Nacional [Brasil], 2015). *Diário Oficial da União*, 17 de março de 2015.



Do dever de auxílio do juiz com as partes ao dever de auxílio do juiz com o processo: um giro de 360°

From the Judge's Duty of Assistance Toward the Parties to the Judge's Duty of Assistance Toward the Process: A 360° Turn

Diego Crevelin de Sousa

Profesor de las Facultades Integradas de Aracruz (FAACZ), Espírito Santo (Brasil).

Código ORCID: 0000-0003-3151-5077 | Contacto: dcrevelin@yahoo.com.br

Resumen

El trabajo analiza críticamente el deber de cooperación procesal y, en particular, la transición desde el deber de auxilio del juez a las partes hacia la idea de cooperación con el proceso. El autor sostiene que esta concepción puede permitir al juez asumir funciones propias de las partes, lo que compromete la imparcialidad y la división funcional del trabajo procesal. Asimismo, cuestiona la tesis de la «cooperación al proceso» por considerarla una reformulación retórica que no resuelve los límites del auxilio judicial. Concluye que un deber general de auxilio, especialmente mediante cláusulas abiertas, amplía la discrecionalidad judicial y resulta incompatible con las garantías del contradictorio y el proceso como instrumento de libertad.

Palabras-clave: Cooperación procesal, deber de auxilio, imparcialidad, contradictorio, división funcional y discrecionalidad judicial.

Abstract:

The paper critically analyzes the duty of procedural cooperation, particularly the shift from the judge's duty to assist the parties to the idea of cooperation with the process. The author argues that this conception may allow the judge to assume functions that belong to the parties, thereby compromising impartiality and the functional division of procedural tasks. It also questions the thesis of «cooperation with the process» considering it a rhetorical reformulation that fails to resolve the limits of judicial assistance. The paper concludes that a general duty of assistance, especially when established through open clauses, expands judicial discretion and is incompatible

with the guarantees of adversarial proceedings and the process as an instrument of liberty.

Keywords: *Procedural cooperation, duty of assistance, impartiality, adversarial principle, functional division and judicial discretion.*

Recibido: 15 de agosto de 2025 | Aprobado: 25 de agosto de 2025

Sumário: 1. Considerações iniciais.- 2. O dever de auxílio, segundo Hermes Zaneti Jr.- 3. A «cooperação para com o processo» como cooperação intersubjetivamente forte.- 4. Fragilidades justificativas e funcionais da «cooperação para com o processo».- 5. O agravamento do problema pela cláusula geral de auxílio.- 6. Considerações finais: em busca de uma abertura ao diálogo.

1. Considerações iniciais

Há algum tempo publiquei um texto sobre a cooperação processual,¹ sobretudo nos moldes em que é proposta por Daniel Mitidiero, no qual examinei criticamente dois pontos: a cooperação processual como geradora (i) de um suposto redimensionamento do contraditório e da fundamentação das decisões e (ii) de uma pretensa divisão equilibrada de tarefas entre o juiz e as partes, sintetizada pela ideia de um «juiz simétrico no debate e assimétrico na decisão».

Sobre (i), não questioneei a importância das versões fortes do contraditório e da fundamentação. Mais, reconheci a grande contribuição dos cooperativistas para a condensação dogmática e concretização prática daquelas garantias. Porém, neguei que esses avanços sejam devidos exclusiva ou mesmo preponderantemente aos cooperativistas, tratando-se, em verdade, de obra comum de todos as correntes da ciência processual. Afinal, esse é um campo de rara convergência entre todos os estudiosos do processo.

Sobre (ii), sustentei o seguinte: (ii.a) a tese (ii), tal como lançada, viola a garantia da imparcialidade, pois, em termos lógicos, só é possível falar em simetria entre partes e juiz se este está autorizado a exercer (total ou parcialmente) as mesmas funções processuais daquelas – estimo ter demonstrado como isso efetivamente é (conscientemente ou não) sugerido por (pelo menos alguns dos) seus

1 Sousa (2017).

defensores; (ii.b) os deveres de cooperação (consulta, diálogo, prevenção, esclarecimento, lealdade e auxílio) não são institutos dotados de existência jurídica autônoma, são categorias doutrinárias criadas ora do parcelamento do conteúdo de certos institutos dotados de existência jurídica autônoma (operação analítica de compreensão do todo a partir das partes – v. g. os deveres de consulta, diálogo, prevenção e esclarecimento são corolários das garantias constitucionais do contraditório e da fundamentação das decisões; o dever de lealdade é corolário do direito de não lesão, decorrente da própria condição de sujeito),² ora do agrupamento categorial de institutos jurídicos esparsos dotados de pontos comuns a partir dos quais seria possível conferir unidade sistemática à sua compreensão (operação hermenêutica que pretende induzir de institutos específicos a existência de categorias gerais – v.g. dos arts. 319, § 1º; 373, § 1º; 400, p.ú.; 772, III, CPC, resultaria a existência do dever de auxílio).

No ensejo, dediquei maior atenção ao *dever de auxílio*, que considero o mais problemático dos deveres de cooperação. Enfatizei o seu teor obscuro e concitei os cooperativistas a esclarecerem se ele serve para municiar o juiz de (a) competências funcionais coincidentes com as das partes (= vulneração da imparcialidade e preservação débil da imparcialidade) ou de (b) competências funcionais estritamente judicantes (= preservação da imparcialidade e da imparcialidade). Considero isso importante, pois em (a) teríamos um instituto jurídico autônomo inconstitucional, e, em (b), não teríamos um instituto jurídico autônomo, e, ao menos em princípio, constitucional (embora revestido de um invólucro semântico problemático).

Para definir se uma função processual é privativa de parte – e, portanto, não exercível pelo juiz –, baseei-me em texto de Lúcio Delfino e Fernando Rossi,³ o qual, a meu ver, fornece um critério analítico consistente para tanto, qual seja, a noção do contraditório como situação jurídica relacional.⁴ Vista como situação jurídica relacional, a garantia encerra direitos privativos das partes (situações jurídicas *ativas*) aos quais correspondem deveres privativos do juiz (situações jurídicas *passivas*). Consequentemente, utilizar o dever de auxílio para atribuir ao juiz o exercício de situação jurídica *ativa* decorrente do contraditório é incorrer em inconstitucionalidade. Para usar a expressão dos autores mineiros, conferir

2 Gouveia (2016).

3 Delfino e Rossi (2014).

4 Convicção que ora vejo reforçada com o advento da tese do *processo como garantia contrajudicial de liberdade e «liberdade»*, de Eduardo José da Fonseca Costa (2018b). Conferir, De Fonseca Costa (2016, 2018c). Confira-se, ainda Ramos (2019).

ao magistrado competência para exercer situações jurídicas *ativas* decorrentes do contraditório é instituir a figura do *juiz contraditor*, um oximoro.

No ponto, dialoguei mais de perto com o posicionamento de Fredie Didier Jr., para quem a consagração de um dever *geral* de auxílio não é possível («a tarefa de auxiliar as partes é do seu representante judicial: advogado ou defensor público»), *nem recomendável* («é simplesmente imprevisível o que pode acontecer se se disser ao órgão julgador que ele tem um dever atípico de auxiliar as partes»), razão pela qual só pode ser admitida a outorga de «*deveres típicos de auxílio*, por expressa previsão legal». Por isso, inclusive, o autor substitui *dever de auxílio* por *dever de zelar pelo efetivo contraditório*, expressão que «tem designação mais precisa e, por isso, abrangência mais restrita; cumpre-se o dever com adequações do processo feitas pelo juiz em situações excepcionais».⁵

Concordei com o núcleo da ideia. Aliás, ao rechaçar o *dever geral de auxílio* por considerar tal competência privativa do advogado *lato sensu*, e temer como o juiz se comportaria se lhe fosse conferido esse conjunto de competências, o professor da UFBA parece relacionar o dever de auxílio à quebra de imparcialidade e – e, digo eu, principalmente – de imparcialidade.⁶ Mas não fica claro se em seu pensamento os deveres específicos de auxílio, instituídos por regras gerais expressas, poderiam alcançar também situações jurídicas ativas decorrentes do contraditório, ou seja, competências privativas de parte. Sustentei então e repito agora: toda concessão do exercício de situação jurídica ativa decorrente do contraditório ao juiz é inconstitucional. O problema não é identificar o quanto de competência de parte pode ser assinada ao juiz. Nesses domínios, qualquer concessão transige com a figura do *juiz contraditor* e deve ser radicalmente negada. Não é um problema de *quanto*, mas de *se é conferida ao juiz competência de parte*. A menor outorga afronta a *ratio* das garantias processuais em geral e o texto do art. 5, LV, CRFB, em particular.

5 Didier Jr. (2016, pp. 132-133). Não fica claro, em face desse último aspecto do seu entendimento, se o seu problema com o «dever de auxílio» opera apenas no plano dos significantes ou adentra o plano dos significados. Tudo considerado, parece-me que é o segundo caso.

6 Desenvolvo minha visão do tema em Sousa (2021, *passim*).

Em razão das definições⁷ e exemplos colhidos na pesquisa anterior, os quais evidenciam a aceitação (pelo menos em algumas situações e medidas) da concessão ao juiz de situações jurídicas *ativas* decorrentes do contraditório, concluí o seguinte: (i) do ponto de vista normativo, ao desenvolver – muito bem, friso – a *dimensão argumentativo-discursiva* da tese da divisão equilibrada de tarefas, mas se manter alheio à sua *dimensão funcional* (onde atua a imparcialidade), um elemento nuclear das pretensões normativas do cooperativismo se põe em

-
- 7 Convém ter sempre presente as palavras de Mauro Cappelletti (1974) a respeito: «*Si la parte menos astuta, menos preparada, peor defendida, no ha propuesto desde el principio de la manera más adecuada su demanda o planteado adecuadamente su defensa, el juez austriaco podrá, en el curso del proceso, venir en su ayuda, y proporcionarle el modo de reparar, de modificar, de corregir las lagunas y los defectos de sus demandas o defensas. Y a tal fin el juez podrá, o más bien deberá, se fuere del caso, salir de esa absoluta pasividad y de ese absoluto neutralismo, al que estaba constreñido, en cambio, el juez del proceso común, y el mismo juez austriaco hasta la entrada en vigor del código de 1895*» (p. 18). Seu tom apologético em nada destoa do que fora defendido, ainda no séc. XIX, por Anton Menger, na obra *El derecho civil y los pobres* (1898). As propostas do professor austriaco para o procedimento civil incluíam a obrigação do juiz instruir gratuitamente o litigante, especialmente o pobre, sobre o direito vigente («*debería obligar al Juez civil á instruir gratuitamente á todo ciudadano, especialmente al pobre, acerca del Derecho vigente, ya que no á auxiliarse de otro modo en la defensa de sus derechos privados*» [p. 126]), o que significava exatamente assumir a sua representação processual, advogando para ele («*uma vez concedido al rico el derecho de hacerse representar por Abogado, el juez debería procurar establecer un equilibrio entre las partes, assumiendo la representación de la parte pobre*» [pp. 126-127]). Evidentemente, Menger não ignorava que tais soluções esbarriariam em «dificuldades técnicas» – leia-se: seriam incompatíveis com a imparcialidade –, mas considerava que isso se justificaria em razão dos seus efeitos sócio-equalizantes («*Bién sé que la aplicación de estas soluciones en la administración del Derecho civil tropezaría con algunas dificultades técnicas; pero ante los defectos de la actual condición jurídica, en la cual, á la disparidade del derecho, se suma la de los procedimientos, aquéllas dificultades no hay para qué tomarlas en cuenta*» [p. 127]). Em suma, o juiz deveria assumir a função de advogado do pobre a fim de igualar as partes, ainda que isso custasse a sua imparcialidade. Não só Cappelletti fazia eco às lições de Klein. Uma rápida consulta aos textos dos mais ilustres processualistas brasileiros permite entrever a sua presença, se não de modo idêntico, certamente com profundas afinidades eletivas. A sombra de Menger é imensa sobre muito do que escreve, em 2021, sobre direito processual no Brasil.

desalinho com a CRFB;⁸ (ii) do ponto de vista metodológico, apesar da sua autoproclamada autonomia, *o cooperativismo permanece chumbado às teses centrais do processualismo científico*: a jurisdição como centro da epistemologia processual e a necessidade (consequente) de protagonismo do juiz no procedimento – daí eu não ver nenhuma mudança paradigmática em relação ao instrumentalismo processual.⁹

2. O dever de auxílio, segundo Hermes Zaneti Jr.

Retomo parte da discussão em razão da posterior publicação de um interessante texto de Hermes Zaneti Jr. sobre a cooperação, com reflexos sobre a compreensão do dever de auxílio.¹⁰ Descreverei seus argumentos para, na sequência, avaliar se e como elas alteram minhas conclusões acima recordadas.

Para o autor, a cooperação é modelo, «princípio, regra e procedimento, atuando como norma fundamental no nosso ordenamento e, consequentemente, gerando obrigações típicas e atípicas ao longo de todo o arco processual» (2018, p. 146); permite o tratamento do conflito «de maneira adequada, célere, moderna,

8 Veja-se a obra De Abreu (2015). O trabalho dedica aproximadamente 253 páginas de conteúdo à defesa da cooperação como *modelo e princípio*, como imprescindível – no que ora importa – à promoção da igualdade no processo mediante divisão equilibrada de tarefas entre o juiz e as partes. Para tanto, defende a concessão de amplos poderes de condução material ao juiz (pp. 95 e ss.), incluindo poderes para *auxiliar* a parte em posição de desigualdade frente ao contraditório em razão da inapetência de seu advogado (p. 100). Mas o trabalho dedica praticamente nenhuma atenção à relação entre a imparcialidade (sobretudo a imparcialidade) e a divisão de tarefas. Ao todo, há seis menções à garantia no corpo do texto (pp. 77, 83, 86, 100, 126 e 132), duas delas no único parágrafo em que se analisa a compatibilidade entre ela e os poderes de cooperação do juiz com as partes, porém reduzida à investigação da harmonização dos poderes instrutórios oficiosos (p. 100), que o autor admite em caráter subsidiário (p. 101). A redução da relação *imparcialidade-deveres de cooperação do juiz com as partes* à questão da iniciativa probatória revela que só se concebe a imparcialidade em sua dimensão subjetivo-psíquica (é o que faz quando repisa o argumento de Barbosa Moreira contra a parcialidade em face da impossibilidade de antever o resultado da prova [p. 101]), descuidando que a imparcialidade é a dimensão mais diretamente relevante no que concerne à questão da divisão de trabalho entre o juiz e as partes. Algo pelo menos parcialmente diferente se passa, *v. g.*, com a obra *Iura Novit Curia e Causa de Pedir. O juiz e a qualificação jurídica dos fatos no processo civil brasileiro* (2016) de Otávio Domit. Ali não se problematiza detidamente o tema da imparcialidade e eu não subscrevo todas as soluções lá lançadas, mas reconheço uma valiosa contribuição na busca de critérios para evitar que o juiz se imiscua nas funções das partes. Quicá inadvertidamente, a obra se preocupa com a imparcialidade.

9 No mesmo sentido, com argumentação desconcertante, Oliveira (2019).

10 Zaneti Jr. (2018).

barata, flexível, útil, voltada para o usuário, sábia e justa» (p. 144); é a alternativa contemporânea para a adoção de uma «postura mais humana e inteligente – a essência da nossa justiça civil» (p. 144); tem como foco «a cooperação para com o processo e os deveres recíprocos que as partes, o juiz e todos aqueles que de qualquer forma atuam no processo, têm entre si uns para com os outros» (p. 142); ao adotá-la, o CPC propõe uma mudança de paradigma (p. 153).

A partir dessa concepção ambiciosa da cooperação – e, consequentemente, dos sujeitos que nela vão (co)operar –, Zaneti Jr. sustenta que ela não é «para as partes ou para o juiz» (p. 147): «a cooperação é para com o processo» (p. 153). Por tudo, «a eficácia normativa do princípio da cooperação independe, portanto, da existência de regras jurídicas expressas» (p. 147).

Mais especificamente sobre o *dever de auxílio*, o autor discorda da crítica de Fredie Didier Jr. ao *dever genérico de auxílio* nos seguintes termos:

Entendemos que o argumento da ‘imprevisibilidade do comportamento do juiz’ é subjetivo e, portanto, desborda do caráter objetivo que empregamos para os deveres de cooperação do juiz para com o processo. O juiz ao auxiliar a parte auxilia a obtenção do resultado justo e adequado do processo (2016, p. 148, nota de rodapé 19).

A passagem é relevante porque desloca o centro da discussão. A crítica de Didier Jr. Dirige-se à imprevisibilidade do comportamento judicial diante de um dever atípico de auxílio às partes. A resposta de Zaneti Jr. Procura neutralizar essa objeção mediante a substituição do destinatário da cooperação: o juiz não auxiliaria propriamente a parte, mas o processo; ao auxiliar a parte, contribuiria para o resultado justo e adequado do processo. Essa reformulação exige exame cuidadoso, pois dela depende a tentativa de retirar o dever de auxílio do terreno subjetivo – quem auxilia com quem – para colocá-lo no terreno supostamente objetivo – quem auxilia o processo.

3. A «cooperação para com o processo» como cooperação intersubjetivamente forte

A meu ver, a tese central do texto («a cooperação é para com o processo») contém a defesa de uma *visão ampla e forte de cooperação intersubjetiva*. Como o autor não diz isso explicitamente, tenho o ônus argumentativo de justificar minha conclusão.

Quando falo de *ampla e forte cooperação intersubjetiva* refiro-me a quem deve cooperar com quem. O juiz deve cooperar com as partes? As partes devem

cooperar com o juiz? As partes e o juiz devem cooperar entre si? O *texto* do art. 6 do CPC parece responder de maneira simples: *todos* os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva. A aparência de clareza, porém, não elimina o problema. Afirmar que todos devem cooperar entre si está longe de definir a extensão subjetiva e o conteúdo desse dever. Não basta saber que se deve cooperar; é preciso saber quem coopera, com quem, de que modo e sob quais limites.

Essa dificuldade explica a divergência entre os próprios cooperativistas a respeito da dimensão subjetiva dos deveres de cooperação. E não se trata de divergência marginal. A depender do que se entenda por cooperação, o juiz pode ter comprometidas sua imparcialidade e sua imparcialidade, e as partes podem ter restringida sua liberdade.

Zaneti Jr. pretende superar essa discussão. Para ele, o esquema de cooperação deixaria de ser pensado sob um prisma subjetivo, isto é, como «juiz→partes», «partes→juiz» ou «partes↔juiz» para ser pensado sob um prisma objetivo, isto é, como «sujeitos processuais→processo». Ninguém cooperaria propriamente com ninguém. As partes não cooperariam com o juiz, nem o juiz com as partes. Todos cooperariam para com o processo. Daí a afirmação do «caráter objetivo que empregamos para os deveres de cooperação».

A formulação é engenhosa, mas insuficiente. *Entes de cultura – como o processo*¹¹ – *não cooperam com indivíduos. Indivíduos tampouco cooperam com entes e cultura. Toda cooperação é intersubjetiva.* Pessoas cooperam umas com as outras, não com entes inanimados. Toda cooperação juridicamente relevante no processo se realiza por condutas de sujeitos e produz efeitos na esfera de outros sujeitos. Ao inverter o ônus da prova o juiz coopera com a parte beneficiada pela inversão; ao esclarecer os termos de sua postulação, a parte contribui para que o juiz decida melhor e para que o adversário possa se defender adequadamente. O processo é o ambiente normativo em que essas interações ocorrem; não é, porém, sujeito com o qual se coopere.

Por isso, a tentativa de substituir a pergunta «quem coopera com quem» pela «quem coopera com o quê» não resolve o problema. Ela apenas desloca a linguagem. Sob a fórmula da cooperação objetiva, permanece a mesma questão

11 «a palavra *processo* não designa algo que existe na realidade, como acontece com a palavra livro. Na realidade social, só existem os atos concretos de um processo. Quem considera que certo ato faz parte de uma sequencial processual é o observador. (...) Isso indica que o ‘processo’ é uma criação do nosso espírito» (Dimoulis & Lunardi, 2016, Introdução, subitem 1.1).

de fundo: quais condutas podem ser exigidas dos sujeitos processuais e, sobretudo, quais delas podem ser exigidas do juiz sem que ele abandone sua posição funcional?

Não há problema algum em defender uma leitura ampla e forte da cooperação intersubjetiva. Essa posição nada tem de excêntrica. O problema surge quando essa filiação é encoberta por uma alteração terminológica que promete superar a controvérsia, mas não enfrenta seus custos institucionais. Se a cooperação para com o processo implica, em concreto, condutas do juiz em benefício funcional de uma das partes, é preciso explicar por que isso não compromete a imparcialidade do julgador, a imparcialidade subjetiva e a liberdade das partes.¹² A tese da cooperação para com o processo ainda não oferece resposta suficiente a essa exigência. Mudar o nome da relação não elimina seus efeitos – na melhor das hipóteses os encobre; na pior, agrava-os.

4. Fragilidades justificativas e funcionais da «cooperação para com o processo»

Se «o juiz ao auxiliar a parte auxilia a obtenção do resultado justo e adequado do processo», e se esse resultado atuará sobre a esfera jurídica da(s) parte(s), então, ao auxiliar o juiz auxilia a(s) parte(s).

Os fundamentos «a cooperação é para o processo» e «o juiz ao auxiliar auxilia a obtenção do resultado justo e adequado do processo» padecem, assim, de uma dupla privação. Não demonstram, em primeiro lugar, a existência válida de um dever geral de auxílio. Também não explicam, em segundo lugar, como o juiz poderia auxiliar a parte para a obtenção de um resultado justo e adequado sem assumir, em certas hipóteses, função processual própria da parte.

Quanto ao primeiro ponto, há risco de circularidade. O argumento parece caminhar assim: o dever de auxílio permite alcançar resultado justo e adequado; o juiz tem o dever de produzir resultado justo e adequado; logo, existe um dever

12 Como tentam Luiz Guilherme Marinoni *et al.* (2016): «O juiz exerce o poder que deve ser legitimado pela participação das partes, que são aquelas que se sujeitam aos efeitos da decisão. *O juiz deve participar para garantir que a participação das partes seja igualitária e, assim, para que eventual falha na participação delas possa ser suprida.* Nesses termos, *a participação do juiz se dá em nome da participação das partes* e, por consequência, para legitimar a sua própria atuação» (p. 452). Discordo de que o juiz possa agir assim, mas aqui se diz claramente que ao cooperar/auxiliar o juiz coopera/auxilia a parte, não o processo.

geral de auxílio existe.¹³ A conclusão não decorre propriamente das premissas; ela já está nelas pressuposta. É preciso demonstrar por que o dever de produzir uma decisão justa e efetiva autoriza, além dos poderes judicantes previstos no sistema, a atribuição ao juiz de um dever geral e típico de auxílio. Sem essa mediação argumentativa, a tese permanece insuficientemente justificada.

Quanto ao segundo ponto, revela-se o ponto cego do cooperativismo: a dimensão funcional da divisão de tarefas entre juiz e partes. O texto de Zaneti Jr. Não fornece critério operativo para definir, em concreto, quando o juiz pode auxiliar a parte para a obtenção do resultado justo e adequado do processo sem se *deslocar de sua posição funcional* e se *contaminar psiquicamente*. Minha hipótese é que isso decorre da hipertrofia conferida pelo cooperativismo à *dimensão argumentativo-discursiva* da tese da distribuição equilibrada de tarefas. Procede-se como se a vinculação do juiz ao contraditório forte e à fundamentação adequada bastasse para preservar sua imparcialidade. Há, nesse raciocínio, dois problemas: o primeiro é superestimar a capacidade da fundamentação para controlar quebras de imparcialidade subjetivo-psíquica; o segundo é desconsiderar a imparcialidade como dimensão funcional da divisão de trabalho entre partes e juiz.

A quebra da imparcialidade subjetivo-psíquica pode ser *inconsciente*, *consciente não declarada* e *consciente declarada*, e, qualquer que seja a modalidade, ela não necessariamente emerge da leitura da decisão. Na quebra *consciente não declarada*, o julgador pode valer-se da fluidez da linguagem para turvar suas reais inclinações.¹⁴ Na quebra *inconsciente*, a motivação efetiva escapa até mesmo ao próprio prolator. E, de resto, o jurista não domina a ciência e nem a arte necessária para desvendar os meandros do universo intrapsíquico do humano-juiz.

Isso não diminui a importância dos deveres de diálogo e consulta. Ao contrário, eles são conquistas relevantes e inegociáveis. Devemos, sem dúvida, *treinar* juizes para desenvolverem o *hábito*¹⁵ de decidir à luz de condicionamentos

13 Agradeço a Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Jr. pelo diálogo, via WhatsApp, que permitiu a estruturação correta da falácia da petição de princípios.

14 «a tese institucional não diz nada a respeito da transparência e sinceridade no discurso dos profissionais do direito. Argumentar institucionalmente é apelar para regras e procedimentos previamente estabelecidos com o objetivo de justificar conclusões práticas *publicamente*. Quem argumenta assim pode apelar publicamente para regras e procedimentos consagrados com o objetivo íntimo de promover ideais substantivos ou até mesmo interesses pessoais obscuros» (Shecaira, 2016, p. 41).

15 «a imparcialidade, além das garantias institucionais que a suportam, forma um hábito intelectual e moral, não diverso do que deve presidir qualquer forma de pesquisa e conhecimento» (Ferrajoli, 2002, p. 465).

externos – alegações e provas das partes, Constituição, leis, precedentes e doutrina, e não ao sabor de preferências pessoais. Devemos investir no constrangimento epistemológico (Lenio Streck) e prestigiar a motivação escrita em sentido estrito, precisamente para reduzir a margem de decisão fundada em instintos, simpatias ou idiossincrasias. Dito de outro modo, temos de *discipliná-los* na imparcialidade.¹⁶⁻¹⁷ Mas seria excessivo acreditar que tais mecanismos bastam para aniquilar as quebras de imparcialidade subjetivo-psíquicas, sobretudo quando se consideram o inconsciente e os vieses cognitivos,¹⁸ de difícil controle, tanto preventivo quanto corretivo,¹⁹ presentes até mesmo na inteligência artificial.²⁰ Há sempre uma zona opaca no processo de tomada de decisão.

Daí a necessidade de levar a sério a dimensão da divisão de tarefas. A preservação da função judicante depende tanto da observância dos deveres de consulta e diálogo quanto de limites funcionais que o juiz não pode ultrapassar. Há condutas que permanecem vedadas ao magistrado mesmo quando posteriormente acompanhadas de fundamentação adequada. Se o juiz orienta o autor a alterar o pedido para torná-lo mais compatível com determinada orientação jurisprudencial,²¹ deixa de exercer magistratura e passa a desempenhar aconselhamento estratégico, como se advogado fosse. A fundamentação posterior da decisão, ainda que considere os argumentos da parte contrária, não recompõe a divisão funcional já violada.

Esse exemplo mostra o ponto decisivo: não basta dizer que, ao auxiliar a parte, o juiz auxiliou a obtenção de resultado justo e adequado do processo. Em direito processual, os meios não são indiferentes aos fins. O resultado só pode ser juridicamente válido quando obtido por meio de procedimento compatível com as garantias processuais. A quebra de imparcialidade não é um detalhe acidental compensável por boas intenções decisórias. É violação da posição funcional do

16 Costa (2019).

17 Com abordagem interessante, conferir Torrano (2018, *passim*).

18 Costa (2018a, *passim*).

19 «é difícil saber ao certo quais vieses psicológicos estão afetando o julgamento. Em qualquer situação de alguma complexidade, múltiplos vieses podem estar em operação, conspirando para acrescentar erros na mesma direção ou contrabalançando uns aos outros, com consequências imprevisíveis. No fim das contas, o desenviesamento *ex post* ou *ex ante* – que, respectivamente, corrige ou previne vieses específicos – é útil em algumas situações» (Kahneman *et al.*, 2021, p. 233).

20 Nunes *et al.* (2018, pp. 125 e ss.).

21 Tirando o exemplo da doutrina portuguesa, sem deixar claro se concorda com ele, Didier Jr. (2016, p. 132).

juiz. Daí a tese da cooperação para com o processo precisar oferecer critérios capazes de impedir que o dever de auxílio se converta em autorização para o juiz assumir tarefas próprias das partes. Sem esses critérios, a reformulação permanecesse insuficiente.

5. O agravamento do problema pela cláusula geral de auxílio

Embora eu seja contrário à concessão ao juiz de situações jurídicas ativas decorrentes do contraditório sob o manto do dever de cooperação, o problema se agrava quando essa concessão é defendida por meio de cláusula geral. Uma regra *stricto sensu*, mesmo quando discutível, ao menos delimita previamente a hipótese de incidência e a consequência jurídica. A cláusula geral, ao contrário, transfere ao julgador ampla margem para definir quando, como e em que medida deve auxiliar. A outorga por regra jurídica *stricto sensu* reduz o risco de o juiz se converter em tutor processual sempre pronto a socorrer o sujeito que, segundo seus próprios critérios, considere débil. A maior densidade normativa da regra torna mais previsível e controlável o exercício da função. Já a atribuição por *cláusula geral*, especialmente quando o dever de auxílio ainda é pouco desenvolvido dogmática e jurisprudencialmente, confere liberdade bastante ampla ao juiz e dificulta o controle de sua atuação. Torna-se praticamente imprevisível saber o que ele poderá fazer, em que momento poderá fazê-lo e sob qual limite poderá auxiliar uma parte sem se converter em juiz contraditor.

No limite, a cláusula geral de auxílio franqueia ao juiz a competência para definir suas próprias competências funcionais. Ele passa a decidir, segundo critérios abertos de adequação e justiça, o que reputa necessário para alcançar o resultado justo do processo. A invocação genérica da justiça, nesse contexto, aumenta a insegurança jurídica em matéria procedimental, precisamente o campo em que as formas cumprem papel essencial de contenção do poder – por isso mesmo algo sempre presente na ideologia filojudiciária do publicismo processual.²²

²² «o publicismo autoritário foi fortemente influenciado pelos ideais socialistas de justiça material e pela concepção de que o processo seria instrumento de promoção social e redução das desigualdades. (...) Essa concepção notabilizou-se na obra de Anton Menger e de outros adeptos do chamado ‘socialismo jurídico’, que pregavam o dever dos juizes de educar e instruir os jurisdicionados, e foi positivada no Código austríaco de 1895 (§ 432) por Franz Klein, discípulo de Menger. A noção de que o processo deveria proporcionar justiça foi transmitida ao longo das gerações e tornou-se muito comum afirmar, contemporaneamente, que o processo seria instrumento de realização da justiça. (...) o mito de que o processo justo é o processo que produz decisões justas é perigosíssimo, pois valida comportamentos autoritários e despóticos em nome de ideias não só equivocadas, mas vazias de conteúdo» (Lucca, 2019, pp. 137-138).

A defesa da *cláusula geral de auxílio* também tensiona dois postulados teóricos caros ao cooperativismo. Em primeiro lugar, a autorização para o juiz definir suas próprias competências funcionais cria condições para novo protagonismo judicial, em direção oposta à horizontalização anti-hierárquica alegadamente almejada pelo modelo cooperativo. Em segundo lugar, essa permissividade revela uma disciplina pensada a partir da jurisdição, isto é, do Estado-juiz,²³ em franca contradição com a afirmação dos seus defensores de que o cooperativismo tem como eixo metodológico o processo, não a jurisdição.²⁴

Não por acaso a tese da «cooperação para com o processo» aproxima-se da antiga fórmula publicista segundo a qual «a prova é para o processo». Essa noção é historicamente vinculada ao fortalecimento dos poderes de condução material do juiz, defendida pela escola sistemática italiana, capitaneada por Giuseppe Chiovenda, fortemente influenciada pelo «vírus autoritário» do publicismo processual da ZPO austríaca de 1895, gestada por Franz Klein,²⁵ assaz útil aos

23 E, claro, das virtudes subjetivas de um juiz idealizado, cuja transposição para o mundo real não se dá sem sobressaltos, dado que entre magistrados de carne e osso há, como em todos os seres humanos, sempre um complexo emaranhado de vícios e virtudes que se manifestam em maior ou menor dedicação, disposição, interesse, paciência, vaidade, ego, reverência ao direito etc. que não devem ser desconsiderados no legislar e no doutrinar. Afinal, «o nosso mundo não é o mundo ideal, e o juiz típico não é Salomão. Nossos juízes têm as mesmas limitações morais e intelectuais que nós temos. Eles não podem ser considerados especialistas em matéria moral, política, econômica etc.» (Shecaira & Struchiner, 2016, p. 177). Portanto, «o erro fatal daqueles que defendem a supremacia do Judiciário com base em argumentos relativos à maior capacidade intelectual ou bagagem jurídica dos magistrados é a presunção de que uma habilidade superior no domínio do direito pode ser ampliada ou generalizada a todos os outros campos do conhecimento. O fato de magistrados terem mais estudo no ramo jurídico não lhes confere nenhuma caução intelectual que os autorize a reivindicar maior autoridade em problemas práticos, filosóficos e morais que transcendem os limites do direito» (Torrano, 2019, p. 313).

24 Se o critério para o exercício do dever de auxílio é a outorga de resultado adequado e justo do processo e se não temos o menor consenso sobre o significado de adequação e justiça, então, no extremo, isso não passará do sentimento pessoal do juiz, e, consequentemente, ele poderá exercer as competências processuais a seu juízo servís para atingir os fins desejados. Nem se alegue a possibilidade de corrigir os excessos por meio de recursos. À minguada de balizas normativas, não se saberá, exatamente, quando estará configurado um excesso, e, de resto, os julgadores do juízo *ad quem* podem ser tão ou mais arbitrários. O problema não só fica sem resolução, ele é duplicado. O recurso viabilizará apenas uma sucessão de órgãos *competentes* indicando, *de modo igualmente arbitrário*, a sua opinião sobre o conteúdo da *tutela jurisdicional adequada e justa*, sem qualquer controle efetivo do conteúdo decisório.

25 Pereira (2018, pp. 49 e ss.), especialmente 53-54; Pereira (2019), Raatz (2017), e Raatz e Anchietta (2018).

ordenamentos centrados na figura do juiz.²⁶ Significa dizer que a tese está umbilicalmente ligada à associação do processo como instrumento de promoção do *interesse público*, servil à *justificação* da desvinculação da atividade probatória do *interesse privado* das partes e à *legitimação* do agigantamento dos poderes de condução material do juiz, guindado ao centro da atividade probatória. A ideia de que «a prova é para o processo», portanto, constitui fração de um fenômeno mais amplo: o mito do interesse público do processo, que sempre exerceu a função simbólica de *naturalizar* o domínio de todo o processo pelo Estado-juiz, *distorcendo* a sua *gênese de instituição de garantia contrapoder de liberdade do cidadão em instrumento (à disposição) do Estado*,²⁷ subjugando-o num projeto de poder.²⁸

Espero ter deixado claro que a crítica à tese da «cooperação para com o processo» não se dirige à expressão escolhida. O problema está na função que ela desempenha. Ao cambiar a cooperação para o processo, a tese pretende neutralizar a objeção de que o juiz auxilia uma parte em detrimento da outra. Mas, ao não estabelecer limites funcionais claros, acaba por preservar – e, nalguns casos, intensificar – o risco que pretendia superar. Defender uma instituição que permite a amplificação indefinida dos poderes judiciais é insistir na *tradição inautêntica de sufocamento do processo*,²⁹ o que contradiz os postulados da própria epistemologia cooperativista – ou revela a sua verdadeira face? Nesse ponto, a cláusula geral de auxílio não apenas confirma as minhas reversas de 2016, mas as aprofunda.

6. Considerações finais: em busca de uma abertura ao diálogo

Autores cooperativistas defenderam os postulados centrais da cooperação antes mesmo do CPC de 2015, e sempre o fizeram de *lege lata*. Alguns, inclusive, apresentam o Código como produto ou confirmação de sua influência teórica. Se assim é, a coerência impede atribuir ao art. 6 do CPC, sem maiores mediações, o *status de fonte* dos deveres gerais de cooperação, em geral, e do dever geral de auxílio, em particular. Nada pode existir antes da sua própria fonte. Uma saída seria dizer que o art. 6 do CPC apenas *explicita norma atribuída ao princípio* da cooperação, anterior ao Código. Essa resposta, porém, encontra duas dificuldades:

²⁶ Por todos, conferir Montero (2017).

²⁷ Sobre a gênese de garantia contrapoder do processo, conferir Raatz (2019, p. 21). Sob a perspectiva do *recurso*, com a mesma perspectiva, conferir Anchieta (2019).

²⁸ Delfino (2019). Imprescindível, no ponto Carvalho Filho (2019).

²⁹ Sobre a propensão natural do poder à majoração, inclusive com o sufocamento do processo, desde uma perspectiva da ciência e da filosofia política, conferir Dietrich (2019).

de um lado, não é pacífico o reconhecimento da existência do *princípio* da cooperação;³⁰⁻³¹ de outro, a existência do dever *geral* de auxílio não é unânime sequer entre os cooperativistas.

A própria doutrina cooperativista apresenta divergências relevantes. Em dimensão mais ampla, Fredie Didier Jr. vê no princípio do autorregramento da vontade uma das bases do modelo cooperativo.³² Em sentido radicalmente diverso, Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero manifestam reservas expressivas aos negócios jurídicos processuais, especialmente em matéria probatória, por estimá-los «corolários da privatização do processo civil», uma «perversão» geradora da «privatização do processo civil» capaz de desgarrá-lo de seus «nobres fins».³³ Em dimensão mais específica, Fredie Didier Jr.,

30 Como se pode ver do célebre debate entre Daniel Mitidiero (2011, p. 62), com Lenio Luiz Streck e Francisco José Borges Motta (2012, p. 13).

31 Aliás, Igor Raatz (s. f.) denuncia, com razão, que ainda nos ressentimos da ausência de um estatuto epistemológico dos princípios processuais. Diz ele: «Não há nenhum problema que a doutrina extraia de um conjunto de norma de direito positivo infraconstitucional ‘princípios’ ou ‘máximas’ voltadas a auxiliar o conhecimento de um ramo determinado do direito. Porém, nessa perspectiva, os ‘princípios’ unicamente restringem-se a um interesse de organização metodológica, de sistematização e de importância didática. De fato, não cabe à doutrina o papel de criação de normas jurídicas». E um dos problemas decorrentes da ausência de rigor metodológico, no ponto, é «que o termo princípio, em que pese seja empregado em diferentes acepções, tem funcionado como uma espécie de álibi para decisionismos e para solapar garantias do indivíduo contra o poder do Estado. No que toca ao direito processual, eles servem, diuturnamente, de alicerce para o projeto instrumentalista de recrudescimento do poder jurisdicional, conspirando, constantemente, contra o projeto garantista de limitação do poder jurisdicional e de tutela da liberdade individual. Daí a necessidade de um constante alerta frente ao emprego do termo ‘princípio’ no Direito».

32 Didier (2017, p. 147). No que é seguido por Hermes Zaneti Jr. (2018), pois, para o autor, «todas as normas que estimulam comportamentos negociais entre os sujeitos do processo fortalecem o modelo cooperativo» (p. 146).

33 A passagem seguinte deixa nítido, no pensamento dos autores, a primazia do interesse público sobre o interesse das partes e a contrariedade das convenções processuais com essa forma de compreender o processo: «se mostra preocupante essa virada do processo em direção a centrar suas preocupações na resolução do litígio e, particularmente, no interesse das partes envolvidas. A primeira leitura dos dispositivos do Novo CPC que tratam de contratos processuais parece indicar uma tentativa de trazer para o processo a ideologia e as linhas mestras da arbitragem. Isso, porém, não apenas contrasta com o próprio papel do Estado, com a função epistêmica do processo e com a sua função de dar tutela aos direitos, como ainda traz para dentro do ambiente público as limitações e as insuficiências desses instrumentos privados de solução de controvérsias. Essa privatização do processo civil simplesmente desconsidera todos os outros compromissos da jurisdição com seus mais elevados fins. Ao eleger a tutela do interesse das partes como primordial, o Código menospreza todos os outros valores que conformam o Estado e a atividade jurisdicional Marinoni» (Arenhart & Mitidiero, 2016, p. 535).

Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira sustentam que o juiz fica vinculado ao negócio válido de disposição de prova e não pode suplementar, de ofício, a atividade probatória das partes.³⁴ Luiz Guilherme Marinoni rejeita contundentemente esse entendimento.³⁵ O mesmo autor, novamente em coautoria com Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, rejeita até mesmo a eficácia, em relação ao juiz, de negócios processuais probatórios típicos, como a escolha consensual do perito prevista no art. 471 do CPC,³⁶ embora não apontem qualquer inconstitucionalidade formal e/ou material.

Uma possível chave de leitura para esses desacordos pode ser a maior ou menor identificação de cada autor com premissas publicistas. Não desenvolverei esse ponto aqui. Basta, por ora, registrar que o pensamento cooperativista possui matizes relevantes e não constitui um bloco monolítico. Essa constatação importa porque a enfraquece a pretensão de extrair, do art. 6 do CPC ou do princípio genérico da cooperação, consequências normativas amplas sem prévia definição de seus limites.

Ainda falta muito para a tese da eficácia normativa do princípio da cooperação independentemente de regras expressas soar *consistente* entre cooperativistas e *convincente* para não cooperativistas, particularmente quanto à aptidão do art. 6 do CPC para instituir um dever geral de auxílio do juiz às partes. O debate avançará – seja em direção a consensos ou dissensos, desagües igualmente benfazejos³⁷ – quando for oferecido um conceito operativo mais preciso de dever de auxílio e exemplos que não se limitem a hipóteses já disciplinadas por regras legais

34 Didier Jr. *et al.* (2016, pp. 94-95).

35 Marinoni (2019). Em sentido contrário, conferir o primoroso texto de Silva (2015, pp. 211-234).

36 Marinoni *et al.* (2016, pp. 533-534).

37 O debate científico fracassa quando gera obscuridade, não quando dirimi ou clareia dissensos: «o êxito em qualquer projeto científico não se mede apenas pelo consenso, mas às vezes pelo dissenso que causa» (Souza, 2009, p. 222).

expressas.³⁸ A tese da «cooperação para com o processo», aqui examinada, ainda não cumpre essa tarefa.

Ela promete uma mudança radical: substituir a cooperação subjetiva (cooperação entre os sujeitos processuais) pela objetiva (cooperação para com o processo). Mas, passada a vertigem do giro terminológico, permanecemos diante dos mesmos problemas: quem coopera, com quem, mediante quais condutas e sob quais limites? Mais especificamente: como impedir que o dever de auxílio autorize o juiz a assumir função de parte? A tese da «cooperação para com o processo» se movimenta, mas retorna ao ponto de partida.

38 Parafraseando Janaina Roland Matida (2018), as explicações adicionais exigidas a partir do conceito de dever de auxílio fornecido pelos cooperativistas o torna imprestável ao propósito de estabelecer compreensão aos processualistas teóricos e práticos, revelando-se francamente insatisfatório (*«la ambigüedad terminológica acaba por reducir –y mucho– el valor explicativo que el concepto de presunción podría tener. Un término que siempre que sea utilizado requiera una explicación adicional, en realidad, no sirve al propósito de establecer comprensión a los participantes de una determinada práctica lingüística»* [p. 98]) (pp. 93-111). Paradoxalmente, o papel da dogmática analítica é justamente auxiliar o problema da decidibilidade dos conflitos, mediante o fornecimento de critérios compreensíveis tanto pelos teóricos quanto – e sobretudo – pelos práticos. Clareza e rigidez robustecem a dogmática analítica, elevam a sua operabilidade e minoram a liberdade do intérprete. A recíproca é verdadeira: quanto mais obscuros e flexíveis os conceitos da dogmática analítica, menor a sua operabilidade e maior a liberdade do intérprete. E a dogmática cooperativista do dever de auxílio certamente se enquadra no segundo grupo, posição incômoda mormente se considerarmos a centralidade do tema da divisão de trabalho entre partes e juiz no seu modelo, circunstância em razão da qual estamos autorizados a exigir-lhes um esforço explicativo muito maior para entendermos inequivocamente o seu entendimento sobre o tema, mesmo com variações entre seus adeptos. Tal como posto, o dever de auxílio é um verdadeiro conceito de guerrilha, não um conceito de combate convencional. Como observou Otavio Luiz Rodrigues Jr. (2019), «o CPC/2015 tem servido de impulso a essas novas produções bibliográficas. Apesar de centenas de páginas escritas sobre o tema, não se encontra em algumas dessas obras um conceito operacional de ‘constitucionalização’ do Direito a que se refere. Tal fluidez semântica é ótima como estratégia de combate, pois transforma a constitucionalização em um conceito de guerrilha: nunca se sabe onde está, o que é, suas dimensões e seus efetivos. Pode estar em todos os lugares e em lugar algum. Como estratégia de combate, é um excelente modo de se fomentar o desenvolvimento de um conceito, até porque inviabiliza qualquer crítica sistemática ou tentativa de controle. Para quem decide e não tem grandes preocupações com os custos argumentativos ou a prestação de contas democrática, é um ótimo meio de justificar escolhas aleatórias e jogar com a constitucionalização e seu enorme acervo de princípios e direitos fundamentais para se liberar de qualquer conformação racional dos atos decisórios. Não se sabe se isso é possível, até por não se ter alcançado tal nível de desenvolvimento na maior parte do mundo, mas seria fundamental que a constitucionalização deixasse de servir como um *conceito de guerrilha* e se tornasse um *conceito de combate convencional*. Essa seria a única forma de discutir cientificamente um tema que (...) permanece como uma cidade aberta» (pp. 230-231).

O objetivo deste texto é provocar um debate mais transparente. E, nessa empresa, há dois caminhos: de um lado, seguir trabalhando para convencer os cooperativistas dos seus erros; de outro, rogar-lhes para me persuadirem da plausibilidade das ideias – contrárias às minhas – por eles sustentadas.³⁹ Espero que essas provocações contribuam para agitar as interdições impostas pelo discurso cooperativista.

Bibliografia

De Abreu, R. S. (2015).

Igualdade e processo: posições processuais equilibradas e unidade do direito. São Paulo: Revista dos Tribunais.

Anchieta, N. (2019).

O recurso como garantia do indivíduo e o recurso como instrumento do Estado: variações a partir do debate entre garantismo e instrumentalismo processual. *Empório do direito*. <https://emporiiododireito.com.br/leitura/abdpro-75-o-recurso-como-garantia-do-individuo-e-o-recurso-como-instrumento-do-estado-variacoes-a-partir-do-debate-entre-garantismo-e-instrumentalismo-processual>

Cappelletti, M. (1974).

Proceso, Ideologías, Sociedad (Santiago Sentis Melendo e Tomás A. Banzhaf, trads.). Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.

Carvalho Filho, A. (2019).

Pequeno Manual Prático para o Debate Instrumentalistas (e Afins) vs Garantistas Processuais. *Empório do Direito*. <https://emporiiododireito.com.br/leitura/7-pequeno-manual-pratico-para-o-debate-instrumentalistas-e-afins-vs-garantistas-processuais>

Da Fonseca Costa, E. J. (2016).

O processo como instituição de garantia. *Consultor jurídico*. <https://www.conjur.com.br/2016-nov-16/eduardo-jose-costa-processo-instituicao-garantia>

Da Fonseca Costa, E. J. (2018a).

Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia. Salvador: JusPodivm.

39 Paráfrase de Gargarella (2011, p. 282).

Da Fonseca Costa, E. J. (2018b).

Processo: garantia de liberdade [freedom] e garantia de «liberdade» [liberty]. *Empório do Direito*. <https://emporiododireito.com.br/leitura/processo-garantia-de-liberdade-freedom-e-garantia-de-liberdade-liberty>

Da Fonseca Costa, E. J. (2018c).

A natureza do processo. *Empório do Direito*. <https://emporiododireito.com.br/leitura/9-a-natureza-juridica-do-processo>

Da Fonseca Costa, E. J. (2019).

A Motivação Escrita e a Escrita da Motivação. *Empório do Direito*. <https://emporiododireito.com.br/leitura/12-a-motivacao-escrita-e-a-escrita-da-motivacao>

Delfino, L. (2019). O processo é um instrumento de justiça? (Desvelando o projeto instrumentalista de poder). *Empório do Direito*. <https://emporiododireito.com.br/leitura/10-o-processo-e-um-instrumento-de-justica-desvelando-o-projeto-instrumentalista-de-poder>

Delfino, L., & Rossi, F. (2014).

Juiz contraditor? Em Alexandra Freire, Lúcio Delfino, Pedro Miranda de Oliveira e Sérgio Luiz de Almeida Ribeiro (Coords.), *Processo civil nas tradições brasileira e Iberoamericana* (pp. 279-292). Florianópolis: Conceito.

Didier Jr., F. (2016).

Curso de direito processual civil (volume 1) (18.^a ed.). Salvador: JusPodivm.

Didier Jr., F. (2017).

Curso de direito processual civil (volume 1) (19.^a ed.). Salvador: JusPodivm.

Didier Jr., F., Braga, P. S., & De Oliveira, R. A. (2016).

Curso de direito processual civil (volume 2) (11.^a ed.). Salvador: JusPodivm.

Dietrich, W. G. (2019).

O processo: a história natural do seu sufocamento. *Empório do Direito*. <https://emporiododireito.com.br/leitura/abdpro-84-o-processo-a-historia-natural-do-seu-sufocamento>

Dimoulis, D., & Lunardi, S. (2016).

Curso de processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais (versão eletrônica). São Paulo: Atlas.

Domit, O. (2016)

Iura novit curia e causa de pedir: o juiz e a qualificação jurídica dos fatos no processo civil brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais.

Ferrajoli, L. (2002).

Direito e razão: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais.

Gargarella, R. (2011).

La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del Poder Judicial. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición.

Gouveia Filho, R. P. C. (2016).

Uma crítica analítica à ideia de relação processual entre as partes. *Revista brasileira de direito processual – (RBDPro)*, 24(93), 255-270.

Kahneman, D., Sibony, O., & Sunstein, C. R. (2021).

Ruído – uma falha no julgamento humano (C. Arantes Leite, trad.). Rio de Janeiro: Objetiva.

Lucca, R. R. (2019).

Disponibilidade processual: a liberdade das partes no processo. São Paulo: Thomson Reuters.

Marinoni, L. G. (2019).

A convenção processual sobre prova diante dos fins do processo civil. *Revista dos tribunais online, Revista de Processo*, (288), 127-153.

Marinoni, L. G., Arenhart, S. C., & Mitidiero, D (2016).

Novo curso de processo civil (Volume 1) (2.^a ed.). São Paulo: Revista dos Tribunais.

Matida, J. R. (2018).

En defensa de un concepto mínimo de presunción. *Jueces para la democracia*, (93), 93-111.

Menger, A. (1898).

El derecho civil y los pobres (A. Posada, trad.). Madrid: Librería General de Victoriano Suárez.

Mitidiero, D. (2011).

Colaboração no processo civil como prêt-à-porter: um convite ao diálogo para Lenio Streck. *Revista de Processo*, 36(194), 55-68.

Montero Aroca, J. (2017).

Los modelos procesales civiles en el inicio del siglo XXI: entre el garantismo y el totalitarismo. *Revista Brasileira de Direito Processual (RBDPro)*, (100), 191-211.

Nunes, D., Lud, N., & Pedron, F. Q. (2018).

Desconfiando da Imparcialidade dos Sujeitos Processuais. Um estudo sobre os vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e o debiasing. Salvador: JusPodivm.

Oliveira, B. S. (2019).

A instrumentalidade do processo e o formalismo-valorativo (a roupa nova do imperador na ciência processual civil brasileira). *Revista dos Tribunais Online, Revista de Processo*, (293), 19-47.

Pereira, M. C. (2018).

Eles, os instrumentalistas, vistos por um garantista: achegas à compreensão do modelo de processo brasileiro [tese de doutorado em Direito, Universidade Católica de Pernambuco].

Pereira, M. C. (2019).

Da Teoria «Geral» à Teoria «Unitária» do Processo: um diálogo com Eduardo Costa, Igor Raatz e Natascha Anchieta; em resposta a Fredie Didier Jr. *Empório do Direito*. <https://emporiiododireito.com.br/leitura/16-da-teoria-geral-a-teoria-unitaria-do-processo-um-dialogo-com-eduardo-costa-igor-raatz-e-natascha-anchieta-em-resposta-a-fredie-didier-jr-1>

Raatz, I. (2017).

Desvelando as bases do processualismo científico: ou de como a teoria do processo nasceu comprometida com o protagonismo judicial. *Empório do Direito*. <https://bit.ly/2k5biU7>

Raatz, I., & Anchieta, N. (2018).

Uma “teoria do processo” sem processo? A breve história de uma ciência processual servil à jurisdição. *RBDPro – Revista brasileira de direito processual*, 26(103), 173-192.

Raatz, I. (2019).

Processo, liberdade e direitos fundamentais. *Revista de Processo, Revista dos Tribunais Online*, (288), p. 21-52.

Raatz, I. (s. f.).

Da Ausência de um Estatuto Epistemológico dos Princípios no Direito Processual Brasileiro e o Projeto Instrumentalista de Recrudescimento do Poder Jurisdicional. *Empório do Direito*. <https://emporiiododireito.com.br/leitura/11-da-ausencia-de-um-estatuto-epistemologico-dos-principios-no-direito-processual-brasileiro-e-o-projeto-instrumentalista-de-recrudescimento-do-poder-jurisdicional>

Ramos, G. G. (2019).

Nota sobre o processo e sobre a “presunção” de inocência que lhe habita. *Empório do Direito, Coluna Garantismo Processual*. Disponível em: <https://bit.ly/3Bfym8U>

Rodriguez Jr., O. L. (2019).

Direito civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Forense Universitaria.

Shecaira, F. P., & Struchiner, N. (2016).

Teoria da argumentação jurídica. Rio de Janeiro: Contraponto.

Silva, B. O. (2015).

Verdade como objeto do negócio jurídico processual. Lucas Buril de Macêdo, Ravi Peixoto e Alexandre Freire (Orgs.), *Coleção Novo CPC Doutrina Seleccionada (Volume 3)* (pp. 211-234), Salvador: JusPodivm.

De Sousa, D. C. (2017).

O caráter mítico da cooperação processual. *Empório do Direito*. <https://bit.ly/3BfBodl>

De Sousa, D. C. (2021).

Imparcialidade: a divisão funcional de trabalho entre partes e juiz a partir do contraditório. Belo Horizonte: Letramento.

Sousa, A. R. de C. (2009).

O discurso científico na modernidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

Streck, L. L., & Motta, F. J. B. (2012).

Um debate com (e sobre) o formalismo-valorativo de Daniel Mitidiero, ou “colaboração no processo civil” é um princípio? *Revista de Processo*, (213), 13-34.

Torrano, B. (2018).

Pragmatismo no Direito e a urgência de um “pós-pós-positivismo” no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

Torrano, B. (2019).

Democracia e respeito à Lei: Entre positivismo jurídico, pós-positivismo e pragmatismo (2.^a ed.). Belo Horizonte: Fórum.

Zaneti Jr., H. (2018).

O princípio da cooperação e o Código de Processo Civil: cooperação para o processo. Em Paulo Henrique dos Santos Lucon, Juliana Cordeiro de Faria, Edgard Audomar Marx Neto y Ester Camila Gomes Norato Rezende (Orgs.), *Processo civil contemporâneo: homenagem aos 80 anos do professor Humberto Theodor Junior* (pp. 142-153). Rio de Janeiro: Forense.

Jurisprudência, normas e outros documentos legais

Constituição da República Federativa do Brasil (Presidência da República [Brasil], 5 de outubro de 1988). *Diário Oficial da União*, 1988.

Código de Processo Civil, Lei nº 13.105 (Congresso Nacional [Brasil], 17 de março de 2015). *Diário Oficial da União*, 2015.



A cooperação processual civil na sombra do inquisitório*

The Procedural Cooperation in the Shadow of the Inquisitorial

Luís Correia de Mendonça

Juiz Conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça (Portugal).

Contacto: lcorreiam@gmail.com

Resumen

En este artículo se pretende profundizar en el conocimiento del principio de cooperación, buscando determinar si este tiene paralelo, y en qué términos, en el proceso civil de países de la misma área cultural a la que pertenece el derecho portugués, cómo surgió y evolucionó en Portugal y, finalmente, responder a la cuestión consistente en saber si estamos ante un nuevo modelo procesal o, más bien, frente a un maquillaje cosmético del principio inquisitivo.

Palabras clave: Derecho procesal civil, principios del proceso, principio de cooperación, principio inquisitivo e imparcialidad del juez.

Abstract:

In this article, it is intended to deepen the knowledge of the cooperation principle, trying to know if it has a parallel, and in what terms, in the civil process of Countries of the same cultural area to which it belongs the Portuguese law, how it arose and developed in Portugal, and, eventually, to answer the question consistent in know if we are facing a new procedural model or on the contrary a cosmetic make-up of the inquisitorial principle.

Keywords: Civil Procedure Law, procedural principles, cooperation principle, inquisitorial and judicial impartiality.

* Artículo originalmente publicado en el año 2019 en la *Revista O Direito*, año 151, número I, páginas 9 a 53, (Jorge Miranda, Dir.) titulado como «A cooperação processual civil entre um novo modelo e a sombra do inquisitório».

Recibido: 19 de octubre de 2025 | Aprobado: 8 de febrero de 2026

Sumário: 1. Introdução.- 2. A cooperação: alguns tópicos de direito comparado.- 3. O princípio da cooperação: como tudo começou.- 4. O princípio da cooperação no direito processual civil vigente.- 4.1. Conteúdo.- 4.2. Limites.- 4.3. Valor negativo.- 5. Conclusão.

1. Introdução

No preâmbulo do DL n.º 329-A/95, de 12 de Dezembro, o legislador enunciou os parâmetros em que assentavam as linhas mestras de um modelo de processo que assegurasse uma justiça mais pronta, de entre os quais a «garantia de prevalência do fundo sobre a forma, através da previsão de um poder mais interventor do juiz, compensado pela previsão do princípio de cooperação, por uma participação activa das partes no processo de formação da decisão».

Na sequência, sublinhou-se a consagração do «princípio da cooperação, como princípio angular e exponencial do processo civil, de forma a propiciar que juízes e mandatários das partes cooperem entre si, de modo a alcançar-se, de uma feição expedita e eficaz, a justiça do caso concreto».

A reforma de 95/96 enriquecia o processo, no entender do legislador, com mais um princípio, destinado a compensar o inquisitório (ou o acrescido poder interventor do juiz).

A revisão do processo civil, concluída em 1996, teve um período de gestação de cerca de 12 anos, e baseou-se nas Linhas Orientadoras da Nova Legislação Processual Civil de 1992.¹

Em 2013, na sequência do Memorando da Troika, o Governo aprovou nova reforma do Código de Processo Civil.

Aquele memorando, salvo uma breve referência às sanções a aplicar aos devedores não cooperantes nos processos executivos, não dedica qualquer atenção

1 Estas Linhas Orientadoras, que dedicam todo o número 5 ao princípio da cooperação, foram elaboradas por um grupo de trabalho criado na sequência do despacho n.º 12/92, de 27 de Janeiro, do Ministro da Justiça e constituído por: Pereira Baptista, Carlos Lopes do Rego, Lebre de Freitas, João Correia, António Telles e Cristina Silva Santos. Encontram-se publicadas na (1992, pp. 37 e ss.) e em edição do Ministério da Justiça. Sobre os princípios nessas Linhas, De Freitas (1995; 2010, pp. 17-29).

à cooperação,² preocupado que estava em melhorar a eficiência do sistema judicial numa perspectiva de funcionamento correcto e justo da economia. Não admira assim que se tenha sobretudo debruçado sobre a redução das pendências.

O natural resultado deste objectivo foi o acolhimento da celeridade como o valor mais importante do processo civil, com a particularidade de aquela ser entendida não tanto como a obtenção de uma decisão num prazo razoável, mas num tempo que decorra muito rapidamente, o que não é propriamente a mesma coisa.³

O legislador, no entanto, não se esqueceu da cooperação. Os artigos 7.º, 151.º e 417.º da reforma de 2013, para só dar alguns relevantes exemplos, aí estão a demonstrá-lo.

Entrou, entretanto, em vigor, no dia 17.03.2016, o novo Código de Processo Civil Brasileiro.

Um dos princípios consagrados *ex novo* naquele diploma foi justamente o princípio da cooperação (art. 6.º), por influência directa do direito alemão, francês e português.

Um sistema jurídico que se pretenda dinâmico e aberto não vive sem referência a princípios, que crescem às regras. Princípios que são normas como todas as outras: a função para o qual são empregados é a cumprida por todas as outras normas – regular determinado caso; se são normas aquelas das quais os princípios são extraídos, através de um procedimento de generalização sucessiva, não se vê por que não devam ser normas também eles.⁴

Os princípios processuais «são mais do que apenas instruções para as partes do processo. Eles são ideias fundamentais, que determinam globalmente o termo e o carácter de um processo judicial e definem o conjunto de orientações ao

2 Segundo o Dicionário da Academia colaborar é trabalhar com uma ou mais pessoas para atingir um objectivo comum; cooperar é trabalhar ou agir em conjunto para determinado fim específico. Embora se reconheça que a cooperação é uma colaboração menos penosa (ambas têm o mesmo prefixo *co* seguido no primeiro caso do termo *opera*, que significa trabalho, actividade, ocupação, mão-de-obra, serviço, e no segundo do termo *labor* que tanto significa trabalho, como sofrimento para se fazer alguma coisa, esforço). Utilizo neste texto colaboração e cooperação como sinónimos.

3 Nestes precisos termos Elizabeth Fernandez que coloca dúvidas em subscrever a ideia que a reabilitação dos tribunais se possa fazer apostando mais na velocidade do que na coerência das decisões (2014, pp. 9-12).

4 Bobbio (1999, p. 156 e ss.).

comportamento das partes».⁵ Ou dito de outro modo: expressam ideias, ideais e ideologias, segundo os quais o processo civil é estruturado. Ou, ainda, como diz Andrés de la Oliva Santos, são

as ideias e regras que constituem *pontos de partida* para a construção dos instrumentos essenciais da função jurisdicional, no muito preciso sentido de possuírem uma virtualidade *originária* (daí que o termo ‘princípio’ resulte apropriado) determinando que os processos são substancialmente como são.⁶

Podemos distinguir três categorias de princípios do processo. Princípios historicamente determinados, princípios baseados na Constituição e princípios de política legislativa.

Os primeiros reflectem o estágio de evolução da ossatura essencial de um processo, num particular momento histórico. No estágio actual da nossa civilização e na área cultural dos Países a que pertencemos, esses princípios são: a) *nemo iudex in re sua* – ninguém é juiz em causa própria, ou seja, deve estar suficientemente distante do caso que vai tratar; b) *nemo iudex sine actore* – está vedado ao juiz dar oficiosamente início a qualquer processo; c) *audiatur et altera pars* – deve garantir-se sempre à parte contrária a faculdade de se defender; d) *iura novit curia* – o juiz, na resolução dos conflitos, deve referir-se a cânones de apreciação pré-constituídos.⁷

Os segundos foram elevados a nível constitucional, por respeitarem a direitos considerados fundamentais (direito de acesso aos tribunais, o princípio da equidade, o princípio do prazo razoável, o princípio da tutela jurisdicional efectiva, o princípio da publicidade das audiências, o princípio da legalidade das decisões, o princípio da fundamentação, etc.).

Os terceiros, por fim, não foram acolhidos pela Constituição nem desta derivam como imprescindível consequência lógica das suas disposições, antes são o produto de orientações de política legislativa, na base de ideias-força ou valores considerados determinantes da substância interna de um processo.

5 Greger (2012, p. 125).

6 «Não merecem, portanto, o nome de princípios do processo quaisquer critérios inspiradores da resposta às muitas diversas questões que se suscitam no momento de estabelecer certas séries ou sucessões de actos ou sua forma externa» (De la Oliva, 2012, p. 18). Se tudo é princípio, nada é princípio. Rodrigues (2013), por exemplo, enumera nada menos do que 36 princípios.

7 Verde (2002, pp. 3 e ss.).

O princípio da cooperação pertence à terceira categoria de princípios.⁸

Neste artigo pretendo aprofundar o conhecimento deste princípio procurando saber se o mesmo tem paralelo, e em que termos, no processo civil de Países da nossa área cultural, como ele surgiu e evoluiu entre nós, e, finalmente, responder à questão consistente em saber se estamos perante um novo modelo processual, hoje muito em voga, ou antes em face de uma maquilhagem cosmética do princípio do inquisitório.

2. A cooperação: alguns tópicos de direito comparado

O direito comparado, ao facultar um melhor conhecimento das ordens jurídicas alheias, permite que conheçamos melhor o nosso próprio ordenamento, o que se mostra de especial interesse em sede de política legislativa. Olhamos neste número para as ordens jurídicas dos Países que têm connosco maior proximidade cultural tentando captar se aí tem sido acolhida, e na afirmativa, em que termos, a cooperação processual. Escusado será dizer que se trata de meros tópicos padecendo das insuficiências próprias da natureza deste estudo.⁹

Alemanha – Com a unificação da Alemanha, em 1871, e a formação de um Estado monárquico e federal foi atribuída ao governo competência para legislar sobre o processo civil.

Da comissão nomeada para o efeito saíram 4 projectos o último dos quais se converteu na *Civilprozessordnung* de 1877, entrada em vigor em 1.10.1879.

A CPO foi influenciada pelo Código Napoleónico de 1806 e apresenta uma matriz liberal.

8 Miguel Teixeira de Sousa considera este princípio um daqueles que procura a optimização de resultados no processo, sendo , por conseguinte , instrumental, (2000, p. 56). Discute-se se este princípio deve ser entendido como cláusula geral com eficácia preceptiva directa, independentemente de regras que o concretizem, ou como princípio cujas refracções dependem da concretização tópica positivada. Fredie Didier Jr. (2010) segue o primeiro termo da alternativa (pp. 50 e ss., e 109, conclusão c) enquanto Paula Costa e Silva (2003, pp. 590 e ss.) sufraga a segunda via. Adere-se a este último ponto de vista.

9 Poder-se-ia acrescentar um olhar pelos *Princípios de Processo Civil Transnacional*, preparados conjuntamente pelo *Unidroit* e pela *American Law Institute*. Cfr. Unidroit (2004, pp. 749-813), onde se aborda o princípio da cooperação, v.g. nos princípios 5.5, 7.2, 11, 14.2 e 22.2. Convém lembrar, no entanto, ao contrário do que por vezes se sugere, que tais princípios são fruto de um grupo de trabalho constituído por membros de vários países e não constituem fonte de direito.

Prova disso a dimensão que é dada à autonomia das partes e à ideia de que o exercício da jurisdição é um direito dos cidadãos.¹⁰

Apesar disso, o legislador alemão preferiu um juiz mais activo.¹¹⁻¹²

Aquela matriz sofreu um choque em 1924 com a *Novelle* do Ministro da Justiça Alemão Erich Emminger, influenciada pela ZPO austríaca de 1895. Expandiu-se a oralidade, aumentaram-se os poderes do juiz e introduziu-se uma fase preparatória sob a direcção do magistrado.

As modificações legislativas da época do nacional-socialismo, no que se refere especificamente à área do processo civil, não são numerosas. O *Reich* deu prevalência a outras áreas do direito, à reforma judiciária e à administração da justiça.¹³ Uma *Novelle* de 1933, preparada ainda nos tempos da República de Weimar, introduziu, à semelhança da ZPO austríaca, os deveres de verdade e de completude das partes juntamente com o reforço dos poderes do juiz a quem foi cometido o poder/dever de clarificação e direcção do procedimento.

10 Beneduzi (2018, p. 25).

11 Rolf Stürner, «Quelques remarques sur l'image actuelle de la procédure allemande et sa relation avec la procédure française et les tendances internationales» (2006).

12 Importa sublinhar que a ideia de que o juiz em França deve ter um papel limitado não é mais do que a expressão de uma vontade política que desconfia dos juizes provindos do Antigo Regime. Donde a coexistência aparentemente paradoxal de um poder imperial, pouco amigo das liberdades públicas, com uma autoridade judiciária acantonada ao papel de garante do bom desenvolvimento do processo e de guarda da ordem pública (Dauchy, 2006).

13 Wieacker (1980, pp. 616 e ss.) e Böhm (2004).

No processo o juiz era o rei (falou-se então em «monarquia judiciária»), sem prejuízo da sua subordinação ao «princípio do Führer», este sendo «o juiz supremo do povo alemão».¹⁴

Da restauração do Estado de direito para cá assinalem-se duas reformas. A primeira, em 1976, operada pela *Vereinfachungsnovelle* (lei para a aceleração e simplificação dos procedimentos judiciais), que implementou o chamado «modelo de Stuttgart»,¹⁵ associado às propostas de Fritz Baur. Essa reforma reforçou a oralidade, concentrada numa única audiência final. O litígio deve ser dirimido numa ampla audiência de discussão convenientemente preparada, cabendo ao juiz escolher previamente entre uma primeira audiência, também oral (§ 275), ou entre um pré-procedimento escrito (§ 276). Por outro lado, ficou vedado ao juiz fundamentar a sua decisão em aspecto jurídico para o qual não se tenha explicitamente dirigido a actuação das partes.

Além disso, introduziram-se a execução provisória e um procedimento assemelhado à nossa injunção.

A segunda reforma a pôr em destaque, neste período, é a ZPO-RG de 27 de Julho de 2001. Esta reforma institucionalizou a Güteverhandlung (§ 278 ZPO). Trata-se de uma audiência extrajudicial presidida por um juiz togado que pode, em caso de acordo das partes, conduzir a transacção judicial, formando-se, depois daquela homologada, título executivo. Caso não haja acordo a tentativa de

14 O Reichsrechtsführer Hans Frank expunha desta forma, em 14 de Janeiro de 1936, as ideias do regime sobre o estatuto e o papel do juiz: «1) A qualidade de alto funcionário do Estado não coloca o juiz acima do cidadão, pois também ele é membro da comunidade viva alemã. A sua função não é fazer triunfar uma jurisdição situada para além do povo, ou impor valores gerais; é antes preservar a ordem da comunidade concreta e popular, eliminar os parasitas, censurar os comportamentos anti-sociais e resolver os litígios entre os membros da comunidade. 2) A interpretação das fontes do Direito funda-se na concepção nacional-socialista do mundo, tal como ela se encontra definida em particular no Programa do Partido e nas declarações do Führer; 3) O juiz não pode pôr em causa as decisões do Führer que tiverem revestido a forma de lei ou de decreto. Ele está igualmente obrigado a respeitar as outras decisões do Führer, em que aparecer claramente a vontade de criar jurisprudência. 4) Os textos legais promulgados antes da Revolução nacional-socialista não devem ser aplicados, sempre que firam directamente o sentimento nacional. Nos casos em que, por esta razão, o juiz hesite em aplicar determinada lei, pode consultar-se uma autoridade jurídica superior. 5) Para bem desempenhar a sua função no seio da comunidade nacional, o juiz deve ser independente. Ele não está dependente de instruções. A independência e a dignidade do juiz protegem-no eficazmente contra qualquer tentativa para o influenciar, e contra os ataques injustificados» (Hofer, 1959, p. 110). Quanto a esta putativa independência lembrem-se as «cartas aos juizes» contendo directivas sobre a política da justiça.

15 Sobre tal modelo, Feliciano (2014).

conciliação converte-se em procedimento judicial (*Gerichtsverhandlung*, § 279.1), sob a direcção de outro juiz. Mesmo após a instrução feita pelo segundo juiz, as partes podem aderir à proposta escrita de acordo formulada pelo primeiro, sujeito a homologação judicial.

A entrada em vigor, em 2012, da Lei da mediação (*Mediationsgesetz*) fez pender o processo para o lado da desjudicialização.

Na evolução destas sucessivas reformas do processo civil alemão a ideia de cooperação foi elevada à categoria de princípio processual, fruto em particular dos trabalhos de Karl August Bettermann, Peter Gilles, Rudolf Wassermann e Bernhard Hahn.¹⁶⁻¹⁷

A ideia de que este princípio é de origem alemã é correcta. Mas, no sistema processual alemão, não existe uma cláusula geral de cooperação, nem esta ideia é pacificamente aceite na doutrina.

Burkhard Hess e Othmar Jauering, por exemplo, defendem que não existem razões para que o princípio do dispositivo processual seja substituído pelo chamado princípio cooperativo:

se este conceito se limita a descrever uma mera modificação ou matiz do princípio dispositivo processual a mudança de nome é desnecessária. Para a maioria, sem embargo, o novo conceito deve exprimir a superação do princípio dispositivo processual, marcada pelo reforço das capacidades do juiz e pelo princípio de «verdade material» (§ 138 ZPO). A miúdo estes conceitos se vinculam com o de comunidade de trabalho entre os participantes no processo, uma ideia difícil de conciliar com a concepção do processo como contraposição de interesses.¹⁸

Para os adeptos da cooperação processual, além de um dever geral de cooperação das partes (§ 282, I, ZPO), complementado com um dever especial de comparecimento das mesmas em audiência oral, sancionável com multa *ex* § 141, III, aquela encontra ainda na ZPO, entre outras, as seguintes manifestações no que concerne ao papel do juiz: um amplo dever de consulta e esclarecimento

16 Uma boa síntese destes trabalhos pode ver-se em Kochem (2016).

17 Mas já antes, no conhecido manual de Direito Processual Civil de Rosenberg /Schwab, é feita referência à existência de uma *comunidade de trabalho* (*Arbeitsgemeinschaft*) entre as partes e o juiz na formação do mérito da causa (Greger, 2012, p. 125).

18 Hess e Jauering (2015, p. 175).

(§§ 139. I¹⁹, e 136, II, 2, ZPO); o dever de não basear a decisão num aspecto que tenha sido visivelmente ignorado ou negligenciado por uma parte, sem que o juiz o tenha assinalado previamente ou dado ocasião à parte para se pronunciar sobre esse ponto (§ 139, II, ZPO), o mesmo acontecendo no caso de o tribunal ter um ponto de vista diferente do das partes (§ 139, II, 2, ZPO); dever de o tribunal informar as partes sobre dúvidas existentes quanto a questões de conhecimento oficioso (§ 139, III, ZPO); possibilidade de determinar o comparecimento pessoal das partes, para um melhor entendimento dos argumentos destas (§ 141 ZPO); poder de ordenar a apresentação de documentos referidos pelas partes (§ 142 ZPO); possibilidade de determinar de ofício inspecção ocular e exame pericial (§ 144 ZPO); possibilidade de ordenar oficiosamente o depoimento de parte, a propósito de uma afirmação sobre a qual já tenha sido fixada a probabilidade da sua exactidão e quando outros meios de prova não sejam disponíveis (§ 448 ZPO).

O conteúdo do § 139 da ZPO tem suscitado acesas controvérsias doutrinárias, sobre a questão de saber até aonde vai o dever de colaboração do juiz e em que medida o convite às partes para se pronunciarem sobre determinado aspecto da causa não contende com a imparcialidade do tribunal e com o princípio dispositivo.²⁰

Brasil – Pelo decreto n.º 1.608, de 18 de Setembro de 1939, foi promulgado pelo então Presidente Getúlio Vargas o primeiro *Código de Processo Civil*.²¹

O novo código resultou da colaboração entre o advogado Pedro Baptista Matos, autor do Anteprojecto, e o então Ministro da Justiça, Francisco Campos.

A primeira nota que importa salientar tem a ver com a natureza do «getulismo». O Estado Novo de Vargas associou no seu programa medidas sociais a outras francamente autoritárias e conservadoras próximas do corporativismo de Mussolini.²² Conquistada a chefia do estado em 1930, em virtude de um golpe de

19 O § 139-1 da ZPO, considerado um dos marcos mais importantes do direito processual civil estatui: «Cabe ao tribunal, consoante os casos, examinar os factos e a situação jurídica com as partes e fazer perguntas. Ele deve ter por objectivo que as partes se pronunciem tempestivamente e de uma maneira completa e exaustiva sobre todos os factos pertinentes, em particular que completem os elementos de informação insuficientes, designem os meios de prova e formulem os pedidos pertinentes».

20 Laukemann (2018).

21 Antes, o Brasil foi regido, em matéria processual, pelas Ordenações portuguesas, pelo Regimento n.º 737, de 1850 e pelos diferentes Códigos estaduais.

22 Sobre Getúlio Vargas, *cf.* Lira Neto (2012, 2013, 2014).

Estado, Getúlio foi depois eleito para o cargo em 1934. A Constituição desse mesmo ano conferiu o direito de voto às mulheres e instaurou o sistema corporativo. Em 1937, Vargas assumiu plenos poderes e proclamou o Estado Novo. Governou como ditador até 1945 ano em que foi deposto por novo golpe militar.

Não surpreende pois que a reforma mais importante deste regime no domínio processual tenha sido «a restauração do princípio da autoridade no processo».²³

Para Pedro Batista Martins no princípio *jura novit curia* está implicitamente contido o poder discricionário do juiz, sendo que «o autoritarismo judiciário é uma necessidade inelutável, que decorre da incessante mobilidade da vida social, cujas contingências não quadram fatal e inevitavelmente com as previsões legislativas»; «o juiz (...) é em verdade ‘o homem na rua’ – *the man in the street* – e as suas funções de nenhum modo o imunizam contra as acções e reacções do meio social»; e

se me perguntassem como conciliar as exigências de ordem social com os receios dos que combatem a indeterminação dos poderes do juiz eu não hesitaria em indicar a solução: todo o poder ao juiz, mas condicionando o seu exercício ao dever de motivação dos despachos.²⁴

Antes desta defesa tão enérgica de um processo onde o princípio do inquisitório se afirma como expressão do autoritarismo, «que não pode deixar à mercê das iniciativas individuais, a realização das finalidades da justiça», já Pedro Martins tinha explicado as razões do Anteprojecto ter acolhido o princípio da oralidade, o qual, resolvendo-se em outros poucos princípios, tais como o «da concentração do trato da causa num período único», o da irrecorribilidade das decisões interlocutórias e o da imediação, contribuiria para uma administração não somente segura, mas rápida da Justiça.

Não admira que estas ideias sejam retomadas na Exposição de Motivos que precede o Código, do punho de Francisco Campos.²⁵

O hibridismo que assinalámos ao caracterizar o regime encontra-se também naquela Exposição de Motivos, donde se infere que as características dominantes do novo sistema processual brasileiro são o cunho eminentemente populista de que se reveste, por um lado, e a substituição da concepção duelística pela

²³ Martins (1939, p. 174).

²⁴ Martins (1939, pp. 174-175).

²⁵ A exposição de motivos encontra-se em (1939, pp. 292 e ss.).

concepção autoritária, por outro, isto é, um processo organizado em volta do conceito do *juiz forte e activo*.²⁶

José Alberto dos Reis, que analisa a índole, a orientação e as características da nova lei processual brasileira,²⁷ aponta as manifestações mais salientes daquele conceito (largos poderes de *direcção* do processo, na *instrução* da causa e na *produção* e *avaliação* das provas), relaciona-as com o *princípio da economia processual*, destacando a existência, tal como no processo civil português, do *despacho liminar* e do *saneador*, articula-as com o *princípio da oralidade concentrada* e a abolição, em princípio, da admissibilidade do recurso contra as decisões interlocutórias, descreve em breves tópicos, o sistema recursivo brasileiro e compara a sistematização de ambos os códigos de 39, o português *minucioso* ao desandar no *prolixo*, o brasileiro *conciso* a descambar no *lacónico*. Conclui com indisfarçado despeito que o reformador brasileiro, apesar da influência das reformas de processo portuguesas, só teve olhos para publicistas norte-americanos.

A última nota a salientar é a de que apesar de ter reforçado um Estado activo e de ter elaborado um processo organizado para dirigir a sociedade,²⁸ nenhum espaço foi conferido por Vargas, ou alguém por ele, ao princípio da cooperação, como resulta da leitura do processo brasileiro feita pelo nosso maior processualista.²⁹

Pela Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973, rectificada pela Lei n.º 5.925, de 1 de outubro desse ano, foi aprovado o Código de Processo Civil, da autoria intelectual de Alfredo Buzaid.³⁰ O Brasil vivia ainda em Ditadura Militar que perdurou de 1964 a 1985.

Não é, por conseguinte, de estranhar que, apesar de Buzaid achar que o Código de 39 «foi obra de vergonhosa improvisação»,³¹ o Código de 1973 não tenha

26 O aumento dos poderes do juiz, decorre, entre muitos outros, do conhecido artigo 112.º segundo o qual «o juiz dirige o processo por forma que assegure à causa um andamento rápido».

27 Dos Reis (1940-1941, p. 134 e ss.).

28 O Ministro da Justiça Francisco Campos não teve dúvidas em afirmar que a nova sistemática do Código de 39 era uma opção de ordem política, consequência necessária do regime instaurado em 10 de novembro e definido na Constituição e que esse Código exprimia uma «tendência vital» do regime (1940, p. 188).

29 Com efeito não existe no CPC brasileiro qualquer preceito correspondente aos nossos artigos 265.º e 524.º.

30 A Exposição de Motivos redigida pelo próprio Buzaid, enquanto Ministro da Justiça, explica a razão pela qual se optou por um código novo e não por uma mera reforma.

31 Picardi e Nunes (2011, p. 935).

alterações ideológicas significativas, continuando a basear-se nos mesmos princípios e designadamente no princípio inquisitório.

Apresentado como fruto da escola de S.Paulo, reforçada com o concurso do magistério de Liebman e da melhor doutrina estrangeira, o autor do anteprojecto não se cansava de enaltecer a superioridade técnica da obra, aliás o único plano em que o processo se resolvia.³²

Na avaliação de Nicola Picardi e de Dierle Nunes «o Código de 1973 foi aprovado pela melhor doutrina da época assegurando sua excelência técnica e neutralidade ideológica, mas, ao mesmo tempo, acabou-se por ofuscar o carácter eminentemente ideológico de não poucos institutos».³³

Na linha do anterior diploma, o Código Buzaid dispõe que caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento das partes, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias (art. 130.º), o que me parece só por si ilustrativo do espírito que animou o novo compêndio.

Pela Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015,³⁴ foi aprovado um Código de Processo Civil, pela primeira vez em democracia.

Este Código, ao contrário dos anteriores, contém um capítulo (Capítulo I, Título único do Livro I) integralmente dedicado às Normas Fundamentais do Processo Civil. E de entre essas normas, também ao contrário dos Códigos de 1939 e 1973, é destacada a faceta cooperativa.

Preceitua o artigo 6.º que «todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva».

Consagra-se o *princípio da cooperação* como corolário dos princípios do devido processo, do contraditório e da boa fé.

A doutrina brasileira dominante tem entendido que a cooperação recíproca está voltada principalmente para o magistrado, como instrumento orientador da sua actuação no processo, não mais fiscal das partes e agente de actos

32 «O Código de Processo é uma instituição eminentemente técnica. E a técnica não é apanágio de um povo, senão conquista de valor universal», dizia Buzaid.

33 Picardi e Nunes (2011, p. 936). Para mais desenvolvimentos sobre o Código de 1973, suas inovações e deficiências, Texeira (1976, pp. 391 e ss.), Buzaid (2002, pp. 31 e ss.) e De Freitas (2014, pp. 195 e ss.).

34 Alterada pela Lei n.º 13.256, de 4 de fevereiro de 2016, que disciplinou o processo e julgamento do recurso extraordinário e do recurso especial e tomou outras providências.

burocráticos, mas colaborador activo na dinâmica processual. As partes serão bem julgadas se o juiz as ajudar a ajudá-lo a julgar.

Salienta ainda a doutrina que este dever de cooperação deve ser compreendido através da subdivisão em quatro pilares essenciais: o dever de esclarecimento, de prevenção e de auxílio.

O dever de esclarecimento: cumpre ao juiz esclarecer-se quanto às manifestações das partes, questioná-las quanto a obscuridades em suas petições; pedir que esclareçam ou especifiquem requerimentos feitos em termos mais genéricos, etc.

Constitui manifestação deste dever o disposto no artigo 357, § 3º:

Se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, deverá o juiz designar audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes, oportunidade em que o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações.

O dever de esclarecimento apresenta ainda uma segunda dimensão: o juiz deve não só buscar a clareza das partes, mas ser, ele mesmo, claro. Ex: artigo 489, §§ 1.º e 2.º, quanto à fundamentação da sentença.

O dever de prevenção: O juiz deve advertir as partes sobre os riscos e deficiências das manifestações e estratégias por elas adotadas, convidando-as a corrigir os defeitos sempre que possível. Ex:

O juiz, ao verificar que a petição inicial não preenche os requisitos dos artigos 319.º e 320.º ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor, no prazo de 15 (quinze) dias, a emende ou a complete, indicando com precisão o que deve ser corrigido ou completado (art. 321.º).

O dever de auxílio: o juiz deve ajudar as partes, eliminando obstáculos que lhes dificultem ou impeçam o exercício das faculdades processuais. Exs:

Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído (art. 373.º, § 1.º).

Incumbe ao juiz, no exercício dos poderes de direcção do processo, dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova,

adequando-os à necessidade do conflito de modo a conferir maior efectividade à tutela do direito (arts. 139.º, VI e 437.º, § 2.º).

No que se refere à posição das partes, a cooperação manifesta-se, entre outras situações, no dever de litigância de boa fé (art. 5.º), no dever de colaboração para descoberta da verdade (art. 378.º) e, no processo executivo, no ajuste de um meio de execução que, ao mesmo tempo que satisfaça o exequente, seja o menos gravoso possível para o devedor (art. 805.º).

Espanha – A Ley de Enjuiciamiento Civil, de 5 de Outubro de 1855, é a primeira lei processual civil de Espanha.

Quanto aos seus princípios enformadores explica Juan Montero Aroca:

O processo civil concebe-se como um meio de solucionar conflitos privados, nos quais o juiz cumpre uma função de mediador pacífico, sendo as partes que assumiam todas as faculdades.

Isto supõe a aplicação do princípio dispositivo (o que é óbvio na actuação do Direito privado) e o de ‘aportación de parte’ (entendido este no seu mais amplo sentido, incluindo tudo relacionado com a prova, que era ‘coisa das partes’), mas sobretudo no que refere às faculdades processuais de direcção:

1.º) O juiz não tinha controlo de ofício dos pressupostos processuais. O princípio geral era o de que ‘nada deve fazer-se de ofício nos negócios antes deve deixar-se tudo ao interesse da parte e ao seu impulso’ (o que supunha que não havia verdadeiros pressupostos processuais mas impedimentos).

2.º) O impulso processual confiou-se às partes. O processo tinha que avançar a instância de parte, pois estas deviam solicitar ao juiz que declarasse terminada uma fase processual e abrisse a seguinte. Deste modo todos os prazos ficavam à discricionariedade das partes, pois não se entendia precluído um trâmite enquanto uma parte não o pedisse expressamente ao juiz.

Naturalmente a Ley não pôde manter o sistema da valoração legal de todos os meios de prova, pois isso ia contra a lógica dos tempos, mas inventou-se a ‘sana critica’ que, naquela altura, não era uma maneira de dizer que

a valoração devia motivar-se na sentença, mas um modo de pretender limitar o arbítrio judicial.³⁵

No final do século XIX foi aprovada a Lei de Enjuiciamiento Civil de 1881, que reiterou os princípios da Ley anterior, sem prejuízo de ter introduzido a publicidade geral dos actos processuais e ampliado o contraditório em sede probatória.³⁶

Esta Ley resistiu durante décadas às críticas que de vários sectores lhe foram dirigidas e a várias tentativas de reforma de que foi objecto. Afora o chamado processo de cognição para as acções cuja quantia excedesse 50.000 sem passar as 500.000 pesetas, aprovado pelo Decreto de 21 de novembro de 1952, que reforçou os poderes do juiz (art. 59, § 2 – *diligencias para mejor proveer*) e que constitui o processo mais autoritário que houve em Espanha, o Código de oitocentos manteve-se incólume até 2000.

As numerosas propostas de reforma da administração da justiça, que foram elaboradas pelo regime franquista, sobretudo nos primeiros anos do regime, têm sido uma realidade frequentemente escondida.

De entre elas as constantes do programa judicial falangista. Daí advém a facilidade com que os «negacionistas» pretendem afastar a tendencial ligação entre um regime antidemocrático e um processo autoritário.³⁷ Existe na verdade uma forte probabilidade de um regime autoritário ou totalitário ter um processo civil inquisitorial, desde que tenha condições para o fazer aprovar e, se tal não acontecer, deve haver alguma forte razão que o explique.

Em 1938, o Serviço Nacional de Justiça e Direito da FET – JONS³⁸ apresentou ao Ministério da Justiça um projecto de reforma global do sistema de justiça, constituído por cinco Anteprojectos: Anteprojecto de Lei Orgânica da Administração da Justiça, Anteprojecto de Código Penal, Anteprojecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal, Anteprojecto de Lei Prisional e Anteprojecto de Ley de Enjuiciamiento Civil.³⁹

35 Montero Aroca *et al.* (2011, pp. 49-50).

36 Montero Aroca *et al.* (2011, p. 53).

37 Taruffo (2006, p. 457).

38 Trata-se dos acrónimos de Falange Espanhola Tradicionalista e de Juntas de Ofensiva Nacional-Sindicalista.

39 Segundo Mónica Lanero Táboas (1996) estes Anteprojectos foram publicados uma só vez, em 1938, em Salamanca, na Imprenta Núñez (p. 72, nota 6). Porém, a sua redacção nada tem a ver com Antonio de Luna Garcia que nunca foi catedrático de Direito civil e que em 1938 estava em Madrid, numa «zona vermelha» e não em Salamanca (zona nacional).

Para a falange o fundamento da justiça já não é, como na teoria liberal, a defesa dos interesses individuais, mas a protecção da comunidade Nacional, cujos interesses hão-de prevalecer sobre os interesses individuais ou de classe.⁴⁰

Uma justiça baseada nos interesses da Nação pressuporia o reforço dos poderes do Estado «uma ressurreição da Razão de Estado Imperial».⁴¹

Especificamente no que se refere ao direito processual civil «o Anteprojecto apaga, sem deixar rasto, o princípio da justiça rogada»; a actividade probatória já não se concebe no exclusivo interesse das partes a quem se reservava o impulso processual, «antes a relação processual, de igual modo no cível e no penal, se entabula não entre as partes, mas entre estas e o órgão jurisdicional encarregado de cumprir a obrigação tutelar do Direito que incumbe ao Estado»; «os Tribunais têm a faculdade de intervir desde o primeiro trâmite até ao último, como directores do procedimento, sem outro guia para além de comprovar a verdade e fazer com que impere a justiça»; e

o Tribunal, de ofício ou a instância de parte, colocará livremente temas relativos ao fundo ou à forma, corrigirá os defeitos processuais, admitirá em qualquer momento os meios de prova e ampliará o período das diligências probatórias tanto quanto for necessário para que resulte completo o conhecimento do facto processual.

No que se refere ao sistema recursivo haverá um único recurso de cassação a interpor perante o tribunal que proferiu a decisão e que poderá modificá-la; o papel do advogado deixará de ser ganhar o pleito, mas colaborar lealmente na construção de uma sentença justa; a descoberta da verdade, à qual todos os trâmites processuais se devem subordinar, é a tarefa primordial da actividade judicial e ninguém deverá impedir que a força envolvente da Verdade se manifeste; finalmente, o interesse da comunidade exige um procedimento ágil, rápido e acessível ao público leigo, fins a que correspondem os princípios da oralidade, concentração e imediação.⁴²

Como se vê um processo marcadamente inquisitório em que o dever cívico de colaboração dos particulares na administração da justiça tem indiscutivelmente lugar.

⁴⁰ Lanero (1996, p. 74).

⁴¹ Lanero (1996, p. 78).

⁴² Lanero (1996, pp. 78-82).

Nenhum destes Anteprojectos foi aprovado. Mónica Táboas dá para este facto uma dupla explicação, uma de oportunidade política e outra mais global:

a proposta de Revolução Judicial para um *Nuevo Estado* lançada em 1938 não se baseava, como a portuguesa, na corrente processualista do fascismo italiano, antes assumia os princípios mais radicais do Direito nacional-socialista e provinha da facção falangista, uma mais entre as que apoiavam o regime e não precisamente a que ficou com a pasta da Justiça. Pelo contrário, atrás da produção legislativa nesta primeira etapa do franquismo estavam advogados e políticos relevantes da direita conservadora, mas mais tradicional, oposta não só ao poder do falangismo, mas também a qualquer mudança nas tradições processuais, em coincidência com a maioria da comunidade jurídica do pós-guerra.

Por outro lado, o regime franquista não pretendeu definir-se por um novo modelo judicial ou processual, nem justificar-se com a legalidade. Mais ainda, os historiadores destacam a escassa e tardia institucionalização da ditadura e a sua legitimação permanente na guerra como facto fundamental.⁴³

Para Montero Aroca a explicação para o regime de Franco não ter tocado no sistema processual civil é muito clara: em primeiro lugar, porque os militares não têm ideologia (salvo a da ordem pública); em segundo lugar, porque o substracto liberal da Ley de Enjuiciamiento Civil era a que correspondia ao pensamento dos juízes e dos advogados.⁴⁴

Só com a entrada do século XXI se publicou uma nova lei, a Ley 1/2000, de 7 de janeiro, de Enjuiciamiento Civil.

Lei que se centra nos «juicios plenários rápidos» (*juicio ordinário y juicio verbal*), assentes na oralidade, com os consequentes princípios da imediação e concentração, como mecanismos para garantir a efectividade prática do processo, e que, como diz Montero Aroca,

parte de uma concepção que pode qualificar-se claramente de liberal e na qual o princípio dispositivo é o elemento determinante. São as partes que

⁴³ No prefácio a Nuno José Lopez, Lanero (2015, p. 14).

⁴⁴ Opinião transmitida pessoalmente. Para Francisco Ramos Mendez (2006), «a Lei de processo civil de 1881 não preocupava o regime [de Franco] porque se tratava apenas de uma norma ‘processual’ para questões privadas, as quais não constituíam sequer um número importante de questões. As preocupações políticas recaíam sobre outros cenários: as leis de processo militares, o Tribunal de ordem pública, o Código penal, etc.» (p. 317).

hã de determinar o objecto do processo e a classe de tutela e ao juiz não incumbe investigar e comprovar a veracidade dos factos alegados. Quem pede a tutela judicial tem o ónus de determiná-la com precisão e de alegar e provar os factos. Uma coisa é que se produza um aumento dos poderes procedimentais do juiz, como os relativos à apreciação de ofício dos pressupostos processuais ou ao impulso de ofício, e outra muito distinta que esse aumento se refira àqueles elementos que podem servir para determinar o conteúdo da sentença, como seria o poder ordenar meios de prova de ofício. No primeiro caso está-se perante o desenvolvimento do que é o processo em si mesmo considerado, ao passo que no segundo se está a acabar com a imparcialidade do juiz.⁴⁵

Imparcialidade que, como veremos, também a cooperação pode fazer perigar, perigo que o legislador espanhol não quis correr.

França – O primeiro Código de Processo Civil francês foi aprovado em 1806, em substituição das velhas Ordenações de 1667 de Luís XIV.⁴⁶

Duas ideias se podem destacar em relação ao processo preconizado por este código: (i) é um processo formalista e legalista como garantia contra o arbítrio dos juízes; (ii) é um processo oral e público como resposta à chicana.⁴⁷

Em 1 de Janeiro de 1976, entrou em vigor um «*nouveau Code*» (novo por oposição ao Código de 1806), passando a aplicar-se em simultâneo com a parte sobrevigente do código anterior. Só em 2007, com a aprovação do *Code de Procédure Civile*, foi definitivamente revogado o código de 1806.

O Código está inspirado em grandes princípios directores contemplados nos seus primeiros 24 artigos (capítulo I do Livro I).

Nenhum princípio foi qualificado pelos redactores, opção que deriva da ideia de que os textos de processo civil, e os códigos em geral, não são o local indicado para exercícios de teoria geral, o que só à doutrina compete fazer.

Serge Guinchard distingue, reagrupando os artigos daquele I.º capítulo:

45 Aroca (2001, pp. 59-60).

46 Sobre o bicentenário deste Código (Cadiet & Canivet [dirs.], 2006).

47 Dauchy (2006, pp. 77-89).

- um princípio acusatório ou de impulsão do processo, na sua dupla vertente de introdução ou de extinção da instância (art. 1.º), e de domínio do desenvolvimento desta (arts. 2-3);
- um princípio dispositivo entendido como o domínio da matéria litigiosa, quanto ao objecto do litígio (arts. 4-5), aos factos (arts. 6-8) e à prova (arts. 9-11);
- mas não do direito que permanece apanágio do juiz (arts. 12-13);
- um princípio do contraditório (arts. 14-17);
- um princípio de liberdade de se defender a si mesmo (art. 18) e de escolher o seu defensor (art. 19), podendo ser ouvido pelo juiz (art. 20);
- um princípio (de esperança) da conciliação pelo juiz (art. 21);
- um princípio de publicidade dos debates (art. 22), combinado com o uso da língua francesa (art. 23);
- enfim, um dever, mais do que um princípio, de reserva das partes em relação à justiça (art. 24).⁴⁸

Como se vê, não se encontra neste enunciado qualquer referência ao princípio da cooperação.

A verdade é que, de entre os chamados princípios directores de organização do processo o artigo 11.º, § 1.º, preceitua que «les parties sont tenues d'apporter leur concours aux mesures d'instruction sauf au juge à tirer toute conséquence d'une abstention ou d'un refus».

Exprime-se aqui a cooperação que deve existir, quanto à prova dos factos, entre o juiz, as partes e mesmo terceiros, como expressão do princípio geral inscrito na regra do artigo 10.º do *Code civil* segundo a qual «chacun est tenu d'apporter son concours à la justice en vue de la manifestation de la vérité».

O § 2.º do artigo 12.º revela-se ainda mais constrangedor:

Si une partie détient un élément de preuve, le juge peut, à la requête de l'autre partie, lui enjoindre de le produire, au besoin à peine d'astreinte. Il peut, à la requête de l'une des parties, demander ou ordonner, au besoin sous la même peine, la production de tous documents détenus par des tiers s'il n'existe pas d'empêchement légitime.

⁴⁸ Guinchard *et al.* (2005, p. 952).

Nos artigos 138.^o a 141.^o⁴⁹, o Código de 2007 regula as condições em que o juiz ordena, a requerimento de parte, a entrega ou produção de um documento na posse de terceiro (oficial público ou particular) e eventualmente relativo a acto em que essa parte não tenha tido intervenção.

Também é verdade que a doutrina estrangeira (v.g. brasileira e portuguesa) tem dado especial relevo ao artigo 16.^o, como clara manifestação da colaboração do juiz com as partes.

Jean Vincent e Serge Guinchard têm sustentado que o direito de processo francês se enraíza na emblemática divisa republicana: liberdade, igualdade e fraternidade.⁵⁰

A cooperação não é corolário desta divisa. A doutrina francesa parece ainda esperar por futuras reformas para reforçar a cooperação das partes na administração da justiça em nome do princípio da lealdade.⁵¹ Até lá não deixa de lembrar que podemos perfeitamente dialogar sem colaborar numa obra comum,⁵² que o instrumento privilegiado desse diálogo é o contraditório e que a cooperação «pas plus qu'un contrat, n'est pas le mol abandon fusionnel des acteurs du procès dans leur bras respectifs».⁵³⁻⁵⁴

49 «Art. 138. Si dans le cours d'une instance, une partie entend faire état d'un acte authentique ou sous seing privé auquel elle n'a pas été partie ou d'une pièce détenue par un tiers, elle peut demander au juge saisi de l'affaire d'ordonner la délivrance d'une expédition ou la production de l'acte ou de la pièce.

Art 139. La demande est faite sans forme.

Le juge, s'il estime cette demande fondée, ordonne la délivrance ou la production de l'acte ou de la pièce, en original, en copie ou en extrait selon le cas, dans les conditions et sous les garanties qu'il fixe, au besoin à peine d'astreinte.

Art. 140. La décision du juge est exécutoire à titre provisoire, sur minute s'il y a lieu.

Art. 141. En cas de difficulté, ou s'il est invoqué quelque empêchement légitime, le juge qui a ordonné la délivrance ou la production peut, sur la demande sans forme qui lui en serait faite, rétracter ou modifier sa décision. Le tiers peut interjeter appel de la nouvelle décision dans les quinze jours de son prononcé».

50 Vicent e Guinchard (1994, pp. 48 e ss.).

51 Tal reforço foi recentemente proposto no relatório «Aperfeiçoamento e simplificação do processo civil» apresentado ao Ministro da Justiça, em janeiro de 2018 (Chainais *et al.*, 2018, pp. 482-483).

52 Os autores franceses têm numa perspectiva prospectiva avançado três princípios emergentes que se perfilam atrás dos princípios tradicionalmente consagrados: o princípio da lealdade, o princípio da celeridade e o princípio do diálogo, sendo que as aplicações deste último se repartem entre um diálogo entre jurisdições, entre as partes e o juiz e entre as próprias partes (Guinchard *et al.*, 2005, pp. 957 e ss.).

53 Cadiet (2006, p. 6).

54 Sobre a colaboração, em geral, no direito processual francês (Lagrange, 2010).

Itália – A unificação política do Reino de Itália trouxe consigo a exigência da unificação legislativa, de conferir ao Estado então constituído um ordenamento jurídico unitário, quer para eliminar a fragmentação legislativa existente nos Estados preunitários quer para cimentar juridicamente a nação.

Tal exigência foi satisfeita, entre outros, pelo Código de Processo Civil da Nação italiana de 1865.⁵⁵

O Código pretendeu instituir um sistema processual misto, oral e escrito. Daí resultou a introdução de três tipos diversos de processos de cognição: o formal misto, a observar perante os tribunais e os «corti d'appello»; o sumário com audiência fixa, também misto com prevalência da oralidade, a observar perante os tribunais de comércio e os pretores; e o sumário simples com audiência fixa, totalmente oral, a observar perante os «conciliatori».

O procedimento formal constava de duas fases: uma inicial prevalecentemente escrita e uma decisória final prevalecentemente oral.

As directivas fundamentais a que este procedimento obedecia eram as seguintes:

garantir às partes da causa o pleno exercício do direito de defesa evitando cuidadosamente que a actividade processual de uma pudesse colher de surpresa a outra, dando assim lugar às tão censuradas *sorprese* sem possibilidade de réplica; garantir igualmente a plena faculdade de impugnar as sentenças ou qualquer providência judiciária lesiva dos seus direitos; garantir às partes, que têm efectivo interesse na rápida resolução da lide, a obtenção de tal resultado atribuindo-lhes o poder autónomo de enviar a causa para decisão; preservar rigorosamente a imparcialidade e a independência do juiz, evitando atribuir-lhe poderes de ingerência no objecto do processo e na gestão ou condução da lide, ou no delicadíssimo aspecto de introdução das provas, de modo a não alterar consciente ou inconscientemente o livre jogo do contraditório.⁵⁶

Neste procedimento formal, tido por prevalecente, nem de resto em qualquer outro, não há lugar para participações processuais. As partes confrontam as suas forças em regime de competição, o seu sucesso depende da respectiva competência, habilidade e argúcia, o contraditório é o meio para descobrir os planos e a tática do adversário, o juiz coloca-se por definição *super partes*.

⁵⁵ Sobre este Código, por todos, Monteleone (2004, pp. ix-xxvii).

⁵⁶ Monteleone (2004, p. xviii).

Quanto a este ponto a doutrina italiana mostra uma total sintonia. Já assim não acontece quanto ao Código de Processo Civil de 1940.

A evolução da disciplina processual moderna que durante gerações foi ensinada aos juristas italianos pode resumir-se nos seguintes tópicos.⁵⁷ No final de oitocentos uma plêiade de estudiosos de direito romano e de direito civil, primeiro, logo seguidos de alguns processualistas, olharam com entusiasmo o renascimento jurídico alemão, que se manifestava nas grandes obras sistemáticas da pandectística.

No que se refere ao direito processual civil esta atracção pelo «estilo germânico» implicou quase naturalmente, em contrapartida, uma crítica severa do velho código de 1865, de modelo francês, e da escola da exegese, chamada de pré-científica, a que pertencem, entre outros, os trabalhos de Luigi Mattiolo (1838-1904), Lodovico Mortara (1855-1937) e Carlo Lessona (1863-1919).

Tal movimento teve em Giuseppe Chiovenda (1872-1937) o seu maior expoente. Em numerosos estudos, dos quais se destaca a famosa prelecção *L'azione nel sistema dei diritti*, proferida em Bolonha em 1903 – que assinala o nascimento do «direito processual» e do «método verdadeiramente científico» em Itália – e num monumental volume intitulado *Principii di Diritto Processuale Civile*, Chiovenda elaborou um sistema a partir de princípios elaborados na cultura germânica, entretanto adoptados em algumas reformas legislativas do processo civil, designadamente a austríaca, já orientada por uma certa sensibilidade pelo Estado social.

De entre aqueles princípios, Chiovenda destacou a tríade «oralidade, concentração, imediação», a propiciar, entre outras vantagens, a celeridade e o baixo custo do processo. Deles fez um núcleo de valores reformadores, em volta do qual se solidificaram os elementos de um processo civil fortemente publicizado.

A obra de Chiovenda, tornado «sumo pontífice da nova ciência processual italiana», influenciou duradouramente a cultura académica e acabou por marcar significativamente o novo Código de Processo Civil, promulgado em 1940, em plena guerra, pelo regime fascista.

⁵⁷ Uma mais detalhada descrição desta evolução pode ver-se, entre outros, em Consolo (2003, pp. 13 e ss.).

Apesar destas circunstâncias não se pode afirmar que o Código seja um código fascista «salvo do ponto de vista da imputação subjectiva a um legislador fascista e do tom ostensivamente fascista da *Relazione al re*».⁵⁸

A esta corrente opuseram-se Franco Cipriani e Girolamo Monteleone.

Cipriani sustenta que o código de processo civil italiano⁵⁹ é um código «antiliberal e autoritário e, como tal, fascista» e que «os problemas do processo civil não se resolvem tirando direitos às partes e aumentando os poderes do juiz».⁶⁰

O Professor de Bari por várias vezes demonstrou que o Código de 40 contém várias disposições de carácter indiscutivelmente autoritário: atribui ao juiz a possibilidade de detenção imediata da testemunha mentirosa, reconhece-lhe a faculdade de ordenar inspecções corporais, atribui ao ministério público o poder de introduzir provas não requeridas pelas partes, estabelece limites e preclusões aos pedidos proponíveis dos privados e sobre a sua renovação na apelação, etc.

Sendo assim as coisas, o Código Grandi seguiu, atenuando-as, as posições do ministro Solmi que apontam, como veremos, para um dever de serviço cívico, que nada tem a ver com uma visão participativa do processo e que contrariam o princípio clássico de que as partes, no processo civil, não podem ser obrigadas a agir contra os seus interesses e que são árbitras e responsáveis pela própria sorte (*nemo tenetur edere contra se; faber est suae quisque fortunae*).

3. O princípio da cooperação: como tudo começou

Num Estado reactivo, quando uma controvérsia chega a tribunal, a morfologia cooperativa não é adequada.

Como explica José Alberto dos Reis

Na concepção tradicional do processo de tipo dispositivo, não havia propriamente o dever de cooperação. A estrutura processual assentava sobre o

58 Chiarloni (1998, p. 410); *cfr.* também Michele Taruffo (1980), para quem «as conexões entre o código e o fascismo são principalmente cronológicas: delas encontramos vestígios isolados e casuais no código, mais consistentes mas exteriores na *Relazione Grandi* e nos primeiros comentários ao próprio código, mas que não transformam em monumento do fascismo o que em substância é uma moderada tentativa de resolver – no plano da racionalização técnica – os tradicionais problemas do processo civil» (p. 288).

59 Sobre o conteúdo geral do CPC de 1940 (Cipriani, 1997c, pp. 3-25); sobre a marcha do processo no primeiro grau da acção declarativa comum, entre muitos, Caponi e Proto Pisani (2001, pp. 136 e ss.).

60 Prefazione de Franco Cipriani a Juan Montero Aroca (2002, p. 7).

princípio da *liberdade de movimentos*; cada uma das partes tinha a faculdade de assumir no processo a atitude que julgasse mais conveniente à defesa do seu interesse particular. Era o conceito *individualista*, em toda a sua pureza.

O que valia era que o princípio do *contraditório* corrigia os defeitos da liberdade absoluta de movimentos. As afirmações dum dos litigantes encontravam pela frente as afirmações opostas do outro, deste choque, desta luta resultava para o juiz o conhecimento da verdade.⁶¹

Por isso, no Código de Processo Civil de 1876 só no caso de depoimento das partes ou de testemunha existia um dever de depor *ergo* de responder (arts. 226.º, 228.º e 273.º).

Em verdade, na filosofia de um processo adversarial, a tarefa do juiz é fazer justiça entre as partes, não se lhe exigindo que descubra uma «verdade independente». Por sua vez, a parte deve provar a sua causa sem contar com a ajuda do outro lado.

A primeira vez que o legislador começou a acolher o que hoje seria visto como a ideia de colaboração no processo civil foi em 1926 com o seminal Decreto n.º 12.353, de 22 de setembro.

O artigo 27.º é absolutamente essencial na economia da reforma então empreendida, ao contemplar o princípio da actividade permanente e intensiva do juiz (princípio do inquisitório).⁶²

No desenvolvimento deste preceito, o artigo 28.º contém um elenco aberto dos poderes do juiz designadamente chamar a atenção das partes para quaisquer deficiências, irregularidades ou vícios que possam ser corrigidos (1.º); convidar as partes a esclarecer e completar as suas alegações e os seus meios de prova (2.º); determinar a comparência pessoal das partes quando o julgue conveniente ou para tentar a conciliação ou para as ouvir sobre factos essenciais da causa, sob pena de vir a ser considerada litigante de má fé, se decair, a parte que faltar sem motivo justificado (4.º); requisitar a apresentação de documentos, plantas, desenhos ou objectos indispensáveis ao esclarecimento da questão (5.º); convidar os advogados a resumir os seus requerimentos ou as suas alegações quando forem manifestamente excessivos (6.º); significar às partes a conveniência de que

61 Dos Reis (1950, p. 323).

62 O artigo 27.º é terminante ao dispor: «A instrução do processo pertence às partes, mas sob a direcção e fiscalização do juiz, o qual *pode e deve* tomar todas as providências necessárias para assegurar a maior rapidez, simplicidade, economia na preparação, discussão e julgamento da causa e para conseguir que a decisão corresponda à verdade e à justiça».

determinadas testemunhas residentes fora da circunscrição judicial venham depor perante ele (8.º).

Na terminologia actual tais poderes seriam vistos como poderes de advertência ou esclarecimento e de prevenção.

Não era, porém, assim que o legislador de 26 os via. José Alberto dos Reis classificava então os poderes do juiz (activo), atribuídos em ordem a uma instrução *rápida e sincera*, em dois grupos; a) *poderes de inspecção*, a que pertenceriam os poderes designados nos n.ºs 1.º, 2.º, 6.º, 7.º e 8.º; b) *poderes de promoção* os restantes.⁶³

O legislador português só viria a verdadeiramente integrar o dever de cooperação, *qua tale*, no Código de Processo Civil de 1939.

Dispõe o artigo 265.º (dever de colaboração das partes) que *as partes e os seus representantes são obrigados a comparecer sempre que para isso forem notificados e a prestar os esclarecimentos que lhes forem pedidos*.

Este artigo não constava dos trabalhos preparatórios do Código de Processo de 39, tendo sido introduzido na revisão ministerial.

Depois de no artigo anterior se ter consagrado o *dever de probidade* das partes, justapôs-se-lhe um *dever de colaboração*, desdobrado em dois subdeveres, o dever de *comparecimento* e o dever de *prestar esclarecimentos*.

A falta de comparecimento, v.g. em audiência preparatória era sancionada com multa nos termos do artigo 512.º; para os outros casos sem sanção especial o faltoso incorreria na pena aplicável ao crime de desobediência, sem prejuízo do disposto no artigo 524.º.⁶⁴

Preceitua este artigo 524.º, sob a epígrafe «Dever de cooperação para a averiguação da verdade», o seguinte:

Todas as pessoas, sejam ou não partes na causa, têm o dever de prestar a sua cooperação para a descoberta a verdade e a boa administração da justiça, respondendo ao que lhes for perguntado, submetendo-se às inspecções que forem julgadas necessárias, facultando o que for requisitado e praticando os actos que forem determinados. Se se recusarem, serão condenados em multa, sendo terceiros, sem prejuízo do emprego dos meios coercivos que forem possíveis; se o recusante for parte considerar-se-ão provados os factos que se pretendiam averiguar. Mas a recusa será legítima se a obediência importar

⁶³ Dos Reis (1933, p. 211).

⁶⁴ Dos Reis (1946, pp. 2 e ss.).

violação do sigilo profissional, ou causar grave dano à honra e consideração da própria pessoa, de um seu ascendente, irmão ou cônjuge ou grave prejuízo de natureza patrimonial a qualquer das referidas pessoas.

Nos termos do § único, «fica salvo o disposto quanto à exibição judicial, por inteiro, dos livros de escrituração comercial e dos documentos a ela relativos».

José Alberto dos Reis não esconde a satisfação em colocar este artigo no topo da lista dos Códigos que, à época, consagravam semelhante dever: «Dever de Cooperação. Formula-se o princípio de que todas as pessoas – partes ou terceiros – têm o dever de prestar a sua cooperação para a descoberta da verdade e a boa administração da justiça. Que saibamos, nenhum Código estabelece tal dever em termos tão expressos e categóricos».⁶⁵

O legislador português inspirou-se nos trabalhos preparatórios do Código de Processo Civil italiano de 1940, que também tem dois preceitos especialmente dedicados ao dever de cooperação.

Estes artigos, mereceram especial atenção do Ministro Grandi na sua (na verdade da autoria de Calamandrei)⁶⁶ *Relazione al Re*, de 28 de Outubro de 1940.

Referindo-se ao aumento dos poderes do juiz em sede probatória Grandi destaca o artigo 118.º, que permite ao juiz ordenar a inspecção de pessoas e coisas, e sobretudo o «fundamental» artigo 117.º, que lhe permite ordenar, em qualquer estado do processo, a comparência pessoal das partes.

Como se lê no n.º 29 da *Relazione al Re*

o poder conferido ao juiz de ordenar de ofício inspecções às partes ou a terceiros, ou às coisas na sua posse, quando tal se julgar indispensável para conhecer os factos da causa; e também o poder de ordenar, a requerimento de parte, a exibição em juízo de coisas na posse das partes ou terceiro correspondem, em conformidade com os votos da doutrina e da prática àquelas mesmas considerações de solidariedade social e de cooperação dos cidadãos para o melhor funcionamento da justiça, sobre o qual está baseado o dever público de testemunhar. Como é suposto o cidadão depor em juízo de acordo com a verdade, de igual modo, quando o interesse da justiça o reclame, ele deve estar vinculado a colocar à disposição desta as próprias coisas e também, em casos excepcionalíssimos, a própria pessoa. Tudo isto está em

65 Dos Reis (1950, p. 319). Este artigo corresponde ao artigo 462.º do Projecto e foi aprovado, quase sem alterações, pela Comissão Revisora na Sessão de 26.10.1937 (1937, p. 339).

66 Sobre esta autoria, Cipriani (2007, *passim*).

perfeita harmonia com a concepção fascista e corporativa da jurisdição e do processo que se exprime este Código; nem se deve recear que desta norma possam derivar desproporcionados sacrifícios do interesse individual, porquanto a lei regula a inspecção e a exibição com oportunas cautelas práticas, dirigidas a conciliar oportunamente a exigência da justiça com o respeito dos direitos privados.

Mas a diferente posição probatória do juiz afirma-se sobretudo na disposição do artigo 117.º (que é uma das mais importantes do novo Código) por força da qual o juiz pode em qualquer estado ou grau do processo ordenar a comparencia pessoal das partes, para as interrogar livremente sobre os factos da causa, em contraditório.

Carnelutti que chama ao *interrogatório não formal* do artigo 117.º o «exame radioscópico das partes», comparou «o serviço público judiciário», imposto por aqueles preceitos às partes e a terceiros, ao «serviço militar»,⁶⁷ com a imediata concordância de Calamandrei

porque na realidade nestas disposições [artigos 255.º, 256.º, 118.º e 210.º], que sujeitam ao interesse público da justiça não só os bens mas também a pessoa do cidadão estranho ao processo, se afirma um verdadeiro e próprio dever cívico, por força do qual o interesse privado é sacrificado à superior finalidade de uma pública função. Com isto se manifesta de maneira típica a orientação publicística do novo processo.⁶⁸

Orientação publicística esta que José Alberto dos Reis reconhece de boa vontade existir no artigo 524.º do nosso Código, *até com mais razão*⁶⁹ e que César Abranches leva às suas últimas consequências quando defende o dever de *espontânea cooperação*.

A acção seria anunciada oficialmente e a quem quer que tivesse conhecimento de factos respeitantes à causa ou detivesse documentos pertinentes, correria o dever de fazer saber às autoridades públicas, dentro do prazo marcado, que punha a sua colaboração à disposição do Tribunal. Provado que alguém se absteve ilegitimamente, apesar de lhe ter chegado a tempo, a notícia de convocação pública, funcionariam sanções penais violentas.⁷⁰

67 Carnelutti (1941, p. 37).

68 Calamandrei (1941, p. 247).

69 Dos Reis (1950, p. 320).

70 Abranches (1941, p. 396).

Não cabe neste número fazer uma análise mais detalhada daquela disposição.

Farei, contudo, uma mera referência às sanções associadas a quem não cumpriu o dever de cooperação, às quais César Abranches tão radicalmente recorre.

Calamandrei explica que a partir da orientação publicística

se poderia abstractamente conceber um sistema no qual a actividade das partes no processo civil fosse regulado segundo um rígido sistema de obrigações impostas no exclusivo interesse da justiça: do mesmo modo que os terceiros estranhos ao processo, que para ajudar a justiça a atingir os seus fins são obrigados, também com sacrifício do seu interesse individual, a dizer a verdade ou a deixar inspeccionar a sua própria pessoa ou os seus bens, também as partes poderiam ser concebidas não mais como sujeitos de direito que estão na causa para defender-se e não para se acusarem, mas como instrumentos do interesse público, obrigados, a testemunhar contra si e a esforçar-se, se necessário, pela própria derrota.⁷¹

Mas aquela orientação permite uma versão mais moderada, estimulada por ónus processuais, preferida por Calamandrei e Alberto dos Reis, que procura conciliar o interesse público e o interesse das partes.

De acordo com o nosso artigo 524.^o se o terceiro se recusar será condenado em multa, «sem prejuízo do emprego dos meios coercivos que forem possíveis»; se o não cooperante for a parte adversa «considerar-se-ão provados os factos que se pretendiam averiguar».

Luís da Cunha Gonçalves criticou energeticamente esta opção legislativa:

Nesta disposição, porém, há que estranhar a larga margem deixada ao arbítrio e à violência. Na verdade qual é o quantitativo da multa aplicável ao terceiro, que recusa cooperar? Será a que o juiz fixar pelo seu suposto *prudente arbitrio*, isto é, tão elevada, que o recusante não possa pagá-la ou que fique no duro dilema

71 Calamandrei (1941, p. 249). Este autor lembra a propósito desta concepção rigidamente inquisitória do processo a história contada por Michel de Montaigne (2009): «Uma mulher de aldeia acusava perante um general do exército, grande justiceiro, um soldado por ter roubado aos seus filhos o pouco alimento que lhes restava para se sustentarem, sendo que aquele exército tinha pilhado todas as aldeias em redor. Não tinha qualquer prova disso. O general depois de ter avisado a mulher que pensasse bem no que dizia, pois seria culpada da acusação se mentisse, e porque ela insistisse, fez abrir o ventre do seu soldado para se esclarecer da verdade do facto» (2009, p. 63). A história diz-nos qual foi o resultado da indagação: a mulher tinha razão. Mas, comenta Calamandrei, é fácil entender que se o estômago estivesse vazio, o acusado morria, como privado, mas a justiça estaria em condições de proclamar, no interesse público, a sua inocência.

de pagar ou sofrer o prejuízo que receia? E quais são os meios coercitivos *possíveis*? Porventura, não são *possíveis* açoites ou a tortura? Pensamos que esses meios podem ser directos ou indirectos. Os directos são a busca e a apreensão das provas. Os indirectos podem ser apenas, os processos crimes por desobediência ao mandado legítimo de autoridade ou pelo extravio do documento ou coisa móvel probatória.⁷²

José Alberto dos Reis ainda explicou que a fórmula «meios possíveis» apenas se referia aos «meios admitidos pela ordem jurídica e que sejam adequados para se conseguir o fim visado pela determinação do juiz», explicação que considerando o sentido vago da expressão, a natureza e prática do regime do Estado Novo e a sempre possível mudança das circunstâncias não era de molde a sossegar as (poucas) pessoas verdadeiramente empenhadas na defesa das garantias processuais.

A revisão de 1961 (DL n.º 44.129, de 28 de Dezembro), de reduzido alcance, manteve, com leves emendas, os artigos 265.º e 524.º anteriores (artigos 265.º e 520.º na nova numeração).

Entretanto, entrou em vigor o Código Civil de 1966, cujo artigo 357.º, 1 dispõe que

se for ordenado o depoimento de parte ou o comparecimento desta para prestação de informações ou esclarecimentos, mas ela não comparecer ou se recusar a depor ou a prestar as informações ou esclarecimentos, sem provar justo impedimento, ou responder que não se recorda ou nada sabe, o tribunal apreciará livremente o valor da conduta da parte para efeitos probatórios.

Seguiu-se a tese sustentada por Vaz Serra que considerava excessivo considerar-se a parte como confessa se não compareceu, se recusou a depor ou deu respostas evasivas, pois tais atitudes podem ser devidas a causas diferentes da de a parte reconhecer a verdade dos factos. Tais condutas devem ser antes apreciadas livremente pelo juiz, juntamente com os demais elementos probatórios.⁷³

Havendo que adaptar o Código de Processo às alterações exigidas pela entrada em vigor do Código Civil, o DL n.º 47.690, de 11 de Maio de 1967, deu, entre muitas outras, nova redacção ao n.º 2 do artigo 519.º (originário artigo 524.º) substituindo a estatuição «consideram-se provados os factos que se pretendiam

72 Da Cunha Gonçalves (1940, p. 555).

73 Serra (1962, pp. 204 e ss.).

averiguar» por «o tribunal apreciará livremente o valor da recusa para efeitos probatórios».

Jacinto Rodrigues Bastos, anotando o preceito, considerava então que «os ‘meios coercitivos que forem possíveis’, são os meios admitidos por lei, que se mostrem idóneos a obter o resultado desejado, e apenas esses (v.g. a prisão a que refere o n.º 2 do artigo 629.º)».⁷⁴

Até à Reforma de 95/96, encontramos ainda os Anteprojectos de Código de Processo Civil de 1988 e 1990 (v.g. respectivamente artigos 12.º – dever de colaboração das partes – e artigos 15.º – dever de colaboração das partes – e 16.º – deveres de cooperação dos tribunais), mas sem qualquer inovação digna de registo.

Por fim, naquela reforma, encontra-se consagrado *expressis verbis* o princípio da cooperação (art. 266.º), com diversas manifestações, designadamente a do artigo 519.º, 1 e 2, com redacção quase idêntica à do anterior artigo e com o esclarecimento, no n.º 2, que a livre apreciação probatória da recusa não afasta a consequência da inversão do ónus da prova, quando verificado o condicionalismo do artigo 344.º, 2, do Código Civil.

O Regime Processual Experimental (DL n.º 108/2006, de 8 de Junho), elaborado já no espírito da nova lei, não podia ficar alheio ao «espírito cooperativo», tendo designadamente relançado no artigo 9.º, com a possibilidade de apresentação conjunta da acção pelas partes, o regime processual simplificado, constante do DL n.º 211/91, de 14 de Junho, que tinha autonomizado o mecanismo antes constante do artigo 464.º-A CPC.

Como se sabe, a grande novidade do RPE em relação ao antigo processo simplificado consiste na possibilidade de o futuro autor notificar a sua contraparte para a apresentação da petição conjunta, punindo-se quem impeça a sua utilização.⁷⁵

Ora a verdade é que a apresentação conjunta da petição inicial, com a única excepção das acções de revisão e confirmação das sentenças estrangeiras, sempre se revelou um tremendo fracasso.

⁷⁴ Rodrigues Bastos (1972, p. 92).

⁷⁵ Gouveia (2006, p. 102).

4. O princípio da cooperação no direito processual civil vigente.

O artigo 7.º da reforma de 2013 do Código de Processo Civil⁷⁶ sob a epígrafe «Princípio da Cooperação» dispõe que «na condução e intervenção do processo, devem os magistrados, os mandatários judiciais e as próprias partes cooperar entre si, concorrendo para se obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio».

A cooperação é um princípio que visa organizar o papel das partes e do juiz na conformação do processo, estruturando-o como uma «comunidade de trabalho» (*Arbeitsgemeinschaft*), privilegiando o trabalho processual em conjunto das partes e do juiz (*prozessualen Zusammenarbeit*) e responsabilizando-os pelos resultados obtidos.

A cooperação refere-se à configuração da instância concebida como relação processual não triangular nem angular, mas paralela, isonómica na tramitação e assimétrica na decisão, que cabe ao magistrado.

Iudicium est actus ad minus trium personarum: actoris, rei, iudicis (Bulgaro). Esta fórmula transmite com bastante clareza a *unicidade* do processo e a pluralidade de sujeitos imanente ao acto que parece não se poder conceber sem a presença simultânea de um autor, de um réu e de um juiz.⁷⁷

Talvez radique aqui a razão de o artigo 7.º só se dirigir aos magistrados, aos mandatários judiciais e as próprias partes.

No entanto seria absurdo, dentro do espírito da reforma, que não estivessem obrigados ao dever de colaboração os terceiros – testemunhas, peritos e técnicos – com intervenção incidental no processo, nem os funcionários judiciais.

Sobre estes dispõem os artigos 130.º, 151.º, 157.º, 162.º, 163.º, 165.º, 170.º, 171.º, 220.º, 226.º e 253. Os funcionários da justiça colaboram, designadamente, para que as decisões judiciais sejam cumpridas adequadamente e as informações processuais sejam disponibilizadas aos advogados de forma eficiente e célere. Por outro lado, em sede probatória, determinados preceitos (v.g. artigos 417.º, 432.º a 434.º, 436.º e 437.º, 469.º, 1, 486.º, 604.º, 3, c) ampliam o âmbito do princípio àqueles intervenientes.

A doutrina nacional entende que a cooperação envolve as relações entre o tribunal e as partes, entre as partes e o tribunal e entre as próprias partes. Diferente é a posição maioritária da doutrina brasileira.

⁷⁶ Serão desta reforma os artigos ulteriormente citados sem outra menção.

⁷⁷ Grasso (1966, p. 580).

Daniel Mitidiero, a quem se deve uma monografia sobre a colaboração no processo civil⁷⁸ e terá influenciado com os seus estudos a opção do legislador brasileiro quanto à cooperação, é terminante ao afirmar:

*a colaboração no processo não implica colaboração entre as partes. As partes não querem colaborar. A colaboração no processo que é devida no Estado Constitucional é a colaboração do juiz para com as partes. Gize-se: não se trata de colaboração entre as partes. As partes não colaboram e não devem colaborar entre si simplesmente porque obedecem a diferentes interesses no que tange ao litígio.*⁷⁹

Lenio Luiz Streck, Lúcio Delfino, Rafael Giorgio Dalla Barba e Ziel Ferreira Lopes, por sua vez, escrevem que o modelo processual de «comunidade de trabalho» é um modelo que não deve ser pensado à distância da realidade, sem considerar que no processo há verdadeiro *embate* (*luta, confronto, enfrentamento*) razão pela qual as partes e seus advogados valem-se – e assim deve ser – de todos os meios legais a seu alcance para atingirem um fim parcial. Não é crível (nem constitucional), enfim, atribuir aos contraditores o dever de colaborarem entre si a fim de perseguirem uma «verdade superior», mesmo que contrária aquilo que acreditam e postulam em juízo, sob pena de privá-los da sua necessária liberdade para litigar, transformando-os, eles mesmos e seus advogados, em meros instrumentos ao serviço do juiz na busca da tão almejada «justiça».

Inexiste um tal espírito filantrópico que enlace as partes no âmbito processual, pois o que cada uma delas ambiciona é resolver a questão da melhor forma possível, desde que isso signifique favorecimento em prejuízo do adversário. Aliás, quando contrato um advogado é para que ele lute por mim, por minha causa. Não quero que ele abra mão de nada. Os direitos são meus e meu advogado deles não dispõe. Se meu advogado for obrigado a cooperar com a outra ou com o juiz, meu direito constitucional de acesso à justiça estará sendo violado.

⁷⁸ Mitidiero (2011).

⁷⁹ Mitidiero (2012, p. 71).

Além de meu direito à propriedade e todo o elenco de direitos personalíssimos de que disponho. Simples assim!^{80-81.}

Com pequenos reparos de estilo, estou no essencial de acordo com esta posição.⁸² Cipriani põe em evidência que «não é o processo que faz os homens litigar, mas sim a vida».⁸³ Sendo embora imperfeitíssimo, tanto quanto o homem que o criou, o processo é um instrumento com o qual se faz justiça neste mundo e de que não podemos prescindir.⁸⁴

Já Calamandrei tinha sublinhado o carácter agonístico do processo e dito que «para as duas partes em oposição (tese e antítese) frequentemente acontece que o que conta não é tanto a justiça quanto a vitória: de maneira que, por isso, o processo torna-se nada mais do que um *giuoco per vincere*».⁸⁵

Para muitos, o conflito representa um mero *passivo sociológico*, uma *instância negativa* que cumpre eliminar para preservação da sociedade e reforço da unidade do seu corpo.

Simmel demonstrou que

se qualquer acção recíproca entre os homens é uma socialização, então o conflito, que é uma das formas mais activas de socialização e que é logicamente

80 Streck *et al.* (2014). Para um conjunto de reflexões sobre a forma de o advogado ser um verdadeiro estratega ao serviço dos legítimos interesses do seu constituinte o que pressupõe o planeamento de acções no ambiente hostil criado no decurso do processo e no teatro de operações dos tribunais (*sic*) (Abre, 2014).

81 Câmara (2016), se lê: «Contudo, no processo civil, a relação é adversarial. Dessa forma não se pode admitir que a cooperação tangencie um possível auxílio mútuo entre as partes relacionado com o objecto central da demanda. As partes ocupam posições opostas, exactamente porque se está em meio à submissão ao Poder Judiciário de uma pretensão deduzida por uma parte e resistida pela outra, em razão de antecedente conflito de interesses. Se a pretensão é deduzida e não é resistida, não há que se falar em litigiosidade. Se a pretensão, todavia é resistida, aí se estará diante da verdadeira lide, não se podendo puerilmente prever que as partes, ao envidarem esforços para vencer essa lide, cooperem com o seu adversário de modo a auxiliá-lo a vencer. Não há vitória mútua. Somente sucumbência recíproca. Não podem as duas partes ganhar integralmente o objecto da lide. Exactamente por isso que uma parte não irá cooperar com a outra para que tenha sucesso no reconhecimento do mérito da sua pretensão. O que se pode esperar das partes é que elas ajam de forma leal e transparente, mas esse dever já está inserido no contexto da boa fé» (pp. 31-32).

82 De Mendonça (2007, pp. 86-96).

83 Cipriani (1997b, p. 33).

84 Cipriani (1997b, p. 33).

85 Calamandrei (1957, p. 46).

impossível de reduzir a um único elemento, deve absolutamente ser considerado como uma socialização.⁸⁶

Que um grupo que fosse simplesmente centrípeto e harmonioso, uma pura e simples «reunião» não só não teria existência empírica, como estaria privado de verdadeiro processo de vida;⁸⁷ que qualquer sociedade é o resultado da interacção de forças atractivas e de forças repulsivas, ambas inteiramente positivas.⁸⁸

Freud, por seu lado, afirma que a sociedade é permanentemente ameaçada de desintegração, devido à hostilidade primária entre os homens. Segundo ele «o ser humano não é um ser doce, ávido de amor, que no máximo se pode defender, quando atacado, mas sim que deve incluir, entre os seus dotes instintivos, também uma grande dose de agressividade».⁸⁹

Por isso, quando se vê no processo um «mal social» e uma «ferida no corpo da sociedade» faz-se moralismo.⁹⁰ Quando se elege como escopo social a harmonia absoluta de interesses, cai-se numa perigosa utopia.

Paula Costa e Silva é da mesma opinião, ao considerar justamente que o tipo ideal de parte pressuposto pelo paradigma de comunidade processual escolhido pelo legislador da reforma de 95/96 é utópico.⁹¹

Este tipo de parte nada tem a ver com a realidade. A parte processual, «tal como tipicamente é, é alguém que vive o conflito de modo emocional e não de modo racional».⁹²

Vivemos num mundo que banalizou a competição como modelo das relações sociais, que transformou a sociedade num enorme campo de jogos ou de

86 Simmel (1999, p. 265). Sem esquecer o clássico livro de Ihering, *A luta pelo direito*, para quem somente a luta alcança e aperfeiçoa os objectivos do homem.

87 Simmel (1999, p. 266).

88 Simmel (1999, p. 267).

89 Freud (2013, p. 57).

90 Cipriani (1997b, p. 38).

91 Costa e Silva (2003, p. 112). Mas já em 1935, como vimos no início, Paulo Cunha (1935) sublinhava que «todo o processo é uma luta» no decurso do qual cada uma das partes «lançará mão de todos os recursos legais, aproveitará todas as oportunidades de dificultar e prejudicar a actividade processual do adversário»; que «os litigantes têm de ser honestos, mas não têm de ser ingénuos. São homens não são heróis»; que «há que não resvalar da boa fé para a candura» (pp. 21-24).

92 Costa e Silva (2003, p. 112).

aposta no qual o homem acredita que para ser o melhor deve ser o primeiro,⁹³ o que não é propriamente a realidade mais propícia para o afecto e a solidariedade.

Mais recentemente, os extremismos, o discurso de ódio e a automação que está na origem das «bolhas tecnológicas», que mais parecem ser as cavernas onde Platão encafuava os homens, separaram irremediavelmente os cidadãos em «espaços de conflito» sem plataformas comuns de possível consenso.

No entanto, quando os conflitos chegam a tribunal, estando as partes por via de regra em posições já extremadas, querendo cada uma delas, em termos estratégicos, uma decisão que lhe seja favorável, pretendemos rasurar ou iludir o antagonismo e fingimos que somos todos amigos, que o processo é um alegre passeio de jardim que as partes dão de mãos dadas, na companhia do juiz.⁹⁴

Não é, porém, este sentimento de afeição entre os homens, ou qualquer outro que aproxima os seres humanos uns dos outros (estima, atracção, camaradagem, admiração, fraternidade, etc.) que subjaz ao processo; «atrás do processo há o conflito, o diferendo, a querela, o litígio, e, como fundo do conflito, há a violência».⁹⁵

É claro

que a lei pode conter instrumentos que visem minimizar este conflito, desde logo impondo um contacto directo e um diálogo contemporâneo entre sujeitos que, por regra, se encontram apartados e fechados nas respectivas posições. Mas a lei não pode anular este conflito.⁹⁶

Lutar para perder, numa espécie de «auto-mutilação processual», pretender transformar o processo civil num sincericídio, numa comunidade

onde, sob a iluminante presença do juiz, se discute pacatamente os aspectos da controvérsia, se esclarecem lealmente os pontos obscuros e se eliminam os equívocos e os erros, não só aqueles da parte contrária, mas também por correcção os próprios, de maneira a fazer triunfar a verdade e a administrar depressa e bem justiça a quem tem efectivamente razão.⁹⁷

93 De Gaulejac (2005, p. 137).

94 Alvarado Velloso (2005, p. 98, nota 50).

95 Ricouer (1997, p. 166).

96 Costa e Silva (2003, pp. 110 e ss.).

97 Cipriani (1992, p. 22).

Além de ser irrealista, é derrotismo ou conformismo, e ainda enganador, porquanto se insinua que entre os interesses do Estado, representado pelo tribunal, do autor e do réu não há antagonismos a resolver.

Podendo servir para amenizar o conflito, a cooperação não tem a virtualidade de anular o autoritarismo processual, enquanto os «objectivos comuns» a prosseguir forem os chamados «interesses superiores», a verdade «material».

Como esclarece Girolamo Monteleone

o conceito de *verdade material* é em si equívoco e inconsistente, porque pressupõe uma indemonstrável contraposição com uma outra *verdade* de impossível definição, sendo essa uma só e sem adjetivos. Além disso o seu chamado acerto é um fim estranho à jurisdição civil, que serve ao invés para acertar e tutelar *direitos* e não *verdades*, mais ou menos materiais (v. art. 2907 c.c.). Daí resulta que o referido princípio tem na realidade a função de construir e legitimar um processo civil no qual: o juiz seja activo, equivale a dizer inquisidor e consciente portador de instâncias externas ao juízo; tenha por conseguinte o poder de introduzir oficiosamente qualquer prova que seja para acertar a chamada verdade material; as partes e os defensores têm por sua vez o dever de colaborar na procura da verdade, inclusivamente contra o seu próprio interesse.⁹⁸

O autor conclui que «tudo isto não é mais do que a substancial negação do direito subjectivo de acção e conduz à evidente violação dos princípios constitucionais da imparcialidade e do contraditório».⁹⁹

Não vejo, pois, motivos para que se insista no ideal do quietismo jurídico, tão pouco conforme com a realidade da vida, que é e sempre será movimento e contínua luta pelo direito.

Importa agora, sem pretensão de exaustividade, destacar alguns pontos-chave sobre o conteúdo e limites do dever de cooperação e bem assim o valor negativo associado à omissão deste dever.

⁹⁸ Monteleone (2009, p. 11).

⁹⁹ Monteleone (2009, p. 11).

4.1. Conteúdo

No que se refere à posição do tribunal, o juiz tem os seguintes deveres:¹⁰⁰

1. *Dever de esclarecimento* – O tribunal tem o dever de se esclarecer junto das partes (art. 7.º, n.º 2) e estas têm o dever de o esclarecer (art. 7.º, n.º 3).¹⁰¹
2. *Dever de prevenção* – Dever assistencial, não implicando, portanto, dever recíproco das partes perante o tribunal, que o juiz cumpre convidando as partes a aperfeiçoar os seus articulados ou as conclusões das alegações de recurso (arts. 590.º, n.ºs 2, b) e 3, 591.º, 1, c), 639.º, 3 e 652.º, 1, a).¹⁰²
3. *Dever de auxílio* – Dever assistencial de o juiz remover dificuldades sérias das partes em obter documentos ou informações necessários ao eficaz exercício duma faculdade, ou ao cumprimento de ónus ou deveres processuais (arts. 7.º, 4 e 418.º, 1).¹⁰³

O chamado dever de consulta não é uma manifestação do princípio da cooperação, mas sim uma imposição do chamado contraditório influenciador (art. 3.º, 3).

¹⁰⁰ Texeira de Sousa (s. f.; 1977, pp. 65 e ss.; 2000, pp. 57 e ss.).

¹⁰¹ Texeira de Sousa (1977, p. 65) e De Freitas (2013, pp. 187 e ss.).

¹⁰² Texeira de Sousa (1977, p. 66).

¹⁰³ Texeira de Sousa (1977, p. 67). O Ac. STJ de 26.2.2013, Proc. 67/1999.L1.S1, julgou que o princípio da cooperação deve ser observado pelo Tribunal em conjugação com o princípio da auto-responsabilidade das partes, no caso de um recurso com fundamento em oposição de julgados, de cujo objecto não se tomou conhecimento, porquanto o recorrente não juntou certidão integral do Acórdão fundamento, com a respectiva nota de trânsito. Afirmou-se então: «certo que o tribunal tem o dever de auxiliar as partes na superação de eventuais dificuldade que impeçam o exercício de direitos ou faculdades ou o cumprimento de ónus ou deveres processuais. (...) Mas tal implica que aquelas aleguem justificadamente, sérias dificuldades de obtenção de documentos ou informações que comprometam o exercício do seu direito ou o cumprimento de um dever processual. Isto é, a parte tem que invocar a existência de um obstáculo que, por si, embora tenha tentado, não possa ultrapassar. Só então surge o dever de auxílio». Decidiu, por sua vez, o Ac. do TRC de 24.1.2017, Proc. 465/16.gT8LRA.C1, que apresentado por um réu, escassos dias após a citação, um requerimento acompanhado por uma carta dirigida à OA em que pedia nova nomeação para 2.ª opinião relativamente a processo anterior, ficou adquirido no processo que o requerente queria a nomeação de patrono, cabendo então ao tribunal assegurar-se de que o esclarecia dos exactos termos em que a sua pretensão devia ser formulada e da prática dos actos necessários a garantir que exercia efectivamente o seu direito de defesa, como era inequivocamente sua intenção.

No que se refere ao dever de cooperação das partes entre si, a doutrina tem dificuldade em apresentar exemplos significativos, quedando-se no elenco de uma inócua e burocrática participação na marcação das diligências (art. 151.º) ou num dever de recíproca correcção e urbanidade (art. 9.º) que melhor sede encontraria num estatuto deontológico ou profissional.

No que se relaciona com a posição das partes perante o tribunal, importa sobretudo sublinhar o importante regime do artigo 417.º cuja evolução tivemos oportunidade de referir no número anterior.¹⁰⁴

Animados do mesmo espírito, creio ainda ser de referir o ónus conclusivo e de o recorrente completar, esclarecer ou sintetizar as conclusões do recurso (arts. 635.º e 639.º, 3)¹⁰⁵

¹⁰⁴ De acordo com o Ac. TRE de 25.6.2015, Proc. 2168/09 – 1TBSTR-I-E1, «viola o princípio da cooperação processual (sendo, por isso, passível de incorrer em multa) a parte que, apesar de responder à solicitação do Tribunal, o faz de forma manifestamente desajustada, fugindo à questão apenas para que não se diga que não respondeu».

¹⁰⁵ Entendeu o Ac. STJ de 2.05.2018, Proc. 687/14.7TTMTS.P1.S1, que não definindo o legislador a forma que deve revestir a síntese das alegações, limitando-se a referir que consistem na indicação sintética dos fundamentos por que pede a alteração ou anulação da decisão, o não conhecimento do recurso fundamentado na falta de síntese das conclusões, apenas deve ter lugar em casos muito limitados e flagrantemente violadores do dever de síntese. Por sua vez o Ac. STJ de 25.5.2017, Proc. 2647/15.1T8CSC.L1.S1, considerou que a reprodução nas conclusões do recurso da respectiva motivação não equivale a uma situação de alegações com falta de conclusões. Nestas circunstâncias, não há lugar à prolação de um despacho a rejeitar liminarmente o recurso, impondo-se antes um convite ao seu aperfeiçoamento, nos termos do nº3 do artigo 639º do CPCivil, atenta a sua complexidade e/ou prolixidade.

e, em caso de impugnação da matéria de facto, de discriminação fáctica e probatória (art. 640.º).¹⁰⁶

Alguma doutrina costuma colocar naquele plano o dever de litigância de boa fé. Creio, no entanto, que este dever que, entre nós, se aplica apenas às partes e seus mandatários, não ao juiz (arts. 8.º, 542.º, 1, 543.º e 545.º)¹⁰⁷ não é senão o «outro lado da moeda» da boa fé processual, mas que com ela se não confunde,

¹⁰⁶Decidiu o Ac. TRG de 10.7.2018, Proc. 234/14OTCGMR.G1, que «em honra do princípio de cooperação, incumbe à parte recorrente, sob pena de imediata rejeição do recurso, indicar com exactidão as passagens da gravação em que funde o seu dissenso, no caso de os meios probatórios terem sido gravados, como lho impõe a alínea a) do n.º 2 do art.º 640.º». Da mesma Relação, Ac. de 20.4.2018, Proc. 1716/15.2T8BGC.G1: «Ao cumprimento do ónus da indicação dos concretos meios probatórios não bastará somente identificar os intervenientes, efectuar uma apreciação do que possam ter dito ou impugnar de forma meramente genérica os factos em causa, devendo antes precisar-se, em primeiro lugar, detalhadamente cada um dos pontos da matéria de facto constante da decisão proferida colocados em crise, indicando-se depois, relativamente a cada um deles, as passagens concretas e determinadas dos depoimentos em que se funda a impugnação que impõem decisão diversa (e não que meramente a possibilitariam) e procurando-se localizar, ao menos de forma aproximada, o início e termo de tais passagens por referência aos suportes técnicos, conforme o preceituado no referido n.º 4».

Não cumpre o ónus imposto pela al. b), do n.º 1, do art.º 640.º do CPC o apelante que nas alegações e conclusões, divide a matéria de facto impugnada em três «blocos distintos de factos» e indica os meios de prova relativamente a cada um desses blocos, mas omitindo-os relativamente a cada um dos concretos factos cuja decisão impugna, Ac. STJ de 20.12.2017, Proc. 299/13.2TTVRL.G1.S2.

Limitando-se o Recorrente a afirmar, tanto na alegação como nas conclusões, que, face aos concretos meios de prova que indica, «se impunha uma decisão diversa», relativamente às questões de facto que impugnara, deve o recurso ser rejeitado quanto à impugnação da matéria de facto, por não cumprimento do ónus processual fixado na alínea c), do n.º 1, do artigo 640º, do CPC, Ac. STJ de 6.6.2018, Proc. 1474/16.3. T8CLD. C1.S1.

Em contrapartida o Ac. STJ de 21.3.2018, Proc. 5074/15.7T8LSB.L1.S1, considerou que tendo o Recorrente, nas suas alegações de recurso de apelação, identificado os pontos de facto que considera mal julgados, o depoimento das testemunhas que entende mal valorados, a sessão na qual foram os depoimentos prestados e o início e termo da sua prestação, bem como fazendo a transcrição dos segmentos que fundamentam a sua impugnação, e referindo qual o resultado probatório que no seu entender deveria ter tido lugar, relativamente a cada ponto da matéria factual, tanto basta para que a Relação deva reapreciar a matéria de facto impugnada.

¹⁰⁷Freddie Dedier Jr. (2010) entende que o dever de boa fé processual abrange também os órgãos jurisdicionais sendo inconstitucional, por violação do artigo 266.º, 2, da Constituição da República Portuguesa, a interpretação que o restrinja às partes (pp. 93 e ss.). A verdade é que o dispositivo constitucional, a abrir o Título IX da nossa Lei Fundamental, dedicado à Administração Pública, só se aplica a esta Administração, compreendida quer em sentido subjectivo (como estrutura organizatória) quer em sentido objectivo (como função administrativa) (Canotilho e Moreira, 2014, pp. 793 e ss.).

pese embora a equiparação feita no artigo 542.º, 2, c). Equiparação que nos parece excessiva. Não é naturalmente a mesma coisa mentir nos articulados ou faltar simplesmente a um dever de cooperação. É certo que para além de a omissão ser dolosa ou padecer de negligência grosseira a lei ainda pressupõe, para que se possa qualificar a conduta da parte como ilícita, que a omissão a esta imputada seja considerada grave. Mas esta descrição, como explicou Paula Costa e Silva, além de anómala é excessivamente sincrética.¹⁰⁸

4.2. Limites

Vejamos agora, sucintamente, os limites das várias espécies de deveres cooperativos.

O dever de esclarecimento do artigo 7.º, 3 fica, desde logo, sujeito aos limites impostos pelo artigo 417.º, 3: protecção de direitos fundamentais - direito à integridade pessoal, direito à reserva da vida privada ou familiar, direito à inviolabilidade do domicílio, correspondência ou outros meios de comunicação privada (artigos 26.º, 1 e 34.º, 1, da Constituição da República) – respeito pelo direito ou dever de sigilo – sigilo profissional ou dos funcionários públicos, ou segredo de Estado;¹⁰⁹ confronta-se também com os limites resultantes do artigo 5.º quanto aos factos essenciais.

Só uma concepção autoritária e policiesca deste dever permite que se defenda que o dever de esclarecimento constitui uma ferramenta que pode servir

¹⁰⁸ Costa e Silva (2008, pp. 408 e ss.).

¹⁰⁹ Deduzida escusa com o segundo fundamento, verificado o direito pelo juiz, decide o tribunal superior segundo o critério do interesse preponderante (arts. 135.º, 136.º, 137 Código de Processo Penal ex artigo 417.º, 4; De Freitas, 2013, p. 187). Ou dito de outro modo: é reconhecida como lícita a recusa de colaboração, se a sua obediência implicar a violação de algum dos sigilos ou segredos referidos na al. c) do n.º 3 do art.º 417.º, sem embargo do tribunal poder diligenciar pela dispensa da vinculação do recusante ao segredo, lançando mão para tanto do incidente previsto no art.º 135.º do CPP, aplicável ex art.º 417.º, 4, *cfr.* Ac. TRE de 9.11.2017, Proc. 408/16.OT8ORM – A.E 1. O dever de colaboração não importa o dever de actuar fora do âmbito das regras definidas pelos art.ºs 42.º e 43.º do C. Com.. Tendo sido desrespeitado o art. 42.º do C. Com – por se exigir junção de documentos quando apenas se podia exigir a sua exibição, ou tendo-se ordenado uma exibição total, quando apenas se encontravam reunidos elementos justificativos da parcial, não se pode considerar que foi violado o dever imposto pelo art. 417.º, n.º 3, pois é legítima a recusa em cumprir a ordem judicial, Ac. STJ de 8.3.2018, Proc. 5408/10.0TBVXC – L1. É extensíssima e já inabarcável a jurisprudência sobre o dever de sigilo, sobretudo a propósito do segredo bancário, sublinhando que o mesmo não tem carácter absoluto, não prevalecendo sempre sobre qualquer outro dever conflituante, designadamente o dever de colaboração com a administração da justiça.

para ‘desmontar’ eventuais estratégias maliciosas, passo que pode mostrar-se fundamental para, mais adiante, aplicar medidas sancionatórias ou para extrair da análise comportamental os pertinentes efeitos ao nível da formação da convicção quer sobre a matéria de facto controvertida, quer sobre a solidez do direito ou defesa invocada.¹¹⁰

O dever de prevenção, quanto ao aperfeiçoamento «substancial dos articulados», encontra os limites que desde logo resultam do artigo 590.º, 6: proibição de alteração do pedido e da causa de pedir, relativamente ao autor e reconvinte; princípio de que toda a defesa é deduzida na contestação (art. 573.º) e ónus de impugnação ex artigo 574.º.¹¹¹

Está fora de causa no nosso ordenamento o juiz sugerir às partes os comportamentos processuais que julgue mais adequados (v.g. invocar a prescrição ou o direito de retenção), incluindo a alteração das pretensões deduzidas.

Por outro lado, como parece evidente, o juiz não se pode arvorar em conselheiro legal das partes, mesmo quando estas não estão representadas por advogado.

Quanto ao dever de auxílio os tribunais têm sabido respeitar as fronteiras de aplicação do princípio requisitando oficiosamente informações ou documentos, ao dispor de entidades administrativas e particulares, que tornam mais fácil para as partes o desenvolvimento da actividade probatória, independentemente dos respectivos ónus, não se confrontando com dificuldades de maior na definição do respectivo espaço de actuação.

4.3. Valor negativo

De acordo com uma máxima jurídica corrente, «*só contra as nulidades se reclama; contra os despachos há os recursos*».

Esta máxima significa que

a arguição da nulidade só é admissível quando a infracção processual não está ao abrigo de qualquer despacho judicial; se há um despacho a ordenar ou autorizar a prática ou a omissão do acto ou formalidade, o meio próprio para reagir, contra a ilegalidade que se tenha cometido, não é a arguição ou reclamação por nulidade, é a impugnação do respectivo despacho pela interposição do recurso competente.¹¹²

¹¹⁰ Geraldès *et al.* (2018, p. 34).

¹¹¹ Do Rego (2004, p. 431).

¹¹² Dos Reis (1946, p. 507).

O nosso regime das nulidades processuais consta dos artigos 186.º a 202.º. Quando falo em nulidade dos actos processuais, estou a referir-me ao sistema através do qual releva, no processo, a forma dos actos e se regulamentam as discrepâncias entre a forma prevista na lei e a forma assumida por cada acto em concreto. Ou dito de outro modo, o regime das nulidades é uma disciplina em que o legislador assume a possibilidade de determinadas prescrições, relativamente ao *iter* procedimental, poderem ser violadas e descreve os mecanismos através dos quais se pode sanar tal violação ou substituir um acto inquinado por outro limpo de vícios. O processo é uma sequência de actos, que desemboca num acto final, em função do qual se desenvolveu o procedimento no seu todo e que, de certa forma, inclui e resume todos os actos precedentes da série.¹¹³ Este acto final é, em última análise, no processo comum, a sentença. Poderia, assim, conceber-se que todos os vícios de todos os actos do processo pudessem repercutir-se e contaminar o acto final da sequência, a própria sentença, podendo entender-se as causas de nulidade da sentença, a que alude o artigo 615.º, não apenas como os vícios próprios da mesma, mas ainda como abrangendo todos os vícios dos actos do processo que se pudessem comunicar à decisão final.

Esta interpretação não pode, sem mais, ser seguida. Quando o citado artigo fala de nulidade da sentença está, na verdade, a referir-se às nulidades do acto-sentença em si mesmo considerado, e não a qualquer nulidade do procedimento que o possa afectar.

Acontece, frequentes vezes, confundir-se nulidades secundárias com os vícios específicos da sentença.

Suponha-se que apesar da insuficiência na exposição da matéria de facto alegada pelo autor, o juiz se abstém de convidar a parte a suprir tais insuficiências.

Estamos claramente perante a omissão de um acto que a lei prescreve («incumbe ainda ao juiz...» – art. 590.º, 4) o que constitui nulidade (art. 195.º).

Trata-se de uma nulidade relativa a arguir ex artigos 195 e 199.º, sob pena de sanação. Se a parte, ciente de inadequados actos ou omissões do tribunal, toma uma atitude passiva, delas não reclamando, em momento oportuno, não pode, posteriormente, só nas alegações de recurso, suscitar com êxito a omissão.

¹¹³ Mandrioli (2002, p. 395).

Quanto ao regime sancionatório resultante da falta de colaboração das partes ou de terceiros o mesmo pode traduzir-se na condenação em multa¹¹⁴ (e numa indemnização, nos casos de litigância de má fé *ex art.º 542.º, 2, al c*), na realização por via coactiva da diligência, na inversão do ónus da prova e na livre apreciação, em sede probatória, da recusa.¹¹⁵

¹¹⁴ A inobservância dum dever comporta, em regra, uma sanção, *v.g.* a aplicação duma multa (art. 417, n.º 2, CPC); o não exercício dum direito pode envolver a sua extinção ou, no âmbito processual, a sua preclusão. O Ac. TRE de 24.05.2018, proc. 1393/12-2TBOLH.E1, considerou que «a negligência das partes em impulsionar o processo para efeitos da deserção da instância resulta do não cumprimento de procedimentos destinados ao exercício de um direito e, como tal, não se configura nos casos em que a falta de impulso processual comporta a omissão de um puro dever de colaboração processual imposto pelo juiz com observância da lei».

¹¹⁵ Sobre todo este ponto, com particular incidência sobre a problemática dos exames hematólogicos em acções de reconhecimento da paternidade, o completo comentário de Do Rego (2004, p. 453). O Ac. TRE de 29.5.2008, Proc. 426/08-3, considerou legítimo o recurso à força pública, para além da multa, para assegurar a realização de uma peritagem, no caso em que uma das partes se recusou a disponibilizar o seu imóvel para se efetuar a diligência, só se devendo deitar mão das restantes soluções de carácter probatório se não for possível o recurso aos meios coercivos e a recusa tiver inviabilizado à outra parte, no todo ou em parte, a prova de determinado facto. Sobre aplicação das estatuições previstas, Ac. TRL de 8.11.2017, Proc. 13682/16.2T8LSB.L1-4. De acordo com o Ac. STJ de 12.4.2018, Proc. 744/12.12.4.TVPRT.P1.S1, a inversão do ónus da prova, nos termos do art. 344.º, n.º 2, do CC e art. 417.º, n.º 2 do CPC, apresenta-se como uma sanção civil à violação do princípio da cooperação das partes para a descoberta da verdade material, consagrado no n.º 1 do citado art. 417.º, quando essa falta de colaboração vai ao ponto de tornar impossível ou particularmente difícil a produção de prova ao sujeito processual onerado com o ónus da prova nos termos gerais e seja culposa, no sentido de que a parte recusante podia e devia agir de outro modo. A circunstância da recusa da contraparte tornar culposamente a prova impossível ou tornar particularmente difícil a prova, não importa, sem mais, que o facto controvertido se tenha por verdadeiro, mas tão só que passou a caber à parte recusante a prova da falta de realidade desse facto, não estando, por isso, as instâncias dispensadas de valorar essa recusa para efeitos da formação da sua convicção com vista a dar, como provado, ou não, o facto em causa. Tendo em conta as consequências decisivas da inversão do ónus da prova para a decisão da causa, impõe-se que a notificação efetuada à parte para proceder à junção de documentos seja acompanhada da advertência de que a sua recusa injustificada implica a inversão do ónus da prova, nos termos do art. 344.º, n.º 2, do CC. Tendo a parte recusante sido notificada com esta advertência, inexistente fundamento para dar à mesma a possibilidade de indicar e produzir novos meios de prova com vista a fazer a prova com que, em face da sua recusa ilícita de cooperação com o processo, passaria a estar onerada. *Cfr.* no mesmo sentido Acs. STJ de 24.5.2018, Proc. 318/05.6TVPRT.P1.S1, de 3.5.2018, Proc. 217/12.5TNTLSB.L1.S1 e de 12.4.2018, Proc. 744/12.4TVPRT.P1.S1.

5. Conclusão

A doutrina processual tem tradicionalmente distinguido e lidado com dois modelos de processo civil: o modelo adversarial, com preponderância do princípio dispositivo, e o modelo inquisitorial, com prevalência do princípio do inquisitório.

Muitos autores, de entre os quais Michele Taruffo,¹¹⁶ têm defendido que se deve abandonar a distinção, não só por o termo inquisitório evocar o tribunal da Santa Inquisição, mas também porque não existe nem nunca existiu nenhum processo civil que se possa considerar verdadeiramente inquisitório ou dispositivo, e ainda porque a contraposição entre *processo adversarial* e *processo inquisitorial* que normalmente se associa às famílias jurídicas do *common law* e *civil law*, respectivamente, carece hoje de validade no plano da comparação entre modelos processuais.

Seria então melhor procurar alternativas na gama dos modelos híbridos. Não concordo com esta posição. Só por «negacionismo» se pode querer rejeitar ou esquecer o que representaram historicamente os processos do santo ofício, que, como se sabe, eram secretos e praticavam sistematicamente a tortura, se iniciavam por acusação, denúncia anónima ou de ofício, em que o impulso processual era confiado ao juiz, em que o acusado não sabia, desde o início, quem o tinha acusado e porquê bem como desconhecia quem era o juiz e as testemunhas.

Por outro lado, sempre se conviveu bem com os chamados sistemas mistos (*mixtum compositum*), sem que se tenha sentido a necessidade de eliminar as duas categorias de referência. Como lembra Damaska, assim como os edifícios se podem assemelhar em maior ou menor medida a determinado estilo arquitectónico, os processos podem aproximar-se menos ou mais de determinado tipo ideal descritivo do processo civil.¹¹⁷

Finalmente, como demonstrou Máximo Langer, as análises alternativas ao binómio acusatório/inquisitivo quase sempre têm sido meras reelaboraões teóricas das categorias acusatório-inquisitivo, operando sob a sua larga sombra.¹¹⁸

Com indisfarçável entusiasmo se apresenta hoje o processo cooperativo como novo modelo de processo.¹¹⁹

¹¹⁶ Taruffo (2008, p. 110 e 160).

¹¹⁷ Damaska (1986, p. 5).

¹¹⁸ Langer (2015, pp. 11-14).

¹¹⁹ Didier Jr. (2010, pp. 42-50).

No entanto, não creio que esta alternativa afaste ou compense o princípio do inquisitório. Entre nós, onde o dispositivo é cada vez mais uma «rotina mental», as origens da cooperação radicam no inquisitório e quem defende o princípio cooperativo não pode deixar de renunciar à responsabilidade das partes, cuja actuação não vincula o tribunal e é muitas vezes olhada como corpo estranho e molesto.¹²⁰

Disto se deu conta João de Castro Mendes quando considerou o *princípio da cooperação* como um princípio do modelo inquisitório.¹²¹

Sem dúvida que entre as partes e o juiz deve existir um clima de diálogo, de lealdade e de recíproca correcção e que numa democracia a justiça é administrada em nome do povo, ou seja de acordo com as leis aprovadas pelos representantes legítimos do povo.

No entanto, há pelo menos três questões para as quais a cooperação não dá uma resposta satisfatória.

A primeira tem a ver com o risco de o papel assistencial do juiz se transformar perigosamente num paternalismo intrusivo.

Se o juiz não deve ser tão fortemente escravizado à «lei e ao direito», como se fora um súbdito do legislador e dos poderes que por detrás se escondem, nem um joguete na mão das partes, também não deve «tornar-se ele próprio político, modelador da vida social, ‘engenheiro social’ ou pelo menos assistente social de um género particular».¹²²

A segunda questão consiste em responder até onde pode ir a «mão comum» das partes e do juiz, na configuração do objecto do processo, no domínio do facto e na iniciativa instrutória, esquecendo que os juízes, pelo menos em linha de princípio ou de máxima, só deveriam ter os poderes necessários para resolver, em tempo razoável, as causas da sua responsabilidade, sem prejuízo dos poderes de direcção formal dos processos.

A última questão e a mais melindrosa tem a ver com a imparcialidade e *ter-zietà* do juiz, notas distintivas essenciais da figura do juiz. Este juiz é um homem ou uma mulher com emoções, preconceitos e com determinada visão do mundo. O problema consiste então em saber se é possível e há condições para transpor para a realidade do processo aquele homem ou aquela mulher de carne e osso exigindo-lhes que cumpram escrupulosamente os seus deveres de imparcialidade

¹²⁰Hess e Jauernig (2015, p. 175).

¹²¹De Castro Mendes (1961, p. 157).

¹²²Engisch (1988, p. 255).

e *terzietà*, e, em simultâneo, que se preocupem com a satisfação dos interesses particulares, mais do que o estritamente necessário para a declaração dos direitos subjectivos, de acordo com a norma material e os factos provados em juízo. Os poderes de iniciativa do juiz podem muito bem induzi-lo a tomar partido antes de ter julgado a causa e transformá-lo de um juiz neutral e sereno num apaixonado defensor de uma das teses em presença.

Em muitos e variados lugares e situações o juiz deve tomar a iniciativa de *convidar* as partes, seus representantes ou mandatários a praticar determinados actos. Tal é o caso previsto no n.º 2 do artigo 7.º (*cfr.* ainda 6.º, 590.º, 3 e 4, 639.º, 3 e 726.º). Não se trata de um convite amável do tribunal deixando intacto o livre arbítrio dos convidados. Pelo contrário, trata-se antes de um convite que pertence à categoria daqueles que se não podem recusar, e que pode ser ocasião para o juiz introduzir factos no debate sem que as partes tenham manifestado vontade de deles se aproveitarem.

Quando o juiz toma a iniciativa de convidar uma parte a prestar esclarecimentos ou a praticar determinados actos, está a incentivar essa parte a desenvolver uma actividade processual cuja omissão pode comprometer o êxito da acção e não está livre de que a outra parte o olhe com desconfiança.

E não se diga, como Miguel Teixeira de Sousa, que quando o juiz «não ajuda» uma das partes pode estar a ajudar a parte que menos precisa. Isto para mim não faz sentido. Faz tanto sentido como dizer-se que quando um árbitro não marca uma falta inexistente a favor da parte mais fraca está a ser parcial a favor da parte mais forte.

Continuo a pensar que «a *imparcialidade notória* do juiz em todo o percurso da acção, sobretudo na jurisdição civil, é um dos valores essenciais da administração da justiça»,¹²³ que o juiz não tem carta branca para dispor da sua própria neutralidade, e que, como expressivamente explicava Franco Cipriani, de duas uma:

ou o árbitro faz também de treinador das duas equipas, e então é preciso que nos apressemos a desacreditá-lo para sempre (como árbitro e como treinador); ou faz só de treinador (de uma equipa) e então é mesmo preciso encontrar um terceiro que faça de árbitro.¹²⁴

¹²³ Varela (1997, p. 133).

¹²⁴ Cipriani (1997a, p. 161). *Cfr.* também o famoso estudo de Enrico Tullio Liebman (1960, pp. 551-565), que afirma que «não se pode duvidar que a imparcialidade do juiz se arrisca a ficar comprometida quando ele deva julgar a partir de uma prova por ele próprio escolhida e procurada e por sua iniciativa adquirida no processo» (p. 561).

Bibliografia

- Abranches, C. (1941).
O dever de colaboração de terceiros para com a justiça. *Revista da ordem dos advogados*, 1(4), 380-397.
- Alvarado Velloso, A. (2005).
Garantismo procesal contra actuación judicial de oficio. Valencia: Tirant Lo blanch.
- Bastos, J. R. (1972).
Notas ao código de processo civil: volume III. Lisboa: Almedina.
- Beneduzi, R. (2018).
Introdução ao Processo Civil Alemão (2.^a ed.). JusPodivm: Salvador.
- Bobbio, N. (1999).
Teoria do ordenamento jurídico (10.^a ed.). Brasília: UnB.
- Böhm, P. (2004).
Processo civile e ideologia nello stato nazionalsocialista. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 58(2), 623-648.
- Buzaid, A. (2002).
Estudos e pareceres de direito processual civil. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Cadiet, L. (2006).
Ouverture - D'un code à l'autre: de fondations en refondation. Em Loïc Cadiet e Guy Canivet (Eds.), *1806-1976-2006, De la commémoration d'un code à l'autre: 200 ans de procédure civile en France* (pp. 3 e ss.). Paris: Litec.
- Cadiet, L., & Canivet, G. (Dirs.). (2006).
1806-1976-2006: De la commémoration d'un code à l'autre: 200 ans de procédure civile en France. Paris: LexisNexis (Litec).
- Calamandrei, P. (1941).
Istituzioni di diritto processuale civile, secondo Il nuovo codice. Padova: Cedam.
- Calamandrei, P. (1957).
Il processo come gioco. Em *Studi Sul Processo Civile (Volume 6)*. Padova: Cedam.

- Câmara, H. (coord.). (2016).
Código de processo civil comentado. Coimbra: Almedina.
- Campos, F. (1939).
Código de processo civil brasileiro. *A vida judiciária*, 1.
- Campos, F. (1940).
A reforma do processo civil: processo oral. Rio de Janeiro: Forense.
- Canotilho, J. J. Gomes, & Moreira, V. (2014).
Constituição da república portuguesa anotada: volume II (4.^a ed.). Coimbra.
- Caponi, R., & Proto Pisani, A. (2001).
Lineamenti di Diritto Processuale Civile. Napoli: Jovene.
- Carnelutti, F. (1941).
Carattere del nuovo processo civile italiano. *Rivista di diritto processuale civile*, 18(1), 35-52.
- Chainais, C., Ferrand, F., Mayer, L., & Guinchard, S. (2018).
Procédure Civile, Droit interne et européen du procès (34.^a ed.). Paris: Dalloz.
- Chiarloni, S. (1998).
La giustizia civile e suoi paradoss. *Storia D'Italia*. Einaudi: Annali.
- Cipriani, F. (1992).
Il codice di procedura civile tra gerarchi e processualisti. Napoli: Esi.
- Cipriani, F. (1997a).
Il contributo dei processualisti alla legislazione italiana (1946-1996). Em *Ideologie e modelli del processo civile*. Napoli: Scientifiche Italiane.
- Cipriani, F. (1997b).
Nel centenario del regolamento di Klein (Il proceso civile tra libertà e autorità). Em *Ideologie e modelli del processo civile*. Napoli: Scientifiche Italiane.
- Cipriani, F. (1997c).
Il processo civile in Italia dal codice napoleónico al 1942. *Ideologie e modelli del processo civile*. Napoli: Scientifiche Italiane.

- Cipriani, F. (2002).
Prefácio a Juan Montero Aroca. Em Juan Montero Aroca, *I Principi Politici Del Nuovo Processo Civil Spagnolo* (pp. 5-20). Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane.
- Cipriani, F. (2007).
Piero Calamandrei e la procedura civile. Napoli: ESI.
- Comissão Revisora do Código de Processo Civil. (1937).
Sessão de 26 de outubro de 1937. *Revista da Ordem dos Advogados*, 6(3-4).
- Consolo, C. (2003).
Spiegazioni di diritto processuale civile (tomo I). Padova: Cedam.
- Costa e Silva, P. (2003).
Acto e Processo. Coimbra: Coimbra.
- Costa e Silva, P. (2008).
A Litigância de Má Fé. Coimbra: Coimbra.
- Cunha, P. (1935).
Simulação processual e anulação do caso julgado. Lisboa: Tip. Minerva.
- Damaska, M. (1986).
The Faces of justice and state authority. New Haven and London: Yale University Press.
- Dauchy, S. (2006).
La conception du procès civil dans le Code de procédure civil de 1806. Em Loïc Cadiet e Guy Canivet (Eds.), *1806-1976-2006, De la commémoration d'un code à l'autre: 200 ans de procédure civile en France* (pp. 77-89). Paris: Litec.
- De Abreu, C. P. (2014).
Estratégia Processual. Coimbra: Almedina.
- De Faria, P. R., & Loureiro, A. L. (2014).
Primeiras notas ao novo código de processo civil (volume I) (2.^a ed.). Coimbra: Almedina.
- De Freitas, J. L. (1995).
Os princípios gerais nas linhas orientadoras da nova legislação processual civil. *Revista da ordem dos advogados*, I, 6-18.

De Freitas, J. L. (2010).

Estudos sobre direito civil e processo civil: vol. I (2.^a ed.). Coimbra: Coimbra.

De Freitas, J. L. (2013).

Introdução ao Processo Civil (3.^a ed.). Coimbra: Coimbra.

De Freitas, J. L. (2014).

As reformas brasileira e portuguesa do processo civil: um caso de convergência?
Em Jorge Bacelar Gouveia e Heraldo de Oliveira Silva, *I Congresso luso-brasileiro de direito* (pp. 195-203). Coimbra: Almedina.

De la Oliva Santos, A. (2012).

El papel del juez en el proceso civil, frente a ideologia, prudentia iuris. Navarra: Civitas, Thomson Reuters.

De Mendonça, L. C. (2007).

Virus autoritário e processo civil. *Julgar*, 1, 67-98.

De Montaigne, M. (2009).

Essais II. Paris: Gallimard.

Didier Jr., F. (2010).

Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português. Coimbra: Coimbra.

Engisch, K. (1988).

Introdução ao pensamento jurídico (6.^a ed.). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

Feliciano, G. G. (2014).

O Modelo de Stuttgart e os poderes assistenciais do juiz: origens históricas do “processo social” e as intervenções intuitivas no processo do trabalho. *RIDB*, 3(4), 2717-2752.

Fernandez, E. (2014).

Um novo código de processo civil? Porto: Vida Económica.

Freud, S. (2013).

O mal-estar na civilização. São Paulo: Penguin Classics, Companhia das Letras.

- De Gaulejac, V. (2005).
La société malade de gestion. Paris: Seuil.
- Geraldes, A., Pimienta, P., & De Sousa, L. F. (2018).
Código de processo civil: Vol I, Anotado. Coimbra: Almedina.
- Gonçalves, L. C. (1940).
Tratado de direito civil: Vol. XIII. Coimbra: Coimbra.
- Gouveia, M. F. (2006).
Regime Processual Experimental. Coimbra: Almedina.
- Grasso, E. (1966).
La collaborazione nel processo civile. *Rivista di diritto processuale*, 21(2), 580-609.
- Greger, R. (2012).
Cooperação como princípio processual. *Revista do Processo*, 37(206), 123-134.
- Guinchard, S., Chainais, C., Bandrac, M., Delicostopoulos, C.-S., Delicostopoulos, I.-S., Douchy-Oudot, M., Ferrand, F., Lagarde, X., Magnier, V., Ruiz Fabri, H., Sinopoli, L., & Sorel, J.-M. (2005). *Droit processual* (3.^a ed.). Paris: Dalloz.
- Hess, B., & Jauernig, O. (2015).
Manual de derecho procesal civil. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons.
- Hofer, W. (1959).
Dossier do nacional socialismo. Lisboa: Aster.
- Kochem, R. (2016).
Introdução às raízes históricas do princípio da cooperação (Kooperationsmaxime).
Revista de processo, 41(251), 75-111.
- Lagrange, O. (2010).
La collaboration en droit processuel, essai sur le concours des intérêts en procédure. Saarbrücken: Universitaires Européennes.
- Lanero, M. (1996).
Una milicia de la justicia: la política judicial del franquismo (1936-1945). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Lanero, M. (2015).

Prefácio a Nuno José Lopes. Em Nuno José Lopes, *Juízes sob tutela. Disciplina e controlo da magistratura judicial entre a república e o estado novo*. Porto: Afrontamento.

Langer, M. (2015).

La larga sombra de las categorías acusatorio-inquisitivo. *Revista brasileira de direito processual penal*, 1(1), 11-42.

Laukemann, B. (2018).

L'obligation du juge d'informer les parties dans la procédure allemande. Em Cecile Chainais, Burkhard Hess, Achille Saletti e Jean-François van Drooghenbroeck (Eds.), *L'office du juge, études de droit comparé* (pp. 97-110). Bruxelles: Bruylant.

Liebman, E. T. (1960).

Fundamento del principio dispositivo. *Rivista diritto processuale civile*, 4.

Mandrioli, C. (2002).

Diritto processuale civile: tomo I (14.^a ed.). Torino: G. Giappichelli.

Martins, P. B. (1939).

Em defesa do ante-projecto do código do processo civil (brasileiro). *Jornal do foro*, 3(46-47-48).

Mendes, J. de C. (1961).

O conceito de prova em processo civil. Lisboa: Ática.

Milza, P. (2001).

Les fascismes. Paris: Seuil.

Mitidiero, D. (2011).

Colaboração no processo civil – pressupostos sociais, lógicos e éticos. (2^a ed.). São Paulo: Revista dos Tribunais.

Mitidiero, D. (2012).

Processo justo, colaboração e ónus da prova. *Revista do tribunal superior do trabalho*, 78(1), 67-77.

Monteleone, G. (2004).

Il Codice di procedura civil italiano del 1865. Introdução ao *Codice di procedura civile del Regno d'Italia* (1865), testi e documenti per la storia del processo. Em N. Picardi e A. Giuliani (Coords.), *Testi e documenti per la storia del processo* (vol. XIII, pp. VII-XXVII). Milano: Giuffrè.

Monteleone, G. (2009).

Intorno al concetto di verità “materiale” o “oggettiva” nel processo civile. *Rivista di diritto processuale*, (64), 1-13.

Montero Aroca, J., Gómez Colomer, J.-L., & Montón Redondo, A. (2001).

El nuevo proceso civil (2.^a ed.). Valencia: Tirant Lo blanch.

Lira Neto, L. (2012).

Getúlio (1882-1930): Dos anos de formação à conquista do poder. São Paulo: Companhia das Letras.

Lira Neto, L. (2013).

Getúlio (1930-1945): Do governo provisório à ditadura do Estado Novo. São Paulo: Companhia das Letras.

Lira Neto, L. (2014).

Getúlio (1945-1954): Da volta pela consagração popular ao suicídio. São Paulo: Companhia das Letras.

Pereira, F. S. (2013).

Princípio da cooperação e dever jurídico de colaboração probatória – Uma análise à luz do novo código de processo civil. *Revista da faculdade de direito da Universidade do Porto*, 10, 111-132.

Pereira Baptista, A., Lopes do Rego, C., Lebre de Freitas, J., Correia, J., Telles, A., & Silva Santos, C. (1992). Linhas orientadoras da reforma do processo civil. *Sub Iudice: Ideias*, 4.

Picardi, N., & Nunes, D. (2011).

Il processo civile brasiliano dalle ordinazioni filippine al codice del 1973. *Rivista di diritto processuale*, (4), 926-936.

Ramos Mendez, F. (2006).

La Conception du procès civil hors de France: le cas espagnol. Em Loïc Cadet e Guy Canivet (Eds.), *1806-1976-2006, De la commémoration d'un code à l'autre: 200 ans de procédure civile en France*. Paris: Litec.

- Dos Reis, J. A. (1933).
Breve estudo sobre a reforma do processo civil e comercial (2.^a ed.). Coimbra: Coimbra.
- Dos Reis, J. A. (1940-1941).
Código de processo civil brasileiro. *Boletim da faculdade de direito da universidade de Coimbra*, 17.
- Dos Reis, J. A. (1946).
Comentário ao código de processo civil: volume 3. Coimbra: Coimbra.
- Dos Reis, J. A. (1950).
Código de processo civil, anotado: volume III. Coimbra: Coimbra.
- Do Rego, C. L. (2004).
Comentários ao código de processo civil: volume I (2.^a ed.). Coimbra: Almedina.
- Ricouer, P. (1997).
O justo ou a essência da justiça. Lisboa: Instituto Piaget.
- Rodrigues, F. P. (2013).
O novo processo civil. Os princípios estruturantes. Coimbra: Almedina.
- Serra, A. V. (1962).
Provas (direito probatório material). Lisboa: Boletim do Ministério da Justiça.
- Simmel, G. (1999).
Sociologie, études sur les formes de la socialisation. Paris: Puf.
- Silva, P. C. e (2008).
A litigância de má fé. Coimbra: Coimbra.
- Streck, L. L., Delfino, L., Dalla Barba, R. G., & Ferreira Lopes, Z. (2014).
A cooperação processual do novo CPC é incompatível com a Constituição. *Consultor jurídico*. <https://www.conjur.com.br/2014-dez-23/cooperacao-processual-cpc-incompativel-constituicao/>
- Stürner, R. (2006).
Quelques remarques sur l'image actuelle de la procédure allemande et sa relation avec la procédure française et les tendances internationales. Em Loïc Cadiet e Guy Canivet (Eds.), *1806-1976-2006, De la commémoration d'un code à l'autre: 200 ans de procédure civile en France* (pp. 329-337). Paris: Litec.

- UNIDROIT, & American Law Institute. (2004).
Principles of Transnational Civil Procedure (Princípios de Processo Civil Transnacional). *Uniform Law Review / Revue de droit uniforme*, IX(NS)(4), 749-813.
- Taruffo, M. (1980).
La giustizia civile in Italia dal'700 a oggi. Bologna: Il Mulino.
- Taruffo, M. (2002).
La prueba de los hechos. Madrid: Trotta.
- Taruffo, M. (2006).
Poteri probatorio delle parti e del giudice in Europa. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, (60), 451-482.
- Taruffo, M. (2008).
La prueba. Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons.
- Texeira de Sousa, M. (1977).
Estudos sobre o novo processo civil (2.^a ed.). Lisboa: Lex.
- Texeira de Sousa, M. (2000).
Introdução ao processo civil (2.^a ed.). Lisboa: Lex.
- Texeira de Sousa, M. (s.f.).
Omissão do dever de cooperação: que consequências? <https://academia.edu/10210886>
- Texeira, S. de F. (1976).
O código de processo civil brasileiro: origens, inovações e crítica. *Scientia Iuridica*, 25.
- Varela, A. (1997).
A reforma do processo civil. Principais inovações na estrutura do processo declaratório ordinário. *Revista de legislação e jurisprudência*, (3878), 130-136.
- Verde, G. (2002).
Profili del processo civile: I Parte Generale (6.^a ed.). Napoli: Jovene.
- Vincent, J., & Guinchard, S. (1994).
Procédure Civile (23.^a ed.). Paris: Dalloz.

Wieacker, F. (1980).

História do direito privado moderno. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

Jurisprudência, normas e outros documentos legais

Código Civil, Decreto-Lei n.º 47.344 (República Portuguesa, 25 de novembro de 1966).
Diário do Governo, 1966.

Code civil [Código Civil francês], (République française, 21 mars 1804). *Journal officiel de la République française*, 1804.

Code de procédure civile [Código de Processo Civil] (Empire français, 14 avril 1806).
Bulletin des lois de l'Empire français, 1806.

Code de procédure civile [Código de Processo Civil], Décret n.º 2007-170 (République française, 7 février 2007). *Journal officiel de la République française*, 2007.

Codice di procedura civile del Regno d'Italia, Legge n. 2248 (Regno d'Italia, 25 giugno 1865). *Gazzetta Ufficiale del Regno d'Italia*, 1865.

Codice di procedura civile, Regio Decreto n.º 1443 (Regno d'Italia, 28 ottobre 1940).
Gazzetta Ufficiale del Regno d'Italia, 1940.

Código de Processo Civil [Código de proceso civil], Carta de Lei (Reino de Portugal, 8 de novembro de 1876). *Diário do Governo*, 1876.

Código de Processo Civil [Código de proceso civil], Decreto-Lei n.º 29.637 (República Portuguesa, 28 de maio de 1939). *Diário do Governo*, 1939.

Código de Processo Civil, Decreto-Lei n.º 329-A/95 [Reforma do Código de Processo Civil e consagração do princípio da cooperação] (República Portuguesa, 12 de dezembro de 1995). *Diário da República*, 1995.

Código de Processo Civil, Lei n.º 41/2013 (Assembleia da República do Portugal, 26 de junho de 2013). *Diário da República*, 1.ª série, (121), 2013.

Código de Processo Civil, Decreto-Lei n.º 1.608 (Presidência da República [Brasil], 18 de setembro de 1939). *Diário Oficial da União*, 1939.

Código de Processo Civil, Lei n.º 5.869 (Congresso Nacional [Brasil], 11 de janeiro de 1973). *Diário Oficial da União*, 1973.

Código de Processo Civil, Lei n.º 13.105 (Congresso Nacional do Brasil, 16 de março de 2015). *Diário Oficial da União*, 2015.

Decreto n.º 12.353 [Reforma do processo civil] (República Portuguesa, 22 de setembro de 1926). *Diário do Governo*, 1926.

Decreto-Lei n.º 329-A/95 [Reforma do Código de Processo Civil do Portugal] (Ministério da Justiça [Portugal], 12 de dezembro de 1995). *Diário da República*, (286), I-A Série, 1995. <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/decreto-lei/329-a-1995-226051>

Decreto-Lei n.º 44.129 (República Portuguesa, 28 de dezembro de 1961). *Diário do Governo*, 1961.

Decreto-Lei n.º 47.690 (República Portuguesa, 11 de maio de 1967). *Diário do Governo*, 1967.

Decreto-Lei n.º 108/2006 [Regime Processual Experimental] (República Portuguesa, 8 de junho de 2006). *Diário da República*, 2006.

Décret n.º 75-1123, instituant un nouveau Code de procédure civile [Decreto que institui um novo Código de Processo Civil] (République française, 5 décembre 1975). *Journal officiel de la République française*, 1975.

Gesetz zur Reform des Zivilprozesses (ZPO-Reformgesetz – ZPO-RG) [Lei de reforma do processo civil] (Deutscher Bundestag [Alemanha], 27 de julho de 2001). *BGBI.* I S. 1887, 2001.

Ley de Enjuiciamiento Civil (Reino de España, 3 de febrero de 1881). *Gaceta de Madrid*, 1881.

Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil (Cortes Generales [Espanha], 7 de enero de 2000). *Boletín Oficial del Estado*, (7), 8 de enero de 2000.

Mediationsgesetz (Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung) [Lei de mediação] (Deutscher Bundestag [Alemanha], 21 de julho de 2012). *BGBI.* I S. 1577, 2012.

Zivilprozessordnung (ZPO) [Código de Processo Civil alemão] (Deutsches Reich [Alemanha], 30 de janeiro de 1877). *RGBl.* S. 83, com alterações posteriores.



Prueba digital y cibercriminalidad: una mirada a los principios de libertad probatoria, inmediación y contradicción*

Digital Evidence and Cybercrime: A Perspective on the Principles of Free Assessment of Evidence, Immediacy and Adversarial Proceedings

Raquel Limay Chavez

Doctoranda y miembro de la Cátedra de Cultura Jurídica de la Universidad de Girona (España).
Código ORCID: 0000-0001-9278-1067 | Contacto: raquel.limayc@udg.edu

Resumen

La presente investigación busca aportar al estudio y análisis general de las denominadas «pruebas digitales» generadas en el marco de hechos delictivos vinculados al fenómeno de la cibercriminalidad. Este propósito reviste especial relevancia ante la creciente preocupación de los Estados y de los sistemas de justicia por combatir las actividades ilícitas que se desarrollan en el ciberespacio. El trabajo se centra en el examen de tres principios procesales y probatorios —libertad probatoria, inmediación y contradicción— con el objetivo de fortalecer la comprensión del proceso penal a la luz de la nueva realidad digital y tecnológica, la cual exige replantear los enfoques tradicionales sobre los principios y valores que rigen nuestros sistemas judiciales.

Palabras clave: Cibercriminalidad, prueba digital, inmediación, contradicción, libertad probatoria.

* La presente investigación ha sido realizada en el marco de la financiación que me fue concedida tras la resolución favorable de la Convocatoria Extraordinaria de Ayudas 2025 de la Fundación Privada Manuel Serra Domínguez (Barcelona, España), obtenida en julio de 2025, destinada al apoyo de proyectos de investigación vinculados a los fines de la Fundación.

Abstract:

This research aims to contribute to the study and analysis of so-called “digital evidence” produced in the context of criminal acts linked to the phenomenon of cybercrime. This objective is particularly relevant in light of the growing concern of States and justice systems regarding the fight against illicit activities carried out in or through cyberspace. The project focuses on examining three procedural and evidentiary principles—free assessment of evidence, immediacy, and adversarial proceedings. The purpose is to strengthen the understanding of criminal procedure in view of the new digital and technological reality, which demands a reconsideration of the traditional approaches to the principles and values that underpin our current judicial systems.

Keywords: *Cybercrime, digital evidence, immediacy, adversarial proceedings, free assessment of evidence.*

Recibido: 25 de agosto de 2025 | Aprobado: 1 de diciembre de 2025

Sumario: 1. Introducción.- 2. El nuevo escenario de la cibercriminalidad.- 3. El contexto de las pruebas digitales y los ciberdelitos.- 4. La actividad probatoria de la prueba digital en la cibercriminalidad.- 4.1. Problemas en la actividad probatoria.- 5. Principios y garantías del proceso penal a la luz del nuevo escenario digital.- 5.1. Principio de libertad probatoria.- 5.2. Principio de inmediación.- 5.3. Principio de contradicción.- 6. Conclusiones.

1. Introducción

Nuestros procesos penales están diseñados con un gran protagonismo de las pruebas tradicionales, como las pruebas testimonial, documental y pericial pensadas en un contexto de averiguación de la verdad o esclarecimiento de los hechos que tienen lugar en la realidad; esto es, el espacio físico y perceptible. La doctrina civilista clásica estudió el impacto, desarrollo y apreciación de dichas pruebas también en un escenario físico, tangible, visible y perceptible. Actualmente, los procesos penales por criminalidad se han expandido vertiginosamente abarcando inclusive espacios que trascienden lo tangible; así, tienen lugar en un escenario o un entorno digital que ha sido denominado el «ciberespacio». En este se cometen cibercrímenes o delitos informáticos cuyo impacto y ejecución transgrede y, a la vez, emplea las tecnologías de la información y comunicación.

Se trata de una era donde reinan la tecnología y la virtualidad como medio y fin para la comisión de ilícitos.

El nuevo escenario de cibercriminalidad sugiere que repensemos un proceso penal, reglas procedimentales y probatorias, principios y garantías que fueron estudiadas desde la doctrina procesal, pero en un contexto procesal de delincuencia tradicional¹. Parece sumamente relevante prestar atención a los nuevos cambios que pueden significar repensar los actuales principios del proceso. En este sentido, al ser la presente investigación un análisis que tiene como base los estudios de la prueba, abordaré concretamente tres principios que tienen importancia vital para el proceso penal: los de libertad probatoria, intermediación y contradicción.

En la primera sección se abordará la noción y conceptualización de la cibercriminalidad en el ámbito del proceso penal, analizando las formas y herramientas actuales para su investigación, procesamiento y enjuiciamiento, además de precisar qué tipos de pruebas se emplean para esclarecerlos. Seguidamente, el segundo apartado está dirigido al análisis de las pruebas digitales, evaluando sus principales notas características, además de presentar el estado de la cuestión sobre la forma de procesamiento y abordaje de este medio de prueba digital, identificando sus problemas en la actividad probatoria². Finalmente, el último apartado está dirigido a evaluar la actividad probatoria a la luz de los principios del proceso de libertad probatoria, de intermediación y de contradicción (Consejo de la Unión Europea, 2016).

2. El nuevo escenario de la cibercriminalidad

Como bien lo ha identificado el Consejo de la Unión Europea (2024), la ciberdelincuencia adopta diversas formas y el ámbito cibernético facilita numerosos

1 La delincuencia tradicional y las pruebas tradicionales deben ser comprendidas, desde mi perspectiva, como aquellas que no hacen uso de medios tecnológicos o que se desarrollen en espacios virtuales.

2 No debe dejar de mencionarse que la doctrina ha elaborado propuestas para apreciar la prueba digital; así, por ejemplo, Arbós i Llobet (2011). En dicho libro, Xavier Abel Lluç indica que el análisis de la prueba electrónica se estructuraría sobre los siguientes elementos: el soporte, que sería magnético u óptico (CD, USB, *flash drive*); y el contenido, que podría separarse del soporte, contiene una estructura lógica constituida por el *software* y el *hardware* perceptibles a los sentidos que podría ser analizada. Asimismo, la firma y la fecha que se encuentran grabadas en el dispositivo y en certificaciones digitales (firma digital) otorgarían mayor seguridad al documento (2011, pp. 37 y ss.).

delitos comunes y surgidos del entorno digital. Entre las acciones delictivas se encuentran, por ejemplo, hacerse con el control de dispositivos personales usando programas maliciosos, robar o poner en peligro datos personales y derechos de propiedad intelectual para cometer fraudes en línea, utilizar internet y las plataformas de redes sociales para distribuir contenidos ilícitos, y usar la *dark web* para vender bienes ilícitos y servicios de piratería informática. Precisamente, en aras de esclarecer la comisión y sancionar los ilícitos que forman parte de la ciberdelincuencia se emplean diversas pruebas, tanto para averiguar los hechos delictivos en una decisión final como para emplearlas durante el procedimiento con el fin de, por ejemplo, aplicar medidas de coerción o restrictivas.

La vulneración y ataques a los datos e información privada y pública cometidas a través de los llamados ciberdelitos, que emplean tecnologías de la información y comunicación, así como su utilización para los ataques a la ciberseguridad, seguridad pública y privada, vienen socavando la democracia y la confianza en los actuales procesos judiciales para enfrentar estas nuevas formas de criminalidad, que definitivamente generan un desmedro para la seguridad del Estado y de sus instituciones.

Así, en un Estado constitucional de derecho las decisiones deben tomarse de formas democráticas que respondan a la verdad de lo ocurrido. Lo que sucede con la ciberdelincuencia es que estas son prácticas delictivas antidemocráticas que socavan diversos bienes valiosos en la sociedad, como la intimidad, la comunicación, el patrimonio y los datos personales, entre otros³. Precisamente, para evitar un contexto en el que circule información digital que afecte derechos individuales y colectivos, se requiere asumir una posición clara de enfrentamiento a las nuevas formas y métodos sofisticados de criminalidad.

En ese marco, para salvaguardar el correcto desarrollo de los procesos judiciales, corresponde que las decisiones sean lo más cercanas a la verdad; por ello, debe procurarse que la prueba digital recolectada e introducida al proceso sea fiable, lo que permite que las decisiones se condigan en la mayor medida posible con el esclarecimiento de los ciberdelitos. Las investigaciones y postulaciones previas de los procesos deben contar con herramientas procesales actuales que permitan lograr esta finalidad, pero antes es importante delimitar el nuevo contexto o esquema de los procesos por cibercriminalidad.

3 De acuerdo con el análisis del impacto económico y científico de la investigación desarrollada por el Consejo de la Unión Europea (2024), «las formas de ciberdelincuencia, como la explotación sexual de menores en línea, causan graves daños a sus víctimas y significa un total de 5,5 billones, que es el coste anual mundial de la ciberdelincuencia».

De ahí que se haya identificado que la ciberdelincuencia afecta, entre otros ámbitos, a los procesos de formulación de políticas públicas, debates sociales y decisiones importantes en los ámbitos de la administración de justicia, afectando además la seguridad jurídica, así como los recursos económicos del Estado otorgados para la adecuada impartición de la justicia por los órganos jurisdiccionales y de investigación. Por consiguiente, existe la imperiosa necesidad de que las partes procesales, así como el órgano jurisdiccional, conozcan en cierta medida el funcionamiento de las ciencias y tecnologías para enfrentar adecuadamente la expansión de delitos que se desenvuelven en el ciberespacio. Como bien lo indica la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo (2018): «la desinformación puede mermar la confianza en la ciencia y en las pruebas empíricas», lo que evidentemente dificulta una adecuada apreciación y desarrollo de la actividad probatoria⁴.

Es previsible que, si no se fortalecen nuestros sistemas de justicia y la forma de afrontar la criminalidad, los ciberataques aumenten, lo que generaría en definitiva que tanto los datos personales como la economía de los miembros de la sociedad se encuentren más vulnerables a las ciberamenazas y los ciberataques. Estos sobrepasan los sistemas de ciberseguridad que vienen desarrollándose y merman sectores vitales de la sociedad, incluyendo los de la administración de justicia, las comunicaciones y las finanzas, que se han visto cada año más influenciados por el uso y aplicación de tecnologías digitales que intervienen en actividades esenciales.

Como bien lo ha referido el Consejo de Europa, «los ciberataques y la ciberdelincuencia están aumentando en toda Europa, y cada vez son más sofisticados. Esta tendencia seguirá agravándose en el futuro» (Consejo de la Unión Europea, 2024)⁵. Por ello, se requiere proponer desde todos los ámbitos, incluyendo el jurídico, que exista una respuesta firme en materia de ciberseguridad que permita «crear un ciberespacio abierto y seguro, que podrá generar entre los ciudadanos una mayor confianza en las herramientas y servicios digitales» (Consejo de la Unión Europea, 2024).

4 Sobre la rapidez de transmisión de la información, el informe *Outlook on the Global Agenda 2014* resaltó: «It's also imperative to highlight the volume and rapid dissemination of online misinformation. When you are dealing with social media, you are dealing with big data» (World Economic Forum, 2014, p. 29b).

5 Por ejemplo, se sostiene «que 41 000 millones de dispositivos en todo el mundo estarán conectados a la internet de las cosas de aquí a 2025».

Se requiere de una propuesta de cara a las modalidades de crimen que reforce la actividad de obtención de pruebas digitales fiables que sirvan para esclarecer los hechos delictivos, pero además se necesita de una actividad probatoria robusta y, en general, de un sistema procesal penal que afronte los daños sociales, económicos, judiciales y políticos que genera esta forma de criminalidad⁶.

Ahora bien, ya expuesto un marco general sobre el contexto de la expansión de la cibercriminalidad, se continuará con el desarrollo de las pruebas digitales en la ciberdelincuencia.

3. El contexto de las pruebas digitales y los ciberdelitos

El profesor Serra Domínguez refería que «el análisis de la prueba no es exclusivamente jurídico, sino también es una actividad humana, que es usada en el ámbito del derecho» (Serra Domínguez, 2023, p. 2323); y, en efecto, al hablar de prueba abordamos un concepto dinámico y siempre en evolución que sobrepasa el ámbito jurídico, pero que igualmente tiene impacto en él. En ese sentido, la presencia de la prueba electrónica, digital o tecnológica⁷ es una realidad manifiesta en la actual era de la digitalización. Se viene utilizando cada vez con mayor frecuencia en los procesos judiciales penales, civiles, laborales y de cualquier naturaleza. Además, su incidencia, lejos de ser insignificante, ha ganado espacio en la toma de decisiones judiciales como medio de prueba decisivo, único o, en todo caso, corroborantes del esclarecimiento de los hechos materia de probanza.

El empleo y la notoria presencia de las pruebas digitales se contrasta, sin embargo, con el actual sistema procesal, donde las construcciones normativas, los principios del proceso y el tratamiento probatorio que regulan su valoración y actividad probatoria están pensados para medios de prueba tradicionales como

6 Estrategias de seguridad de la Unión Europea: «Los ministros de la UE fijaron como objetivo clave lograr la autonomía estratégica preservando al mismo tiempo una economía abierta, para lo cual es necesario aumentar la capacidad de adoptar decisiones autónomas en el ámbito de la ciberseguridad con el fin de reforzar el liderazgo digital y las capacidades estratégicas de la UE» (Consejo de la Unión Europea, 2021).

7 No es menos importante la denominación de las llamadas «pruebas que emplean la tecnología», pero este trabajo se centrará concretamente en sus problemas más que en el empleo de su denominación.

la prueba testimonial y documental⁸⁻⁹. Así, cuando revisamos los escritos sobre prueba de Serra Domínguez, se aprecia que considera como un catálogo de pruebas casi cerrado a la testimonial, la documental, la confesión, la inspección ocular y el reconocimiento judicial (p. 2324). Actualmente, esta concepción amerita una interpretación actualizada.

Es necesaria una adecuada actividad probatoria durante la obtención, admisión y valoración de pruebas digitales o electrónicas en aras de desarrollar mejores procesos judiciales que esclarezcan la comisión de ciberdelitos. También es relevante conocer los hechos delictivos cometidos por sujetos activos que se valen de información, datos privados y públicos, bienes colectivos e individuales, de alcance nacional e internacional, obtenidos o producidos por medios tecnológicos. El alcance delictivo se ha extendido vertiginosamente, es por ello que el Consejo de la Unión Europea (2024) ha señalado que «La UE está trabajando en varios frentes para promover la ciberresiliencia, luchar contra la ciberdelincuencia e impulsar la diplomacia y la defensa».

Uno de los ámbitos en los que se requiere del empleo de la prueba digital es definitivamente en aquellos procesos penales donde se pretende esclarecer la comisión de delitos informáticos, ciberdelitos o cibercrímenes¹⁰. Los ciberdelitos se presentan como consecuencia de la expansión relativamente reciente de la ciberdelincuencia o cibercriminalidad consistente en aquellos ilícitos cometidos a través de medios tecnológicos e informáticos para la creación, difusión, interceptación de datos o información privada, que además de perjudicar la intimidad,

8 Cabe precisar que, en algunas legislaciones, las fuentes de índole electrónica, digital o tecnológica han sido introducidas al proceso judicial a través de los medios de prueba documental. Actualmente, con el empleo de las nuevas tecnologías, dada la situación de preeminencia de la virtualidad en la cual se encuentran nuestros procesos penales, es recurrente el reemplazo del uso del documento en papel por el documento virtual, lo que amerita en definitiva un cambio en su regulación.

9 En el comunicado emitido por la Comisión Europea en Bruselas el 17 de abril de 2018, se advierte la preocupación por los actuales mecanismos legales y procesales de lucha contra la cibercriminalidad. Este sostuvo que: «Las autoridades encargadas del cumplimiento de la ley siguen trabajando con métodos complicados, mientras que los delincuentes recurren a tecnologías rápidas y de vanguardia. Debemos dotar a esas autoridades de métodos del siglo XXI para luchar contra la delincuencia, al igual que los delincuentes utilizan métodos del siglo XXI para cometer sus delitos, no podemos permitir que los delincuentes y los terroristas exploten las tecnologías de la comunicación electrónicas y modernas para ocultar sus actividades delictivas y eludir la acción de la justicia».

10 No se abordará la diferencia entre los términos empleados, aunque haya sido materia de un serio estudio para clasificarlas (Elías, 2025, p. 54); en cambio, sí se usarán estas denominaciones para referir a la delincuencia que emplea las tecnologías de la información y la comunicación.

puede dañar bienes jurídicos valiosos como la indemnidad sexual, el orden financiero y el secreto de las comunicaciones, entre otros.

Así, por ejemplo, el preámbulo del Convenio de Budapest del 23 de noviembre de 2001 abordó los problemas relativos a la ciberdelincuencia, considerando la tipificación de diversos tipos penales al ser necesaria para «prevenir los actos que pongan en peligro la confidencialidad, la integridad y la disponibilidad de los sistemas, redes y datos informáticos, así como el abuso de estos, garantizando la tipificación como delito de dichos actos».

De manera más específica, la doctrina propone la clasificación entre delitos informáticos en sentido amplio, lo que comprende la afectación a bienes jurídicos clásicos, pero empleando medios tecnológicos. Por ello, también se les conoce como «ciberdelitos réplicas» (Miró, 2012, p. 51) y «ciberdelitos en sentido estricto» o «puros», estos últimos referidos a aquellas conductas que, de manera directa o indirecta, lesionan o ponen en peligro la confiabilidad, integridad o disponibilidad de datos y sistemas informáticos (propiamente, los ciberdelitos), utilizando también los medios virtuales (Miró, 2012, p. 52; Requejo, 2023, p. 29). Sin duda, la comisión de estos delitos son manifestaciones de un cambio en el panorama delictivo que se vale de las nuevas tendencias tecnológicas, haciendo del entorno virtual un nuevo escenario criminal.

La cibercriminalidad supone un ataque directo a derechos fundamentales y bienes jurídicos valiosos para nuestros procesos y sistemas judiciales. Estos mellan los mecanismos y herramientas generadas por las políticas de ciberseguridad en la protección de datos personales y de nuestras comunicaciones, así como de diversos derechos relacionados con el secreto de las comunicaciones, la intimidad personal y la indemnidad de las personas, muy frecuentemente en desmedro del patrimonio o contra el orden financiero, que tiene como principal característica la transnacionalidad. Como bien lo afirma la ONU (2021): «Los avances tecnológicos están convirtiendo simples delitos en amenazas mundiales». Debido a esta razón, un sector doctrinario importante expone la necesidad de regular los ciberdelitos que han ido expandiéndose y abarcando modalidades y formas de ejecución diferentes de la delincuencia tradicional.

Precisamente, en aras de esclarecer la comisión, ejecución y sancionar los ilícitos que conforman el fenómeno de la ciberdelincuencia, durante la investigación se busca recopilar diversas pruebas digitales y tradicionales¹¹ que sirven

11 Se empleará este término para abordar las pruebas que no emplean tecnologías de la información y comunicación.

de fundamento para requerir medidas de coerción restrictivas, limitativas o para, finalmente, decidir condenas o absoluciones de cibercrímenes, siempre teniendo como base las pruebas digitales. Como bien refiere Armenta Deu (2018), «los medios tecnológicos son fuente esencial de diversas investigaciones» (p. 68); su incorporación al proceso es necesaria y actualmente recurrente. Así, por ejemplo, durante el proceso, la prueba digital es empleada desde las fases iniciales de investigación preliminar y preparatoria cuando se trata de recabar correspondencia electrónica por razón de una interceptación o incautación postal, elementos que pueden ser determinantes para requerir medidas limitativas de derechos; o cuando se emplean documentos obtenidos por dispositivos como celulares, *tablets* y USB, entre otros, que son introducidos y valorados como prueba trascendental para sustentar una condena o absolución¹².

En la misma línea, Ortiz sostiene que «utilizar cualesquiera medidas tecnológicas de investigación destinadas a obtener información en formato digital se antoja un pilar esencial en cualquier investigación en la actual sociedad informatizada en la que vivimos» (Ortíz, 2013, p. 7). Así, la prueba digital es producida por los sistemas digitales o informáticos; se crea, almacena y reproduce en estos mismos, a los cuales es posible acceder a través de los medios o aparatos tecnológicos que actualmente son ingresados al proceso a través de la prueba documental, en tanto no existe una regulación normativa específica en muchas legislaciones sobre el uso de pruebas digitales.

Ahora bien, si realizamos una comparación entre las pruebas tradicionales y las pruebas digitales, la doctrina ha sido conteste en señalar que estas «son frágiles y pueden alterarse, dañarse o destruirse si se tratan o examinan de un

12 Por ejemplo, en el R. N. N.º 222-2019 la Corte Suprema del Perú declaró que no había nulidad en la condena de un imputado por el delito de ofensas al pudor —exhibiciones y publicaciones obscenas— y otro en agravio de una menor de edad. En este extremo de los hechos, se le imputó al acusado haber enviado a la menor, vía WhatsApp, imágenes y contenido (fotos de su órgano sexual y de personas adultas manteniendo relaciones sexuales —entre ellas, de él y su conviviente, que era la hermana de la menor—, así como de mujeres adultas desnudas) con el propósito de que la menor le enviara fotos desnuda, pues ya había logrado que le mandara imágenes de sus nalgas. Este hecho fue descubierto por la madre de la menor agraviada el 2 de diciembre de 2017, tras revisar el celular de esta. Además, encontró conversaciones de similar contenido, lo que motivó la inmediata denuncia después de que la menor le contara sobre las acciones realizadas por el imputado. El acusado recurrió indicando una indebida valoración sobre la conversación sostenida con la menor agraviada, consignada en el acta de visualización y captura de los mensajes vía WhatsApp del teléfono celular. Sin embargo, la Sala Penal Permanente (Recurso de Nulidad N.º 222-2019/Lima, 2019), luego de evaluar esta prueba electrónica, así como las testimoniales recogidas en cámara Gesell y pericial, determinó su responsabilidad.

modo inadecuado» (Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, s.f.). Si bien los actuales sistemas de justicia han implementado mecanismos para «incrementar la eficacia de las investigaciones y procedimientos penales relativos a los delitos relacionados con sistemas y datos informáticos, así como obtener pruebas electrónicas de los delitos» (Convenio de Budapest, 2001), aún persiste el riesgo y el empleo de redes y sistemas informáticos, telemáticos y cibernéticos que son muy adecuados para cometer y ocultar delitos, especialmente con el avance constante y sofisticación de la tecnología a la que tiene acceso la mayoría de la población mundial¹³.

El esclarecimiento de los hechos delictivos en contextos de cibercriminalidad depende, entre otros medios probatorios, de la recopilación de pruebas digitales que buscan definir los hechos que se han producido en un escenario delictivo de índole virtual y, de ser estos establecidos, que puedan ser sancionados debidamente. Sin embargo, problemas concretos relacionados con sus características de fragilidad y manipulación de las pruebas digitales pueden incidir en la dificultad de obtenerlas y preservar su fiabilidad; por ejemplo, porque los entornos digitales se encuentran desprovistos de barreras y límites en su uso, lo que dificulta su obtención y posterior valoración.

De ahí que Taruffo (2008), a través de sus textos, haya advertido hace más de dos décadas atrás que

el problema de controlar la fiabilidad de las pruebas informáticas se resuelve exigiendo la prueba de diversas condiciones, al menos cuando la autenticidad o la fiabilidad de las pruebas informáticas se impugne; el equipo de cómputo debe ser estándar, el proceso tiene que haber sido ejecutado de manera correcta, y el programa haber sido puesto en marcha adecuadamente. En pocas palabras: se debe probar que toda la maquinaria que produjo el archivo funcionó correcta y apropiadamente (pp. 86-87)¹⁴.

Dada la relevancia de las pruebas digitales, resulta necesario repensar el procesamiento de delitos cometidos en el ciberespacio por cuanto es claro que

13 De acuerdo con el Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de la ONU (2015), «en la actualidad más del 80% de los hogares en los países desarrollados tiene acceso a Internet, mientras que dos tercios de los países en desarrollo no lo tienen. Las mujeres son la mitad de la población mundial, sin embargo 200 millones de ellas tienen menos acceso a la red que los hombres. Hay que superar estas brechas».

14 Claro que estos criterios en la actualidad serían superables, puesto que la vulneración en ámbitos de cibercriminalidad ha superado modos tradicionales de ataque a los sistemas *software* o tangibles de un ordenador.

la cibercriminalidad, al emplear un conocimiento tecnológico especializado, no merece el mismo tratamiento de aquellos delitos cometidos en el mundo real, que responden a una criminalidad tradicional; en tanto que las medidas aplicables, así como la actividad probatoria, revisten una complejidad que no puede ser comparada a la forma predominante de cibercriminalidad.

4. La actividad probatoria de la prueba digital en la cibercriminalidad

La criminalidad común ha evolucionado atacando espacios (ciberespacios) que, como se ha mencionado antes, se encuentran en muchas ocasiones fuera del alcance de las herramientas y procesos judiciales actuales. La administración de justicia y el sistema judicial no han evolucionado a la misma velocidad que las diversas formas y modalidades de criminalidad. A pesar de ello, el ingreso de medios de prueba digitales a nuestros sistemas de justicia se torna más frecuente, precisamente, por la facilidad de obtener la información en redes informáticas, la cual contrasta con los mínimos o nulos controles aplicados para detectar su fiabilidad, lo que puede terminar por socavar la institucionalidad del sistema de justicia en el marco de un Estado constitucional de derecho (Sanjurjo, 2020, pp. 199-200).

Una indebida actividad probatoria de la prueba digital en el escenario de la cibercriminalidad, como manifestación de ataques a la ciberseguridad, afecta de forma sistemática diversos contextos de nuestra sociedad actual, los derechos humanos y la democracia de nuestros países. Como lo ha mencionado el Reglamento (UE) 2019/881 del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la Agencia de la Unión Europea para la Ciberseguridad (2019):

La intensificación de la digitalización y de la conectividad trae consigo un aumento de los riesgos en materia de ciberseguridad, con lo que la sociedad en general resulta más vulnerable a las ciberamenazas y se exacerban los peligros a que se enfrentan las personas, incluidas las personas vulnerables. A fin de atenuar dichos riesgos, es preciso adoptar todas las medidas necesarias para mejorar la ciberseguridad.

En el contexto de los procedimientos judiciales por cibercriminalidad, la actividad de investigación y conformación, así como la admisión y valoración de los medios de prueba digital, son vitales para lograr un recorrido por el procedimiento probatorio óptimo que permita esclarecer determinados ciberdelitos que

menoscaban la ciberseguridad¹⁵. Las pruebas digitales pueden ser tan frágiles y manipulables que, llegado el momento de valorarlas, pueden adolecer de alguna contaminación que no fue evitada en la fase de investigación y que finalmente impactará en el debido esclarecimiento de los hechos.

Debe apuntarse a que la prueba sea recabada con todas las medidas de custodia, que sea admitida de acuerdo con los criterios de relevancia, y que sea actuada y valorada de manera objetiva, atendiendo a los diversos problemas probatorios que derivan de sus características intrínsecas. De esa manera, se procura optimizar los procesos penales judiciales, especialmente en este tipo de delitos, que dependen de la adecuada apreciación y conocimiento de las nuevas tecnologías.

Atendiendo al impacto en la actualidad, los procesos judiciales no son ajenos a las TIC (tecnologías de información y comunicación). Por ello, resulta necesario e imprescindible construir un sistema de investigación, admisión y valoración de pruebas que haga uso de estas herramientas tecnológicas proporcionadas por la ciencia, en aras de obtener pruebas digitales fiables que faciliten el esclarecimiento de delitos graves como los ataques informáticos, cibercrímenes que atacan los datos e información personal que circula en la red y el entorno virtual, y que además de la reserva de datos personales y públicos, afectan a bienes jurídicos preciados como la intimidad e indemnidad personal, y muy especialmente el patrimonio y orden financiero.

En ese sentido, la construcción racional de la actividad probatoria de conformación, práctica y valoración de las pruebas digitales en los procesos penales por ciberdelitos amerita una adecuada recopilación y apreciación judicial de estos medios probatorios en los actuales procesos penales por cibercriminalidad. La atención a la actividad probatoria permitirá que, una vez tenida la noticia criminal en este tipo de procesos, se puedan identificar a través de pruebas digitales los ataques a los sistemas de seguridad en el ciberespacio, de tal modo que se aclaren y sancionen los diversos ilícitos penales que emplean conocimientos tecnológicos y especializados.

15 De acuerdo con el Reglamento (UE) 2019/881 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de abril de 2019 relativo a ENISA (Agencia de la Unión Europea para la Ciberseguridad) y a la certificación de la ciberseguridad de las tecnologías de la información y la comunicación: la ciberseguridad incluye las actividades necesarias para la protección de las redes y sistemas de información, de los usuarios de dichos sistemas y de otras personas afectadas por las ciberamenazas.

4.1. Problemas en la actividad probatoria

Durante el desarrollo de todo el procedimiento probatorio, las pruebas digitales pueden adolecer de diversos problemas. Así, por ejemplo, podrían estar basadas en información proveniente de fuentes no confiables que brinden datos erróneos de forma intencional o, por otro lado, de fuentes de información que no han tenido la suficiente diligencia para filtrar información real de la falsa. Por ello, la incorporación de este tipo de pruebas requiere de una adecuada revisión y tratamiento de cara a la actual era de la digitalización y propagación vertiginosa de información de toda clase (González, 2017, p. 145). En razón a ello, se ha atendido a nivel internacional el impacto negativo que puede causar la información digital manipulada proveniente de medios tecnológicos (Simarro, 2020, p. 227).

En el marco legislativo, se ha analizado la posibilidad de que las autoridades pertinentes puedan emprender medidas de investigación en el ciberespacio cuando los marcos jurídicos existentes no sean suficientes, especialmente si se considera que pruebas como las digitales pueden tener lugar en diversas jurisdicciones, precisamente porque una de sus características es la transnacionalidad. Ello se constituye en una preocupación por la ausencia de un tratamiento diferenciado en los procedimientos penales por cibercrimitos con empleo de pruebas digitales (Consejo de la Unión Europea, 2016).

Si bien los actuales sistemas de justicia han implementado mecanismos para «incrementar la eficacia de las investigaciones y procedimientos penales relativos a los delitos relacionados con sistemas y datos informáticos, así como obtener pruebas electrónicas o digitales de los delitos», como señala el Convenio de Budapest (2001), aún persisten el riesgo y el empleo de redes informáticas y de información electrónica para cometer y ocultar delitos, especialmente con el avance constante y sofisticación de la tecnología a la que tiene acceso la mayoría de la población mundial.

Ahora bien, cabe la pregunta sobre si es necesario poner atención al peligro que podría sufrir el proceso judicial de incorporarse pruebas digitales manipuladas, cuyo origen es reconocido o que han sufrido contaminación durante su recopilación. Es en razón de las graves consecuencias que podría generar una inadecuada actividad probatoria de las pruebas digitales para el debido esclarecimiento de cibercrimitos, que la Unión Europea está preparando una ley de servicios digitales para regular los algoritmos de las grandes plataformas y combatir las campañas de desinformación que pueden desestabilizar la democracia (Consejo de la Unión Europea, s. f.).

Así, en el momento de la obtención se analizarán los problemas para determinar el origen, localización y traslado de las pruebas digitales¹⁶, así como la importancia de la cadena de custodia digital para una mejor preservación e integridad de dichas pruebas. Como bien lo refiere un sector de la doctrina, «un acto en apariencia tan inocente como la impresión de una imagen, un correo, o mensajes enviados por WhatsApp, para su ulterior aportación e ingreso al proceso judicial» (Carrasco, 2016, p. 40), puede suponer la omisión de importantes datos de los que puede depender la valoración de la prueba electrónica.

A ello se suma que el peligro de que no se deje constancia de la integridad de los medios en que se almacenaba originalmente la información, y en particular de su preservación a efectos de posteriores comprobaciones e informes (Carrasco, 2016, p. 44). De ahí que, como lo refieren Bielli y Ordóñez (2019, p. 363), «es importante que el juez pueda acceder al documento electrónico en su estado original y con pleno resguardo de todas sus propiedades y no así a un archivo clonado de baja calidad, o una copia impresa del mismo».

Así, por ejemplo, en la fase de admisión, al igual que los medios de prueba tradicionales, debe analizarse los principios de relevancia, la necesidad de aportar información sobre su autenticidad¹⁷ y la posibilidad de recurrir a la prueba pericial forense digital a través de «la detección, adquisición, tratamiento, análisis y comunicación de datos almacenados por medios electrónicos»¹⁸. Ello brindará información especializada para el mejor análisis, actuación y valoración de este

16 La sola recabación de pruebas digitales puede constituir un problema. Se cuestiona, por ejemplo, la necesidad de solicitar pruebas electrónicas (como correos electrónicos, textos o mensajes en aplicaciones) directamente a un prestador de servicios, lo que constituye un reto procedimental.

17 La autenticidad es un atributo que deben poseer las pruebas que representan un hecho o expresan una voluntad mediante un soporte documental o virtual. Anderson *et al.* (2015) consideran que la autenticidad en los medios de prueba es el elemento más importante de credibilidad de la prueba. En su opinión, «la credibilidad involucra más de una dimensión o atributo, independientemente de qué tipo de prueba se esté considerando [...] los atributos específicos de la credibilidad dependen de qué tipo de prueba estemos considerando» (p. 99).

18 Los dispositivos digitales son una fuente de información fundamental para la investigación de todo tipo de delitos, pero la recopilación y comprensión de pruebas en formato electrónico («pruebas electrónicas» o «pruebas digitales») puede definitivamente resultar difícil.

tipo de pruebas, especialmente si consideramos que los órganos decisores podrían no estar debidamente formados en el campo de la tecnología¹⁹⁻²⁰.

En ese sentido, por ejemplo, Galvis y Bustamante (2019) refieren que incluso los metadatos de una prueba electrónica podrían estar sujetos a modificación o alteración, «lo que, a los ojos de alguien sin la experiencia y el conocimiento suficientes, podría generar la creencia de hechos que jamás ocurrieron o que están manipulados y tergiversados» (p. 216)²¹⁻²².

5. Principios y garantías del proceso penal a la luz del nuevo escenario digital

Corresponde ahora profundizar en una perspectiva diferente, pues tanto el proceso penal como los actos que lo conforman, así como sus principios y garantías, requieren reevaluarse para determinar si están pensados para delitos cuya ejecución se da no solo en espacios físicos, sino también en entornos o contextos

19 «El análisis forense digital es una rama de la policía científica centrada en la detección, adquisición, tratamiento, análisis y comunicación de datos almacenados por medios electrónicos. Las pruebas electrónicas están presentes en casi todas las actividades delictivas, por lo que el apoyo que proporciona el análisis forense digital es fundamental para todas las investigaciones que llevan a cabo las fuerzas del orden. Tales pruebas pueden extraerse de una amplia gama de fuentes, como, por ejemplo, ordenadores, teléfonos inteligentes, soportes de almacenamiento a distancia, sistemas aéreos no tripulados o aparatos náuticos. El objetivo principal del análisis forense digital es extraer datos contenidos en pruebas electrónicas, transformarlos en información de utilidad operativa y presentar las conclusiones con miras a la persecución penal. En todas las fases del proceso se utilizan avanzadas técnicas forenses, a fin de que las conclusiones resulten admisibles ante un tribunal» (Interpol, s. f.a).

20 «Sin unas capacidades eficaces en materia de análisis forense digital, es probable que los organismos encargados de la aplicación de la ley no lleguen a recopilar pruebas esenciales, o puedan equivocarse en cuanto a su contenido o relevancia o, incluso, las destruyan sin querer» (Interpol, s. f.b)

21 En la normativa comparada, como el Electronic Communications Act del año 2000 y la Electronic Signature Regulation de 2002, la fiabilidad de la prueba informática o electrónica se garantiza con la exigencia del cumplimiento de condiciones especiales con relación al funcionamiento y el uso de las computadoras (Taruffo, 2008, p. 87). Es decir, su calidad también estaría relacionada con el mantenimiento y conservación de los equipos.

22 En este espacio podría discutirse el conocimiento del juez frente a las pericias digitales. Como acota Oteiza (2018), asumir que el juez carece de una formación que le permita ahondar sobre conocimientos especiales imprescindibles para resolver problemas técnicos y científicos plantea un número considerable de cuestiones epistemológicas, «lo cual lleva a especular sobre el nexo que se establece entre quien posee esos conocimientos específicos y quien controla los procesos que llevan a adoptar determinadas conclusiones sobre los hechos» (p. 309).

virtuales; y que, sumado a ello, emplean un tipo de prueba especial, la prueba digital, a diferencia de los medios de prueba más tradicionales, como las pruebas testimoniales o las documentales (Caprioli, 2019, pp. 45-46)²³. Así, por ejemplo, cabe analizar los principios del debido proceso, del derecho de defensa, de la presunción de inocencia y de la prueba, inmediación, contradicción, publicidad e impugnación, para determinar el impacto que ha tenido la nueva criminalidad en su configuración.

El siguiente acápite se enfocará en tres principios específicos: libertad probatoria, inmediación y contradicción.

5.1. Principio de libertad probatoria

El fundamento del derecho a la prueba posee configuración legal: por imperio de este, se confiere a las partes la posibilidad de ingresar todos aquellos medios probatorios relevantes que acrediten su pretensión y que tiendan a garantizar su defensa. Se ha considerado que este derecho forma parte del derecho de defensa, según lo ha establecido el Tribunal Constitucional peruano en el Expediente N.º 010-2002-AI/TC (2003).

El derecho a la prueba posee una vinculación con la búsqueda de la verdad. Por ejemplo, en 1987 la Corte Constitucional italiana, en su Sentenza 146/1987, argumentó que la limitación de la búsqueda de la verdad es contraria a la garantía constitucional del derecho a la defensa. Esta vinculación es expuesta por Ferrer (2016, pp. 51-52), quien expresa que la idea principal del derecho a la prueba es que el ciudadano tenga «derecho a demostrar la verdad de los hechos en los que fundamenta su pretensión». Ello significa, en otros términos, que «todo sujeto procesal tiene derecho a probar si se han producido o no los hechos a los cuales el derecho atribuye sus consecuencias jurídicas».

Ferrer (2016) analiza cuáles serían los elementos definitorios que comprenden el derecho a la prueba y los resume esquemáticamente del siguiente modo:

²³ Como lo expone Caprioli (2019): «Quel che è certo è che lo sviluppo tecnologico sta travolgendo l'intera nostra dogmatica della prova, ancora costruita sul modello della prova dichiarativa come ai tempi della Rivoluzione francese. Contraddittorio, oralità, immediatezza cominciano ad assumere un fascino vintage da film storico in costume. Altrettanto certo è che la tecnologia ha ormai assunto le fattezze di un autentico sistema regolativo dei rapporti umani, che affianca il diritto e deve relazionarsi con il diritto esattamente come gli altri sistemi regolativi (l'economia, la società). Il diritto – ivi compreso il diritto delle prove penali – non può sottrarsi al confronto» (pp. 45-46).

- Derecho a utilizar todas las pruebas de las que disponen las partes para demostrar la verdad de los hechos que pretenden alegar. Puntualiza que «la única limitación intrínseca a la que está sujeto el derecho a la prueba es la relevancia» (p. 52).
- Derecho a que las pruebas sean practicadas en el proceso.
- Derecho a una valoración racional de las pruebas practicadas.
- Obligación de una debida motivación (pp. 52-58).

El primer contenido del derecho a la prueba —es decir, el derecho a que las partes utilicen todas las pruebas con las que cuentan— es el que está relacionado con la fase de admisión probatoria; en consecuencia, se podrá sostener que este derecho favorece el interés y refuerza el fundamento epistémico de la relevancia (De Paula Ramos, 2013, pp. 290-291), porque permitirá, junto al principio de inclusión, que el ingreso de pruebas relevantes sea una regla de admisión general.

Los principios que regulan el momento de proposición y admisión probatoria son aquellos relacionados con la licitud, pertinencia, idoneidad y utilidad para esclarecer el hecho investigado (Parra, 2007, p. 15). La libertad probatoria permite la adaptación del proceso penal a la evolución tecnológica y social. Ahora, con la irrupción de la cibercriminalidad, hay nuevas fuentes de información: correos electrónicos, mensajes de WhatsApp o Telegram, registros de actividad, *blockchain*, huellas de red, bases de datos en la nube, videos o imágenes generadas digitalmente. El principio de libertad probatoria permitiría su incorporación, aunque no estén previstas expresamente en la ley.

Ahora bien, como antes se ha señalado, la prueba digital es especialmente vulnerable, por lo que la libertad probatoria debe coordinarse con determinadas exigencias de fiabilidad. Por ello, puede establecerse un límite a la autenticidad, por lo que podría admitirse solo lo que pueda acreditarse como auténtico. En lo digital, esto exige: metadatos, *hash* de integridad y validación pericial. Asimismo, se requeriría un límite adicional a la integridad de las pruebas digitales, por lo que cualquier alteración, edición o manipulación invalida la prueba. Por ello, se requiere una cadena de custodia digital que atienda a la preservación de la fiabilidad, el análisis informático forense y la preservación de datos, de ser el caso.

Habría además que repensar el límite de la licitud de las pruebas digitales en tanto que su obtención no podría ampararse en los medios adquiridos a través de hackeos, accesos ilícitos, capturas sin consentimiento en comunicaciones privadas o intrusiones a dispositivos sin orden judicial. Debe estar presente una noción del principio de proporcionalidad, en tanto que el uso de medios digitales

de obtención debe respetar la privacidad, los datos personales y los derechos de terceros, especialmente en investigaciones de cibercriminalidad.

La prueba digital permite reconstruir hechos complejos, transnacionales y dinámicos, mientras que la libertad probatoria facilita su recepción y evita que el proceso penal quede obsoleto frente al avance tecnológico. Pero esta libertad no es absoluta: requiere reglas de autenticidad, integridad y fiabilidad sin las cuales la admisión de pruebas digitales pondría en riesgo la verdad procesal.

La libertad probatoria es la puerta de entrada de la prueba digital, el primer contacto con el proceso judicial, pero su ejercicio debe armonizarse con garantías reforzadas, pues no todo lo digital es automáticamente fiable, tal como se pensaría de las pruebas periciales (Gascón, 2010, p. 85). También en el caso de las pruebas digitales, la libertad probatoria exige criterios técnicos y jurídicos estrictos para su validez que conviene trabajar, especialmente en investigaciones de delitos informáticos donde la manipulación es relativamente sencilla.

La doctrina ha sido conteste al considerar que «el juicio es la etapa principal del proceso porque es allí donde se ‘resuelve’ o ‘redefine’ de un modo definitivo el proceso» (Binder, 1993, p. 233). Y es que justamente es relevante en este punto porque toman protagonismo dos importantes principios: la inmediación y la contradicción, principios orientadores del sistema procesal penal.

5.2. Principio de inmediación

El principio de inmediación constituye un eje estructural del proceso judicial. Bentham (1971) ya advertía su relevancia, especialmente en relación con la prueba testimonial, al sostener que la exposición oral de los hechos permite aclarar pasajes imprecisos del relato y contrastar directamente las declaraciones con lo consignado en los documentos procesales. A su vez, la intervención directa del juez frente a quienes participan en el proceso le posibilita apreciar elementos significativos del comportamiento, tales como la expresión corporal, la modulación de la voz, las reacciones emocionales y la presencia de indicios de veracidad o de mala fe. Todos estos aspectos han sido trabajados tradicionalmente, aunque ahora han sido vistos de manera crítica. En uno y otro caso, cuando hablamos de pruebas digitales y su inmediación, ya no es posible tratar estos aspectos puesto que las pruebas digitales tienen como característica presente su inmaterialidad.

Como refiere Irrisarri (2021):

desde la doctrina procesal clásica, Chiovenda (1906) vinculó la inmediatez con una mayor celeridad del proceso, al considerar que el contacto directo

entre las partes favorece una comprensión recíproca que permite exponer con mayor claridad los argumentos ante el tribunal (p. 3).

Esta interacción inmediata, a su vez, facilita una valoración más auténtica y espontánea de las declaraciones. En una línea similar, Carnelutti (1930, p. 173) destacó que la inmediación genera un entendimiento directo entre quien se expresa y quien recibe el mensaje al suprimir distancias y obstáculos que no se limitan al plano material. En efecto, el autor subrayó que dicha proximidad opera no solo en el ámbito físico, sino también en el espiritual, pues los gestos, la forma de hablar y el tono de la voz contribuyen de manera decisiva a la comprensión de la declaración.

En ese entender, la noción clásica del principio de inmediación como medio que posibilita que el juez tenga un contacto directo, personal e ininterrumpido con la prueba, de tal forma que la ausencia de interferencia garantiza que su valoración se base en percepción propia y no en intermediarios, podría igualmente tener algunas consideraciones criticables que analizar. Así, por ejemplo, la doctrina racionalista de la prueba ha sostenido que dicha interpretación podría generar problemas en la valoración, pues se estaría obteniendo inferencias a partir de aspectos enteramente físicos de los sujetos del proceso. «Siendo el juzgador inmóvil es absolutamente necesario trasladar a su presencia los hechos de la realidad, o, mejor, el pedazo de la realidad, pretérita o actual interesante para el proceso» (Serra, 2023, p. 324).

Ahora bien, el principio de inmediación toma especial protagonismo en la actuación de la prueba testimonial, pero no así cuando nos encontramos frente a la práctica de la prueba digital. En ese sentido, habría que replantear cuál es el valor de la inmediación respecto a este medio de prueba. Entonces, si en la prueba testimonial la inmediación permite al juez observar gestos, aspectos físicos y comportamiento del testigo, ¿qué puede observar de manera directa el juez en las pruebas digitales, si muchas de ellas pueden estar contenidas en soportes, pero requieren una interpretación adicional? Incluso, algunas pueden no siempre estar traducidas al lenguaje natural, lo que dificultará sostener que este principio es en alguna medida importante para el desarrollo correcto de la práctica de la prueba; es más, habría que replantearse si es prescindible cuando estamos frente a un proceso por cibercriminalidad que emplee pruebas digitales.

Tradicionalmente, este principio se anclaba en la oralidad, la actuación probatoria en audiencia y la observación directa de los medios personales o documentales, pero podría hablarse de una ruptura en el paradigma tradicional ante la prueba digital. En ese sentido, cuando se trata de los denominados «ciberdelitos» o «delitos informáticos», o en aquellos en los que intervienen entornos

virtuales (fraudes electrónicos, *grooming*, suplantación, acceso ilícito, ataques a sistemas), la prueba no surge de un objeto físico perceptible, sino de huellas o registros electrónicos, tales como registros de actividad, metadatos, mensajes instantáneos, contenido de información y datos alojado en la nube, *wallets*, direcciones IP, etc. Estos indicios no son visibles ni comprensibles sensorialmente, requieren herramientas especializadas para ser extraídas, dependen de infraestructura tecnológica (servidores, redes, algoritmos) y pueden alterarse sin dejar rastros evidentes si no hay protocolos adecuados.

Así, la inmediación tal cual ha sido concebida por la doctrina ya no puede ser entendida como percepción directa del contenido digital, sino como control directo del procedimiento técnico que asegura su integridad. La inmediación debe ser concebida como un mecanismo cognoscitivo, como un control procedimental y técnico. De ahí que no se limite a la observación del documento expresado en soporte material, sino que además se debería conocer en juicio cómo se realizó el acto de incautación o el acta de incautación a través de la cadena de custodia digital, así como el proceso de duplicación forense, la verificación de *hash* y la trazabilidad de la cadena de custodia digital. De esta manera, el contacto judicial se orienta a supervisar que la prueba no haya sido contaminada, manipulada ni degradada.

En caso de que se produzca la intervención de la pericia informática, en la audiencia se realizará la exposición del perito informático, con la demostración técnica de cómo se obtuvo la información contenida en redes o en el espacio virtual. De ser el caso, sería necesaria además la explicación visual o demostrativa de metadatos, *timelines* o reconstrucciones de la información obtenida, dado que el órgano jurisdiccional debería cumplir un rol activo que involucra no solo la escucha, sino también las consultas y preguntas necesarias durante la presentación (Serra, 2023, p. 2352)²⁴.

Si se interpretara la inmediación, podría sostenerse que el juez «ve» la prueba no en su estado original, sino a través de su proceso validado. Asimismo, corresponde que la inmediación involucre que el juez evalúe directamente la credibilidad técnica del análisis, verifique la consistencia de protocolos para el uso

²⁴ Al hablar de prueba pericial, Serra Domínguez (2023) refiere que hay una dificultad de control crítico del juez sobre los resultados de la pericia. Así, sostiene que «si el juez tiene un conocimiento inmediato —reconocimiento judicial— o mediato —documento, confesión, testigos— de los hechos apreciados con arreglo a los conocimientos técnicos proporcionados por el perito, podrá discrepar de sus conclusiones; pero si solo conoce los hechos y la máxima de experiencia a través del dictamen pericial, le resultará imposible efectuar una revisión crítica de las conclusiones del perito» (p. 2352).

de determinada prueba digital en el cibercrimen, o identifique las limitaciones o márgenes de error. Es decir, la inmediación deja de centrarse en el objeto digital y se desplaza hacia el acto técnico que lo produce. Recordemos que, como lo refiere Serra (2023), en las pruebas el proceso intelectual es tan rápido que la mente no lo advierte y lo verifica mecánicamente, debiendo solo desarrollarse de este modo si atiende al hecho probatorio (p. 2576).

Se puede sostener inicialmente que la prueba digital reconfigura la inmediación; en ese sentido, precisamente por tratarse de hechos electrónicos, los jueces no tienen contacto directo con el dato original, sino con el proceso técnico que garantiza su autenticidad. Esta reinterpretación es indispensable en delitos de cibercriminalidad donde la evidencia reside en entornos volátiles, distribuidos y, sin duda, técnicamente complejos.

5.3. Principio de contradicción

El principio de contradicción se constituye en uno de los pilares del proceso judicial que tiene lugar en la fase oral del juicio en tanto se ejerce a través de la oposición de argumentos y razones entre las partes sobre las cuestiones introducidas que constituyen el objeto de prueba, facilitando el control de la actividad de la parte contraria mediante la exposición de argumentos, la discusión de pruebas y el debate, entre otros recursos (Neyra, 2015, p. 516). En términos de Ferrajoli (1998), el principio de contradicción es el más «importante instrumento de impulso y control del método de prueba en un sistema acusatorio, consistente en la contraposición entre hipótesis de acusación y de defensa y las pruebas y contrapruebas correspondientes» (p. 613). Para añadir estas posturas, Igartua (2009) considera que el principio de contradicción es una garantía epistemológica para la determinación de la verdad de los enunciados fácticos a probar (p. 162).

El momento del contradictorio permite una confrontación directa de las partes respecto a las pruebas presentadas (digitales, testimoniales y periciales, entre otras) en la que se hace ejercicio del derecho de defensa a través de la contradicción, de ahí que se haya asumido al proceso como un escenario de confrontación entre las partes. Ahora bien, que la confrontación sea entre las partes no limita el rol del juez al de un órgano pasivo y observador del proceso; por el contrario, si se pretende obtener la mayor información posible para reconocer un medio de prueba fiable²⁵ y, además, realizar adecuadamente la valoración

²⁵ Como cualquier hecho derivado de un medio de prueba, tendrá mayor o menor solidez, dependiendo de la calidad epistemológica de los medios y los grados de inferencia para fijarlos.

—especialmente cuando se está frente a un contexto donde las pruebas no son las tradicionales, sino que emplean conocimientos técnicos o tecnológicos (prueba pericial y prueba digital) que son ajenos al saber jurídico—, la participación del órgano jurisdiccional es necesaria. Como bien lo expone Serrá Domínguez (2023), «uno de los problemas prácticos que debe resolver la ciencia procesal es el relativo a la limitación de conocimientos del juez, unida a la cada vez más creciente complejidad de la vida moderna» (p. 2327).

Así, en el entendido que nos encontramos frente a un proceso penal que requiere de conocer los hechos de índole digital o que emplea las herramientas de la tecnología y la comunicación, el contradictorio no solo podría limitarse únicamente a un conflicto o combate dialéctico entre las partes del proceso (Taruffo, 2013, p. 242), sino que requiere que se respeten las garantías mínimas que debe ofrecer toda actividad probatoria, más aún a la luz de un nuevo contexto de expansión de la cibercriminalidad. En esa línea, no se trata solo de que la contradicción sea concebida como una lucha entre partes donde estas pueden utilizar indistintamente cualquier método (legítimo o no) para ingresar medios de prueba alegando su desconocimiento o, incluso, para ocultar pruebas o interponer obstáculos procesales; sino que ello implicaría que el empleo de la contradicción —desde esta perspectiva— estaría causando un desmedro al desarrollo de un proceso justo y, por el contrario, alentaría la mala fe procesal.

Desde una concepción epistémica del proceso como la asumida por el profesor italiano Taruffo (2005),

el contradictorio ha de ser entendido como un método de formación de la prueba que aspira a asegurar, mediante la confrontación de las posiciones, informaciones y argumentaciones diversas, proporcionadas por las partes, la plenitud y fiabilidad del procedimiento probatorio y de los criterios de decisión sobre los hechos (p. 428).

Entonces, la contradicción debe ser entendida como un método de adquisición de conocimiento e información requerida para determinar o esclarecer los hechos objeto de prueba, pero además como instrumento que garantiza la igualdad de armas en el desarrollo del proceso judicial; esto es, como una herramienta cognoscitiva (Vázquez, 2015, p. 187).

Las distintas pruebas o elementos de juicio deben cumplir una función corroboradora de los aspectos que integran la hipótesis fáctica que se pretenda probar (Ferrer, 2007, p. 86). El modo de implementar jurídicamente mecanismos que faciliten dicha corroboración es el denominado «principio de contradicción». Así, este principio permite los siguientes controles probatorios:

1. Un control sobre la correcta aplicación de las reglas epistemológicas y jurídicas sobre la admisión probatoria.
2. La práctica de la prueba de forma contradictoria.
3. La posibilidad de proponer pruebas contrarias a las ofrecidas por la otra parte procesal, de modo que permita vencer y/o corroborar una hipótesis fáctica distinta e incompatible.
4. La posibilidad de proponer pruebas de segundo orden (prueba sobre prueba) que impugnen la fiabilidad de pruebas ofrecidas por la otra parte (Ferrer, 2007, pp. 87-88).

En ese sentido, el principio de contradicción asegura que las partes del proceso puedan conocer, discutir, impugnar y confrontar los elementos probatorios. Este principio es central para la igualdad de armas y permite a la defensa participar activa y eficazmente en la actividad probatoria. Ahora bien, en el contexto del presente trabajo, cuando estamos frente a un proceso penal donde la prueba presente para la investigación de un ciberdelito es la prueba digital, pueden presentarse algunos inconvenientes para el pleno ejercicio del principio de contradicción. En escenarios de cibercriminalidad, la contradicción enfrenta desafíos particulares:

- La prueba digital puede requerir conocimientos altamente técnicos y muchas veces tanto el órgano judicial como las partes procesales, incluida la defensa, carecen de conocimientos o recursos para comprenderla, lo que dificulta el nivel del debate y del contradictorio. Esta dificultad podría disminuir con la asistencia de una pericia, pero no todos los casos ameritan que se presente una «prueba sobre prueba»; esto es, que no todas las pruebas digitales deberían requerir que se emita un informe pericial al respecto.
- Otro de los problemas que puede afrontarse en el contradictorio de las pruebas digitales es que, además de depender en ocasiones del conocimiento especializado, no todas las pruebas digitales tendrán acceso abierto o público, pues muchas de estas poseen naturaleza privada, son inaccesibles o de código cerrado, y por más que se conozca de su existencia, no así su contenido.
- Las pruebas digitales pueden encontrarse en servidores extranjeros sujetas a cooperación internacional, lo que dificulta su revisión; o, en el peor de los casos, son completamente inaccesibles. Ello se debe a que, en el marco de la cibercriminalidad, las pruebas digitales primordialmente tienen como característica la transnacionalidad. Así, muchos de

los delitos que atacan directamente datos e información relevante de empresas o entidades estatales e internacionales pueden tener como lugar de comisión un determinado país, pero sus efectos pueden ser generados en otros.

- Ahora bien, en el caso de que las pruebas digitales sí se hayan presentado al proceso e ingresen al contradictorio, no siempre tendrán una forma tangible de ser presentadas. También en ese caso, la simple visualización del contenido no garantiza su autenticidad, integridad o el contexto de las pruebas digitales que son debatidas en el contradictorio.

En definitiva, hay probabilidad de que esta asimetría técnica y de conocimientos y saberes digitales genere una desigualdad real que amenace el ejercicio pleno de la contradicción. En ese sentido, cabe la posibilidad de requerir un sistema de contradicción con ciertos aspectos a tener en consideración cuando estamos frente a pruebas digitales en un contexto de cibercriminalidad²⁶.

De ahí que resultaría indispensable un acceso que sea lo más íntegro posible a las pruebas digitales porque su complejidad sobrepasa la entrega de capturas de pantalla o extractos de conversaciones, y, además, los cibercriminales pueden dejar huellas o rastros en la misma red que conforma el ciberespacio. Su acceso, por tanto, podría ser más complicado porque no estamos siempre frente a datos que pueden presentarse mediante pruebas documentales y en soportes físicos; por ejemplo, los *hash* de verificación, los *logs* originales, los metadatos completos, siempre en el supuesto que todos estos tenga relevancia y puedan así discutirse en el juicio. Sin ello, la contradicción sería meramente una formalidad.

Sin necesidad de la prueba pericial informática, la prueba digital en el contradictorio ameritaría que se pueda conocer el *software* y la metodología de obtención; en ese sentido, al ser un medio de prueba de índole especializada, deberían conocerse los mecanismos utilizados para la extracción, así como su versión, su margen de error, si es *software* abierto o cerrado, y si permite replicar los resultados.

Además, en caso de que se presente la pericia informática, las partes —como la defensa— podrían presentar una pericia de parte independiente para que pueda

²⁶ Ello porque bien podrían presentarse pruebas digitales en marcos delictivos diversos a un escenario de cibercriminalidad. Por ejemplo, cuando hablamos de la presentación de conversaciones por correo electrónico para procesos de despidos laborales, no estamos propiamente ante un hecho delictivo perteneciente al marco de la cibercriminalidad y sí, en cambio, al de delitos tradicionales que hacen uso de pruebas digitales.

ser contrapericia a la de oficio. Ahora bien, el ejercicio de la contradicción no se logra solamente interrogando al perito, sea de oficio o de parte, sino que debe garantizarse la posibilidad de designar un perito de parte, replicar la extracción, reproducir la verificación del *hash* y confrontar metodologías.

Asimismo, debe tenerse presente que, en el escenario o contexto digital, una vez producidos los delitos informáticos, el contenido aislado puede ser engañoso. Esto significa que la contradicción exige evaluar un contexto temporal (*timelines*), la correlación de eventos, el origen y el destino de mensajes, comunicaciones y fechas, además de las posibles manipulaciones que pudieron haber atravesado el proceso y el resultado. No se trata solo y exclusivamente de lo que la prueba digital muestra, sino que esta información puede estar vinculada con datos adicionales de conocimiento necesario para su completa comprensión en juicio.

La contradicción en prueba digital implica acceso técnico equitativo y, de ser el caso, y siempre que lo permita así el medio de prueba, la replicabilidad del análisis. Sin transparencia de metodología ni conocimiento de las herramientas de obtención, sin copia forense y sin posibilidad real de contrapericia, la contradicción no cumpliría un rol de adquisición de conocimiento y de contenido, especialmente en procesos por cibercriminalidad donde la complejidad técnica es alta y la manipulación es posible.

6. Conclusiones

La expansión de la cibercriminalidad y la creciente incorporación de tecnologías en la vida social, económica y comunicacional han transformado profundamente el modo en que se obtienen, introducen y valoran las pruebas en el proceso penal. Este escenario exige replantear categorías y principios construidos históricamente para un modelo de criminalidad tradicional desarrollada en espacios físicos, con medios de prueba tangibles y fácilmente perceptibles. La irrupción de la prueba digital —caracterizada por su fragilidad, volatilidad, posibilidad de manipulación y naturaleza transnacional— revela los límites del sistema probatorio clásico y confirma la necesidad de una valoración racional y epistémica que permita afrontar adecuadamente los desafíos que plantea el entorno digital.

En primer lugar, la investigación demuestra que los sistemas judiciales requieren de un tratamiento procesal y probatorio diferenciado para las pruebas digitales, atendiendo a su origen tecnológico, al carácter dinámico de los datos en entornos informáticos y a la facilidad con la que pueden ser alterados o destruidos. La ausencia de mecanismos específicos para su obtención, conservación y

verificación compromete la fiabilidad de la información que ingresa en el proceso y, con ello, la capacidad del Estado para sancionar efectivamente los ciberdelitos.

En segundo término, se constata que los principios de libertad probatoria, inmediación y contradicción necesitan ser reinterpretados a la luz del nuevo ecosistema digital. La libertad probatoria permite la incorporación de nuevas fuentes de información, pero únicamente bajo estrictas garantías de autenticidad e integridad. La inmediación, tradicionalmente vinculada a la percepción directa del juez, debe reorientarse hacia el control del proceso técnico de producción, extracción y validación de la prueba digital. A su vez, la contradicción enfrenta importantes obstáculos derivados de la complejidad tecnológica, la disparidad de conocimientos entre las partes y la posible inaccesibilidad a los datos originales, factores que pueden generar una desigualdad real en el debate procesal.

Asimismo, la investigación evidencia que una actividad probatoria racional de la prueba digital exige integrar conocimientos interdisciplinarios, en particular aquellos provistos por las ciencias informáticas y la informática forense. La pericia digital se convierte en un instrumento esencial para garantizar que los datos presentados sean auténticos, íntegros y verificables, así como para dotar al órgano jurisdiccional de herramientas cognitivas suficientes para su adecuada valoración.

Finalmente, se concluye que la apreciación racional de la prueba digital constituye una necesidad impostergable para los sistemas de justicia contemporáneos. Frente al crecimiento de los ciberdelitos y al uso sofisticado de tecnologías para ocultar o manipular información, la respuesta estatal debe orientarse hacia la creación de criterios técnicos y jurídicos claros que aseguren la preservación, admisión y valoración fiable de la evidencia digital. Solo así se garantizará el esclarecimiento de los hechos, la protección de derechos fundamentales y la efectividad del proceso penal en un entorno en constante transformación.

En suma, la presente investigación pone de manifiesto que la cibercriminalidad no solo desafía al derecho penal sustantivo, sino también a la teoría de la prueba y a los principios estructurales del proceso. Adaptarse a esta nueva realidad demanda una reconstrucción racional del sistema probatorio, capaz de integrar el conocimiento tecnológico sin renunciar a los valores que sustentan un proceso penal justo: verdad, defensa, transparencia, fiabilidad y control epistémico de las decisiones judiciales.

Bibliografía

- Abel Lluch, X. (2011).
Prueba electrónica. En Xavier Abel Lluch y Joan Picó i Junoy (dirs.), *La prueba electrónica* (pp. 15-230). Barcelona: Bosch Editor.
- Anderson, T., Schum, D., & Twining, W. (2015).
Análisis de la prueba (F. Carbonell y C. Agüero, trads.). Madrid: Marcial Pons.
- Andrés Ibáñez, P. (2003).
Sobre el valor de la intermediación. (Una aproximación crítica). *Jueces para la democracia*, (46), 57-66. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=409555>
- Armenta Deu, T. (2018).
Los medios tecnológicos son fuente esencial de diversas investigaciones. *Revista de Internet, Derecho y Política*, (27), 67-78. <https://www.raco.cat/index.php/IDP/article/view/n27-armenta>
- Arbós i Llobet, R., Fons Rodríguez, C., Izquierdo Blanco, P., Queral Carbonell, A., Del Valle García, M., & Pérez Daudí, V. (2011).
La prueba electrónica (Xavier Abel Lluch y Joan Picó i Junoy, dirs.; Núria Ginés Castellet, coord.). Barcelona: J. M. Bosch Editor.
- Bielli, M., & Ordóñez, C. (2019).
El juez y la prueba electrónica. Buenos Aires: Colegio de Abogados de Morón.
- Binder, A. (1993).
Introducción al Derecho Procesal Penal (2.^a ed.). Buenos Aires: Ad Hoc.
- Carnelutti, F. (1930).
Derecho y proceso (S. Santis Melendo, trad.). Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Carrasco M., S. (2016).
La alegalidad o limbo legal de la prueba electrónica. En Ricardo Oliva León y Barceló Valero (coords.), *La prueba electrónica. Validez y eficacia procesal* (pp. 40-49). Juristas con Futuro. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=658404>
- Caprioli, F. (2020).
Tecnologia e prova penale: nuovi diritti e nuove garanzie. En *Dimensione tecnologica e prova penale* (pp. 45-54). Turín: Giappichelli.

Comisión Europea. (2020).

Estrategia de ciberseguridad de la UE. <https://digital-strategy.ec.europa.eu/es/policies/cybersecurity-strategy>

Consejo de la Unión Europea. (s. f.).

Ley de Servicios Digitales. <https://www.consilium.europa.eu/es/infographics/digital-services-act/>

Consejo de la Unión Europea. (2016).

Lucha contra las actividades delictivas en el ciberespacio: el Consejo acuerda medidas prácticas y los próximos pasos. <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2016/06/09/criminal-activities-cyberspace/>

Consejo de la Unión Europea. (2021).

Cybersecurity: Council adopts conclusions on the EU's cybersecurity strategy [comunicado de prensa]. <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2021/03/22/cybersecurity-council-adopts-conclusions-on-the-eu-s-cybersecurity-strategy/>

Consejo de la Unión Europea. (2024).

Ciberseguridad: estrategia y políticas clave de la UE. <https://www.consilium.europa.eu/es/policies/cybersecurity/>

De Paula Ramos, V. (2013).

Derecho Fundamental a la prueba. *Gaceta Constitucional*, (65), 286-299.

Elías Puelles, R. (2025).

Delitos contra la seguridad informática. Acceso ilícito, atentados contra la integridad y disponibilidad de datos y sistemas informáticos, interceptación ilícita de datos informáticos, abuso de dispositivos. Lima: Instituto Pacífico y Actualidad Penal.

Fernández, M. (2005).

Prueba y presunción de inocencia. Madrid: Iustel Publicaciones.

Ferrajoli, L. (1998).

Derecho y razón. Teoría del garantismo penal (Perfecto Andrés Ibañez y otros, trads.). Madrid: Editorial Trotta.

Ferrer Beltrán, J. (2007).

La valoración racional de la prueba. Madrid: Marcial Pons.

Ferrer Beltrán, J. (2016).

Motivación y racionalidad de la prueba. Lima: Grijley.

Galvis, Á., & Bustamante, M. (2019).

La no equivalencia funcional entre la prueba electrónica y la prueba documental: Una lectura desde la regulación procesal colombiana. *Revista Ius et Praxis*, 25(2), 189-222. https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122019000200189

Gascón Abellán, M. (2010).

Prueba científica. Mitos y paradigmas. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, (44), 81-103.

González Lage, J. (2017).

La prueba pericial en la práctica judicial penal: las redes sociales en el proceso penal. En Picó i Junoy (dir.), *Peritaje y prueba pericial* (pp. 563-569). Barcelona: Bosh Procesal.

Igartua, J. (2009).

El razonamiento en las resoluciones judiciales. Lima: Palestra.

Interpol. (s. f.a).

Análisis forense digital. <https://www.interpol.int/es/Como-trabajamos/Innovacion/Analisis-forense-digital>

Interpol. (s. f.b).

Proyecto Leader. <https://www.interpol.int/es/Como-trabajamos/Innovacion/Projects/Proyecto-Leader>

Irisarri, S. M. (2021).

La función epistemológica del principio de inmediación en la prueba testimonial: ¿Garantía procesal? <https://dugi-doc.udg.edu/handle/10256/19425>.

Miró Llinares, F. (2012).

El cibercrimen: Fenomenología y criminología de la delincuencia en el ciberespacio. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales.

Naciones Unidas. (s. f.).

ONU llama a superar brechas en el uso de las TIC. <https://www.un.org/es/desa/ws10>

Naciones Unidas. (2015).

ONU llama a superar brechas en el uso de las TIC. Departamento de Asuntos Económicos y Sociales. <https://www.un.org/es/desa/wsis10>

Naciones Unidas. (2021).

Los avances tecnológicos están convirtiendo simples delitos en amenazas mundiales. <https://news.un.org/es/story/2021/06/1493862>

Neyra Flores, J. A. (2015).

Tratado de Derecho Procesal Penal (t. II). Lima: Idemsa.

Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. (s. f.).

Pruebas digitales. <https://syntheticdrugs.unodc.org/syntheticdrugs/es/cybercrime/detectandrespond/investigation/digitalevidence.html>

Ortiz Pradillo, J. (2013).

La investigación del delito en la era digital. Los derechos fundamentales frente a las nuevas medidas tecnológicas de investigación. Fundación Alternativas. <https://eprints.ucm.es/64640/>

Oteiza, E. (2017).

Prueba digital y acceso a la justicia: imparcialidad e igualdad. En Joan Picó i Junoy (dir.), *Peritaje y prueba pericial* (pp. 303-317). Barcelona: Bosch Editor.

Parra, J. (2007).

Manual de derecho probatorio (15.^a ed.). Bogotá: Librería Ediciones del Profesional LTDA.

Requejo-Passoni, W. (2024).

El dilema de las copias de seguridad en el delito de sabotaje contra datos informáticos en el derecho penal español. *IDP: Revista de Internet, Derecho y Política*, (41), 1-12. <https://doi.org/10.7238/idp.voi41.420591>

Sansurjo Ríos, E. I. (2020).

Proceso penal y volatilidad/mutabilidad de las fuentes de las pruebas electrónicas: sobre la conveniencia y el modo de asegurarlas eficazmente. En Eva Isabel Sansurjo Ríos y Piedad González Granda (dirs.), *Exclusiones probatorias en el entorno de la investigación y prueba electrónica* (pp. 195-224). <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7575108>

Serra Domínguez, M. (2023).

Obra procesal (t. V-VII, prueba [2.^a parte], pp. 2323-3014). Barcelona: Fundación Privada Manuel Serrá Domínguez.

Simarro Pedreira, M. (2020).

La cadena de custodia en la prueba digital: España vs. EE.UU. En Eva Isabel Sansurjo Ríos y Piedad González Granda (dirs.), *Exclusiones probatorias en el entorno de la investigación y prueba electrónica* (pp. 225-237). <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7575107>

Taruffo, M. (2008).

La prueba de los hechos (4.^a ed.). Madrid: Editorial Trotta.

Taruffo, M. (2013).

La verdad en el proceso. *Derecho & Sociedad*, (40), pp. 239-248. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/12804>

Vázquez Rojas, C. (2015).

De la prueba científica a la prueba pericial. Madrid: Marcial Pons.

World Economic Forum (WEF). (2014).

Outlook on the Global Agenda 2014. https://www3.weforum.org/docs/WEF_GAC_GlobalAgendaOutlook_2014.pdf

Jurisprudencia, normas y otros documentos legales

Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Hacer frente a la desinformación en línea: un enfoque europeo (COM(2018) 236 final) (Comisión Europea, 2018). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018DC0236&rid=10>

Convenio de Budapest [Instrumento de Ratificación del Convenio sobre la Ciberdelincuencia] (Consejo Europeo, 23 de noviembre de 2001). https://www.oas.org/juridico/english/cyb_pry_convenio.pdf

Expediente N.º 010-2002-AI/TC (Tribunal Constitucional [Perú], 3 de enero de 2003). <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00010-2002-AI.html>

Recurso de Nulidad N.º 222-2019/Lima (Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República [Perú], 2019). <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2020/07/RN-222-2019-Lima-LP.pdf>

Reglamento (UE) 2019/881, relativo a ENISA (Agencia de la Unión Europea para la Ciberseguridad) y a la certificación de la ciberseguridad de las tecnologías de la información y la comunicación (Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, 17 de abril de 2019). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:32019R0881>

Sentenza 146/1987 (Corte Costituzionale [Italia], 1987). https://giurcost.org/decisioni/1987/0146s-87.html?utm_source=chatgpt.com



Tercera sección **RESEÑAS**



Hacia el proceso judicial del siglo XXII, **de Jordi Nieva Fenoll**

Ulises Canosa Suárez*

Presidente del Instituto Colombiano de Derecho Procesal (ICDP)

Código ORCID: 0000-0002-5894-6902 | Contacto: ulises.canosa@ucsabogados.com

Hacia el proceso judicial del siglo XXII es un interesante libro de la exuberante producción doctrinaria del profesor Jordi Nieva Fenoll. No es un tratado más de dogmática, ni una exposición lineal de instituciones procesales. Es una obra atrayente, sobre un tema de evidente actualidad, que agrupa diversos trabajos del autor en torno a un eje común: la necesidad de repensar el derecho procesal desde fundamentos epistemológicos sólidos y desde una comprensión realista del impacto tecnológico. Nieva Fenoll propone abandonar la cultura del argumento de autoridad, incluida la inercia dogmática, y replantear las categorías procesales bajo criterios científicos, verificables y comparados. Su propósito declarado es promover e intervenir en un debate que considera empantanado por la repetición doctrinal y por la ausencia de pensamiento crítico, incluso si ello implica incomodar a la academia. Ese espíritu de confrontación intelectual articula el libro

* Vicepresidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal (IIDP). Miembro de la Asociación Mundial de Derecho Procesal, de la Academia Colombiana de Jurisprudencia y del Colegio de Abogados Comercialistas. Miembro de la Comisión Redactora del Código General del Proceso de Colombia y del Decreto de Digitalización de la Justicia. Es abogado por la Universidad Libre (Colombia) y doctor en Derecho Cum Laude con estudios de posdoctorado en la Universidad de Salamanca (España), magister en Pruebas de la Universidad de Girona (España) con doble titulación de la Universidad de Génova (Italia) y magister en Derechos Humanos en la Universidad Alfonso X UAX (España). Además, realizó cursos de especialización en Procesal y Financiero en la Universidad del Rosario, Comercial de la Universidad Externado (Colombia), Constitucional en la Universidad de Salamanca y estudios de Dirección Empresarial en el Instituto Europeo de Administración de Negocios (España) o Insead, en la Universidad de Navarra (España) y en el Inalde. Ha sido profesor en pregrado, cursos de especialización, maestría y doctorado. Ha sido vicepresidente ejecutivo jurídico, gerente jurídico, y miembro y presidente de junta directiva de varias empresas privadas. Actualmente, es conjuez de la Corte Suprema de Justicia, árbitro de las Cámaras de Comercio, asesor independiente y abogado litigante.

y le da unidad a pesar de la diversidad de temas que aborda, desde la inteligencia artificial (IA) y los heurísticos judiciales hasta la prueba, la casación, el arbitraje, el proceso civil y el proceso penal.

La obra abre con un ensayo que funciona como prelude metodológico: «Postuniversidad: la derrota». No se trata de un lamento retórico sino de un alegato sobre el colapso de la universidad como institución productora de conocimiento jurídico confiable. El autor sostiene que la universidad dejó de ser un centro intelectual relevante debido al deterioro del profesorado, muchas veces más preocupado por acreditaciones y méritos burocráticos que por investigar o enseñar con rigor; a la sumisión y el silencio como norma, que equivalen, en su juicio, a ignorancia y barbarie; a los escándalos académicos y a la proliferación de centros inútiles que han erosionado la credibilidad institucional; y a la ficción de la investigación, en la que los «proyectos» se reducen a mecanismos para obtener financiación sin verdadero impacto científico. Este deterioro no es un apéndice sociológico, sino la clave del planteamiento general del libro: si la academia produce juristas con escasa formación crítica, el sistema de justicia no puede aspirar a un proceso judicial moderno ni a decisiones racionales. La derrota universitaria, entonces, se convierte en la premisa necesaria para justificar la reforma procesal del futuro.

La sección II del libro se aproxima a la transformación tecnológica del proceso judicial. Nieva no adopta una postura tecnofílica ingenua; más bien, examina los puntos en los que la IA tensiona o reconfigura instituciones tradicionales. Analiza la automatización del enjuiciamiento, todavía limitada pero inevitable en materias repetitivas o de baja cuantía; el uso de IA generativa como herramienta de necesario apoyo en la elaboración de escritos, el análisis jurídico y la predicción del riesgo procesal; y la revisión de la valoración de la prueba, especialmente en contextos donde la intervención tecnológica podría reducir errores derivados del razonamiento humano. Advierte, sin embargo, sobre el riesgo de una distopía judicial en la que la justicia sea capturada por sistemas opacos, privatizados o susceptibles de manipulación política. Dedicar, además, una parte sustancial al trasfondo psicológico de la actividad judicial, integrando conceptos heurísticos como representatividad, accesibilidad, anclaje, ajuste y afección. Esta aproximación, lejos de ser decorativa, sirve para argumentar que la tecnología podría limitar ciertos sesgos decisionales arraigados, aunque introduce también riesgos algorítmicos que no pueden ignorarse y deben administrarse. La pregunta central no es si la IA reemplazará al juez, sino cómo transformar el proceso para que la intervención tecnológica mejore, y no deteriore, la racionalidad judicial.

El libro plantea cuestionamientos a núcleos duros del derecho procesal. El bloque IV, dedicado a la prueba, contiene algunas de las tesis más controvertidas.

Nieva sostiene que la carga de la prueba es una reliquia histórica que debiera ser abolida y critica tanto su estructura subjetiva como objetiva, al considerar que genera ficciones innecesarias y resultados irracionales incluso en sistemas que proclaman la libre valoración. En la misma línea, cuestiona la persistencia de la valoración legal de la prueba y sus reminiscencias incomprensibles. Revisa también la regla de exclusión en materia de pruebas ilícitas, su incapacidad para cumplir su función disuasoria y sugiere una excepción única basada en la notoria realidad de los hechos descubiertos. Por último, estudia la crisis de la prueba científica, la fragilidad epistémica del perito judicial, los criterios Daubert, la neurociencia y fenómenos contemporáneos como los *deepfakes* pornográficos, con el fin de demostrar la urgencia de mecanismos probatorios compatibles con el conocimiento científico.

El libro aborda también una serie de temas adicionales que amplían su alcance, entre ellos la desorientación de las reformas del proceso civil, condicionadas por coyunturas políticas y vínculos académicos que, en su criterio, han producido cambios sin coherencia científica; el examen crítico de la casación civil y penal, presentada como una reforma técnicamente correcta pero políticamente envenenada; el análisis del arbitraje desde su elitismo estructural y su posible transformación a partir de la inteligencia artificial; y la revisión del proceso penal, en el que el autor insiste en superar la instrucción como falsa primera instancia y en avanzar hacia un proceso genuinamente acusatorio. Estas secciones confirman que el propósito del libro no es describir instituciones aisladas, sino repensarlas para reformularlas desde principios epistemológicos, psicológicos y tecnológicos que atraviesan toda la obra.

Hacia el proceso judicial del siglo XXII es una obra meritoria, que hay que leer, un libro oportuno e incómodo en el mejor sentido. Obliga a la autocrítica del abogado e invita al jurista a reflexionar y confrontar la crisis de la universidad, la debilidad epistémica de la dogmática procesal y los desafíos que plantea la IA. Su valor no radica en ofrecer un modelo cerrado de proceso futuro, sino en desmontar mitos, evidenciar contradicciones y exigir investigación empírica real. Para el estudio del derecho procesal el texto es especialmente valioso porque demuestra que el derecho procesal es dinámico y no puede seguir operando con categorías del siglo XX mientras enfrenta fenómenos propios del XXI y anticipa problemas del XXII. Es, en suma, una convocatoria a reconstruir la ciencia procesal sobre bases más sólidas, a abandonar la comodidad doctrinal y a asumir la responsabilidad intelectual del jurista científico del presente y para el futuro.

Recibido: 18 de noviembre de 2025 | Aprobado: 12 de diciembre de 2025