



Civil Procedure Review  
AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

# Civil Procedure Review







Civil Procedure Review  
AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

# Civil Procedure Review

2018

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

Civil Procedure Review, v.9, n.1: jan.-apr., 2018  
ISSN 2191-1339 – [www.civilprocedurereview.com](http://www.civilprocedurereview.com)

3



www.editorajuspodivm.com.br

Rua Mato Grosso, 164, Ed. Marfina, 1º Andar – Pituba, CEP: 41830-151 – Salvador – Bahia

Tel: (71) 3045.9051

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

**Copyright:** Edições JusPODIVM

Todos os direitos desta edição reservados à Edições JusPODIVM.

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



# Civil Procedure Review

AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

## About the Authors

1

### **Jordi Nieva-Fenoll**

Professor of Civil Procedure at the University of Barcelona, Spain.

2

### **Elisângela Simon Caureo**

Brazilian Federal judge. Master in Law from the Law School of UFRGS. Ph.D. candidate at Roma Tre University and at UFRGS.

3

### **Valentina Popova**

Ph.D. Associate professor on Civil Procedure at Sofia University St. Kliment Ohridski.  
Associate professor on Civil Procedure at the South Western University Blagoevgrad

4

### **Hugo Luz dos Santos**

Magistrate of the Public Prosecution Office, Portugal.

5

### **Carlos Frederico Bastos Pereira**

Master's degree in Civil Procedure Law from the Federal University of Espírito Santo, Brazil. Legal Clerk at the Court of Appeals of Espírito Santo State, Brazil.

**José Borges Teixeira Júnior**

Attending to the Master of Laws LL.M. candidate at the Universidade Federal do Espírito Santo, Brazil and at Steinbeins University Berlin, Germany. Judge at Espírito Santo State, Brazil.



# Civil Procedure Review

AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

## Summary

### • 1

#### **Repensando Daubert: La Paradoja de la Prueba Pericial (Rethinking Daubert: the paradox of forensic evidence) ..... 11**

*Jordi NIEVA-FENOLL*

1. Introducción.....	11
2. De Frye a Daubert.....	13
3. La experiencia europea: el perito de designación judicial.....	18
4. Un problema común: la corrupción del perito o su defectuosa formación.....	20
5. La carga de la prueba: una solución falsa.....	21
6. La formación científica del juez.....	22
7. La optimización del estudio universitario.....	24
8. La responsabilidad deontológica del perito.....	26

### • 2

#### **Il dovere di verità e completezza nel processo civile (Duty of Truthful Disclosure and Duty of Completeness in civil procedure)..... 27**

*Elisângela Simon Caureo*

Riassunto.....	27
Abstract.....	27
Introduzione.....	28
1. Piccola Storia della verità nella procedura civile.....	28
2. Il Dovere di verità e completezza.....	30
3. Il contenuto del dovere di verità.....	32
4. Il dovere di verità in Germania.....	35
5. Il dovere di verità in Germania nell'attualità.....	37

6. Ambito materiale di validità del dovere di verità .....	39
7. Limiti del dovere di verità .....	39
Conclusioni.....	40
Bibliografia .....	40

• **3**

**The Mediation in the Bulgarian and European Law,  
Bulgarian, European and International Civil Process .....** **43**

*Valentina Popova*

I. Legislation. Definitions .....	44
II. Rights that can be subject to mediation.....	48
III. Mediation agreement .....	50
IV. Persons/institutions that can act as mediator.....	51
V. Mediation procedure.....	52
VI. Settlement agreement .....	55
VII. Setting aside a settlement agreement.....	59
VIII. International mediation .....	60

• **4**

**A distribuição dinâmica do ónus da prova no direito processual civil  
português e macaense: reflexões no plano do direito a constituir  
(The Dynamic Distribution of the Burden of Proof in the Portuguese and  
Macanese Civil Procedure Law: reflections from an *iure condendo* standpoint)..** **73**

*Hugo Luz dos Santos*

I. A distribuição dinâmica do ónus da prova no direito probatório material de Portugal e da Região Administrativa Especial de Macau: a sua importância, de iure condendo, no âmbito do processo civil do futuro e os seus critérios de concretização .....	74
II. O funcionamento e o âmbito de aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ónus da prova e futuros caminhos de iure condendo: a distribuição dinâmica do ónus da prova e o princípio da gestão processual (art. 6.º, n.º 1) no novo CPC de 2013 .....	89

• **5**

**Norma Fundamental do Processo Civil Brasileiro:  
Aspectos Conceituais, Estruturais e Funcionais  
(Fundamental Norms in Brazilian Civil Procedure:  
Conceptual, Structural and Functional Aspects) .....** **101**

*Carlos Frederico Bastos Pereira*

1. Introdução.....	102
--------------------	-----

2. Dos princípios informativos às normas fundamentais do processo civil.....	103
3. Aspectos conceituais: a fundamentalidade formal, material e formal/material da norma processual .....	105
4. Aspectos estruturais: a natureza deôntica das normas fundamentais.....	111
5. Aspectos funcionais: a multifuncionalidade das normas fundamentais .....	113
6. Uma consequência: a violação de normas fundamentais e o cabimento de recurso especial ou extraordinário .....	116
7. Conclusões.....	121
8. Referências bibliográficas .....	122

• **6**

<b>Reduzindo os Custos: Os Precedentes Judiciais como uma Externalidade Positiva do Litígio (Reducing the Costs: The Judicial Precedents as a Positive Externality of the Litigation) .....</b>	<b>127</b>
---	------------

*José Borges Teixeira Júnior*

1. Introdução.....	128
2. Desenvolvimento.....	130
3. Conclusões.....	139
4. Bibliografia.....	140





# Civil Procedure Review

AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

1

## Repensando Daubert: La Paradoja de la Prueba Pericial

(Rethinking Daubert: the paradox of forensic evidence)

**Jordi NIEVA-FENOLL**

Professor of Civil Procedure at the University of Barcelona, Spain.

### 1. INTRODUCCIÓN

SATTA<sup>1</sup> se refirió al proceso como un misterio, aunque en realidad el proceso no tiene nada de misterioso. Lo que se sustancia en él puede ser complejo en ocasiones, pero es perfectamente comprensible. Lo que sí que, más que misterioso, resulta curioso y ciertamente intrigante es que los seres humanos hayamos aprendido a confiar, pese a todo, en la opinión de un tercero para resolver nuestros conflictos. Algunos autores se han propuesto explicar la razón de esa confianza<sup>2</sup>, pero no se ha abundado demasiado en la misma. Sería un interesante estudio antropológico al respecto que no puedo realizar en estas líneas.

1. SATTA, "Il mistero del processo", en *Soliloqui e colloqui di un Giurista*, Padova 1968, pp. 3 y ss. También SERRA DOMÍNGUEZ, "El juicio jurisdiccional", en *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona 1969, pp. 63 y ss.
2. CARRERAS LLANSANA, Jorge, "Las fronteras del Juez", en FENECH / CARRERAS, *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona 1962, pp. 103 y ss. D'ORS, Álvaro, "Principios para una teoría realista del derecho", *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1953, p. 18.

Lo intrigante, sobre todo, es que se confíe en un ser humano que no posee auténticas capacidades para valorar la prueba. Es lógico que se acuda a un juez si la disputa es meramente jurídica, porque el juzgador está específicamente formado para dar un buen parecer a las partes sobre el conflicto, con el objetivo de que se imponga. Pero cuando la disputa es fáctica, el juez no es más que un primate, como todos los demás humanos, que no sabe cuándo le mienten, porque difícilmente puede saberlo persona alguna, sea juez o no, lo que le hace inhábil, o difícilmente útil para valorar la prueba que consista en la declaración de personas, salvo que reciba una completa instrucción en psicología del testimonio<sup>3</sup>, y ni siquiera así es sencillo<sup>4</sup>.

Si se habla de la prueba pericial<sup>5</sup>, el problema es que el juez no es un experto en la materia técnica de que se trate, pero en cambio debe valorar lo que diga un técnico, tercero en quien de nuevo se confía para alumbrarle al juez la solución del litigio. Algunos autores<sup>6</sup> hemos criticado la institución del jurado por la falta de formación o capacitación judicial de sus miembros<sup>7</sup>. Y sin embargo, con respecto a la prueba pericial reproducimos el principal problema de esa institución fósil: le decimos al lego –el juez– que opine sobre lo que dice el perito, es decir, que someta a análisis aquello de lo que no sabe<sup>8</sup>.

Siendo así, nos queda solamente la prueba documental. El juez sin duda –actualmente– sabe leer, pero una cosa es estar alfabetizado y otra muy distinta ser capaz de interpretar un documento. Para lo segundo se necesita saber semiótica textual<sup>9</sup> y tener capacidad de razonamiento abstracto. No habría problema en instruir con más ahínco al juez en esa materia y en la citada habilidad, pero no siempre los pleitos son resolubles a través de una prueba documental. Es más, no pocas veces precisamos de un perito para interpretar un documento.

3. MANZANERO PUEBLA, Antonio Lucas, *Psicología del testimonio*, Madrid 2008. DIGES, Margarita, *Los falsos recuerdos*, Barcelona 1997.
4. Vid. NIEVA FENOLL, *La valoración de la prueba*, Madrid 2010, pp. 212 y ss.
5. Sobre la misma, PICÓ JUNOY, Joan, *La prueba pericial en el proceso civil español*, Barcelona 2001. AULETTA, Ferruccio, *Il procedimento di istruzione probatoria mediante consulente tecnico*, Padova 2002. ANSANELLI, Vincenzo, *La consulenza tecnica nel processo civile*, Milano 2011.
6. TARUFFO, Michele, *La semplice verità*, Bari 2009, pp. 21-22. NIEVA FENOLL, “Ideología y Justicia lega (con una hipótesis sobre el origen romano del jurado inglés)”, en *La ciencia jurisdiccional: novedad y tradición*, Madrid 2016, pp. 62 y ss.
7. No faltan opiniones en contra, inclusive algún autor que considera, en el fondo, a los jurados más capacitados que los jueces para apreciar los criterios *Daubert*, aunque sea con la excusa de que el parecer judicial de admisión no condicione al jurado: PIKUS, Krista M., “We the people: juries, not judges, should be gatekeepers of expert evidence”, *Notre Dame Law Review*, vol. 90, 2014, p. 474.
8. Destaca precisamente este hecho, entre otros muchos, HAACK, Susan, *Evidence Matters*, Cambridge 2014, p. 121. Vid. también TARUFFO, “Prova scientifica e giustizia civile”, cit. pp. 241 y ss.
9. LOZANO, Jorge / PEÑA-MARÍN, Cristina / ABRIL, Gonzalo, *Análisis del discurso*, Madrid 2007. CASSANY, Daniel, *Tras las líneas*, Barcelona 2006.

Los citados problemas son muy graves, pero en esta ocasión voy a centrarme solamente en uno de los principales quebraderos de cabeza de un juez: la valoración de la prueba pericial. La tentación en la que se cae más frecuentemente consiste en que el juez asuma sin más, automáticamente, el parecer del perito, siguiendo esa línea antropológica de confiar en la opinión de un tercero a quien se considera más autorizado. Esa decisión, aunque molesta a la parte que se ve perjudicada por el dictamen –a su abogado especialmente–, suele pasar casi desapercibida. ¿Cómo no hacerle caso al perito, si es el que sabe de aquella materia técnica? Sin embargo, el problema se evidencia cuando hay en el proceso más de un dictamen pericial y los peritos no son coincidentes en su parecer. ¿Cómo proceder entonces?

En definitiva, cuando accede al proceso una prueba pericial, a cambio de eliminar una incógnita –la realidad de los hechos– se introduce el oscurantismo de la supuesta ciencia de un perito. La situación es bastante más grave de lo que podemos ser capaces de asumir, con la paradoja, además, de que un dictamen pericial sin duda puede provocar mayor seguridad en la prueba que un testimonio presencial<sup>10</sup>, por lo que no debemos prescindir de la pericia. En este trabajo se intentará arrojar algo de luz en esta materia, con el objeto de tratar de optimizar las posibilidades de la prueba pericial, pero también se aprovechará para introducir una importante dosis de realismo en esas posibilidades, que son ciertamente limitadas y debe saberse que es así.

## 2. DE FRYE A DAUBERT

La historia de la prueba pericial es en parte una historia de fe<sup>11</sup>. Las primeras referencias romanas a la misma, ya en tiempos de las *legis actiones*<sup>12</sup>, atribuyen un poder de convicción total al perito, tanto en la delimitación de la extensión de una finca<sup>13</sup> como en la determinación de si una mujer está embarazada<sup>14</sup>, exigiendo en este último caso que acudieran tres parteras –escogidas por el pretor– a examinar a la mujer, siendo creído el dictamen coincidente de dos de ellas<sup>15</sup>.

10. Vid. DEGHANI-TAFTI, Parisa / BIEBER, Paul, “Folklore and forensics : the challenges of arson investigation and innocence claims”, *West Virginia Law Review*, col. 119, 2016, pp. 549 y ss.

11. De “mito de infalibilidad” habla GASCÓN ABELLÁN, Marina, “Prueba científica. Un mapa de retos”, en AAVV (ed. Vázquez), *Estándares de prueba y prueba científica*, Madrid 2013, p. 185.

12. Vid. KASER/HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, München 1996, pp. 120 y 369.

13. Dig. 10, 1, 8, 1: *Ad officium de finibus cognoscentis pertinet, mentores mittere, et per eos dirimire ipsam finium quaestionem, ut aequum est, si ita res exigit, oculisque suis subiectis locis.*

14. Dig. 25, 4, 1: *igitur si perstat in eadem postulatione, commodissimum est eligi honestissimae feminae domum, in qua domitia veniat, et ibi tres obstetrices probatae et artis et fidei, quae a te adsumptae fuerint, eam inspiciant. et si quidem vel omnes vel duae renuntiaverint praegnatem videri, tunc persuadendum mulieri erit, ut perinde custodem admittat atque si ipsa hoc desiderasset.*

15. Sobre a historia remota de la prueba pericial, vid. AULETTA, *Il procedimento di istruzione*, pp. 10 y ss.

Esa fe, de hecho, tiene cierta lógica: si el juez no sabe más que de derecho, bueno es que se confíe en los especialistas que sí conocen el resto de materias científicas cuando son relevantes en el proceso. Además, como apuntó LESSONA, la falsa pericia es más difícil de descubrir que el falso testimonio<sup>16</sup>, razón por la que aunque el autor italiano reconoció la posibilidad del juez de apartarse del dictamen pericial, en realidad acabó relajando de manera muy relevante la motivación del juez sobre este punto<sup>17</sup>. Lo cierto es que con esta crédula visión, la prueba pericial se convierte prácticamente en una prueba legal<sup>18</sup>.

Además de ello es posible que, en el siglo XIX especialmente, influyera en ese parecer atávico e inmanente la fascinación que causaron los constantes descubrimientos científicos de esas épocas<sup>19</sup>, que alejaban a la población de una ignorante credulidad en fuerzas cósmicas, aunque sustituyendo la misma por una credulidad casi idéntica en lo que dijeron los científicos.

Quizás esa mentalidad esté en el origen del estándar *Frye*<sup>20</sup>. *Lo explica la propia sentencia en un párrafo que es verdaderamente esclarecedor de la mentalidad de la época:*

*“The rule is that the opinions of experts or skilled witnesses are admissible in evidence in those cases in which the matter of inquiry is such that inexperienced persons are unlikely to prove capable of forming a correct judgment upon it, for the reason that the subjectmatter so far partakes of a science, art, or trade as to require a previous habit or experience or study in it, in order to acquire a knowledge of it. When the question involved does not lie within the range of common experience or common knowledge, but requires special experience or special knowledge, then the opinions of witnesses skilled in that particular science, art, or trade to which the question relates are admissible in evidence.”*

Sin embargo, esta propia sentencia, que precisamente ha pasado a la historia por no atribuir una fe ciega en la opinión de los científicos —se descartó el polígrafo—, en realidad fue víctima de esa misma idea. En su último párrafo, la sentencia no aceptaba como prueba pericial el parecer de un solo científico aisladamente considerado, sino que exigía *“standing and scientific recognition among physiological and psychological*

16. LESSONA, *Teoría general de la prueba en Derecho Civil*, Madrid 1942 T. IV, p. 549. Debe considerarse que la obra original de Carlo LESSONA es de finales del siglo XIX.

17. LESSONA, *Teoría general*, cit. pp. 556-558. Es interesante la lectura de estos párrafos porque aunque el autor parta, con vehemencia, de la idea de que el juez debe motivar por qué se aparta del dictamen pericial, lo cierto es que acaba exigiendo muy poco a la motivación en caso de aceptación del dictamen, más allá de una reproducción del parecer del perito que el juez da por válido. Lo que favorece la habitual conducta judicial que se analizará en el texto principal.

18. Cfr. DITTRICH, Lotario, “La ricerca della verità nel processo civile: profili evolutivi in tema di prova testimoniale, consulenza tecnica e fatto notorio”, *Rivista di Diritto Processuale*, 2011, 1, p. 117.

19. De ello son testimonio destacado Jules VERNE y H.G. WELLS. Pero hay muchos más ejemplos.

20. *Frye v. U.S.*, 293 F. 1013.

*authorities*”, lo que equivale a decir que cuando ese consenso científico exista, habrá que hacer caso de lo que diga el perito. De hecho, por más que se haya intentado combatir esa idea, esa es justamente la realidad, incluso actual, de los tribunales: un examen prácticamente acrítico de las pruebas periciales, lo que supone un inconveniente que, como se está viendo, ha sido recurrente en los últimos 150 años sobre todo. Como se decía, se hace de la prueba pericial prácticamente una prueba legal<sup>21</sup>.

Ese es justamente el problema que intentaron resolver la serie de sentencias “Daubert”<sup>22</sup>. En la primera de ellas, ante la dificultad que suponía que accedieran al jurado dictámenes periciales que podían impresionar demasiado al colegio de ciudadanos juzgadores, pero que no eran realmente científicos, el Tribunal Supremo –específicamente el ponente BLACKMUN– estableció unos criterios orientadores –no necesariamente obligatorios– dirigidos a los jueces, a fin de que no permitieran la introducción en el proceso de los dictámenes que no cumplieran con dichos criterios.

Dichos criterios, que son cuatro<sup>23</sup> o cinco<sup>24</sup> según los autores, consisten en lo siguiente:

- Que la técnica utilizada por el perito ha sido probada suficientemente frente a errores.
- Que la técnica ha sido revisada por otros científicos y, en su caso, ha sido publicada.
- Que el perito indique el grado de acierto de la técnica.
- Justificación del mantenimiento de estándares de calidad en el uso de la técnica.
- Consenso en la comunidad científica sobre la fiabilidad de la técnica.

Más que la exposición de unos factores para considerar el dictamen “científico”<sup>25</sup>, lo que expuso BLACKMUN fueron unos criterios muy flexibles –insiste en ello la

21. DITTRICH, “La ricerca della verità nel processo civile”, cit. p. 117.

22. *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals*, 509 U.S. 579 (1993), *General Electric Co. v. Joiner*, 522 U.S. 136 (1997), *Kumho Tire Co. v. Carmichael*, 526 U.S. 137 (1999).

23. FAIGMAN, David L., “The Daubert Revolution and the Birth of Modernity: Managing Scientific Evidence in the Age of Science”, *Legal Studies Research Paper Series*, n. 19, 46 *UC Davis Law Review* 2013, p. 104. FOURNIER, Lisa R., “The *Daubert* Guidelines: Usefulness, Utilization, and Suggestions for Improving Quality Control”, *Journal of Applied Research in Memory and Cognition*, 5, 2016, p. 308.

24. GARRIE, Daniel B., “Digital Forensic Evidence in the Courtroom: Understanding Content and Quality”, *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property*, vol. 12, 2014, 2, p. 122. VÁZQUEZ, Carmen, *De la prueba científica a la prueba pericial*, Madrid 2015, p. 125, añade un quinto factor a considerar: si los peritos llevaron a cabo investigaciones científicas anteriores e independientes al proceso en cuestión.

25. Sobre este tema, vid ampliamente VÁZQUEZ, *De la prueba científica a la prueba pericial*, cit. pp. 83 y ss.

sentencia varias veces<sup>26</sup>— para guiar a los jueces con el objeto de detectar técnicas “periciales” poco serias que pudiéramos llamar *pseudociencias*, o incluso técnicas que todavía estuvieran en una fase experimental o embrionaria, de manera que su fiabilidad todavía no pudiera ser afirmada con rotundidad.

La sentencia *Daubert* supuso un intento, revolucionario para muchos<sup>27</sup>, de reforzar el papel de los jueces en la prueba pericial, y aunque en EEUU ello sólo se concibiera en principio para la fase de admisión de la misma, es obvio que los criterios señalados también pueden ser utilizados en fase de valoración de la prueba, dado que de lo contrario la misma deviene poco menos que imposible.

Pero aquí concluyen las buenas noticias. Esos criterios planteaban un reto importantísimo para los jueces, que no estaban formados para apreciar los criterios indicados, de manera que el cumplimiento de los mismos podía acabar transformándose en una formalidad cuyo cumplimiento real pasaría desapercibido a los jueces<sup>28</sup>.

Esa dificultad se manifestó en la siguiente resolución de la serie *Daubert*: la sentencia *Joiner*<sup>29</sup>. En dicha resolución se reafirmó lo dicho en la sentencia *Daubert*, pero es indicativo observar que no se utilizaron realmente los criterios indicados por dicha sentencia, porque el Tribunal Supremo simplemente dijo que el tribunal de apelación sólo consideró la cuestión de si *Joiner* había contraído cáncer de pulmón por haber sido expuesto a bifenilos policlorados (PCB), pero no a furanos y dioxinas, hecho que había rechazado inmotivadamente —*abuse of discretion*—, razón por la que anuló la sentencia y la reenvió a la instancia. Nuevamente, un voto particular de BREYER a esa sentencia recordó que los jueces no tenían preparación para realizar la tarea encomendada por *Daubert*, aunque debían hacerla<sup>30</sup>, lo que constituye una curiosa paradoja.

26. Y así lo han interpretado varios tribunales. THOMSON, William T., “*Pomona v. SQM North America Corp.*: Trial Courts as “Gatekeepers” Under *Daubert* and its Progeny”, *American Journal of Trial Advocacy*, vol. 39, 2015, pp. 383 y ss.

27. FAIGMAN, “The *Daubert* Revolution”, cit. p. 113. Cfr. TARUFFO, Michele, “La prova scientifica. Cenni generali”, 47 *Ragion pratica* 2016, p. 335 y ss.

28. Algo parecido sugirió REHNQUIST en la propia sentencia *Daubert*: “*I defer to no one in my confidence in federal judges; but I am at a loss to know what is meant when it is said that the scientific status of a theory depends on its “falsifiability,” and I suspect some of them will be, too. I do not doubt that Rule 702 confides to the judge some gatekeeping responsibility in deciding questions of the admissibility of proffered expert testimony. But I do not think it imposes on them either the obligation or the authority to become amateur scientists in order to perform that role. I think the Court would be far better advised in this case to decide only the questions presented, and to leave the further development of this important area of the law to future cases.*”

29. *General Electric Co. v. Joiner*, 522 U.S. 136 (1997).

30. “*Yet, as amici have pointed out, judges are not scientists and do not have the scientific training that can facilitate the making of such decisions. (...) Of course, neither the difficulty of the task nor any comparative lack of expertise can excuse the judge from exercising the “gatekeeper” duties that the Federal Rules of Evidence impose.*”

Hubo de llegar la sentencia KUMHO<sup>31</sup> para reafirmar con más énfasis que los criterios *Daubert*, además de aplicarse a cualquier pericia –no exclusivamente a la “científica”, sino también a las diversas “técnicas” basadas más bien en la habilidad o en la experiencia– ni son definitivos ni son inflexibles. Tras esa sentencia, en el año 2000 –con una corrección de estilo en 2011–, se reformaron las *Federal Rules of Evidence* para introducir en su artículo 702, no los criterios, sino la orientación de la sentencia *Daubert* para intentar conseguir la fiabilidad de los dictámenes<sup>32</sup>.

Y de esa manera se cierra la serie de estas sentencias. En pocas palabras, lo que ganamos con el estándar *Frye* fue que los jueces comprobaran algo que estaban, en principio, en condiciones de analizar: si existía consenso científico sobre la validez de una técnica pericial. Con la serie *Daubert* se les pide a los jueces que hagan algo que no están capacitados para hacer más que de manera muy superficial. De los cinco –o cuatro– criterios enunciados anteriormente, el juez en realidad sólo puede comprobar el último, el consenso científico general, que es justamente el estándar *Frye*, y ni esto le va a ser precisamente fácil. Pero con tremenda dificultad podrá comprobar el juez si la técnica ha sido testada, y además revisada por otros científicos. No está en condiciones reales de revisar si se mantuvieron los estándares de calidad en el examen, salvo que se haya producido un análisis pericial poco menos que escandaloso. Al juez se le puede engañar con facilidad sobre el grado de acierto de la técnica<sup>33</sup>, puesto que aunque pueda comprobar ese índice de error en general a través del análisis –no siempre fácil– de publicaciones científicas, nunca podrá determinar con certeza que sea correcto el grado de acierto expresado en esa prueba pericial.

En realidad, el juez sólo puede analizar si la técnica ha sido publicada, pero justamente éste era el criterio al que menos importancia se atribuía en la sentencia *Daubert*, precisamente. Y es lógico porque, por desgracia, que una técnica haya sido publicada, incluso en revistas indexadas en buen lugar, puede no querer decir absolutamente nada acerca de su fiabilidad, como sabe cualquier científico.

Es por todo ello que la aplicación de los criterios *Daubert*, pese a contar con la –relativa– ventaja de que puede permitir el ingreso en el proceso de técnicas en

31. *Kumho Tire Co. v. Carmichael*, 526 U.S. 137 (1999).

32. **Rule 702. Testimony by Expert Witnesses.** A witness who is qualified as an expert by knowledge, skill, experience, training, or education may testify in the form of an opinion or otherwise if:  
 (a) the expert’s scientific, technical, or other specialized knowledge will help the trier of fact to understand the evidence or to determine a fact in issue;  
 (b) the testimony is based on sufficient facts or data;  
 (c) the testimony is the product of reliable principles and methods; and  
 (d) the expert has reliably applied the principles and methods to the facts of the case.

33. MEIXNER, John B. / SEIDMAN DIAMOND, Schari, “The hidden *Daubert* factor: how judges use error rates in assessing scientific evidence”, *Wisconsin Law Review*, 2014, pp. 1063 y ss.

desarrollo<sup>34</sup>, ha encontrado grandes resistencias entre los jueces estadounidenses<sup>35</sup>, pese a que ha provocado en los litigantes una conciencia de mayor exigencia judicial en cuanto a la prueba pericial<sup>36</sup>. Al margen de ello, los criterios *Daubert* se convierten en aquello que, en realidad, estaban llamados a ser: unos simples factores orientadores en los que apoyarse a la hora de inadmitir una prueba, y que naturalmente van a ser útiles en la elaboración de la motivación como datos para reforzarla, ya que ciertamente pueden ser empleados por un juez en su valoración, pero sólo en la medida en que resulten muy evidentes o destaque extraordinariamente la ausencia de su mención en el dictamen. Pero poco más, porque alejarse de esos casos obvios supone un riesgo tremendo de error judicial<sup>37</sup>. Lo cierto es que una prueba pericial que cumpla, a juicio del juzgador, con los criterios *Daubert*, no tiene por qué ser una prueba pericial aceptable. Y es que esos criterios no son un compendio de lo que debe ser considerado “científico”<sup>38</sup>.

### 3. LA EXPERIENCIA EUROPEA: EL PERITO DE DESIGNACIÓN JUDICIAL

La Europa continental se ha solidado regir por la tradición romana de la omniscencia del perito, así como en su designación a cargo de un juez. La idea básica es que si el experto no lo designan las partes, sino que lo hace el juzgador –aunque sea por sorteo–, se garantizará su imparcialidad, lo que sería imposible en un perito designado por un litigante, que lógicamente nunca traería al proceso a nadie que declarara en contra de sus intereses.

Se ha insistido mucho en el hecho de que el juez no debe ser esclavo del perito<sup>39</sup>, siguiendo la línea histórica antes reseñada, pero también se ha llegado a sostener, no

34. KERKMANS, Jason P. / GAUDET, Lyn M., “Daubert on the brain: how New Mexico’s Daubert standard should inform its handling of neuroimaging evidence”, *New Mexico Law Review*, vol. 46, n. 2, 2016, pp. 405 y ss. SOMERS, Brady, “Neuroimaging Evidence: A Solution to the Problem of Proving Pain and Suffering?”, *Seattle University Law Review*, vol. 39, 2015, p. 1409.

35. FOURNIER, The *Daubert* Guidelines”, cit. p. 309. Vid. BERNSTEIN, David E. / LASKER, Eric G., “Defending Saubert: it’s time to amend Federal Rule of Evidence 702”, *William & Mary Law Review*, vol. 57, n. 1, 2015, pp. 1 y ss. COOPER, James C., “Information and settlement: Empirical evidence on *Daubert* rulings and settlement rates”, *International Review of Law and Economics*, 51, 2017, pp. 1 y ss.

36. Lo confirman JURIS, Andrew W. / DEVITO, Scott, “Et Tu, Plaintiffs? An Empirical Analysis of *Daubert*’s Effect on Plaintiffs, and Why Gatekeeping Standards Matter (a Lot)”, *Arkansas Law Review*, vol. 66, 2013, pp. 975 y ss. JURIS, Andrew W., “*Daubert*, probabilities and possibilities, and the Ohio solution: a sensible approach to relevance under rule 702 in civil and criminal applications”, *Akron Law Review*, 2008, pp. 609 y ss.

37. Lo advierte BERMÚDEZ MUÑOZ, Martín, *Del dictamen judicial al dictamen de parte*, Bogotá 2012, pp. 58, 64 y especialmente en la p. 65.

38. Vid. TARUFFO, Michele, “Prova scientifica e giustizia civile”, en AAVV, *Giurisprudenza e scienza*, Roma 2017, Bardi Edizioni, pp. 241 y ss. BERNSTEIN, “What to do about Federal Agency Science: some doubts about regulatory *Daubert*”, *George Mason Law Review*, vo. 22:3, 2015, pp. 550-551.

39. Entre otros, DEVIS ECHANDIA, *Teoría general de la prueba judicial*, Bogotá 2002, T. II, pp. 337 y ss.

sin razón, que el análisis judicial del dictamen pericial solamente puede ser externo en realidad, pero no de fondo<sup>40</sup>. En sentido parecido se ha afirmado que el perito, para valorar el dictamen, poco más puede hacer que acudir a la crítica de la argumentación de su redactado<sup>41</sup>, lo que se supone un análisis más profundo, pero que también escapa en gran medida del conocimiento científico, artístico o práctico de la técnica pericial.

Otros autores<sup>42</sup> han venido a sugerir que el juez tiene que hacer suyo el dictamen, haciendo el esfuerzo de aprender en lo posible la ciencia que contiene para entenderlo y simplificarlo para poderlo utilizar en su sentencia. SERRA DOMÍNGUEZ<sup>43</sup> compendió originalmente las anteriores ideas, manifestándose también receloso de la capacidad del juez de analizar los conocimientos del perito vertidos en el dictamen, llegando a sugerir al juzgador documentarse privadamente en esas materias técnicas. Estas conclusiones son coincidentes con las que se encuentran, en general, en toda la doctrina europea<sup>44</sup>. Finalmente TARUFFO<sup>45</sup> subraya las analogías entre el método utilizado por el juez para descubrir los hechos y el método científico, aunque advirtiendo nuevamente de los peligros de que el juez substituya sin conocimientos el parecer de quien sí los tiene, aconsejando por ello un análisis que, sin simplificaciones, se centre en el terreno epistémico<sup>46</sup>.

Y ahí se ha detenido el análisis de la doctrina europea, que últimamente se ha acercado a la tendencia *Daubert*<sup>47</sup>. *En realidad, desde el punto de vista de la supuesta mayor fiabilidad del perito de designación judicial, poco han aportado los autores, más allá de dar por hecha esa mayor fiabilidad derivada de su carácter neutral, al haber sido elegido por el juez y no por las partes. Al margen del análisis comparatístico<sup>48</sup>, lo que ha sucedido es que pocos<sup>49</sup> se plantearon la posibilidad de introducir los dictámenes periciales de parte hasta épocas más recientes, por lo que los problemas principales se centraron en la valoración del propio dictamen, lo que une los análisis sobre la valoración de la prueba pericial sea cual fuere el origen del perito, parcial o judicial.*

40. SANJURJO RÍOS, Eva Isabel, *La prueba pericial civil. Procedimiento y valoración*, Madrid 2013, p. 253.

41. BERMÚDEZ MUÑOZ, Martín, *Del dictamen judicial*, cit. p. 87.

42. PARRA QUIJANO, Jairo, *Manual de Derecho probatorio*, Bogotá 2008, pp. 655-657.

43. SERRA DOMÍNGUEZ, *Estudios de Derecho probatorio*, Lima 2009, pp. 530-531.

44. ROSENBERG / SCHWAB / GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, München 2010, pp. 701-702. SATTA / PUNZI, *Diritto Processuale Civile*, Padova 1996, p. 385.

45. TARUFFO, *La prueba de los hechos*, Madrid 2002, pp. 330 y ss.

46. Es también la opción de VÁZQUEZ, *De la prueba científica a la prueba pericial*, cit. p. 266.

47. Vid. NIEVA FENOLL, *La valoración de la prueba*, Madrid 2010, pp. 294 y ss. SANJURJO RÍOS, *La prueba pericial civil*, cit. pp. 242 y ss.

48. HAZARD / TARUFFO, "Transnational Rules of Civil Procedure. Rules and Commentary", *Cornell International Law Journal*, col. 30 2/1997, art. 6, pp. 502 y 526 y ss.

49. Una destacable excepción fue la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 2000.

*Poco se escribió, no obstante, sobre un tema acerca del que sí existía un problema grave y que será analizado en el punto siguiente: la posible corrupción del perito y su defectuosa formación. Un perito de parte debe ser prestigioso a fin de que alguien en el proceso tome siquiera su dictamen en consideración. Sin embargo, a un perito judicial le bastaba con estar en una lista de profesionales para ser designado, lo que provocó la existencia de dictámenes periciales absolutamente mecanizados o, como digo, directamente corruptos.*

#### **4. UN PROBLEMA COMÚN: LA CORRUPCIÓN DEL PERITO O SU DEFECTUOSA FORMACIÓN**

Una compleja cuestión que suele dejarse de lado es que probablemente poco o nada se discutiría de este tema si existiera la seguridad de que el perito es perfectamente competente. En ese escenario, ningún juez podría poner en cuestión sus conclusiones, salvo que evidenciara algún error o laguna en los hechos que el perito tuvo en cuenta, antes de ser analizados científicamente. Dicho de un modo más directo, si un médico dice, después de ver una serie de pruebas diagnósticas, que existe un cáncer de páncreas incipiente, el paciente es muy libre de acudir a un hechicero a curar su dolencia, o bien de no creer al médico olvidando aparentemente que existe la enfermedad. Pero lo único cierto es que le acabará matando si no se trata correctamente de inmediato. En realidad, sólo un buen médico puede poner en cuestión la opinión de otro buen médico, pero no el paciente, que es lego en ese saber más allá de poder tener un conocimiento *amateur* más o menos amplio.

El problema es tener un buen médico, es decir, un buen perito. Y que, a la vez, el perito no se corrompa. Aunque pocas veces se han puesto por escrito, existen historias reales de peritos de designación judicial que, una vez nombrados, son telefoneados a la carrera por los abogados de las partes para proponerles cobrar más dinero si les hacen el dictamen a su favor. Muchos de esos dictámenes han sido elaborados del siguiente modo: el perito realiza un borrador de dictamen, se lo pasa al abogado, éste le da la forma que convenga a sus intereses y finalmente se presenta el dictamen en el juzgado como si lo hubiera hecho el perito en solitario.

Con los dictámenes de parte sucede esencialmente lo mismo. Ningún dictamen de parte es presentado sin antes haber sido revisado y adaptado profundamente por el abogado. De hecho, si el perito se niega a hacer el dictamen que le pide el abogado, el experto es sustituido por otro profesional que sí se adapte a esos intereses. En condiciones de plena honestidad, ningún perito se prestaría a ese juego, pero la realidad, por razones económicas, es bien otra. Hasta los peritos más competentes se involucran en ese modo de hacer las cosas.

Por otra parte, la resolución de cuestiones científicas, o técnicas o prácticas, pocas veces posee un resultado único. Todo es matizable, incluso lo que pueda parecer más escandaloso, porque la ciencia simplemente no es exacta. Y en esa inevitable inexactitud encuentran un campo de actuación tremendo los peritos deshonestos.

Observada la situación con objetividad, quizás lo único sensato sería prescindir por completo de los dictámenes periciales, pero ello dejaría la resolución de cuestiones científicas en manos de quien no posee saber sobre las mismas: el juez. El remedio sería aún peor que la enfermedad.

Por ello, no queda otra solución que disponer una vía de salida que pueda resultar aceptable. Prescindir de la ciencia es absurdo, pero hay que asegurar que la ciencia que ingresa en el proceso verdaderamente lo sea, y ni siquiera eso es fácil, porque la propia definición de lo que sea verdaderamente “científico” está en entredicho<sup>50</sup>. Veamos algunas posibles soluciones a este rompecabezas.

## 5. LA CARGA DE LA PRUEBA: UNA SOLUCIÓN FALSA

Una mala tentación, utilizada muy reiteradamente en el sistema de prueba legal<sup>51</sup>, es acudir a la falsa panacea de la carga de la prueba. Si alguna de las partes no trae la prueba que debería demostrar los hechos que alega, se falla el proceso en su contra. Extraordinariamente simplista y muchas veces injusto, pero muy eficaz.

Sin embargo, con la prueba pericial no puede obrarse de ese modo<sup>52</sup>. En primer lugar, si el perito es de designación judicial, no puede acusarse a la parte de haber hecho todo lo posible por traer la prueba al proceso. Solamente podría aplicarse tal solución si el dictamen pericial fuera de parte y el mismo hubiera resultado defectuoso, aunque ni siquiera en ese caso resulta aceptable tal proceder, porque la realidad de los hechos permanecerá en la oscuridad y el fin del proceso es precisamente el contrario: descubrir la verdad para salir de las tinieblas<sup>53</sup>.

Pero es que, además, en numerosas ocasiones el dictamen de parte va a suponer una descompensación de la igualdad que siempre debe regir en el proceso en los casos en que existe una parte débil en el mismo. Por ejemplo, en los procesos contra una gran compañía telefónica, el proveedor del servicio dispone de una incontable lista de peritos dispuestos a trabajar para la misma, por razones absolutamente obvias. Si el cliente, que es la parte débil, interpone una reclamación contra la empresa de telecomunicación por mal funcionamiento del servicio, la compañía presentará un dictamen en el proceso en el que, sin ningún género de dudas, se dirá que el servicio se prestó a la perfección, y la parte débil no podrá contrarrestar esa realidad, salvo pagando a otro perito –más próximo a una compañía rival o milagrosamente independiente– para que elabore un dictamen en sentido contrario, lo que es muy

50. HAACK, *Evidence Matters*, cit. p. 110 y ss.

51. NIEVA FENOLL, “la inexplicable persistencia de la valoración legal de la prueba”, *Ars Iuris Salmanticensis*, 2017.

52. Vid. BERMÚDEZ MUÑOZ, *Del dictamen judicial*, cit. pp. 85 y ss.

53. Vid. TARUFFO, *La prueba de los hechos*, cit. p. 331.

complicado. De nuevo, la carga de la prueba en este caso no ayudará a esclarecer la realidad de los hechos.

Otra opción es que el juez prescinda de los dictámenes periciales porque sospeche que son parciales, pero en ese caso tampoco podrá aplicar la carga de la prueba. No la podrá aplicar ni a la parte demandante ni a la demandada, si ambos presentaron su dictamen que el juez declara descartado. Y si el perito fue de designación judicial e igualmente no considera su dictamen, si opta por no darle la razón al demandante será a costa de no conocer la auténtica realidad de los hechos constitutivos, sin haber podido averiguar tampoco la realidad de los extintivos, impeditivos y excluyentes. En definitiva, acabará dictando la sentencia que le dicte la intuición, lo que le arrojará a una inaceptable falta de motivación de la sentencia.

En resumidas cuentas, el mecanismo de la carga de la prueba no puede ser la solución ante la problemática planteada, porque puede acabar conduciendo a resultados absurdos. En consecuencia, debe seguirse pensando en otras posibles soluciones que coordinen debidamente el deber de motivación del juez con uno de los fines principales del proceso, esencial para hacer justicia: la averiguación de la realidad.

## 6. LA FORMACIÓN CIENTÍFICA DEL JUEZ

Aunque desde luego no será la panacea<sup>54</sup>, un primer paso hacia la salida a este embrollo consiste en mejorar la formación científica del juez<sup>55</sup>, al menos en los asuntos que con mayor frecuencia le llegan al tribunal, sobre todo para sacarle del terreno de la intuición en la apreciación de pruebas periciales<sup>56</sup>. En materia penal, por ejemplo, es inaceptable que el juez todavía no suela poseer una formación específica en criminalística, para que conozca, por ejemplo, las limitaciones de la prueba de ADN –habitualmente ignoradas<sup>57</sup>–, o las carencias muy relevantes de las pruebas dactiloscópicas o de balística<sup>58</sup>, que gozan de gran popularidad entre la población

54. Lo destaca con vehemencia –y no sin razón– HAACK, *Evidence Matters*, cit. p. 117.

55. Es imprescindible si se desea aplicar en alguna medida la jurisprudencia *Daubert*. FAIGMAN, “The Daubert Revolution”, cit. p. 137.

56. Señalan certeramente este problema REISBERG, Daniel / SIMONS, Daniel J. / FOURNIER, Lisa R., “Introduction to the Forum on When and Whether Psychological Research is Ready for Use in the Justice System”, *Journal of Applied Research in Memory and Cognition*, 2016, 5, p. 234. Vid. también GASCÓN ABELLÁN, “Prueba científica. Un mapa de retos”, cit. pp. 193 y 195.

57. Curiosamente más por los jueces que por la población en general. Vid. GARRETT, Brandon L. / MITCHELL, Gregory, “Forensics and fallibility: comparing the views of lawyers and jurors”, *West Virginia Law Review*, vol. 119, 2016, p. 635. TARUFFO, Michele, “La prova scientifica. Cenni generali”, *47 Ragion pratica* 2016, p. 335 y ss. TARUFFO, “Prova scientifica e giustizia civile”, cit. pp. 241 y ss.

58. Es imprescindible la lectura de COMMITTEE ON IDENTIFYING THE NEEDS OF THE FORENSIC SCIENCES COMMUNITY, NATIONAL RESEARCH COUNCIL, *Strengthening Forensic Science in the United States: A Path Forward*, 2009, p.7: “With the exception of nuclear DNA analysis, however, no forensic method has been rigorously shown to have the capacity to consistently, and with a high degree of certainty, demonstrate a connection between evidence and a specific individual or source. In terms

sobre todo gracias a la cinematografía, pero que poseen lagunas científicas que llegan al terreno de lo escandaloso.

Lo mismo podría decirse de las pruebas psiquiátricas: un juez siempre espera que el psiquiatra, o el psicólogo, le dé una certeza sobre el padecimiento de una enfermedad mental por parte del reo, o al menos un grado de acierto del diagnóstico. Y sin embargo debiera saber que el establecimiento de ese grado de acierto simplemente no es posible<sup>59</sup>, porque la pericial psiquiátrica está basada en una serie de criterios diagnósticos—el DSM-5<sup>60</sup>— que ni siquiera son unánimes ni seguros, puesto que muchos síntomas, la enorme mayoría, son compatibles con otras patologías no incapacitantes, o que incluso afectan a personas que pueden considerarse perfectamente sanas. Además, todos los criterios de esta ciencia tienen fines terapéuticos, no forenses<sup>61</sup>. El juez debiera conocer esta realidad, así como que la relación entre psiquiatra y paciente puede llegar a alterar la declaración judicial del perito<sup>62</sup>. Por frustrante que parezca, no se le puede exigir a un psiquiatra o psicólogo que digan más de lo que su propia ciencia les permite decir<sup>63</sup>.

Lo mismo puede decirse en el proceso civil. Los dictámenes más habituales son los topográficos, los arquitectónicos y los económicos, sin descartarse otros que,

---

*of scientific basis, the analytically based disciplines generally hold a notable edge over disciplines based on expert interpretation. But there are important variations among the disciplines relying on expert interpretation. For example, there are more established protocols and available research for fingerprint analysis than for the analysis of bite marks. There also are significant variations within each discipline. For example, not all fingerprint evidence is equally good, because the true value of the evidence is determined by the quality of the latent fingerprint image. These disparities between and within the forensic science disciplines highlight a major problem in the forensic science community: The simple reality is that the interpretation of forensic evidence is not always based on scientific studies to determine its validity. This is a serious problem. Although research has been done in some disciplines, there is a notable dearth of peer-reviewed, published studies establishing the scientific bases and validity of many forensic methods.”* Vid. También GATES, James S., “A View from a member of the National Commission on Forensic Science: A Perspective on Deliberations About Forensic Science and The Path Forward”, en NATIONAL INSTITUTE OF JUSTICE, *Forensic Science Research and Evaluation Workshop*, 2015, pp. 81 y ss. BEETY, Valena E., “Introduction to the West Virginia Law Review flawed forensics and Innocence Symposium”, *West Virginia Law Review*, vol. 119, 2016, pp. 520-521. COLE, Simon A., “Scandal, Fraud, and the reform of forensic science: the case of fingerprint analysis”, *West Virginia Law Review*, vol. 119, 2016, pp. 523 y ss. Vid. también TARUFFO, Michele, “La prova scientifica. Cenni generali”, *47 Ragion pratica* 2016, p. 335 y ss. TARUFFO, “Prova scientifica e giustizia civile”, cit. pp. 241 y ss.

59. Vid. WOODY, Robert. H., “Psychological Testimony and the *Daubert* Standard”, *Psychological Injury and Law*, 2016, 9, p. 94.
60. AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, *Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales. DSM-5*, Madrid 2014.
61. FAIGMAN, “The *Daubert* Revolution”, cit. p. 108.
62. GORDON, Sara, “Crossing the line: *Daubert*, dual roles, and the admissibility of forensic mental health testimony”, *Cardozo Law Review*, vol. 37, 2016, pp. 1345 y ss, especialmente p. 1377.
63. TARUFFO, “Prova scientifica e giustizia civile”, cit. pp. 241 y ss.

según la dedicación del juez, también pueden ser frecuentes, como los biológicos. Una adecuada formación sobre los mismos –sin llegar a hacer del juez un experto– permitiría que al menos el juzgador entendiera de primera mano el dictamen que tiene delante, sin necesidad de tenerle que hacer al perito, durante el interrogatorio, siempre las mismas preguntas obvias.

Ello le permitiría evaluar con mayor verosimilitud la corrección del dictamen. No hay que olvidar que el mismo solamente es un dato del proceso, uno más, a considerar junto con los demás que aparezcan en dicho proceso. En este sentido, un juez no debe esperar certezas, que casi nunca concurren, sino datos que pueda coordinar con el resto de los que estén presentes en el proceso, a los fines de elaborar una motivación coherente.

De ese modo, el juez recibirá esos datos de un modo más crítico, pero no por la falta de verosimilitud de lo que diga el perito, sino por la realista consideración de que lo que diga el perito no tiene por qué ser exacto. De esa forma, el dictamen pericial será apeado del pedestal en el que ahora mismo está situado, y probablemente así saldremos de esa antigua fe en los expertos que lejos de traer luz al proceso, muchas veces solamente ha aportado oscurantismo. El papel de los peritos es muy importante, pero en una medida limitada que ponderará un juez que, a su vez, posea conocimientos básicos en la materia científica, pero que no podrá acometer el juez ignorante. A ese examen se añadirá el de la coherencia epistémica del dictamen, que se fundirá con el anterior porque pertenecen a un mismo terreno de un único razonamiento: el humano.

## 7. LA OPTIMIZACIÓN DEL ESTUDIO UNIVERSITARIO

Algo en lo que tampoco se repara habitualmente es en el estudio universitario o la formación del perito. No me estoy refiriendo a que el perito posea un prestigio entre sus colegas por la obra que lleve realizada, porque en realidad profesionales de prestigio hay muy pocos. Me refiero más bien a algo que está sufriendo una severa crisis desde hace mucho tiempo a la que nadie parece dispuesto a poner remedio: el estudio universitario.

Hubo un tiempo, bastante extenso, en que la posesión de un grado universitario atribuía a quien lo ostentaba la condición de experto, sin que nadie pusiera en discusión lo que decía. Es cierto que se trata de épocas en que el nivel cultural de la población era prácticamente subterráneo, pero el hecho es que desde las primitivas épocas del estudio de Bolonia hasta probablemente finales del siglo XIX, las carreras universitarias gozaban de prestigio. No siempre merecido, pero al menos se sabía que quien tenía un grado tenía un conocimiento en esa materia muy superior al del resto de la población.

Desde hace tiempo las cosas han cambiado. Las campañas de alfabetización del siglo XX y la redistribución de la riqueza en muchos países han hecho que la masa de la población ya no esté tan desinformada como antes, y que casi todos los habitantes puedan acceder al menos a los saberes científicos, a través de la lectura sobre todo.

En este sentido, la adicional labor de divulgación de algunos científicos ha sido verdaderamente encomiable, y habría que profundizar en la misma.

Sin embargo, al mismo ritmo que crecían la cultura y las posibilidades económicas de la población, se masificaron los estudios universitarios, de manera que si en 1948 una promoción de la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona –única existente en Cataluña e Islas Baleares– contaba unas 80 personas, actualmente son varios cientos de alumnos los que se gradúan cada año en la decena de universidades hoy existentes. Yendo más atrás, en la Facultad de Medicina de la misma Universidad se licenciaron en 1880 unas 50 personas. Hoy los números son muy otros.

En esas épocas pasadas, muy probablemente los estudios no eran de mejor calidad que hoy en día, pero los que conseguían graduarse conseguían un prestigio social evidente fruto de las circunstancias de pobreza e ignorancia antes referidas. Siendo los tiempos hoy en día muy diferentes, y estando llamados los numerosos profesionales a atender las necesidades de una sociedad mucho más informada y compleja, la calidad de los mismos debiera ser muy superior a la actual. Todos los profesores sabemos –y lo saben también la mayoría de alumnos– que se están graduando personas que no lo merecen. Esas personas después se convierten en profesionales incompetentes que provocan un daño social gravísimo al prestar sus servicios de manera inadecuada.

Y entre esos servicios está, qué duda cabe, el de los peritos en el proceso. Es más, con frecuencia se dedican a hacer dictámenes periciales algunos graduados que no tienen éxito en su profesión, haciendo de la Justicia su *modus vivendi*. De esa manera, cada vez más centrados en un solo tipo de dictámenes periciales, se acaban acomodando en su quehacer resultando finalmente que en no pocas ocasiones se observan en el proceso dictámenes idénticos, textos a los que solamente se les ha cambiado los nombres de los interesados en el proceso y cuatro datos identificativos más. Y a veces, por error, ni siquiera eso.

Puede pensarse que es poco realista proponer una mejora en los estudios universitarios para que la prueba pericial recupere su antiguo prestigio, pero los que así piensen hermanados con el pragmatismo, estarán asumiendo una situación en la que han proliferado el número de centros docentes sin responder a una demanda profesional real de la sociedad, y que sus alumnos, teniendo en cuenta el altísimo precio que pagan por sus matrículas, esperan muchos de ellos aprobar como recompensa al esfuerzo económico realizado. No estoy diciendo que en la actualidad la Universidad esté poblada de alumnos caraduras, porque si hay que comparar la situación docente de ahora con la que encontré cuando empecé mi carrera, es bastante obvio que el número de indolentes ha disminuído notablemente, al contrario de lo que suele decirse. Quizás muchos son conscientes de que un título, actualmente, ya no asegura ningún puesto de trabajo en el futuro, y que la única forma de conseguirlo es acreditando un nivel de excelencia tras la obtención del grado.

Con todo, no se puede esperar solamente a que las tendencias sociales optimicen los estudios universitarios, sino que debe mejorarse al mismo tiempo el nivel del

profesorado, que es notorio que también ha aumentado en diversos departamentos con respecto a lo que se observaba hace solamente algunas décadas. Hace veinte años había algunos buenos docentes, pero tengo para mí que ahora son más. Al menos se observa un mayor compromiso con la docencia y un muy menor grado de absentismo entre los profesores, que cincuenta años atrás era, por desgracia, muy habitual.

Si mejora el profesorado y, por tanto, el nivel de la docencia y consiguientemente la exigencia de las evaluaciones, saldrán mejores profesionales. Esa, se quiera o no, es una de las claves más sistémicas de la mejora futura de la prueba pericial.

## 8. LA RESPONSABILIDAD DEONTOLÓGICA DEL PERITO

Como complemento a lo anterior, algo que debiera mejorar también sería la responsabilidad del perito. La mayoría pertenecen a un colegio o asociación profesional que acostumbra a comportarse de modo muy corporativista, pero no en el sentido positivo que pueda tener la palabra, sino realizando de escudo protector de un mal profesional que no lo merece.

Los dictámenes, en mi opinión, en los casos en que así lo pida directamente el juez –no así las partes, que podrían utilizarlo sistemáticamente como medio dilatorio o de ataque–, deberían ser objeto de revisión por el colegio profesional o incluso por la Universidad si se busca más imparcialidad, a fin de identificar suficientemente al mal profesional. Si ello se llevara a cabo, muchos peritos se abstendrían de realizar según que actuaciones en un proceso, ante el temor a ser reprobados. Ello conferiría una mayor fiabilidad a los dictámenes periciales.

Por supuesto, la responsabilidad profesional debe modularse en función de las carencias o errores –intencionados o no– que haya mostrado el perito. En la mayoría de las ocasiones bastaría una reprobación, que identificara a los profesionales que la tuvieron y los señalara como poco fiables para transmitir conocimientos científicos a un juez. Y en los casos más graves debería procederse a una responsabilidad disciplinaria. No puede consentirse que un profesional sea corrupto o ignorante, y eso es lo que ocurre hoy en día, dado que la responsabilidad del perito por un dictamen mal realizado suele ser inexistente.

Esa realidad debe cambiar. Es posible que la Universidad se haya equivocado otorgando un título a quien no lo mereció. Es factible que al cabo de los años un graduado que no ha cuidado su formación continuada, haya perdido el nivel de excelencia indispensable para ejercer su profesión. Esas situaciones deben ser detectadas y obrar en consecuencia. Quizás con ello podamos a volvernos a fiar del estándar *Frye*, que reflejaba la situación social de los años veinte del siglo XX, antes referida. Quizás de ese modo evitaremos que el juez se vea obligado a analizar algo para lo que, no nos engañemos, no está capacitado: la mayoría de los criterios *Daubert*.



# Civil Procedure Review

AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

## 2

### Il dovere di verità e completezza nel processo civile

(Duty of Truthful Disclosure and Duty of  
Completeness in civil procedure)

**Elisângela Simon Caureo**

Brazilian Federal judge. Master in Law from the Law School of UFRGS.  
Ph.D. candidate at Roma Tre University and at UFRGS.

#### **RIASSUNTO**

Il presente lavoro cerca di esaminare alcuni punti del “*Dovere di Verità e Completezza*”, in particolar modo quelli più importanti e che riguardano l’esistenza di un tale dovere e delle sue potenzialità, non solo come elemento etico, ma anche come elemento di cambiamento del modello di riferimento della condotta nel processo civile. L’obiettivo iniziale è quello di analizzare alcuni elementi del *dovere di verità* in Germania e in Italia.

**Parole-chiave:** Procedura Civile; Lealtà e Probità; Dovere di verità; Dovere di completezza;

#### **ABSTRACT**

This work intends to analyse some aspects of the ‘Duty of Truth and Completeness’, in particular, the most important aspects, and those concerning the existence of a kind of duty and its effects, not only as an ethical element, but also as an element

of change regarding behaviour in civil procedure. This work also intends to examine some aspects of the 'Duty of Truth' in Germany and Italy.

**Keywords:** Civil Procedure; Duty of Truthful Disclosure; Duty of Completeness.

**Sommario:** Introduzione; 1. Piccola Storia della verità nella procedura civile; 2. Il Dovero di verità e completezza; 3. Il contenuto del dovere di verità; 4. Il dovere di verità in Germania; 5. Il dovere di verità in Germania nell'attualità; 6. Ambito materiale di validità del dovere di verità; 7. Limiti del dovere di verità; Conclusioni.

## INTRODUZIONE

L'attenzione al fenomeno dell'abuso del diritto di domanda e del diritto di difesa è stata sempre oggetto d'interesse da parte della dottrina giuridica. La dottrina contemporanea è tuttavia ostinata a far prevalere l'accesso alla giustizia e il diritto di difesa e ha preferito un'impostazione più flessibile riguardo alle condotte maliziose, in modo che solo quelle più evidenti diventano oggetto di sanzione.

Questa impostazione tollerante tuttavia ha effetti perversi tra i quali il rischio di bassa qualità dei provvedimenti provvisori, da una parte, l'atteggiamento sfiduciato delle parti ausiliarie del giudice, dall'altra; e più specificamente si riflette sullo stesso giudice, che mantiene anche lui un atteggiamento sfiduciato riguardo alle allegazioni delle parti. In tal senso, sarebbe necessario fare un esame del ruolo della fiducia nell'ambito del processo civile, aspetto che non sembra aver attratto, fino ad ora, in realtà forse nessuno studio di procedura civile.

In primo luogo, bisogna tenere a mente che il processo è un dato storico e pieno dell'ideologia che domina l'epoca in cui ha luogo. Sono vigenti nell'attualità diversi tipi di processo con differenze rilevanti di riti e modelli ideologici.

In questo lavoro si cerca di esaminare alcuni punti del "*Dovere di Verità e Completezza*", in particolar modo quelli più importanti e che riguardano l'esistenza di un tale dovere e delle sue potenzialità, non solo come elemento etico, ma anche come elemento di cambiamento del modello di riferimento della condotta nel processo civile. L'obiettivo iniziale è quello di analizzare alcuni elementi del *dovere di verità* in Germania e in Italia.

### 1. PICCOLA STORIA DELLA VERITÀ NELLA PROCEDURA CIVILE

È possibile giungere ad un modello processuale standard che garantisca il risultato di una decisione giusta e che risolva la controversia tra soggetti privati in un tempo adeguatamente proporzionale alla tempistica e al ritmo della vita umana? È possibile pervenire ad un modello neutro? Inoltre, ad un processo efficiente dal punto di vista dei suoi costi? A queste domande, fino ad oggi, non ci sono ancora risposte definitive.

Il processo, secondo Taruffo, è il risultato *“di una pluralità di fattori che vanno dalle tradizioni giuridiche alle vicende storiche, dall’economia alla politica, alla morale e alla cultura. Questi fattori influiscono sul legislatore e anche sulla giurisprudenza e sulle teorie elaborate dalla dottrina processualistica”*<sup>1</sup>.

Nell’ambito del processo si possono identificare tre percorsi ideologici generali: il processo adversariale (accusatorio) americano; il processo ispirato all’ideologia liberale classica dello Stato; in ultimo, il processo dello Stato sociale o *welfare*<sup>2</sup>.

Tra queste versioni del processo, quella che ha predominato nella dottrina processualistica dell’800 e che concretizza la concezione liberale classica dello Stato concepisce il processo come un fenomeno privato, il cui obiettivo è quello di risolvere la controversia e nel quale domina l’autonomia privata e la libertà.

La seconda versione, quella del processo adversariale americano, secondo Taruffo e Kagan<sup>3</sup> esclude *“rigorosamente che esso debba o possa essere orientato verso l’accertamento della verità dei fatti che sono oggetto di decisione”*<sup>4</sup>. Ciò che effettivamente importa è, infatti, la risoluzione della controversia; la verità materiale è irrilevante e, anzi, può essere anche controproducente la sua ricerca, in quanto può significare spreco di tempo e di denaro. Il processo, in questa versione, conduce alla verità processuale e soltanto a quella.

La terza e ultima versione del processo è nata, inoltre, con la crisi della concezione liberale della fine dell’800, coincidendo con l’affermarsi delle idee socialiste e della rivoluzione industriale. In questo periodo della storia, assolutamente effervescente e ricco di idee nuove, si era alla ricerca dell’organizzazione dello Stato e della società. Infatti, nel 1895 entra in vigore la *Zivilprozessordnung* austriaca. Su questa nuova versione del processo civile, Taruffo designa l’ideologia pubblicistica del processo.

Franz Klein, l’autore del nuovo codice austriaco, aveva una comprensione del processo influenzata dalle idee socialiste e intendeva il processo come un servizio dello Stato, il cui obiettivo era anche la giustizia sociale che cambia il processo, come conseguenza del cambiamento dell’idea di funzione dello Stato.

Le costituzioni democratiche entrate in vigore dopo la seconda guerra mondiale e in seguito alla caduta dei regimi autoritari enunciano le garanzie fondamentali del processo: l’indipendenza, l’imparzialità dei giudici, il diritto di difesa, il doppio grado di giurisdizione, il giudice naturale, la garanzia di tutela e l’obbligo di motivazione. Successivamente, il controllo di legittimità della legge dinanzi alla Costituzione e i principi fondamentali.

1. TARUFFO M., *Ideologie e Teorie della Giustizia Civile*. Ideologia e teoria da justiça. Revista de Processo | vol. 247/2015 | p. 49 - 60 | Set / 2015. DTR\2015\13194, p. 2.
2. Ivi, p. 3.
3. KAGAN R., *Adversarial Legalism. The American Way of Law*. Cambridge, Mass., 2002, p. 83.
4. TARUFFO M. *ult. op. cit.*, p. 4.

Il processo moderno, anche quello di matrice liberale, manifesta una certa convergenza riguardo ad alcuni elementi di valore, che implicano la presenza di elementi di natura pubblicistica: poteri più ampi di gestione del giudice (il nuovo processo inglese); etica e controllo dell'abuso del processo; la necessità di un processo efficiente e che equilibri le differenze del potere delle parti (consumo, dinamica della prova, azione collettive).

## 2. IL DOVERE DI VERITÀ E COMPLETEZZA

Che significa, quindi, il dovere di lealtà e probità<sup>5</sup> nel codice di procedura italiano? Condotta leale e proba è un'espressione dotata di una vaghezza tale che nel suo ambito non si possa trovare il dovere di verità? *"Non modificare la verità dei fatti"*<sup>6</sup>, qual è, pertanto, la carica normativa di questo comando rispetto alla procedura civile brasiliana?

In primo luogo, bisogna dire che la verità nel processo può rappresentare qualcosa di più ampio rispetto alla verità nella procedura civile. Se andiamo ad analizzare il processo penale in tre diverse nazioni, possiamo dire che il dovere di dire la verità è affrontato in due modi diversi. Infatti, il processo penale italiano<sup>7</sup> e quello brasiliano adottano una versione ampia del *"nemo tenetur se detegere"*, cioè a dire il diritto di non collaborare alla propria condanna. Questi ordinamenti permettono all'imputato non soltanto di tacere ma anche di mentire, portando il diritto legale alla menzogna. Negli Stati Uniti, invece, l'imputato può tacere, ma non può mentire e anche in Inghilterra si può commettere spergiuro (giurare il falso).

La verità nel processo penale nelle nazioni di *civil Law* trova, pertanto, tutt'altra impostazione sulla possibilità di mentire. La menzogna più bassa e più contrastante rispetto a tutte le evidenze viene servita su un vassoio all'analisi del magistrato. I beni della vita tutelati nella procedura civile non sono, tuttavia, di scarsa importanza e non di rado influenzano la sopravvivenza e dignità dell'individuo.

Tuttavia il nostro tema non riguarda specificatamente il diritto penale, ma riguarda il processo civile. Qual è il ruolo della menzogna e della verità nel processo civile? Nel

5. Art. 88 c.p.c.: "Le parti e i loro difensori hanno il dovere di comportarsi in giudizio con lealtà e probità".

6. Articoli 77 e 80 del c.p.c. brasiliano del 2015.

7. Nella procedura penale italiana, il diritto di difesa è, secondo il dettato dell'art. 24 Cost., inviolabile; ne discende che l'imputato ha il diritto di difendersi nel modo che ritiene più opportuno. Se l'imputato, al fine di resistere all'accusa che gli viene mossa, decide di effettuare una narrazione della sua condotta difforme dal vero, questo suo atteggiamento rientra a pieno titolo nel suo inviolabile diritto di difesa. Quindi, nel sistema giuridico penale italiano il reo ha le facoltà: di fare dichiarazioni spontanee, di rispondere o di avvalersi della facoltà di non rispondere. Il diritto di mentire rientra nel diritto di difesa ma presenta tuttavia dei limiti: a) il reato di calunnia se il mendacio dell'imputato coinvolge altre persone; b) La possibilità che esso non superi il vaglio dibattimentale e quindi si ritorca, strategicamente, contro l'imputato.

1939, Guido Calogero affrontava questo tema domandandosi: *si può legittimamente mentire in giudizio? E si può essere leali mentendo?*<sup>8</sup>

Prima di essere oggetto della procedura civile, la verità ha rappresentato un problema centrale per la teologia e la filosofia. Nella filosofia la verità è stata discussa ampiamente e non vi è stata una risposta definitiva, piuttosto persiste il dibattito sul criterio di verità perché *“Jedes Kriterium der Wahrheit musste seinerseits wahr sein und ist so infrage gestellt”*<sup>9</sup>.

Platone, dal canto suo, ha sostenuto la fenomenologia denominata: *“Ontologischer Wahrheitsbegriff”*, la quale ha raggiunto un importante valore nel mondo filosofico: *“er diente auch Heidegger als Grundlage seiner eigenen Lehre”*<sup>10</sup> (è stato utile anche a Heidegger come fondamento del suo insegnamento). Secondo Platone la *“ontologischem Wahrheitsbegriff”* è la non-ascosità (non aletheia- fare bene la distinzione) (*die Unverborgenheit der Dinge*). *Demnach sei eine Aussage wahr, wenn sie das Seiende offenbare. Damit wurde die Wahrheit als eine Eigenschaft der Materie gedacht (Un’asserzione è perciò vera, se rivela ciò che è. In questo senso, la verità è stata pensata come una proprietà della materia).* .

Per Aristotele, invece, la verità sarebbe *“adaequatio rei et intellectus”*, ovvero l’armonizzazione tra conoscenza e realtà, e non solo la corrispondenza tra l’asserzione e la realtà<sup>11</sup>.

La preoccupazione del processo per la verità (nel processo) attira l’attenzione dei processualisti del secolo XX con l’entrata in vigore del Codice austriaco del 1895. L’autore di questo codice è Klein.

Tuttavia, la menzogna nel processo non era una preoccupazione nuova.

Il divieto di menzogna (dichiarare il falso) nel processo (*Lügenverbot*) è stato una costante nel processo austriaco, di cui è esempio la codificazione *giuseppina* del 1781 che prevedeva una serie di conseguenze per la parte che avesse agito o resistito in giudizio «con manifesta ingiustizia o per mera petulanza»<sup>12</sup>. Previsioni con lo stesso contenuto si ritrovano nella *Westgalizische Gerichtsordnung* del 1797: Klein osserva *“che in entrambe le Ordinanze si ritrova il divieto di menzogna nel processo e*

8. GRADI M., *Sincerità dei litiganti ed etica della narrazione nel processo civile*. Lo Sguardo – Rivista Di Filosofia – Issn: 2036-6558. N. 8, 2012 (I) – Etica Della Responsabilità: Applicazioni E Problemi, p. 95.
9. RENG Z., *Wahrheitspflicht und Kooperationsmaxime im Zivilprozess in Deutschland, Japan und China*. Saarbrücker Studien zum Privat – und Wirtschaftsrecht. (*Dovere di verità e principio della cooperazione nella procedura civile in Germania, Giappone e Cina*) Herausgegeben von Johann Paul bauer, Michael Martinek und Helmut Rüssmann, p. 40.
10. *Ivi*, p. 41.
11. *Ibidem*.
12. CARRATTA A., *Dovere di verità e di completezza nel processo civile*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Anno LXVIII, Fasc. 2-2014. Milano: Giuffrè Editore, p. 58.

*si riconosce il dovere di verità delle parti, al punto che il diritto processuale austriaco potrebbe rappresentare il modello di riferimento delle future riforme”<sup>13</sup>.*

Carratta afferma che il cammino fino all’introduzione del dovere di verità e completezza prima dell’entrata in vigore del Z.P.O austriaco e poi nel tedesco inizia con la discussione riguardo al problema della menzogna nel processo e come prevenirla o sanzionarla. Secondo Carratta, il pensiero di Klein fu influenzato dall’idea che l’eccessiva durata del processo fosse anche una delle ricadute dell’abuso del processo e di un comportamento incorretto delle parti e dei loro difensori<sup>14</sup>.

Klein ha dedicato molta attenzione al processo civile inglese e agli strumenti di *discovery*, dai quali, insegna Carratta, scaturisce un generale dovere di informazione e di rivelazione (*disclosure*) di ciascuna parte nei confronti dell’altra e un severo apparato di sanzioni.

Le considerazioni sulla menzogna non sono una novità del suo pensiero. Del resto, l’introduzione di un dovere di verità, attraverso la trasformazione da un divieto di menzogna in un dovere di carattere positivo, non fa altro che rafforzare la sua idea di processo.

### 3. IL CONTENUTO DEL DOVERE DI VERITÀ

Il dovere di verità è stato previsto da numerosi ordinamenti stranieri, in particolare quello tedesco (§ 138 abs 1. ZPO), austriaco (§ 178 ZPO), portoghese (art. 456 CPC), brasiliano (art. 80, II, CPC del 2016, art. 14, I, del codice del 1973). Questi codici presentano apposite disposizioni relative al comportamento delle parti riguardo alla narrazione processuale, determinando che essa non venga sviluppata cambiando la verità dei fatti.

Il codice di procedura italiano non ha una disposizione letterale del dovere di verità e la resistenza del legislatore<sup>15</sup> nel prevedere una norma con tale contenuto ha determinato la tendenza della maggior parte della dottrina processualistica a negare la presenza nell’ordinamento italiano di un tale dovere. A suffragio di questa argomentazione, vi sarebbero altre ragioni sufficienti a denegare l’esistenza di tale comando nel sistema italiano; ci si riferisce al carattere inquisitoriale delle conseguenze di un tal dovere, alla violazione del principio dispositivo, nonché alla possibile violazione del diritto di difesa.

13. CARRATTA A., *Dovere di verità e di completezza nel processo civile*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Anno LXVIII, Fasc. 2-2014. Milano: Giuffrè Editore, p. 58.

14. Vedi CARRATTA A., *Funzione sociale e processo civile fra XX e XXI secolo*. Disp. in: <http://romatrepres.uniroma3.it/ojs/index.php/funzione/article/view/506/503>. Accesso in: 17 ottobre 2017. Il suo *Habilitationsschrift* del 1885 fu dedicato al problema “degli atti processuali di parte ‘colpevoli’<sup>50</sup> ed in esso ampio spazio veniva dedicato proprio al tema della menzogna nel processo (*Lüge im Prozesse*) ed alla storia delle sue sanzioni”.

15. Cfr. Progetto Salmi.

Come dimostrato in modo esauriente da Carratta<sup>16</sup>, la previsione di un dovere di verità nella procedura civile tedesca o in altri paesi non ha apportato modifiche di carattere inquisitorio e non ha sconvolto l'equilibrio del sistema accusatorio (*Verhandlungsmaxime*), nè tantomeno (ha) stravolto il ruolo del giudice e delle parti.

Anche riguardo all'assenza di una disposizione letterale basta riconoscere che il dovere di verità è un dovere più ristretto rispetto al dovere di lealtà o di probità, e che quest'ultimo ragguange tutte le violazioni di carattere etico e morale.

Sembra non ci siano argomenti che giustifichino il processo come un campo libero, nel quale domina la razionalità economica del massimo beneficio e minimo costo. Come nella condotta all'interno della società, il ruolo della fiducia può essere quello di ridurre costi, cioè, l'internalizzazione di determinate regole di condotta che possono stabilire un ambiente più favorevole al raggiungimento degli obiettivi del processo. La soluzione delle controversie non può fare a meno di un clima di fiducia, dove il ruolo del dovere di verità è fondamentale, nel senso di riconoscere l'ampiezza del dovere di lealtà. Occorre rilevare che non si può concepire l'osservanza di questo dovere permettendo alle parti di dire menzogne durante il processo. Questa era anche l'argomentazione di Chiovenda, per il quale essere leale implicava "*non dire cosa consapevolmente contraria al vero*"<sup>17</sup>.

È con simili ragionamenti che si giustifica l'ascrizione del dovere di verità delle parti alla redazione dell'articolo 77 del CPC brasiliano<sup>18</sup>.

In particolare, bisogna soffermarsi sugli aspetti riguardanti la natura logica della presenza di un dovere di verità e completezza, in armonia con altre categorie della procedura civile. In una procedura civile che deve velocizzarsi ed essere compatibile con il ritmo della modernità e che, pertanto, non può privarsi dei procedimenti di cognizione sommaria o di quelli sommari di cognizione piena e d'altro canto, non può accettare una burocratizzazione più intensa. Oggi più che mai, l'esercizio dell'attività giurisdizionale necessita della fiducia nelle parti, al fine di ridurre la burocrazia riguardo ad autenticazioni inutili e costose e per dare definitività ad ordinanze di carattere provvisorio o di anticipazione dell'esecuzione.

16. CARRATTA A., *Dovere di verità e di completezza nel processo civile*, cit., p. 40 e ss.

17. GRADI M., *Sincerità dei litiganti ed etica della narrazione nel processo civile*, in *Lo Sguardo – Rivista Di Filosofia* – Issn: 2036-6558. N. 8, 2012 (I) – Etica Della Responsabilità: Applicazioni E Problemi, p. 99.

18. Riguardo al dovere di verità nella procedura civile brasiliana del CPC/2015: Art. 77. Além de outros previstos neste Código, são deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo: I - expor os fatos em juízo conforme a verdade; Art. 80. Considera-se litigante de má-fé aquele que: II - alterar a verdade dos fatos; Art. 378. Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade.

Il dovere di verità ha la finalità di ovviare all'esercizio abusivo del potere allegativo delle parti: questo è il meccanismo deontologico di correzione e controllo del potere di allegazione delle parti (*Beibringungsgrundsatz*). La fase introduttiva della domanda giudiziale determina il percorso della domanda e vincola l'attività di giurisdizione, ed è in questa fase che, in diversi sistemi giuridici, il giudice può anticipare i bisogni probatori e di tutela della domanda, in quanto può oltremodo determinare scelte come quella dell'art.183 *bis* del c.p.c. italiano.

Il dovere di verità è anche una specie di svolgimento del dovere di cooperazione; i comportamenti strategici non leali non si armonizzano con la cooperazione.

Donde, l'esigenza di un atteggiamento leale e veritiero, nel senso che le parti devono esercitare il potere di condurre i fatti in giudizio, senza distorcere questo potere per trarre in inganno la controparte o il giudice.

Gli oppositori del dovere di verità normalmente concepivano il dovere di verità come un dovere di verità oggettiva, cioè il dovere di narrazione dei fatti oggetto del processo nel modo come sono veramente accaduti nella realtà esterna. Questa però non è una concezione del dovere di verità in armonia con lo sviluppo della dottrina alla ricerca del tema.

Secondo quanto sostiene Carratta, il dovere di verità deve essere assimilato a un dovere di verità soggettiva o a un dovere di veridicità, in quanto si cerca più di combattere l'abuso del potere allegativo, il quale in realtà è destinato a garantire la verità materiale. Pertanto non è necessario che la parte allegi fatti della verità di cui ha la certezza, ma è sufficiente che li ritenga meramente probabili o possibili.

Nelle parole di Chiovenda<sup>19</sup>, la parte non può allegare in giudizio fatti che sa o dovrebbe sapere non veri, ovvero non può allegare fatti "campati in aria", fatti consapevolmente non veri, fuori da qualsiasi ricostruzione fattuale<sup>20</sup>.

Bisogna rilevare che il dovere di verità è presente anche quando la parte è chiamata a prendere posizione riguardo alle allegazioni dell'altra parte ("onere di prendere posizione"), *Erklärungslast* sui fatti *ex adverso* allegati. È necessario che la parte non contesti fatti che sa essere veri.

Il dovere di verità delle parti è il dovere di dire la verità secondo la propria conoscenza dei fatti. La verità è la corrispondenza tra i fatti e la conoscenza che le persone hanno di questi fatti. In tal senso, il dovere di verità è il dovere di essere fedele alla conoscenza soggettiva dei fatti, per meglio dire lo stesso divieto di mentire nel processo.

19. CARRATTA A., *Dovere di verità e di completezza nel processo civile*, cit., p. 72.

20. *Ivi*, p. 73.

In secondo luogo il dovere di verità materiale porta alla negazione dell'autonomia della parte e del principio dispositivo e a riconoscere il più ampio potere inquisitorio del giudice. In tal caso, la parte sarebbe un soggetto e un oggetto del processo.

Il dovere di verità consiste, dunque, nel divieto di dire menzogne, nel dovere di non affermare coscientemente il falso, sia in relazione ai fatti portati in giudizio per sé stesso, sia riguardo alle affermazioni della parte contraria.

Tuttavia, l'obbligo di verità non si conclude con l'ordine di non dire menzogna nel processo, ma determina anche il dovere di completezza (*Vollständigkeitspflicht*), cioè il dovere di fare una narrazione senza omettere elementi rilevanti per la decisione della causa e che possono essere a sé sfavorevoli.

Come insegna Marco Gradi: *“Ciò sulla base della considerazione che «il silenzio, la reticenza, la riserva mentale equivarrebbero, praticamente e moralmente, alla menzogna», come risulta evidente, ad esempio, nell'ipotesi in cui la parte che richiede l'adempimento di un credito tralasci di riferire che il debito è stato pagato o rimesso”*<sup>21</sup>.

Per la dottrina tedesca il dovere di completezza significa il divieto di mezza verità (*verbot der Halbwahrheit*)<sup>22</sup>. Le parti non devono tacere circostanze che sono decisive. Non si può e non si deve soltanto portare in giudizio fatti a sé favorevoli, perché ciò significherebbe violare il dovere di verità e falsificare i fatti.

Il divieto di non mentire termina nel momento in cui la parte, per non mentire, dovesse dichiarare fatti riguardo a sé disonorevoli o criminali. Si esclude, pertanto, che esso riguardi fatti la cui esposizione condurrebbe il dichiarante a una condotta disonorevole o al rischio di un'autoincriminazione penale.

L'adempimento del dovere di verità e completezza significa soltanto una pretesa della verità soggettiva o veridicità dei fatti e non una verità giudiziale o probatoria.

21. GRADI M., *Sincerità dei litiganti ed etica della narrazione nel processo civile*, cit., p. 108.

22. “Aus dem Verhältnis zum Beibringungsgrundsatz und als Teil der Wahrheitspflicht ergibt sich, dass die Vollständigkeitspflicht vor allem ein verbot der Halbwahrheit ist: Es dürfen keine Tatsachen verschwiegen werden, die entscheidungserheblich sind. Der der Klage zugrunde liegende Sachverhalt muss redlich vorgetragen werden: keine Partei darf nur die ihr günstigen Tatsachen schildern und damit das Gesamtbild verfälschen. Die Vollständigkeitspflicht geht nur soweit, wie der Sachverhalt, der der Klage zugrunde liegt, auch betroffen ist. Umstände eines anderen Sachverhalts betreffend, sind nicht umfasst”: Dalla relazione con il principio accusatorio (adversarial) e come parte del dovere di verità ne risulta che il dovere di completezza è anzitutto un divieto di mezza verità: Nessun elemento decisivo deve essere omesso. L'oggetto della domanda deve essere presentato in modo chiaro: nessuna parte deve presentare soltanto gli elementi convenienti per sé e di questo modo falsare il quadro generale. Il principio della completezza vale solo fintantoché è coinvolto l'oggetto della causa. Le circostanze riguardanti un'altro oggetto non sono comprese. ABELING, *Wahrheitspflicht im Zivilprozess*. Seminararbeit, Grin Verlag, Nordstedt, 2006, p. 5 s.

#### 4. IL DOVERE DI VERITÀ IN GERMANIA

Il codice tedesco del 1877 di matrice liberale non corrispondeva alla tradizione germanica, cioè non derivava né dalla tradizione romano-canonica, né tantomeno dal diritto germanico; era invece il risultato dell'influenza francese e della sconfitta nella guerra contro la Francia (1870/71)<sup>23</sup>. In tale scenario, il principio accusatorio (*Verhandlungmaxime*) era un elemento estraneo alla dogmatica tedesca. L'accettazione di un codice liberale era necessaria in una Germania dove si desiderava l'unità legale, quando l'unità territoriale era stata appena acquisita, e dove un codice di procedura civile nazionale era una necessità.

Un altro aspetto fondamentale fu la contrapposizione degli interessi tra giudici e avvocati. La lega germanica dei giudici (*Deutschen Richterbund*) aveva interesse nel dovere di verità come un modo di controllo del sistema accusatorio; gli avvocati invece erano intimoriti di fronte a questo possibile controllo<sup>24</sup>.

Nel 1924 le modifiche del ZPO rinforzarono l'allontanamento del liberalismo, come si legge nel prologo<sup>25</sup>:

“Eine volkstümliche Rechtspflege ist nur in einem Verfahren möglich, das dem Volke verständlich ist und einen ebenso sicher wie schleunig wirkenden Rechtsschutz verbürgt. Die Parteien und ihre Vertreter müssen sich bewusst sein, dass die Rechtspflege nicht nur ihnen, sondern zugleich und vornehmlich der Rechtssicherheit des Volksganzen dient. Keiner Partei kann gestattet werden, das Gericht durch unwahrheiten irrezuführen oder seine Arbeitskraft durch böswillige oder nachlässige Prozessverschleppung zu missbrauchen. Dem Rechtsschutz, auf den jeder Anrecht hat, entspricht die Pflicht, durch redliche und sorgfältige Prozessführung dem Richter die

23. RENG Z., *Wahrheitspflicht und Kooperationsmaxime* im Zivilprozess in Deutschland, Japan und China. Saarbrücker Studien zum Privat – und Wirtschaftsrecht. (*Dovere di Verità e Principio della Cooperazione nella procedura civile in Germania, Giappone e Cina*) Herausgegeben von Johann Paul bauer, Michael Martinek und Helmut Rüssmann, p. 42.

24. “In praktischer Hinsicht waren die unterschiedlichen Standpunkte der Juristen, wie der Richter und Anwälte, zu beachten. Der Streit zwischen ihnen wurde durch den neu gegründeten Deutschen Richterbund am Anfang des 20. Jahrhunderts verstärkt, da dieser versuchte, den richterlichen Einfluss auf die Verhandlungsführung durch die Einführung der Wahrheitspflicht zu stärken. Im Gegensatz dazu fürchtete die Rechtsanwaltschaft die richterliche Wahrheitskontrolle durch die Einführung der wahrheitspflicht. Ihre ablehnende Haltung führte dazu, dass eine ursprünglich vorgesehene Regelung aus der Prozessrechtsnovelle von 1909 wieder gestrichen wurde”. *Ivi*, p. 43: Dal punto di vista pratico erano da considerare i punti di vista sia dei giuristi, che dei giudici e degli avvocati. La controversia tra loro è stata maggiormente regolata attraverso l'associazione tedesca dei magistrati, fondata all'inizio del 20. secolo, giacché questi cercavano di rinforzare l'influenza dei giudici nella conduzione del processo attraverso l'introduzione del Dovere di Verità. D'altro canto, l'avvocatura temeva il controllo giudiziale della verità per mezzo dell'introduzione del dovere di verità. Il loro atteggiamento negativo ha fatto sì che un regolamento originariamente previsto dalla modifica della procedura civile del 1909 fosse di nuovo cancellata.

25. *Ivi*, p. 43.

Findung des Rechts zu erleichtern. Aufgabe des Richters ist es, durch straffe Leitung des Verfahrens und in enger Föhlung mit den Parteien dahin zu wirken, dass jede Streitsache nach gründlicher Vorbereitung möglichst in einer einzigen Verhandlung aufgeklärt und entschieden wird. Er hat Vertagungen, die nicht sachlich dringend geboten sind, zu vermeiden und zu verhindern, dass ein Verfahren durch verspätetes Vorbringen verschleppt wird. Nur so gelangt man zu einem lebendigen Verfahren mit voller Mündlichkeit und Ummittelbarkeit, das dem Richter eine spätere Findung der Wahrheit ermöglicht und dessen Verlauf die Parteien mit Verständnis und Vertrauen folgen können.<sup>26</sup>

In tale scenario venne introdotto il dovere di verità nel progetto del ZPO nel 1931. L'obiettivo era chiaramente quello di arginare la disseminata menzogna processuale<sup>27</sup>, se si riteneva, tuttavia, di non aver bisogno di concrete sanzioni. Nel 1933 l'emendamento ha mantenuto l'essenza della regola del progetto del 1931.

## 5. IL DOVERE DI VERITÀ IN GERMANIA NELL'ATTUALITÀ

Il § 138 abs. 1 ZPO prevede l'obbligo delle parti: (1) *Die Parteien haben ihre Erklärungen über tatsächliche Umstände vollständig und der Wahrheit gemäß abzugeben.*

Questa norma è stata introdotta quasi 50 anni dopo che il principio dispositivo e il ZPO del 1877 erano entrati in vigore. Successivamente a questo momento, la discussione riguardante il dovere di verità è sottoposta all'attenzione della giurisprudenza, al significato e al campo di validità, ai limiti in rapporto con altre norme del ZPO e alle conseguenze della sua violazione e inquadramento<sup>28</sup>.

Secondo l'espressione letterale, il legislatore avrebbe fatto una distinzione tra Completezza e Verità. La dottrina maggioritaria, però, ritiene che la completezza integra il dovere di verità ed esige che le parti portino i punti essenziali dell'oggetto litigioso: "il

26. Traduzione: Una tutela popolare del diritto è soltanto possibile in un processo che è comprensibile al popolo e che garantisce una tutela del diritto sicura e che viene attuata celermente. Le parti e i suoi rappresentanti devono essere coscienti del fatto che la tutela del diritto non serve soltanto a loro, ma anche e soprattutto alla sicurezza giuridica del popolo tutto. Nessuna parte è autorizzata a trarre in inganno il tribunale attraverso falsità o ad abusare della loro funzione intralciando il processo per mezzo di condotte di malafede o negligenti. Alla tutela giuridica, alla quale ognuno ha diritto, corrisponde il dovere di facilitare al giudice la ricerca del diritto attraverso una corretta e attenta conduzione del processo. È compito del giudice, per mezzo di una rigorosa direzione del processo e in stretto contatto con le parti, arrivare al risultato che ogni controversia venga possibilmente risolta in un'unica trattativa dopo una scrupolosa preparazione. I rinvii che non sono strettamente necessari sono da evitare. Come è da evitare che un processo venga ostacolato per via di un rallentamento del processo stesso. Soltanto così si raggiunge un processo vivo con piena oralità e immediatezza, che permette al giudice la ricerca della verità e il quale le parti possono seguire con comprensione e fiducia.

27. *Ivi*, p. 44.

28. *Ibidem*.

*dovere di completezza viene considerato una parte necessaria/imprescindibile/a cui non può far di meno il dovere di verità, quindi una presentazione incompleta delle circostanze di fatto può essere così profondamente non vere come una falsa presentazione dello stato di cose oggetto della lite*<sup>29</sup>.

Una mezza verità è una totale inverità. Una presentazione incompleta della lite può essere profondamente falsa e non vera. L'aspetto della completezza raggiunge le sfere più alte di valore nel campo dell'etica processuale.

Ci sono anche coloro che sostengono che il dovere di verità riguarda anche le manifestazioni relative al diritto, l'argomentazione giuridica che non può essere oggetto di un'esposizione contorta, falsata, distorta, travisata<sup>30</sup>.

I difensori avrebbero in tal senso l'obbligo di non distorcere la situazione giuridica, nemmeno quando vogliono raggiungere gli obiettivi delle parti al fine di far incidere una norma speciale. Tale estensione, però, non è riconosciuta dalla dottrina maggioritaria. Nei termini del testo del § 138 Abs.1 ZPO, il dovere di verità nel limite delle circostanze di fatto<sup>31</sup>, il dovere di verità riguarda fatti del passato, temporaneamente limitati o eventi precisi nel tempo, situazioni, relazioni o caratteristiche che appartengono ad una percezione del mondo interna ed esterna.

È vero, però che gli oppositori di questa tesi ritengono che il giudice non sia vincolato dalle manifestazioni giuridiche delle parti, nei termini dello *"iura novit curia"*, e che pertanto il contenuto delle manifestazioni giuridiche non sarebbe sottomesso al dovere di verità.<sup>32</sup>

29. "Die Vollständigkeitspflicht wird als ein erforderlicher Bestandteil der Wahrheitspflicht betrachtet, denn ein bloss unvollständig dargestellter Sachverhalt kann ebenso schief und unwahr sein wie eine falsche Sachverhaltschilderung: Die halbe Wahrheit ist die ganze Unwahrheit", traduzione: Il dovere di completezza viene considerato come una parte necessaria del dovere di verità, giacché una descrizione anche solo incompleta dell'oggetto della domanda può essere comunque traviata e non vera come una descrizione falsa dell'oggetto. Una mezza verità è una non verità completa. . RENG Z., *ult. op. cit.*, p. 45.

30. *Ibidem*.

31. RENG Z., *Wahrheitspflicht und Kooperationsmaxime im Zivilprozess in Deutschland, Japan und China.*, cit., p. 45: "Nach der Fassung des. beschränkt sich die Wahrheitspflicht ausdrücklich auf die Erklärung über die tatsächlichen Umstände. Eine Ansicht besagt, dass die Anforderung der Wahrheitspflicht auch die Rechtsausführungen umfasse. Zumindest sei der Anwalt verpflichtet, die Rechtslage nicht bewusst zu verdrehen und die Interessen seiner Partei nur im vertretbaren juristischen Rahmen zu verfolgen". Traduzione: Secondo quanto detto precedentemente il dovere di verità si limita espressamente al chiarimento delle circostanze oggettive. Secondo un parere le esigenze del dovere di verità comprendono anche le manifestazioni giuridiche. Per lo meno, l'avvocato è obbligato a non alterare coscientemente la situazione giuridica e a perseguire gli interessi della parte soltanto in una ragionevole cornice giuridica.

32. *Ibidem*.

La dottrina maggioritaria sostiene che il dovere di verità non si applica alle manifestazioni giuridiche e non determina anche un dovere di verificare la verità dell'informazione dei fatti che la parte porta in giudizio.

## 6. AMBITO MATERIALE DI VALIDITÀ DEL DOVERE DI VERITÀ

La norma del § 138 Abs. 1 ZPO obbliga non solo le parti e i suoi rappresentanti legali, ma anche i mandatari e soggetti intervenuti. Non solo nei confronti della parte opposta, ma anche del giudice.

## 7. LIMITI DEL DOVERE DI VERITÀ

Dopo aver definito il contenuto del dovere di libertà e poste in comparazione le esperienze di realtà giuridiche diverse, è utile soffermarsi sulla questione più importante del tema: i limiti del dovere di verità. Qual è l'ambito vincolativo del dovere di verità?

Quali strumenti sono a disposizione del giudice per trovare la verità dei fatti che non sia per mezzo delle parti?

I difensori del dovere di verità sostengono che le parti devono esporre in giudizio solo circostanze obiettivamente vere o delle cui verità le parti sono convinte. Per taluna parte della dottrina, il dovere di verità viene violato benché le parti non ricerchino la verità materiale dei fatti della causa. Insieme al dovere di verità si aggiunge, dunque, un dovere delle parti di "*gewissenhaften Wahrheitsermittlung*", cioè di una diligente, scrupolosa e attenta supervisione della verità<sup>33</sup>.

Le parti avrebbero così il dovere di verificare la correttezza delle informazioni che portano in giudizio. In tal modo, dal dovere di verità si otterrebbe il dovere di minima cura nella ricerca pre-processuale della verità. D'altra parte, però, ha ampio consenso l'idea che il dovere di verità non ha come obiettivo quello di togliere l'onere in capo ai tribunali, attraverso il dovere di investigare la verità della prova prima del processo. Il processo serve a trovare la verità obiettiva<sup>34</sup>.

L'opinione dominante in Germania è che il dovere di verità riguarda solamente la verità soggettiva e non obiettiva. Soltanto la menzogna cosciente è vietata. Per la dottrina tedesca questa interpretazione è sostenuta dall'analisi logico- sistematica e

33. *Ivi*, p. 47.

34. Die Wahrheitspflicht bezwecke keine Entlastung des Gerichts durch die Wahrheitsermittlung der Parteien vor dem Prozess; vielmehr solle gerade der Prozess der objektiven Wahrheitsfindung dienen. Deswegen sei es erlaubt, dass jede Partei trotz eigener Zweifel an der Wahrheit der Tatsachen diese Behauptung aufstelle. Eine Art antizipierter Beweisaufnahme wird den Parteien nicht zugemutet. Traduzione: Il dovere di verità non ha la finalità di alleggerire il lavoro del tribunale attraverso la ricerca della verità delle parti coinvolte prima del processo; piuttosto servirebbe alla ricerca della verità oggettiva del processo. Per questo sarebbe permesso che ogni parte esprima la propria argomentazione nonostante i propri dubbi riguardo alla verità dei fatti.

teleologica. La sua dottrina maggioritaria sostiene, in definitiva, che il dovere di verità non deve essere applicata alle manifestazioni giuridiche e non determina anche un dovere di verificare la verità dell'informazione dei fatti che la parte porta in giudizio.

## CONCLUSIONI

1. L'obbligo di lealtà e di probità non può far a meno del dovere di verità;
2. Il dovere di verità riguarda la verità soggettiva, perciò è più un dovere di veridicità, cioè, corrispondente alla conoscenza individuale dei fatti;
3. Tale dovere riguarda gli aspetti fattuali del processo e non le manifestazioni giuridiche delle parti;
4. Il dovere di verità non significa onere di verificare la verità degli elementi probatori portati in giudizio;
5. Il processo come spazio della cooperazione richiede, anzitutto, che si stabilisca come spazio di fiducia e la fiducia è una conseguenza del dovere di verità;
6. Il processo come gioco: il miglioramento della razionalità del processo, l'internalizzazione di regole etiche più elevate implica un altro modello di razionalità delle parti e del giudice nel processo.
7. Una delle tendenze attuali nella procedura civile è la riduzione della predeterminazione dei riti, della quale è esempio la procedura civile inglese, essendo evidente lo sforzo di intensificare e di amplificare i poteri del giudice, nel senso che lui può adattare il rito alla natura della lite. Quindi si può verificare la potenzialità normativa del dovere di verità come strumento di efficienza del processo, di ottimizzazione degli atti del processo e, di conseguenza, di ampiezza dei poteri del giudice, specialmente per mezzo del dovere di completezza, aspetto che si armonizza con il ruolo dei principi come fonte di una normatività interessata nella efficienza della procedura civile.

## BIBLIOGRAFIA

- ABELI NG, Christian. *Wahrheitspflicht im Zivilprozess*. Seminararbeit, Grin Verlag, Nordstedt, 2006.
- CARRATTA, Antonio. Dovere di verità e di completezza nel processo civile. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Anno LXVIII, Fasc. 2-2014. Milano: Giuffrè Editore.
- CARRATTA, Antonio. *Funzione sociale e processo civile fra XX e XXI secolo*. Disp. in: <http://romatrepress.uniroma3.it/ojs/index.php/funzione/article/view/506/503>. Accesso in: 17 ottobre 2017.
- FELIX, Juarez Rogério. *Verdade e mentira no processo civil*. [http://www.academus.pro.br/professor/juarezfelix/material\\_pdf/004.pdf](http://www.academus.pro.br/professor/juarezfelix/material_pdf/004.pdf)
- GRADI, Marco. Il divieto di menzogna e di reticenza delle parti nel processo civile. *Consiglio Nazionale Forense Periodico per la formazione e l'aggiornamento degli Avvocati*. ANNO III n. 5 – 2009 Futurgest Edizioni.

- GRADI, Marco. Sincerità dei litiganti ed etica della narrazione nel processo civile. *Lo Sguardo – Rivista Di Filosofia* – Issn: 2036-6558. N. 8, 2012 (I) – *Etica Della Responsabilità: Applicazioni E Problemi*.
- GRADI, Marco. The Right of Access to Information and Evidence and the Duty of Truthful Disclosure of Parties in Comparative Perspective. *Studies of the Max Planck Institute Luxembourg for International, European and Regulatory Procedural Law* 4. Loïc Cadiet/Burkhard Hess/Marta Requejo Isidro (eds.), *Procedural Science at the Crossroads of Different Generations*. P. <http://www.nomos-shop.de/25293>.
- GRADI, Marco. Omessa indicazione di fatti decisivi e violazione dell'obbligo di lealtà processuale. *Il Foro italiano*, Aprile 2015, III, 198, R O M A, Società Editrice Del «Foro Italiano», 2015.
- GRADI, Marco. *Adversarial Legalism. The American Way of Law*. Cambridge, Mass., 2002.
- TARUFFO, Michele. Ideologie e Teorie della Giustizia Civile. Ideologia e teoria da justiça. *Revista de Processo* | vol. 247/2015 | p. 49-60 | Set / 2015. DTR\2015\13194
- PASSANANTE, Luca. Brevi note critiche sul d.d.l. delega per l'efficienza del processo civile. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, fasc.2, 2014.
- RENG, Zhong. *Wahrheitspflicht und Kooperationsmaxime im Zivilprozess in Deutschland, Japan und China*. Saarbrücker Studien zum Privat – und Wirtschaftsrecht. Herausgegeben von Johann Paul bauer, Michael Martinek und Helmut Rüssmann.





## Civil Procedure Review

AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

# 3

## The Mediation in the Bulgarian and European Law, Bulgarian, European and International Civil Process

**Valentina Popova**

Ph.D. Associate professor on Civil Procedure at Sofia University St. Kliment Ohridski.  
Associate professor on Civil Procedure at the South Western University Blagoevgrad

**Abstract:** The article examines mediation as an alternative way of solving legal and non-legal disputes. Its regulation is in the MA and it is in line with Directive 2008/52 / EC. Ordinance № 2/2007 has implemented the European Code of Conduct for Mediators. Independence, neutrality and impartiality of the mediator is required by the act.

There are provisions in the CPC that encourage parties to use the mediation and resolve the dispute through it. As per Art. 140, para. 3 and Art. 374, para. 2 CPC the court may direct the parties at the open session, to mediation or other ways for arbitrarily settling the dispute. In the divorce process, the court is obliged to do so as well.

A mediator may be only a person, registered in the Unified Register of Mediators with the Minister of Justice. Persons, performing judicial functions in the judiciary system may not be engaged in mediation. The parties may participate in mediation with a lawyer or consult with other professionals. Mediators' associations have the role of coordination centers in relation to mediation.

When mediation is used during a pending litigation process, the commencement of mediation is a ground for the case to be stopped (as per Art. 15, par. 5 MA). During the mediation procedure, limitation does not run. An agreement on a legal dispute,

reached through mediation procedure, can be approved by the court and thus has the force of a court settlement (Art. 18 MA) and in relation with Art. 234 CPC) has the meaning of an enforced court decision including “res judicata” and executive power. The agreement, reached as a result of the mediation itself is not an enforceable ground. However, if it is concluded in writing with a notarization of the signatures, it could be used as a base for issuing of an order for immediate execution and a writ of execution (Art. 417, item 3 CPC).

The article examines the issues of the concluded in Bulgaria through mediation and approved by the court agreement and the application of Regulation 805/2004. Regulation 1215/2012; Regulation 2201/2003; The 1980 Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction and the 1996 Hague Convention on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Cooperation in respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children; Regulation 4/2009; Regulation 650/2012. For agreements concluded through mediation in another non-EU country, the CODE OF PRIVATE INTERNATIONAL LAW (CPIL) applies. As per Art. 122 CPIL, the provisions of Art. 117 – 121 CPIL shall also apply to court settlements if the latter are concluded in a State where are considered as judicial decisions.

**Keywords:** Mediation; Mediator; Agreement, concluded through mediation; Court Agreement; Executive power

## I. LEGISLATION. DEFINITIONS

1. The Mediation Act (MA) is the main law that regulates mediation as an alternative dispute resolution tool (Art. 1). In 2006 and 2011 MA was amended to comply with Directive 2008/52 regarding certain aspects of mediation in civil and commercial matters Art. 8 of the Preamble of the Directive states that it shall be applied only in mediation on cross-border disputes but the member states may apply the Directive in domestic disputes as well. Bulgarian law reasonable applied the Directive frame standards both for cross border and domestic disputes.

Important law concerning mediation is Regulation 2/2007 of the Ministry of Justice for the terms and procedure for approving organizations that train mediators; the requirements for training mediators; on the procedure for subscribing, unsubscribing and deletion of mediators by the Unified Register of Mediators and on Procedural and Code of conduct of the Mediator (Regulation 2/2007 MJ). The Minister of Justice has also approved Standards for Training of Mediators, Procedural and Ethical Rules for Conduct of Mediator, Unified Register of Mediators, and Rules for Supervising the Application of the Requirements for Mediation Training and the Supervision over the training providers as per Art. 2 of the Regulation 2/2007. A European Code of Conduct for Mediators has been established, setting out a set of principles that mediators can voluntarily commit to respect, on their own responsibility.

2. MA, Art. 2 provides a legal definition of the mediation. It is a voluntary, confidential procedure for out of court dispute resolution where a third party-mediator assists the parties to reach an agreement. The goal is an agreement without the formalities of the courts, whereby to resolve their dispute having a present and future good relationship. As out of court ADR mediation is based on the principles of voluntariness and equal participation of the parties in the procedure. The Parties participate in mediation on their own will and they can withdraw from it at any time (MA, Art. 5). In mediation procedure all matters are dealt by agreement of the parties (MA, Art. 6(2)). Neutrality and impartiality of the Mediators is needed (MA, Art. 6(1); See also section IV, item 2).

The principle of informed consent is abided in the mediation. In mediation the parties shall be informed about mediation process and their rights in this procedure. Compliance with this rule is outlined in the major Code of Conduct for Mediators. When the court directs the parties to mediation (see section I, item 3. CRRRA), this direction shall not be reduced to a mere formality.

Confidentiality is another principle of mediation (MA, Art. 7.) The debates arising from the dispute shall be confidential. The participants in the mediation procedures shall keep in secret all circumstances, facts and documents which became known to them with the curse of procedure. (see also section IV, item 3) Exceptions to the confidentiality of the mediation shall be allowed (MA, Art.7) in the cases: this is necessary for the needs of the penal proceedings or related to the protection of the public order; there is need to ensure protection of children interests or prevent impingement on the corporal or mental inviolability of a certain person or the disclosure of the contents of an agreement<sup>1</sup>, achieved as a result from mediation, is necessary to enforce and perform the said agreement.

The Civil Procedure Code of 2007 has several provisions that encourage parties to use mediation to resolve their dispute. Both - in common civil cases (Art. 140(3)) and in commercial cases (Art. 374(2)) after the case preparation is over the court shall schedule a hearing for which the parties will be summoned and where the court will clarify: the issues disputed; the applicable law and the court may notify them of the draft of the report on the lawsuit, as well as to instruct them for a mediation procedure or of another way of amicable settlement of the dispute.

According to Art. 78(9) of the CCP, if the case is finalized by an agreement, half of the deposited State fee shall be refunded to the claimant.<sup>2</sup> Courts also have an obligation

1. This cannot be used to breach confidentiality.
2. The expenses for proceedings and for the agreement shall remain for the parties as were done, if not otherwise agreed

to try to refer the case to mediation.<sup>3</sup> The provision of Art. 78(9) is a good financial incentive for the use of mediation.

In the procedure on Matrimonial Lawsuits (CCP, Art. 321), in the first hearing *the court shall be obliged* to instruct the parties again towards mediation or another way of amicable settlement of the dispute. If the parties achieve consent for starting mediation or another way of amicable settlement of the dispute, the case shall be suspended. Each party may request that the proceedings be resumed within 6 months. If such a request is not made, the case shall be terminated. Where an agreement is reached and depending on its content, the lawsuit shall be either terminated or transferred into a procedure of divorce upon mutual consent. If the parties do not achieve consent on a procedure of mediation or of another way of amicable settlement of the dispute, hearing of the case shall be continued.<sup>4</sup>

The special Claim Procedure on Collective Claims provides that the court shall instruct the parties to conclude agreement and shall clarify to them the advantages of amicable settlement of the dispute. The court shall also approve the achieved agreement, reconciliation or another type of agreement for partial or full settlement of the dispute. If it does not contradict to the law and the common moral and if by the included in it measures the damaged interest may be defended in a sufficient degree. The agreement on the settlement of the dispute enters into force once the court has approved it (Art. 384 CCP).

**3.** There are specific rules concerning alternative dispute resolution in the Consumer Protection Act (CPA). They follow the standards approved with the Directive 2013/11 for alternative resolution of consumer disputes. Those standards apply both for trans-border and national disputes. Under Art. 161m the Consumer Protection Commission (CPC) informs consumers for their rights and obligation in offering and concluding contracts and *the possibilities for out-of-court resolution of consumer disputes. It also decides on motions and recommendations by consumers and consumer associations.*<sup>5</sup> Any agreement that is *against the rules of CPA concerning alternative dispute resolution* is a void, same is valid if it infringes the consumer interest or limits the responsibility of the business entity. The Minister of Economy shall create common and specialized reconciliation commissions for resolution of consumer disputes that meet the requirements of the law (Art. 182 CPA). The list of all approved bodies for alternative resolution of disputes is available at <<https://webgate.ec.europa.eu/odr/>

3. In a Resolution of the European Parliament of Sept. 9, 2011 concerning the application in the member-states of the Directive and its effect over mediation and its acceptance by courts, the EU Parliament stressed on the positive effects resulting of the financial incentives for using mediation in Bulgarian law as well as on the continuing interest in Bulgarian courts which led to 2/3 of cases referred to mediation being mediated and half of them being settled via mediation.
4. However, through mediation the parties can reach an agreement under Art. 49 of the Family Code.
5. The CPC encourages the business and its associations to inform consumers about its good practices codes and about the *possibilities of out-of-court resolution of their disputes.*

main/index.cfm?event=main.adr.show>. The main task of them is *to settle disputes between consumers and business entities*.

According to Art. 183e CPA in case of a dispute the consumer shall address it first to the business entity and they shall try to resolve it themselves. When they fail to resolve the dispute directly, the consumer may submit it to the general or sectorial reconciliation commissions depending on the dispute by filing a written application to the CPA along with the documents concerning the dispute. They can be submitted with the commission electronically at the internet address of the commission or through its webpage. A manual on how can a motion be submitted is available at <<https://kzp.bg/kak-se-podava-zhalba-signal>>. There is no need the parties to the dispute to appear before the commission. The documents can be submitted at the office of the Commission, via internet, post, or fax (offline). According to Art. 183g CPA the general and sectorial reconciliation commissions shall facilitate the dispute resolution between consumers and traders by preparing a reconciliation proposal for the parties.<sup>6</sup> Once the parties accept the proposal and the reconciliation commissions approve it the proposal *is considered a final settlement agreement between them. The parties may give effect to the agreement reached in the conciliation procedure by submitting it for approval to the competent court.*<sup>7</sup> When the parties have reached an agreement but any of them does not fulfill it, the non-defaulting party may ask the court to adjudicate the dispute about the non-fulfillment of the settlement agreement.

According to Art. 184 CPA the Chairman of the CPC *shall determine by an order mediators who shall be employees of the commission and shall facilitate the resolution of disputes between consumers and traders*. The assistance shall be rendered at the request of a consumer by filing an application with the Commission of Consumers Protection and the mediation proceedings shall take place in a settlement, selected among the settlements where the Commission of Consumers Protection has territorial units.

*The limitation shall be suspended, where proceedings have been initiated before the general and sectorial reconciliation commission or a mediator. The proceedings before the general and sectorial reconciliation commissions and a mediator shall not be a pre-requisite for filing a court action.* (Art. 184a CPA.)

The relevant rules of CPA (Chapter IX, Section 2) do not infringe those of the Mediation Act that adopt the requirements of Directive 2008/52. They shall apply in compliance with the acts adopted by the EU Commission under Regulations 524/2013 (§§12d-12e of the Supplementing Articles (SA) of the CPA). CPA, Art. 181l does not

6. Once the general and sectorial reconciliation commissions have prepared a settlement proposal it shall not deal with the same dispute, no matter whether the parties accepted or not the settlement proposal.
7. Under Art. 18 of the Mediation Act (MA) both parties to the dispute shall confirm before the court the agreement they have reached.

affect the norms concerning the statute of limitations in the international agreements to which the member-states are parties (§§12f-12g SA of the CPA).

4. *The Public Procurement Act (PPA) (section II, p. 12, part “B”, p. 25, part “V”, p. 17, part D, p. 10) is stating that there should be information about mediation procedures in the notifications for: starting the procurement procedure; the procurement contract; amendments to the procurement contract if applicable accordingly.*

5. As per the Copyright and Related Rights Act (CRR) (Section I, “a”), in cases of disputes between organizations for collective administration of author’s rights and users and/or an organization of users related to signing and performance of a contract between them under this Act, *each of the parties may propose that the dispute is solved through mediation.* Mediator may be any person meeting the general requirements of the Mediation Act, entered into the Common Register of the Mediators at the Minister of Justice and having specialized knowledge in the field of author’s rights and related rights. A mediator can be only a person that is registered in a special register of mediators to the Minister of Culture. This register needs to be coordinated with the organizations under Art. 40b of CRR and the representatives of the organizations of users. The mediator starts the mediation only with the written consent of the parties. The consent shall resolve the question with the remuneration of the mediator and the conditions of payment by the parties. *The mediator shall assist the negotiations and may extend proposals to the parties. He may not resolve the dispute.* If in a dispute about collective management *the mediator has made a written proposal to the parties for resolving the dispute and none of the parties has objected it in a month of receiving the proposal, it is considered accepted by the parties.* The mediated settlement is binding on the parties. *Starting mediation procedure does not limit the parties to refer the dispute to the court.* The opened mediation proceedings shall stay any pending judicial proceedings until its termination. The Mediation Act shall apply to all other questions not dealt by Art. 40g.

7. As per the provision of Art. 110, p. 5 of Regulation of Council of Ministers for Including Education of 2016, the kinder garden, school and the Center for Support of Personal Development, depending on the individual needs of children and pupils provide additional support for personal development in a case of risk – psychologist and/or pedagogic counselor, social worker, and when it is needed – an assistant to the teacher and *mediator from the community of the child or the pupil.*

## II. RIGHTS THAT CAN BE SUBJECT TO MEDIATION

1. Disputes that can be mediated are civil, commercial, labor, family, consumer, and other disputes between individuals and/or legal entities including trans-border disputes (Art. 1(1) MA). Those disputes can be both legal and non-legal (Art. 1(3) MA). Mediation is not held if the law requires the dispute to be resolve using another tool (Art. 3(3) MA).

There are special rules for mediation in family law. Mediation can be used and it is used to avoid the divorce, preserve the marriage (Art. 321 CCP) and the good relations between spouses concerning interests of children, exercising parental rights and personal relations between parents and children.

For the termination of marriage, a mediated settlement is not enough. If such a settlement is reached the court will terminate the marriage on mutual consent without looking for the reasons for the termination of the marriage (Art. 50 Family Code (FC)). The mediation could be successfully used for reaching the mutual consent and the required and allowable for it agreements. In case of divorce on mutual agreement, the spouses shall produce an agreement about the place of residence of the children, exercising the parental rights, the personal relations and the children's support, as well as about using the family home, the spouse's alimony and the family name (Art. 51(1) FC). The agreement shall be confirmed by the court, after verifying if the children's interests have been protected (Art. 49(5) FC). The spouses may agree about other consequences of the divorce (Art. 51(1) FC) and their agreement on those matters shall meet the same standard the court to approve them. The achievement of this agreement is imperatively determined by the legislator as a mandatory condition for court to discontinue marriage due to the mutual consent of the spouses. (Art. 51(1) FC).

In case a divorce claim procedure (Art. 321(2) CPC) the court is obliged in the first hearing to instruct the parties again towards mediation or another way of amicable settlement of the dispute. If the parties achieve consent for starting mediation or another way of amicable settlement of the dispute, the case shall be suspended. Where an agreement is reached and depending on its content, the lawsuit shall be either terminated or transferred into a procedure of divorce upon mutual consent. If the parties do not achieve consent on a procedure of mediation or of another way of amicable settlement of the dispute, hearing of the case shall be continued. According to Art. 49(4) of FC, in any stage of the court case the spouses may submit with the court an agreement on all or some of the matters concerning the termination of their marriage. This agreement can also be reached through mediation. The court will approve the agreement after it makes sure that the interests of the children are well guarded. The court may also ask the Directorate for Social Assistance for a statement. It is recommended in case of matrimonial claims, that the spouses conclude agreement on where the children under 18 years of age will live; how the parental rights will be exercised; personal relations of the parents with the children; child support and alimony; the use of family home; family name (Art. 51(1) FC). If the parties have not agreed on all matters in the interest of the children, the court shall decide on them *sua sponte*, in case they are not claimed by either party.

Under Art. 123(2) of the FC, in case of discontent, they may approach a mediator or to apply to the Regional court upon the present address of the child, which shall decide the dispute after hearing the parents, and if needed, the child. The court decision may be appealed following the general procedure. When the parents do not live together they can agree on: where the child to live; exercising parental rights;

personal relations with the child; child support. This can be done both through the court and outside the court. The parents can ask the regional court to approve their settlement, even when it is a mediated settlement (Art. 127(1) FC). The mediated settlement approved by the court is enforceable (Art. 404, p. 1 CCP; Art. 127(1) CCP; Art. 18 MA). Matters that can be a subject to mediation are also those concerning traveling of the child abroad and receiving the documents needed for this, which shall be decided in consent by the parents (Art. 127a FC and Art. 3(1) MA.)

Family-law agreements of parental responsibility for parental responsibility and parental responsibility are of the utmost importance, the place of living of the child under 18 years of age, the use of the family home, and child alimony. They can be both – part of the divorce process and outside of it. Mediation can be used also between couples that live under the conditions of actual family cohabitation concerning the matters of: exercising parental rights; the place of living of the child under 18 years of age; child alimony (Order of the District Court of Varna of April 15, 2016 on civil case 284/2016). Mediation can be also used in disputes between parents who do not live together no matter whether they are married or not, live or have lived under the conditions of actual family cohabitation or they are just parents.

Subjects of the mediation could also be disputes concerning: copyrights and related rights (See section I, item 6); public procurement (section I, item 5); disputes over collective claims (See section II, item 3); consumers disputes (See section I, item 4).

Mediation can be used also in non-legal disputes among which are those among pupils in school. They are important for the peace and rapport in school, among teachers, children, and parents (See section I, item 7).

### III. MEDIATION AGREEMENT

The agreement to mediate can be: in a written form as a clause of a contract (Art. 11(4) MA);<sup>8</sup> in the request (submission) for mediation to the mediator or to the relevant Mediation Center. The date the parties have agreed to start mediating their dispute is the beginning of the mediation; when there is no such agreement the beginning of the mediation is the first mediation session (Art. 11(1) MA). Consequently, MA allows an agreement to mediate to be orally expressed with the assistance of the mediator at the first mediation session. The rules for operation of some mediation centers state that when only one of the parties of the dispute has submitted request for mediation, the center has one day to send the request to the other party asking to respond providing suitable term (in terms of the particularities of the dispute), whether the party agrees or not to mediate the dispute. If the answer of the counterparty is positive the Mediation Center starts preparation activities for the mediation. Numerous of Mediation centers

---

8. This clause does not prevent the party to file a case in the court. Mediation is not arbitration.

have developed templates of request for mediation and applications for informed consent, where there is also explanation about the essence of the mediation.

Parties can reach agreement to mediate in a court hearing of their dispute. CCP (Chapter 1, par. 3) requires the court to inform the parties about the possibility of using mediation and they can agree on this during the court hearing. If such agreement is reached the court shall stop the court procedure.

#### IV. PERSONS/INSTITUTIONS THAT CAN ACT AS MEDIATOR

1. Mediator can be only a person legally capable who:<sup>9</sup> has not been found guilty of crime; has successfully completed a mediation training;<sup>10</sup> has not been deprived of the right to exercise a profession or an activity; has been registered at the Unified Register of Mediators (URM) to the Minister of Justice.<sup>11</sup> If the person is a foreigner he needs to have permission for permanent or long-term residence in Bulgaria. The latter is not applicable for citizens of EU member states and the citizens of the states of the European Economic Area and Switzerland. Persons that exercise functions of adjudication within the Justice System cannot mediate (Art. 4 MA.)

2. The mediator accepts to mediate the dispute only when he can assure his independence, impartiality, and neutrality.<sup>12</sup> He is obliged to fulfill his duties in good faith abiding the law, good moral, procedural and ethical standards of behavior for mediators (Art. 9 MA).<sup>13</sup> During mediation the mediator shall listen to both parties and consider their opinions (Art. 10(3) MA). He will not impose his own opinion and decisions on the parties. The mediator is not an attorney of the parties. During mediation parties can consult attorneys or experts; mediators shall inform the parties about this right (Art. 12 MA). The mediator shall not give any legal advice to the parties (Art. 10(1) MA). This ban poses delicate questions when the parties requested a lawyer-mediator to mediate their dispute out of court. There is an

- 
9. Mediators can create associations. The associations themselves cannot be mediators.
  10. The Minister of Justice issues an order to approve the organizations that can train mediators. Regulation 2/2007 defines the requirements an organization needs to meet, in order to be approved to provide mediation trainings as well as the program of those trainings. The program for the 60-hour mediation training is approved in Appendix 2 to Regulation 2/2007. The training is followed by an exam (Art. 10 Regulation 2/2007.)
  11. The URM is public and it is available at the web site of the Ministry of Justice at <mediator.mjs.bg/Users/OrgList.aspx>. Regulation 2/2007 also regulates how a mediator can be registered, *withdrawn*, and repealed of the URM.
  12. The mediator signs an affidavit for impartiality and neutrality for each mediation she participates in and gives them to the parties (Art. 13 MA). The mediator shall recuse from the mediation at any time when arise doubt about her impartiality and neutrality.
  13. Under Art. 34 of Order 2/2007 the mediator shall start a mediation procedure only after the parties has agreed on the terms of his compensation. He cannot define the conditional compensation or the compensation to depend on mediation outcome.

understanding in the practice that regarding the principle of informed consent, the mediator can and shall inform the parties how this kind of matters have been solved as per the law and the court practice. The border-line between informing the parties and advising them is quite delicate. It only depends on mediator's professional experience and ethical standing not to cross it. The mediator is bound: to be impartial and neutral; to listen to the parties; to take into consideration their opinion; not to impose on them his opinion on what is the best solution for their dispute; and not to manipulate the parties.

3. Since mediation is confidential the mediator cannot share with one of the parties what the other party has confined to her without the consent of the latter party (Art. 10(4) MA). The mediator shall keep confidential all facts and documents that she has learned about through mediation. The mediator cannot be examined as a witness about facts that parties in mediation have confined to her and which are material to the dispute unless the party who has confined the information agrees explicitly for its disclosure (Art. 7 MA). The mediator can, furthermore, refuse to be examined as a witness concerning such information (Art. 166(1) CCP).<sup>14</sup>

4. The mediator is not liable if: parties do not reach an agreement; if they reach an agreement but one or both parties does not fulfill it (Art. 10(5) - (6) MA). The mediators shall, however, inform the parties that they can request a court to approve their agreement which will then be enforceable.

## V. MEDIATION PROCEDURE

1. Mediation procedure begins on the initiative of the parties (Art. 11(1) MA). Under Art. 21 of Regulation 2/2007 to start mediation both or at least one of the parties of the disputes submit requests for mediation. The request shall content: the names of the parties; their addresses, telephone and fax numbers; brief description of the dispute. If the party requests an association of mediators the request is filed with the association.<sup>15</sup> Those associations function as coordinating centers

14. This rule interpreted in conjunction with Art. 7(1) MA shall be also applicable to any other person that has participated in the mediation, e. g. interpreters and attorneys.

15. Such associations function as mediation centers at: the American Chamber of Commerce in Bulgaria; the Arbitration Court at the Bulgarian Chamber of Commerce; the Bulgarian Association for Out-of-Court Dispute Resolution – Asenovgrad, Plovdiv, Stara Zagora; Varna Association of Mediators; Professional Association of Mediators in Bulgaria; Regional Organization of Mediators – Veliko Tarnovo; Association Justicia; Regional Organization of Mediators – Plovdiv; Association “Mediation Center”; Association for Out-of-Court Dispute Resolution-Burgas; Association Institute for Conflict Resolution; Association Mediators; Association Black Sea Center for Out-of-Court Dispute Resolution; Association Mediator; Foundation “Legal Institute for Training and Out-of-Court Dispute Resolution”; Center for Out-of-Court Dispute Resolution to the Union of Lawyers in Bulgaria; Center for Commercial Mediation at the Chamber of Commerce-Stara Zagora; Mediation Center at 3 MM Consulting Ltd. Guidebook / Mediation centers: <http://www.lex.bg/bg/centrovmediacia/page/www.itera.bg> . There is a tax

concerning mediation. To help parties the mediation centers have prepared information brochures and documents templates such as: agreement to mediate; information form; confidentiality affidavit of the mediation participants; impartiality and neutrality affidavit of the mediator. When only one of the parties has requested mediation, the center contacts the other party and help to acquire her consent for mediating the dispute. If the latter party does not agree to mediate the dispute the center informs the requesting party. When the both parties agree to mediate their dispute, the center identifies a mediator with the proper qualification and experience and offer him to the parties.

2. Art. 11(3) MA states that the court or another competent institution that is requested to resolve the dispute may propose to the parties to use mediation. This kind of suggestion the court is offering to the parties during the court process to use out of court methods to resolve the matter. However, the court cannot refer to mediator to resolve the dispute. The same duty of the court is defined also in Arts 140(3), 374(2), 378 of CCP which have been adopted to apply Art. 5 of Directive 2008/52/EU.<sup>16</sup> This proposal the court addresses to the parties. The court does not make such proposal to a mediator. It is parties' free choice to use mediation or not.

When mediation is used during a pending case starting mediation is a ground for stopping the case (Art. 15(5) MA.)

The court-annexed mediation centers at the Regional Court of Sofia and Sofia City Court, and the Varna District Court and the Regional Court of Varna have improved the access of parties to mediation.<sup>17</sup> Those two centers have been financed through donor programs. They are located in the court buildings but are not part of it. Those centers have coordinators and provide mediation on cases pending before the courts they work for. The centers coordinate the efforts of: judges who refer cases to mediation; mediators who work with the parties to resolve their disputes; attorneys who help the process of dispute resolution; and coordinators who organize the process to help parties and judges. The coordination and mediation through those two court-annexed mediation centers are free of charge for the parties. Mediators work on volunteer bases.

The court referring the case to mediation does not send the case to the mediator even when parties have consented to use mediation. It is parties who decide whether to use mediation or not. While referring the case to mediation, however, the court

---

nn the mentioned centers that is settled to be paid by the parties for the mediation activities done by the centers.

16. In family cases the court is bound to inform the parties about mediation as a tool to resolve their dispute (Art. 321(1) CCP).
17. Under the project "Mediation and the Justice System – Successful Cooperation for Improved Access to Justice and Court Services" (January 2011-July 2012) financed by America for Bulgaria Foundation and implemented by the Professional Association of Mediators in Bulgaria has been created the mediation center at the Regional Court of Sofia and Sofia City Court.

needs to explain to the parties what the assets of mediation are. When in the hearing the parties agree to mediate their dispute and ask the court to stop the case the court shall do it (Art. 15(5) MA and Art. 229(1), p. 1 CCP). In the hearing the parties might not be ready to decide to use mediation. They can ask the court to stop the case, however, and while the case is stopped they can better inform themselves about mediation and reach an agreement to mediate. If within six months none of the parties does not ask the court to reopen the case the court dismisses it.

There are often cases, when parties that have reached a mediated settlement agreement ask the court to reopen the case to approve their settlement agreement as per Art. 18 of MA. Thus, the parties have an enforceable agreement and at the same time use a more informal and less stressful procedure. In practice some judges ask the parties to fill the information form; other judges just tell the parties where they can use mediation and reschedule the hearing for another date. When between the two hearings the parties settle the case and they confirm this before the court, the court approves the mediated settlement agreement, it becomes a court settlement agreement, and parties can enforce it. There are cases when after parties have reached an agreement the plaintiff requests the court to dismiss the case with or without prejudice. The court settlement agreement is enforceable. It is preferable, therefore, parties to request the court to approve their mediated settlement agreement. When it is done the plaintiff shall be reimbursed with half of the court fee paid while the court fee is not reimbursed when the case is dismissed on request of the plaintiff.

**3.** Parties choose one or more mediators to conduct mediation. They participate in mediation in person or through representatives. The representation power shall be in writing. Attorneys and other professionals can also participate in mediation (MA, Art. 12). At the beginning of mediation, the mediator informs the parties about its nature and consequences. Once the mediator is assured that the parties understand the nature of mediation and its consequences she requests parties' written consent to participate in mediation (MA, Art. 13(1); Regulation 2/2007, Arts 23-24).

In mediation the nature of the dispute is clarified, settlement options mutually beneficial are discussed, the frame of a settlement agreement shall be drafted. In doing this mediator can have caucuses with each party without infringing their right to equal participation in the mediation (MA, Art. 13(4) - (5)). Mediation might take one or two sessions that are scheduled after having parties consent about the time of the sessions (Regulation 2/2007, Art. 22). The mediator shall create an atmosphere favorable for the parties to open discussions to improve their relations and reach a settlement (Regulation 2/2007, Art. 215). He shall help the parties to reach an agreement and to understand its clauses (Regulation 2/2007, Art. 26). The mediator shall not give legal advice but will only assist parties to reach a settlement mutually acceptable (Regulation 2/2007, Art. 27). The mediator respects parties' opinions and requires respect from them. She shall not be prejudice or partial no matter of parties' personal qualities, past, or behavior during mediation.

The outcome desired is a settlement agreement and this is the goal of mediation.

When mediation is used while pending case, starting mediation is a reason for stopping the case (MA, Art. 15(5)).

**4.** While mediation is pending the statute of limitations does not apply (MA, Art. 11a). This rule corresponds to the requirement of Art. 8 Directive 2008/52/EU and point 24 of the reasoning for adopting it.

**5.** Mediation can be stopped: on agreement of the parties, death of the mediator or on the request of one of the parties and in cases described in MA, Art. 10(3). If mediation is conducting during pending case the parties shall inform the court that they have stopped the mediation (MA, Art. 14).

Mediation is completed when the parties reach a settlement. The mediation can be terminated: on mutual consent of the parties; when one of the parties is not willing to participate further in the mediation; when one of the parties passes away; when the legal entity party to a mediation is terminated; six months upon the start of the mediation procedure. When mediation is terminated the pending cases shall be reopened if it was stopped during the mediation (MA, Art. 15).

## **VI. SETTLEMENT AGREEMENT**

**1.** The content and the form of the mediated settlement agreement are determined by the parties. The parties may adopt default clauses in case of breach of the agreement. The form of the agreement may be oral, written, or written with notarial attestation of the signatures. The written agreement shall state the place and the date when it was concluded, the name of the parties and their addresses, what they have agreed upon, the name of the mediator, the date under Art. 11(2) MA, and the signatures of the parties (MA, Art. 16). A valid mediated settlement agreement is binding only to the parties of the dispute, but not to third parties. An agreement is invalid when it is against or evades the law as well as when it breaches the good morals (MA, Art. 17).

As out of court method for solving disputes, the mediated settlement agreement is a contract. It can have declaratory elements but when parties make mutual concessions it might reregulate prior agreements. With the mediated settlement agreement can renew or terminate prior agreements, to accept new obligations, and others, as per the will of the parties.

The mediated settlement agreement does not have *res judicata* like a judgment or a court-approved settlement agreement. If one of the parties would file a complaint for a breach of the mediated settlement agreement and submits the agreement with the court, the court will take it under consideration as a relevant fact. When the mediated settlement agreement is valid the court will consider existing the rights and duties the parties have under it.

**2.** The mediated settlement agreement is not enforceable like a judgment or a case settlement approved by the court. If the mediated settlement agreement is in

writing and the signatures of the parties have notarial attestation the non-defaulting party to the agreement can request the court for an order of immediate payment along with a writ of execution concerning the obligations of the defaulting party to pay certain amount of money or to submit movables (CCP, Art. 417, p. 3)<sup>18</sup>. In this case staying the enforceability procedures may be done only under the rule of Art. 420 of the CCP. The mediated settlement agreement is not directly enforceable but the order of immediate payment is the instrument that makes the agreement enforceable and provides an expeditious enforceability of the agreement. The mediated settlement agreement does not have *res judicata* and therefore the defense objection under Art. 414 of the CCP is admissible. If the defaulting party files an objection under Art. 414 of the CCP, the non-defaulting party shall file a complaint for declaratory judgment within the time-limit of Art. 415 of the CCP. If the mediated settlement agreement is valid the court will decide the case taking the agreement into consideration.

**3.** According to Art. 18 MA, the mediated settlement agreement on a legal dispute as per the meaning of art. 1 MA has the power of court agreement and shall be approved by a regional court / item 1/. The court shall approve the agreement when it is not against the law and good morals and the parties have confirmed it.<sup>19</sup> If the agreement is reached on a class action case the court needs to make sure that through the agreement the class interest is well defended. The settlement agreement on a class action case shall enter into force only after it has been approved by the court (CCP, Art. 384). When the parties reach an agreement on a divorce case the court approves it through a judgment after it has made sure that the interests of the children are well preserved. The court approval of the settlement is prerequisite for the divorce by mutual consent (FC, Art. 52(2); CCP, Art. 303(2)).

**4.** The Parliament deliberation records<sup>20</sup> on the adoption of Art. 18 of the MA make clear that through Art. 18 of the MA the legislator wanted to implement Directive 2008/28/EU. Art. 18 of the MA is applicable when the mediated settlement agreement: is in writing and it meets the content requirements set in Art. 16(1) of the MA;<sup>21</sup> is in writing with notarial attestation of the signatures of the parties. Art. 18 of the MA is not applicable when the mediated settlement agreement is oral. In such case when

18. The use of the payment order procedure is optional for the non-defaulting party. The parties can use the procedure under Art. 18(1) of MA when the mediated settlement agreement is in writing and the signatures of the parties have notarial attestation /see item 3/.

19. The court will also hear the prosecutor if he is a party to the case (MA, Art. 18(2)). When the mediated settlement agreement is about paternal rights, child's place of living, and visitation rights the court may hear an officer of the Social Help Directorate.

20. Records of the Parliament Deliberations 0002-01110/21 Dec. 2010.

21. See Gradinarova, T. *Procesualni Posledici na Sporazumenieto v Proizvodstvoto po Mediacia*. Nauchni Trudove na Rusenskiia Universitet 2014, vol. 53, series 7, p. 215-216. order N1519/9.04.2012, civil case N314/2012 of the Varna Regional Court; order N771/21.03.2016, civil case N91/2016 of the Varna District Court; order N973/15.04.2016, civil case N284/2016 of the Varna District Court.

there is a pending case the parties may ask the court adjudicating it to approve the mediated settlement agreement.

Art. 18 of MA is not precise about the moment when the mediated settlement agreement becomes enforceable. The written mediated settlement agreement in itself is not a court approved settlement agreement. Once the court approves it, however, the written mediated settlement agreement becomes enforceable. In support of this argument is the heading of art. 18 of MA “Making Enforceable the Mediated Settlement Agreement” as well as the fact that through adopting Art. 18 of MA the legislator met the requirements of Directive 2008/52/EU for enforceability of the written mediated settlement agreement and the means to achieve this. Making the written mediated settlement agreement enforceable through Art. 18 of MA the legislator considered unnecessary to amend Art. 401, p. 1 of CCP where enforceability is regulated, specifically the one of court-approved settlement agreement. In addition, as per the Art. 234 CCP the court-approved settlement agreement is equal to a judgment and cannot be appealed.<sup>22</sup> Therefore, the court approved settlement agreement is not only enforceable but it also has *res judicata*.

5. Under Art. 18(1) MA regional courts are competent to approve mediated settlement agreements. This is so only when the mediated settlement agreement is reached when there is no case filed. In such cases the procedure is protective. The court order<sup>23</sup> for approving the mediated settlement agreement is a prerequisite for the enforceability of the mediated settlement agreement. Since the mediated settlement agreement approved by the regional court has *res judicata* and it is enforceable if a party to the agreement files a complaint concerning the disputed issue resolved through the agreement the court will dismiss the case based on the *res judicata* doctrine.<sup>24</sup>

It is common for this protective procedure that the parties need to confirm their mediated settlement agreement before the court.

6. When the mediated settlement agreement is reach during a pending case the court that adjudicates the case shall approve it. Depending on which is the competent trial court to hear the case the mediated settlement agreement may be approved by the competent Regional court (trial court with limited jurisdiction) or the competent District court (trial court with unlimited jurisdiction). If the mediated settlement

22. See Gradinarova, T., *op.cit.*, p. 214-216.

23. judgment N1519/9 April 2012, civil case N314/2012; judgment from 1. July 2013, civil case N8906/2013 of the Regional Court of Sofia; Gradinarova, T., *op.cit.*, p. 217.

24. See also Gradinarova, T., *op.cit.*, pp.218-219.

agreement is reached before a second-instance court (District Court or Court of Appeals)<sup>25</sup> this court will approve it.<sup>26</sup>

Concerning legal safety, it would be better these rules to be implemented in the law. When there is mediation on a pending case it is in a close connection with the adjudication and its goal is to settle the case and to save time and expenses for adjudicating the dispute as well as to preserve parties' good relationships. Furthermore, Under Art. 5 of Directive 2008/52/EU, Art. 140(3), Art. 321, Art. 374(2), Art. 384 CCO the court which the case is pending before shall encourage the parties to use mediation to resolve their dispute. On the other hand, the mediated settlement agreement approved by the court is equal to court approved settlement agreement, under Art. 234 of CCP has *res judicata*, and the court shall dismiss the case. In addition, in practice most of the mediated settlement agreements are on pending cases. The legislator has financially stimulated the parties to use mediation on pending cases adopting the rule that when on a pending case a mediated settlement agreement is reached and it has been approved by the court the plaintiff shall be reimbursed with half of the court-fee paid /Art. 78(9) CCP and Art. 18 of MA, See section I, item3/.

When the mediated settlement agreement is reached on a pending case (as per art. 234 CCP in connection with art. 18, item 1 MA) the court will issue an order to approve the agreement. The court also puts in the record the content of the agreement approved. The court order for approving the agreement is not appealable.<sup>27</sup> When the agreement is reached before and approved by the trial court after the court approves the agreement it dismisses the case. When the agreement is reached before a second instance court and the second instance court approves it, this court shall declare the judgment of the trial court invalid and dismiss the case.<sup>28</sup>

25. See order N771/21 March 2016, civil case N91/2016 of Varna District Court; order of 15 April 2016, civil case N91/2016 of Varna District Court. In order N973/15 April 2016, civil case N284 of Varna District Court the parties of the mediated settlement agreement agreed the appellee to withdraw her appeal brief. Therefore, the court dismissed the appeal case and the judgment of the trial court entered into force at the date of the order of the district court for dismissing the appeal case. The court decided that under the mediated settlement agreement the parties accepted moral duties such as to live in a way allowing together to raise their child and to be respectful, patient, and non-offensive to each other. Therefore, decided this part of the mediated settlement agreement is not against the law or good morals but does not need its approval.

26. I believe that mediated settlement agreement may be reached even before the Supreme Court of Cassation. In such case the Supreme Court of Cassation will approve the agreement.

27. See Gradinorova, T., p. 217. See also Stalev, J. Mingova, A., Stamboliev, O., Popova, V., Ivanova, R., p. 494.

28. See Order N771/21 March 2016, civil case N91/2016 of Varna District Court; Order of 15 April 2016, civil case N 91/2016 of Varna District Court; Order N973/15 April 2016 civil case N 284/2016 of Varna District Court.

## VII. SETTING ASIDE A SETTLEMENT AGREEMENT

1. MA and CCP does not have rules concerning setting aside a mediated settlement agreement. The mediated settlement agreement is a contract and it is equivalent to the settlement agreement under Art. 365 of the Obligations and Contracts Act (OCA). Bulgarian legislator has not given more power to the mediated settlement agreement. There is the possibility a party to the mediated settlement agreement to file a complaint asking the court to declare the agreement void (under Art. 26 of OCA) or voidable (under Art. 27 of OCA). Any non-defaulting party to the agreement may terminate the agreement in case of a breach of the other party. These are valid when the parties have not asked the regional court to approve the mediated settlement agreement /See section VI, item 3/

If the mediated settlement agreement is in writing with notarial attestation of the signatures and based on it the court has issued a payment order and a writ of execution to the creditor / See section VI, item 2/ the debtor may file an objection under Art. 414 CCP and thus to avert the mediated settlement agreement.<sup>29</sup> If upon this the creditor files a complaint for declaratory judgment /Art. 422 and 415 of CCP/ in his written answer the debtor may assert affirmative defenses concerning the validity or the termination of the mediated settlement agreement. If the debtor does not do this the court shall evaluate the mediated settlement agreement as non-contested evidence.

2. Jurisprudence and doctrine that when the mediated settlement agreement has been reached when there is no pending case on the dispute the court approving the agreement shall do this through a judgment. This judgment is final and not appealable /Art. 537(1) CCP/ but third parties can file complaint against the judgment if it affects their rights /Art. 537(2) CCP, Interpretive Opinion of the Supreme Court of Cassation 3/2012, Civil Department/. The prosecutor can also ask the court to reverse the judgment the law has been breached /Art. 537(3) CCP/.<sup>30</sup> When the mediation settlement agreement has been reached when there was no pending case on the dispute the regional court approves the agreement through an order that contains the mediated settlement agreement and dismisses the case. This order is a protection act.

It is well settled law that if the court approved settlement agreement is void or voidable a party to it may ask the court for a declaratory judgment to pronounce the agreement void or voidable.<sup>31</sup> If a party does not fulfill its duty under the agreement the

29. If the debtor does not file an objection against the payment order it enters into force and she can only file a complaint under Art. 424(2) CCP. To be the claim admissible the plaintiff needs to assert facts newly founded /Interpretive Opinion of the Supreme Court of Cassation 4/2014, Civil and Commercial Department/.

30. See Gradinarova, *op.cit.*, p. 2017-2018.

31. Interpretive Judgment of the Supreme Court 76/1960 Civil Department; Stalev, J. Mingova, A., Stamboliev, O., Popova, V., Ivanova, R., p. 491-492, 496.

non-defaulting party terminate the contract. Along with declaring the agreement void or voidable the court will find unlawful the courts order for approving the settlement agreement.

It is established law that the parties to it and the prosecutor can ask the court to find void or voidable an agreement for termination of a marriage by mutual consent.<sup>32</sup>

It seems to me that this is not applicable to a mediated settlement agreement when approved by a regional court. This is so because under Art. 234(3) CCP the court settlement approved by the court is equal to a judgment entered into force. It does not correspond also to the nature of mediation as alternative to the court procedures for resolving disputes and the need of their stable and final resolution. Fortunately, through my research I was not able to find a case where the validity of a mediated settlement agreement was raised before a court.<sup>33</sup> This demonstrates that mediations have been successful in resolving disputes voluntarily and preserving good relations between parties.

## VIII. INTERNATIONAL MEDIATION

1. Since Bulgaria is a EU member state Directive 52/2008/EU is applicable for it.<sup>34</sup> The Directive is applicable to cross-border disputes on civil and commercial matters, except to rights and obligations that the parties cannot freely dispose of under the applicable law. The Directive has been successfully transposed into MA who is applicable both for local and cross-border disputes (Art. 3(1) MA). Under Art. 2 of the Directive the dispute is cross-border when one of the parties has a place of living of usually or domiciles in member state that is different than the member states where the other parties to the dispute live or domicile.<sup>35</sup> This should be valid to the date: (a) when parties agree to use mediation; (b) the court has ordered mediation; (c) under national law there is an obligation the parties to use mediation; (d) there is an invitation to the parties under Art. 5 of the Directive. For the purposes of statute of limitations and confidentiality in mediation cross-border is also a dispute that when after a being through mediation parties file a lawsuit or they start arbitration in a member state different that the one where the parties usually live or domicile at the date in § 1, (a), (b), or (c).

32. The same is valid for a court settlement.

33. Unfortunately, there is official statistics kept neither by the Ministry of Justice nor by the mediation centers.

34. See the reasoning of the Council of Ministers to the proposal for amending MA in 2011.

35. Under Art. 2, p. 3 for the purposes of §1-2 place of living will be determined in accordance with Arts. 59-60 of Regulation 44/2001. Under Art. 80 Regulation 1215/2012, been into force since 10 Jan. 2015, Regulation 44/2001 has been repealed. When arguments are based on Regulation 44/2001 they are considered arguments under Regulation 1215/2012 and the table for correspondence under in Appendix III shall be used. Consequently, Arts. 62 and 60 Regulation 1215/2012 will apply.

Consequently, when mediation has started in another member state but after this court procedures on the same dispute are initiated in Bulgaria under the rules of Regulation 1215/2012 rules concerning confidentiality and statute of limitations will be applicable to mediation. This is valid when there has been a mediation in Bulgaria and then, court procedures or arbitration in another member stated on the same dispute.

2. Directive 2013/11/2013 for alternative resolution of consumer disputes amending Regulation (EU) 2006/2004 and Directive 2009/22/EU is applicable to Bulgaria. It is applicable to procedures for resolving local and cross-border disputes between business entity that operates in the EU and consumer in the EU through alternative dispute resolution mechanism that suggests or imposes a solution or get the parties together to find solution by themselves. The Directive is not applicable in: direct negotiations between the business entity and the consumer; judicial settlement conferences; procedures initiated by a business entity against consumer; health services provided by health specialist to patients, including prescribing and fulfilling of medical prescriptions and providing health products. The existence of ADR capabilities before the CPC's general and sectorial committees does not exclude the possibility of resolving disputes through mediation under Art. 184 of the CPA, as well as through the general rules of the MA. /for the transposition of this Directives see section I, item 4/. It is explicitly provided that the rules of Chapter IX, p. II does not affect the rules of MA that transpose Directive 2008/52 and are applicable keeping in mind the legal acts, adopted with Regulation 523/2013 /§§12d-12e of the Supplementing Provisions of the Consumer Protection Act. This is stated in Art. 3(1) of MA.

3. Since Bulgaria is a EU Member State, the Regulation 805/2004 for creating a European Enforcement Order (EEO) for uncontested claims is applicable.<sup>36</sup> The Regulation is applicable to civil and commercial claims except those mentioned in Art. 1(2). It is applicable only to monetary uncontested claims no matter of their amount.<sup>37</sup> Art. 3 of the Regulation defines when a claim is uncontested Under Art. 24 a settlement concerning a claim within the meaning of Article 4(2) which has been approved by a court or concluded before a court in the course of proceedings and is enforceable in the Member State in which it was approved or concluded shall, upon application to the court that approved it or before which it was concluded, be certified as a EEO using the standard form in Annex II. A settlement which has been certified as a EEO in the Member State of origin shall be recognised and enforced in the other Member States without the need for a declaration of enforceability and without any possibility of opposing its recognition (Art. 5).

36. The use of the EEO under Regulation 805/2004 is optional (Art. 28 of Regulation 805/2004 and p. 20 of its Preamble).

37. Regulation 805/2004 is not applicable to claims concerning alimony payments between spouses and family members (Art. 1(1) Regulation 4/2009).

Under Art. 18 MA a mediated written settlement agreement approved by the court is equal to a court settlement. Under Art. 404, p. 1 of CCP and Art. 18 of MA such agreement is enforceable in Bulgaria and it meets the requirements of Art. 24 of Regulation 805/2004 for a court settlement. Therefore, the Bulgarian court that has approved the mediated settlement agreement may issue (based on Art. 24 and Art. 3, (a) of Regulation 805/2004 and Art. 619 (1) of CCP) a certificate for EEO in the form in Appendix II of Regulation 805/2004.<sup>38</sup> The court does not send to the debtor a copy of the request for certificate for EEO. The court does not need to hear the request in an open court. If the court rejects the request its order can be appealable with a motion which again is not sent to the debtor. The order granting the certificate for EEO is not appealable and the court does not send a copy of it to the debtor (Art. 619(2) (3) CCP). The debtor defense is regulated in Art. 10 of Regulation 805/2004. She can ask the court that issued the certificate to rectify it or withdraw it. Article 619(4) of CCP defines that the court issued the certificate is competent to rectify or withdraw it. Another defense the debtor can use is in the Member State where the EEO is enforced given the test of Art. 21 of Regulation 805/2004 has been met.

A EEO concerning a mediated settlement agreement that has been certified in another Member State will be enforced in Bulgaria under the same conditions as a judgment of a Bulgarian court (Arts. 24 and 20(2) of Regulation 805/2004). What is specific for the Bulgarian enforcement procedure is that to be admissible the creditor needs to have a writ of execution, even when she has acquired a favorable judgment or a court settlement. The request to the court for issuing a writ of execution based on EEO for uncontested claim certified in another Member State shall be filed with the district court where is: the permanent address of the debtor; her seat; or where the enforcement will take place (Art. 624(1) CCO.<sup>39</sup> The district court is not competent to check whether the test for certifying the EEO has been met (Art. 21(2) Regulation 805/2004). The certified EEO is mandatory for the Bulgarian court in issuing a writ of execution. What the Bulgarian court will evaluate is whether: (a) the certified EEO is meeting the requirements of Regulation 805/2004 about its form; (b) the copies of the EEO submitted with the court is authentic; (c) the mediated settlement agreement and the court approval of it are authentic; (c) whether EEO has been certified as such based on the mediated settlement agreement and the court approval of it.

---

38. A mediated settlement agreement not approved by a court is not enforceable in Bulgaria. Therefore, it is not authentic instrument under Art. 4(1), 3(d), and 25 of Regulation 805/2004, and a court will not issue a certificate for EEO for it.

39. By place of enforcement shall be understood the place of voluntary fulfillment of the duty as well is the place of enforcement under Art. 427 CCP. Otherwise it would be impossible to be enforced in Bulgaria a EEO issued in another Member State, e. g. for payment of money, when the debtor neither has address in Bulgaria, nor the place of voluntary fulfillment of the duty is in Bulgaria but she has assets in Bulgaria which can be subject to enforcement.

The court requested issues an order for issuing a writ of execution. The writ is issued along with the order (arg. from Arts. 624(3), 404, p. 2 of the CCP; compare with Art. 407(2) CCP). The order is appealable but if appeal is filed it does not stay the enforcement (Art. 624(3) CCP). Thus, the Bulgarian law has met the requirements of Art. 20(2) of Regulation 805/2004. The possibility the order to be appealed does not correspond to Art. 20(2) of Regulation 805/2004. Instead of referring to Art. 407 CCP concerning how the order for issuing a writ of execution can be appealed Art. 624(3) CCP refers to Art. 623(6) CCP. The later article defines that the order for issuing a writ of execution on certified EEO may be appealed before Sofia Court of Appeals whose decision may be appealed before the Supreme Court of Cassation (SCC). Concerning the appeal before SCC the rules of Arts. 280(1) - (2) and 281 CCP shall apply. Under Art. 624(4) CCP the enforcement may be stayed by the court which adjudicates the case but when the order has *res judicata* – before the trial court.

If the law of the Member State of origin recognizes the written mediated settlement agreement as an authentic instrument under Arts. 25, p. 1, 4, p. 3, and 3(f) of Regulation 805/2004 and the competent court in that Member State of origin has certified a EEO under the form in Appendix III of Regulation 805/2004, the Bulgarian court can issue a writ of execution and the written mediated settlement agreement to be enforced in Bulgaria.

**4.** To Bulgaria is also applicable Regulation 1215/2012. It applies to civil and commercial matters except those mentioned in Art. 1(2) of Regulation 1215/2012. In Bulgaria the mediated settlement agreement in itself is not enforceable. Therefore, it is not an authentic instrument under Art. 2(b) of Regulation 1215/2012.<sup>40</sup> If in another Member State of origin, the mediated settlement agreement concluded there is an authentic instrument under Art. 2(b) of Regulation 1215/2012 and is certified under Art. 53 of Regulation 1215/2012, it will be enforceable in Bulgaria. A Bulgarian court can refuse to enforce such mediated settlement agreement only under the requirements of Art. 45 of Regulation 12/2012.

The mediated settlement agreement approved by a court /Art. 18 MA/ is equal to court settlement under Art. 234 CCP and is enforceable in Bulgaria. When it is concluded on a cross-border dispute it has the power of a court settlement under Art. 2(b) of Regulation 1215/2012. The court settlement that is enforceable in the Member State of origin is enforceable in all other Member States given that the requirements for authentic instrument are met /Art. 59 Regulation 1215/2012/. The court that has approved the written mediated settlement agreement is competent to certify it under Art. 53 of Regulation 1215/2012. Under Arts. 59 and 39 of Regulation 1215/2012 the

40. Authentic instrument' means a document which has been formally drawn up or registered as an authentic instrument in the Member State of origin and the authenticity of which: (i) relates to the signature and the content of the instrument; and (ii) has been established by a public authority or other authority empowered for that purpose.

certified mediated settlement agreement approved by the court is enforceable in the other Member States without declaration of enforceability being required.

If a mediated settlement agreement has been concluded in another Member State and it has been approved by a court of origin and is certified under Art. 53 of Regulation 1215/2012 the agreement will be enforceable in Bulgaria based on Arts. 59 and 39 of Regulation 1215/2015 without declaration of enforceability being required. According to Art. 41 of Regulation 1215/2012 a judgment given in a Member State which is enforceable in the Member State addressed will be enforced under the law of the Member State addressed. This is also valid for court settlements. A writ of execution issued by a court is required for judgments and court settlements of Bulgarian courts, as well as for mediated settlement agreements approved by Bulgarian courts. Under Art. 622a of CCP, a writ of execution is not needed for the enforceability of judgments given in another Member State. This is a privilege concerning judgments, court settlements, court approved mediated settlement agreements, and authentic instruments given by another Member State.<sup>41</sup> The party may request directly the competent enforcement officer to enforce the authentic instrument submitting a copy of it and the certificate.<sup>42</sup> The enforcement office may refuse to enforce the authentic instrument only on the grounds stated in Art. 45 of Regulation 1215/2012.

5. To Bulgaria is also applicable Regulation 2201/2003 concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, repealing Regulation (EC) No 1347/2000. With practical significance are the issues regulated concerning parental responsibilities,<sup>43</sup> child's place of living, and personal relations between parents and children. Since the importance of these issues to society Regulation 2201/2003 encourages those disputes to be resolved voluntarily (p. 22 of the Preamble). Under Arts. 1 and 3(1) of the MA and 3, p. 2 of Directive 2008/52 in Bulgaria these disputes may be resolved through mediation. This is also valid for cross-border disputes. Voluntary settlements provide the opportunity to be creatively and in details regulated the parental rights and obligations, as well as parental responsibility.<sup>44</sup> In cross-border disputes is very

41. This is not very wise legislative solution and it is not in accordance with Art. 41 Regulation 1215/2012.

42. The heading of Art. 622a CCP is "Direct Enforcement under Regulation 1215/2012". The doctrine and the jurisprudence use the term "direct enforcement of enforceable instrument". In practice through the Arts. 622(2), 39, 59, and 53 CCP the Bulgarian legislator provided to the certificate under Art. 53 Regulation 1215/2012 the same enforceability as to the judgment of court settlement of Bulgarian Court (See also Miteva, D. Novite preki izpunitelni osnovania v izpunitelnia process. Dajdjest "Commercial and Contract Law", 2017, issue 2, p. 88).

43. It is not applicable to the cases mentioned in Art. 1(3) and those concerning maintenance. Regulation 4/2009 is applicable to them.

44. Regulation 2201/2003 uses the term "parental responsibility". Bulgarian family law uses the term "parental rights and duties". These two terms describe one and the same thing. The term "the right to exercise parental rights" under Art. 2(9) Regulation 2201/2003 is very close to the understanding in Bulgarian family law about the right of exercising parental rights and duties. The term "right for

important to be decided where the child will live, parents' visitation rights including bringing the child for a certain period to a place outside her normal place of living and even outside the country of its normal place of living.

Under Art. 46 of Regulation 2201/2003 the documents which have been formally drawn up or registered as authentic instruments and are enforceable in one Member State and also agreements between the parties that are enforceable in the Member State in which they were concluded shall be recognized and declared enforceable under the same conditions as judgments. The mediated settlement agreement itself is not enforceable in Bulgaria. It becomes enforceable only after it has been approved by a regional court /Art. 18 MA/. When the spouses agree to divorce on mutual consent<sup>45</sup> they shall submit with the court an agreement on the children's place of living, paternal rights, usage of family home, alimony payments to children.<sup>46</sup> This agreement may and very often is concluded through mediation. To be legally binding and enforceable it needs to be approved by the court. When the parties cannot agree on divorce by mutual consent the court will issue a judgment but the parties still can reach an agreement on the issues stated in Art. 51(1) of the Family Code (FC). Again, the court needs to approve this agreement (Arts. 51(10 and 49(4) FC). Parental responsibilities, children's place of living, and parental rights, are at issue not only when the spouses seek a divorce. When the parents do not live together through mediation they can reach an agreement about child's place of living, exercising parental rights, visitation rights, and alimony of the child.<sup>47</sup> Once the regional court under which jurisdiction is the present address of the child approves the agreement /art. 127(1) FC/<sup>48</sup> it becomes enforceable and under Art. 46 of Regulation 2201/2003 may be enforced in another Member State.

If in another Member State a mediated settlement agreement has been reached concerning the issues defined in Art. 46 of Regulation 2201/2003 and it is enforceable in the state of origin without being approved by a court, under Art. 46 of Regulation 2201/2003 this agreement will be also enforceable in Bulgaria given that it meets the prerequisites for enforceability of judgments and if it has been certified under Art. 59 of Regulation 2201/2003. If the law of the state of origin requires the mediated settlement agreement to be approved by a court before to be enforceable, to be

---

personal relations with the child" under Bulgarian law includes personal relations as well as the right to bring the child for a fixed period to a place different than his place of living. (Art. 2(10) Regulation 2201/2003) (Art. 9(10) Regulation 2201/2003).

45. See Popova, V. in Stalev etl. Bulgarian civil procedural law. Sofia 2012, Ciela, p. 711-716.

46. The spouses can agree on other issues as well (Art. 51...sent.2 FC) including mutual assets allocation and the court to approve this agreement through the divorce judgment. Regulation 2201/2003-regarding the property consequences of marriage or other additional issues (art. 8 of the motives of the document). If the agreement addresses maintenance Regulation 4/2009 will be applicable. If the agreement covers mutual assets allocation Regulation 1215/2012 will apply.

47. About enforcement of maintenance duties will apply Regulation 4/2009.

48. This agreement may be concluded within and outside case filed.

enforced in Bulgaria the agreement should be approved by the competent court in the state of origin and certified under Art. 59 of Regulation 2201/2003.

For the enforceability of authentic instruments<sup>49</sup> under Regulation 2201/2003 a summary procedure for recognition needs to be followed that is regulated by the law of the Member State where the instrument will be enforced (Art. 30(1) Regulation 2201/2003). Art. 31 of Regulation 2201/2003 defines the procedure. Its goal is promptness. The request may be rejected only on the grounds stated in Arts. 22-24 of Regulation 2201/2003. Based on Art. 30(10) of Regulation 2201/2003 the Bulgarian legislator adopted Art. 623 of CCP. With the request the party shall submit with the court the documents defined in Art. 37 and 39 of Regulation 2201/2003. The court does not send to the other party a copy of the request.

The trial court will issue an order without summoning the parties for an open hearing but only based on the documents submitted by the applicant. Under Art. 623(3) a preliminary enforcement of the order is not allowed. The requesting party does not receive a writ of execution before the order of the court for recognizing the instrument enters into force. Under Art. 47(2) of Regulation 2201/2003 any judgment delivered by a court of another Member State and declared to be enforceable in accordance with Section 2 or certified in accordance with Article 41(1) or Article 42(1) shall be enforced in the Member State of enforcement in the same conditions as if it had been delivered in that Member State. Given the rule of Art. 47(2) of Regulation 2201/2003 Art. 405(4) of CCP should be interpreted to allow a writ of execution to be issued based on an appealed judgment under Art. 623(6) CCP. If the opposite is accepted by the time the judgment enters into force the children might have become legally capable and the lack of enforceability of the judgment might have ruined their childhood.

With the order granting the request the court will also decide on the preliminary measures and injunctions (Art. 623(3) CCP). The order granting the request is equal to a judgment (Art. 623(5) CCP). In this case, however, cannot be decided issues concerning disputes about the agreement itself. Under Art. 33 of Regulation 2201/2003 both parties can appeal the order which will be dealt according to procedures for contradictory matters.

If the appeal brief is filed by the party that has requested the enforceability certificate the court shall summon the other party (Art. 33(4) Regulation 2201/2003). If the opposing party does not appear before the court, Art. 18 of Regulation 2201/2003 shall apply. The order can be appealed before the Court of Appeals of Sofia (Art. 623(6) CCP). Art. 623(6), second sentence provides for appeal of the order of the trial court the appeal court to have a hearing in an open court with summoning the parties. This corresponds to the rule in Art. 33(3) - (4) of Regulation 2201/2003. The opinion

---

49. For its recognition there is no need a request with a court to be filed (Art. 21(1) Regulation). The party that is interested may request the judgment to be recognized or not (Art. 22(2) Regulation 2201/2003).

of the Court of Appeals of Sofia is appealable before the Supreme Court of Cassation (Art. 623(6), second sentence CCP and Art. 34 Regulation 2201/2003). Enforcement is governed by the law of the Member State where the enforcement will take place.

Section 4 of Chapter III of Regulation 2201/2003 has special rules about recognition of enforcement concerning visitation and access rights (Art. 40 Regulation 2201/2003). Under Arts. 40 and 46 of Regulation 2201/2003 an agreement that is enforceable in the state of origin concerning access rights, including the right the child to be brought to a place different than her place of living for a limited period of time, may be enforced in another Member State without going through the recognition procedure if the court in the state of origin has issued a certificate according Art. 40(2) of Regulation 2201/2003.<sup>50</sup> Concerning enforcement in the state of enforcement this agreement is equal to judgment granted by a court of the state of enforcement. Therefore, based on this certificate a Bulgarian court shall issue a writ of execution. This will be the court whiting which jurisdiction the agreement will be enforced or the permanent address of the debtor is (Art. 624 CCP). The order for issuing a writ a writ of execution is appealable in the same way as the order for issuing a writ of execution based on a judgment of a Bulgarian court. The trial court only does only basic check on the documents submitted (Art. 406(1) CCP).

**6.** Bulgaria is a signatory state to the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction and the Hague Convention of 19 October 1996 on Jurisdiction, Applicable law, Recognition, Enforcement and Cooperation in Respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children. Arts. 60-61 of Regulation 2201/2003 defines how the Regulation relates to those two international conventions. (. See Popova, V. Aktulani problem.... P. 79-80, 89-90, 112-115). A mediated settlement agreement approved by a regional court under Art. 18 of MA may be enforced under the 1980 Hague Convention. Under p. 17-18 of the Preamble of the Regulation in cases of child abduction the return of the child shall be done without delay and for that purpose the 1980 Hague Convention shall apply. It has been clarified through Art. 11 Regulation 2201/2003.

**7.** Applicable to Bulgaria is also Regulation 4/2009 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation in matters relating to maintenance obligations.<sup>51</sup> Under p. 13 of its Preamble the Regulation should ensure the recognition and enforcement of court settlements and authentic instruments without affecting the right of either party to such a settlement or instrument to challenge the settlement or instrument before the courts of the Member State of

50. It is optional for the party not to use the recognition procedure. The rules of Chapter III, section 4 of Regulation 2201/2003 does not affect the right of the interested party to request recognition and enforcement of the judgment in correspondence with Chapter III, section 1 and 2 of Regulation 2201/2003.

51. It applies to duties for maintenance deriving from family and spouse relationships.

origin. Court settlements<sup>52</sup> and authentic instruments which are enforceable in the Member State of origin shall be recognized in another Member State following the procedure under Chapter IV of Regulation 4/2009 (Art. 48 Regulation 4/2009) bearing into account whether the Member State of origin is a signatory state to the Hague Protocol. The general requirement is the court settlement or the authentic document to be enforceable in the Member State of origin and to be certified as enforceable.

As per the Bulgarian law, the mediated settlement agreement is neither a court settlement nor an authentic document. On the ground of Art. 18 MA the court may approve a mediated settlement agreement. Then, it will be equal to court settlement even under the meaning of Regulation 4/2009.

Art. 17-22 of Regulation 4/2009 are applicable to enforcement of judgments, court settlements, and authentic instruments whose origin is from a Member State that is a signatory to the Hague Protocol of 2007. For them recognition is not needed (Art. 17 Regulation 4/2009). Nevertheless, to be enforced in Bulgaria such authentic instrument a Bulgarian court should issue a writ of execution. Art. 627b CCP defines how a Bulgarian court may issue such a writ. The request a writ to be issued based on the authentic instrument under Art. 20 of Regulation 4/2009 shall be submitted with the district court within which jurisdiction is the permanent address of the debtor or the place of enforcement.<sup>53</sup> It is considered under the general rules (art. 406 CPC) The court will check only the authentic instrument meets the requirements for such instrument on its face. The order for issuing such a writ will be appealable as if the writ was issued based on a judgment of a Bulgarian court. Thus, Bulgarian law concerning enforcement places on the same footing a judgment of a Bulgarian court with a judgment, court settlement, and authentic instrument whose origin is in another Member State. A district court may refuse or sustain enforcement under the meaning of Art. 21 Regulation 4/2009 (Art. 627b(2) CCP).

Regulation 4/2009, Chapter IV, section II, and Art. 627c of CCP define the recognition and enforcement in a Member State of judgments as well as court settlements and authentic instruments concerning maintenance which origin is in

- 
52. The Regulation defines court settlement and authentic instrument. Court settlement is a settlement concerning maintenance that has been approved by the court or it has been concluded before the court (Art. 2(1), p. 2 Regulation 4/2009). Authentic instrument' means a document which has been formally drawn up or registered as an authentic instrument in the Member State of origin and the authenticity of which: (i) relates to the signature and the content of the instrument; and (ii) has been established by a public authority or other authority empowered for that purpose.
53. By place of enforcement shall be understood the place of voluntary fulfillment of the duty as well is the place of enforcement under Art. 427 CCP. Otherwise it would be impossible to be enforced in Bulgaria a EEO issued in another Member State, e. g. for payment of money, when the debtor neither has address in Bulgaria, nor the place of voluntary fulfillment of the duty is in Bulgaria but she has assets in Bulgaria which can be subject to enforcement.

a Member State that is not signatory to the Hague protocol.<sup>54</sup> There is an abridged procedure for recognition. With The documents stated in Art. 28 Regulation 4/2009 shall be annexed to the request for recognition submitted. A copy of the request shall not be sent to the debtor. The court does not summon the parties for an open hearing (Art. 29 Regulation 4/2009; Art. 627c (1) - (2) CCP). Art. 30 Regulation 4/2009 defines the scope of the review the court does. The court shall review the documents submitted only on their face. Under Art. 627c CCP the request shall be submitted with the district court within which jurisdiction is the permanent address of the debtor<sup>55</sup> or where the place of execution is. The court decision is appealable in cases stated in Art. 32(5) Regulation 4/2009 (Ar. 32 Regulation 4/2009; Art. 627c (2) CCP). The appeal shall be adjudicated under the rules of contested procedures (Art. 32(2) Regulation 4/2009).

National legislation of the Member State of enforcement but not Regulation 4/2009 applies to the appeal procedure. Under Bulgarian law the court grants a request for recognition with an order that is equal to a judgment (Art. 627c(4) CCP). The court has no jurisdiction however to adjudicate a dispute about the right under the agreement. The order of the court may be appealed before the Court of Appeals of Sofia on the grounds under Art. 32 Regulation 4/2009 (Art. 627c(5) CCP). The opinion of the Court of Appeals of Sofia may be appealed before the Supreme Court of Cassation (Art. 627c(6) CCP) under the grounds of Art. 280(1) CCP for admissibility. Under Art. 280(2) CCP appeals are not admissible before the Supreme Court of Cassation if the amount in controversy is under BGN 5,000.00. The amount in controversy on claims for maintenance can be estimated according to Art. 69(7) CCP – total maintenance payment for three years. The scope of appeal review is the same both before the Court of Appeals of Sofia and the Supreme Court of Cassation.

Under Art. 34(1) Regulation 4/2009 the court where the appeal has been filed may reverse the order of recognition only on the grounds stated in Art. 24. Under Bulgarian law it is not allowed preliminary enforcement of an order granting recognition (Art. 627c (3) CCP, Art. 405(4) CCP). Under Art. 36(3) of Regulation 4/2009 before the time for appeal of the certification of enforcement has been expired or the certification has been affirmed by the Court of Appeals debtor's property is subject only to injunction. This means that within the term under Art. 33 Regulation No. 4/2009 on cassation

54. Regulation 4/2009 uses the term certification of enforcement and the court issues a judgment for certification of enforcement. Art. 627c CCP uses the term allowing the enforcement and the court issues an order. Those terms have the same meaning.

55. This rule does not correspond to Art. 27(2) Regulation 4/2009 which uses the place of habitual residence. Habitual residence is not always, however, the permanent or present address. A party may have habitual residence even without having registered an address. Concerning the place of enforcement under Art. 27(2) Regulation 4/2009 and Art. 627c(1) CCP both place of voluntary fulfillment of the duty and the place of enforcement shall apply. The procedure is for recognition of enforcement and it applies even when the debtor does not have a habitual residence in the state of enforcement but has assets there.

appeal may be enforced. The situation is analogous to that of unrealized judgments of the appellate court (Art. 404, p. 1 CCP).

Under Art. 35 Regulation 4/2009 the court with which the appeal is lodged under Articles 33 or 34 may, on the application of the party against whom enforcement is sought, stay the proceedings if an ordinary appeal has been lodged in the Member State of origin, or if the time for such appeal has not yet expired. I believe that this applies if a claim has been filed against the mediated settlement agreement approved by the court under the rules of the state of origin and the court has granted a motion the enforcement of the agreement to be stopped.

**8.** Applicable for Bulgaria is Regulation 650/2012<sup>56</sup> on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and acceptance and enforcement of authentic instruments in matters of succession and on the creation of a European Certificate of Succession.<sup>57</sup> Mediated settlement agreement is not mentioned in Regulation 650/2012. Art. 3, p. 1, (h) of the Regulation defines a court settlement - a settlement in a matter of succession which has been approved by a court or concluded before a court in the course of proceedings. Under Art. 18 MA a mediated settlement agreement approved by a court is equal to court settlement. Under Art. 61 Regulation 650/2012 court settlements which are enforceable in the Member State of origin shall be declared enforceable in another Member State on the application of any interested party in accordance with the procedure provided for in Articles 45 to 58. Under Art. 46, p. 3 (b) the court that has approved the agreement shall issue a certificate using the form established in accordance with the advisory procedure referred to in Article 81(2), without prejudice to Article 47. Consequently, based on Art. 61, 46, and 3(1) (b) the Bulgarian court that has approved the mediated settlement agreement may issue a certificate and having it the party to request a court in the Member State of enforcement to enforce the agreement. The court in the Member State of enforcement needs first to recognize the mediated settlement agreement approved by the court of origin based on the rules of Art. 45 and the following of Regulation 650/2012. The recognition procedure is defined by the national legislation of the Member State of enforcement.

Based on Ar. 61 of Regulation 650/2012 when in the member State of origin has been concluded a mediated settlement agreement that has been approved by a court in the Member State of origin it will be enforceable in Bulgaria. The mediated settlement agreement approved by a court to become enforceable, however, a court in the Member State of enforcement needs to recognize it (Art. 45 and the following Regulation 650/2012). Under Art. 627e CCP the request shall be submitted with the

56. It shall apply to succession in cases of death also. It does not apply to tax, custom, and administrative matters (Art. 1, p. 1 Regulation 650/2012). It does not apply also to the matters defined in Art. 1, p. 2.

57. The certificate procedure is not mandatory. Interested parties may use other procedures that are on their disposal (e. g. judgments, authentic instruments, court settlements).

district court within which jurisdiction is the permanent address of the debtor<sup>58</sup> or where the place of execution is. A copy of the request is not sent to the debtor. The court does not summon the parties for an open hearing. Preliminary enforcement of the order granting recognition is not allowed<sup>59</sup>. The recognition order is equal to a judgment (Art. 627e(5)). The court shall review only whether the requirements of Art. 46(3) and 61(2) of Regulation 650/2012 have been met but has no jurisdiction to review the agreement. The order is appealable before the Court of Appeal in Sofia. The Court of Appeals based on Arts.50-51 of Regulation 650/2012 shall affirm or reverse the order of recognition only when the certification is against the public order in the Member State of enforcement. The opinion of the Court of Appeal in Sofia is appealable before the Supreme Court of Cassation. The rules of Art. 280(1)-(2) CCP apply.

Under Art. 53 of Regulation 650/2012 the court which an appeal is lodged under Article 50 or Article 51 with, shall (based on the application of the party against whom enforcement is sought) stop the proceedings if the enforceability of the decision is suspended in the Member State of origin by reason of an appeal. This will also apply when in the Member State of origin, the court settlement may be challenge by a claim in a contested procedure and staying of the enforcement has been granted by a court as an injunction of the claim.

**9.** Concerning mediated settlement agreements that has been concluded *not in* a Member State the Code of International Private Law (CIPL) will apply. Under Art. 122 of CIPL Arts. 117-121 of the Code apply also to *court settlements* when in the state of origin, they have the same force as judgments. Consequently, when the mediated settlement agreement has been approved by a court in the state of origin and in that state this mediated settlement agreement is equal to a court settlement which has the force of a judgment this settlement agreement will be recognized and enforced as a judgment. A foreign judgment is recognizable by the institution it has been presented to. If a dispute about the recognition arises it can be resolved through a case for a declaratory judgment filed with Sofia City Court (Art. 118 CIPL).<sup>60</sup>

Based on Arts. 119 and 122 CIPL a mediated settlement agreement to be recognized needs: the party seeking recognition to be file a request with Sofia City Court; with the request the party to submit a copy of the mediated settlement agreement as well as the act of the court of origin approving it; this act shall be certified by the court of

58. In the order the court determines the time for filing of an appeal (Art. 50(5) Regulation 650/2012). The court issues an order on the preliminary measures and injunctions asked for.

59. That is preliminary enforcement while the appeal against judgments is pending. The court shall have an open hearing summoning the parties for it.

60. CIPL has been adopted in 2005 to synchronized Bulgarian law with EU law in the process of Bulgarian accession to the EU. At that time the direct effect of EU regulations was not fully understood. In practice the regime of repealed Regulation 44/2001 has been implemented. It is not well reasoned to have such big trust towards judgments and court settlements of courts from countries outside EU including countries which there no bilateral or multiparty agreements with concerning recognition.

origin that the it has entered into force as well as the mediated settlement agreement approved by the court of origin is equal to a court settlement that has the power of a judgment and it is enforceable in the state of origin. The requesting party shall submit these documents interpreted into Bulgarian and certified by the Ministry of Foreign Affairs of Bulgaria (Art. 121 CIPL). This is a classic recognition procedure. The judgment of the Sofia City Court is appealable before the Court of Appeals in Sofia which opinion is appealable before the Supreme Court of Cassation given the requirements of Art. 280(1) - (2) are met. In the recognition procedure the Bulgarian court cannot adjudicate de novo the dispute that has been resolved through the settlement agreement. The debtor may raise a defense that she has paid the debt. A writ of execution may be issued only after the judgment for recognition has entered into force (Art. 405(5) CCP).



# Civil Procedure Review

AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

## 4

### A distribuição dinâmica do ónus da prova no direito processual civil português e macaense<sup>1</sup>: reflexões no plano do direito a constituir

(The Dynamic Distribution of the Burden of Proof in the Portuguese and Macanese Civil Procedure Law: reflections from an *iure condendo* standpoint)

**Hugo Luz dos Santos<sup>2</sup>**

Magistrate of the Public Prosecution Office, Portugal.  
hugo.miguel.luz@gmail.com

**Resumo:** O presente artigo doutrinal visa reflectir sobre a mobilização da teoria da distribuição dinâmica do ónus da prova para os quadros do direito probatório mate-

1. Foi publicada uma versão aproximada deste artigo em *Scientia Iuridica, Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro*, n.º 343, Janeiro-Abril 2017. Introduziram-se diversas referências bibliográficas adicionais, que resultaram de investigação posterior à publicação daquele primeiro artigo.
2. Autor de dezenas de artigos sobre o Gaming Law, Direito Civil, Direito Bancário, Processo Civil, Direito Penal, Direito das Sociedades Comerciais, Direito Comercial, Direito da União Europeia, Direito e Processo Penal, Direito da Família, e Direito da Arbitragem. É coautor do Anteprojecto referente à parte geral do Código Penal de Macau, em matéria de responsabilidade penal das pessoas colectivas. Uma súmula das suas publicações científicas nos Estados Unidos da América, Portugal, Macau e Canadá pode ser encontrada em *LinkedIn*: Hugo Luz dos Santos.

rial de Portugal e da Região Administrativa Especial de Macau, no plano do direito a constituir.

O presente artigo traçará as linhas gerais referentes à recente reforma do Código de Processo Civil de Portugal de 2013, especialmente no que concerne à audiência prévia, cuja importância precípua está intimamente interligada com a teoria da distribuição dinâmica do ónus da prova.

**Abstract:** The present article intends to analyse the mobilization of the theory of the dynamic distribution of the burden of proof to the Portuguese and Macanese Civil Procedure Law, from an *iure condendo* standpoint. Moreover, this article will provide an overview about the recent civil procedure code reform of Portugal of 2013, mainly from the “audiência prévia” (*pretrial*) standpoint, whose uttermost importance is deeply intertwined with theory of the dynamic distribution of the burden of proof.

**Palavras-chave:** Distribuição dinâmica do ónus da prova / Case management / Audiência prévia / gestão processual em sentido material/Portugal/Região Administrativa Especial de Macau,

**Keywords:** Dynamic Distribution of the Burden of Proof/ Case management/ Pretrial/ Active Case management/ Portugal/ Macau, SAR.

## I. A DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÓNUS DA PROVA NO DIREITO PROBATÓRIO MATERIAL DE PORTUGAL E DA REGIÃO ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE MACAU: A SUA IMPORTÂNCIA, DE *IURE CONDENDO*, NO ÂMBITO DO PROCESSO CIVIL DO FUTURO E OS SEUS CRITÉRIOS DE CONCRETIZAÇÃO<sup>3</sup>

“As insuficiências detectadas na distribuição fixa ou estática dos ónus probatórios – unicamente alicerçada na função desempenhada pelo facto na norma subjacente ao direito invocado e, portanto, alheia à maior ou menor facilidade probatória de uma das partes em conflito – aporta para a prova de certos factos uma dificuldade inaceitável”<sup>4</sup>.

Uma primeira reacção a estas dificuldades surgiu na América Latina, designadamente na Argentina pelo punho de Peyrano, o qual desenvolveu a teoria da distribuição dinâmica do ónus da prova. “A teoria assenta na utilização de um critério de distribuição diverso e necessariamente dinâmico, destacado por Jeremy Bentham, o qual propunha que na distribuição dos ónus probatórios deveria ter-se em conta não

3. Por vontade expressa do Autor o texto segue a grafia anterior ao novo acordo ortográfico, que não se encontra em vigor na Região Administrativa Especial de Macau.
4. Elizabeth Fernandez, “A prova difícil ou impossível”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*, Armando Marques Guedes; Maria Helena Brito; Ana Prata; Rui Pinto Duarte; Mariana França Gouveia (orgs.), vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, p. 828.

a função que o facto desempenha na norma – elemento, esse, necessariamente fixo e estático – mas, antes, a consideração da parte a quem fosse, em concreto, mais fácil produzir a prova de determinado facto”<sup>5</sup>.

O método de distribuição das cargas probatórias subjectivas seria, assim, *híbrido*, contando, à partida, “com uma distribuição geral e abstracta perfeitamente previsível que poderia ficar abalada no caso concreto, se e de cada vez que a particularidade do mesmo o exigisse, atenta a especial dificuldade de prova do facto objecto do ónus em causa”<sup>6</sup>.

Com efeito, e como afirmámos noutro local<sup>7</sup>, à análise da norma de direito substantivo não devem presidir somente os elementos literais, atenta, as mais das vezes, a falta de clareza da norma de direito substantivo, sendo essa a razão pela qual a mais autorizada doutrina processualista propugna o recurso a “elementos racionais”<sup>8</sup>, cuja acuidade mais se faz sentir em campos temáticos baseados em conhecimentos científicos<sup>9</sup>, onde estejam em causa os direitos dos consumidores – a parte mais frágil –, cujo ónus probatório, onde a prova se afigure difícil<sup>10</sup>, ou mesmo impossível<sup>11</sup>, esvaziaria o conteúdo essencial da sua tutela jurisdicional efectiva.

Por isso se compreende a razão pela qual a mais autorizada doutrina advoga, nos casos de dificuldade manifesta na prova de determinados factos, a inversão do ónus da prova ou, pelo menos, uma redistribuição mais equilibrada do ónus da prova<sup>12</sup>, e, no âmbito desta, a mobilização da teoria da distribuição dinâmica do ónus da prova.

De acordo com a teoria da distribuição dinâmica do ónus da prova, cujo precursor, no seu desenho actual, foi, como se disse, o preclaro processualista argentino Jorge W. Peyrano, “o ónus probatório deveria ser distribuído não por causa da função que os factos desempenham no processo, mas, antes, em função do conceito de prova

5. Elizabeth Fernandez, “A prova difícil ou impossível”, *cit.*, p. 828.
6. Elizabeth Fernandez, “A prova difícil ou impossível”, *cit.*, p. 829.
7. Neste sentido, Hugo Luz dos Santos, «Plaidoyer por uma “distribuição dinâmica do ónus da prova” e pela “teoria das esferas de risco” à luz do recente Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 18/12/2013: o (admirável) “mundo novo” no homebanking?», in *O Direito*, Ano 147.º, III, 2015, *passim*, texto que, com assinaláveis actualizações temáticas, doutrinárias e jurisprudenciais, seguiremos de muito perto, neste apartado.
8. Neste sentido, José Lebre de Freitas, “A propriedade de prédio confinante na norma do art. 1380.º, n.º 1, do Código Civil. Facto constitutivo e facto impeditivo”, in *Cadernos de Direito Privado (CDP)*, n.º 30, Abril/Junho de 2010, p. 24, nota 14.
9. Neste sentido, Elizabeth Fernandez, “A prova difícil ou impossível”, *cit.*, pp. 811-813.
10. Procedendo à indicação dos *factos difíceis de provar*, na doutrina argentina, Jorge W. Peyrano, “La prueba difícil”, in *Debido Proceso-Realidad y debido proceso – El debido proceso y la prueba*, AA.VV., Buenos Aires, 2003, pp. 329-330.
11. Elizabeth Fernandez, “Desvio de poder: mito ou realidade?”, in *Cadernos de Justiça Administrativa (CJA)*, n.º 93, Maio/Junho de 2012, p. 11.
12. Neste sentido, Elizabeth Fernandez, “Desvio de poder: mito ou realidade?”, *cit.*, p. 25.

mais fácil, atribuindo-o, especificamente, à parte que está casuisticamente em posição mais favorável de o demonstrar”<sup>13</sup>.

Deste modo, a concreta distribuição do ónus probatório deve autonomizar-se da natureza que os factos assumem no desenho processual (factos constitutivos ou impeditivos) *quando* e *se* essa natureza tornar impossível ou difícil a prova desses factos naturalísticos<sup>14</sup>.

O que bem se compreende. “Com efeito, a forma de distribuição do ónus da prova que acima se enunciou não leva em conta as consequências dessa repartição, nomeadamente o efeito distributivo do ónus da prova. Consequentemente, em várias situações, o ónus da prova resulta atribuído a uma parte para quem é manifestamente difícil, ou mesmo praticamente impossível, demonstrar a ocorrência da versão onerada com o facto”<sup>15</sup>.

Para fazer face a este problema, alguns Autores<sup>16</sup> têm avançado uma solução que se situa no âmbito da livre apreciação da prova. Por isso, sugerem que o julgador tenha em conta, no momento de apreciar as provas, que o onerado estava numa posição particularmente difícil para conseguir demonstrar os acontecimentos, devendo ser menos exigente na altura de considerar provados os factos principais, em comparação com o que aconteceria se tal dificuldade não se verificasse”<sup>17</sup>.

Continuando a acompanhar de muito perto o pensamento de Micael Teixeira, tal raciocínio não pode ser sufragado, por duas ordens de razões.

“A primeira consiste na circunstância de, nas regras da experiência comum que devem orientar a apreciação das provas, não ser possível incluir a eventual dificuldade que a parte onerada teve em recolhê-las. Efectivamente, se essa parte conseguir, apesar dos obstáculos, apresentar algumas provas, estas devem ser apreciadas como quaisquer outras, tendo em conta os conhecimentos da vida, da lógica, da regularidade ou normalidade dos acontecimentos, critérios que indicam objectivamente a credibilidade das provas. Como tal, a título de exemplo, caso certa testemunha apresente incoerências no seu discurso, internas ou em comparação com outros meios de prova verosímeis, o julgador deve desvalorizar o respectivo depoimento, apesar da dificuldade probatória”<sup>18</sup>.

13. Neste sentido, Micael Teixeira, *Por uma Distribuição Dinâmica do Ónus da Prova*, Instituto do Conhecimento AB, Coleção Estudos, n.º 2, Almedina, 2014, pp. 297-298.

14. Neste sentido, muito recentemente, Jorge W. Peyrano, “La prueba difícil”, in *Civil Procedure Review*, vol. 2, n.º 1, January/April, 2011, pp. 86-96.

15. Micael Teixeira, *Por uma Distribuição Dinâmica do Ónus da Prova*, cit., p. 302.

16. No que toca à dificuldade de provar a ocorrência de *factos negativos*, Leo Rosenberg, *La carga de la prueba*, Madrid, Bosch, 2003, p. 378; Miguel Teixeira de Sousa, *Sobre o ónus da prova em processo civil*, Coimbra, 1998, p. 141.

17. Micael Teixeira, *Por uma Distribuição Dinâmica do Ónus da Prova*, cit., p. 304.

18. Micael Teixeira, *Por uma Distribuição Dinâmica do Ónus da Prova*, cit., p. 304.

Além disso, será muito provável que, se certa parte se deparar com dificuldades probatórias, não consiga apresentar quaisquer provas para demonstrar a versão factual com que está onerada. E, neste caso, não existirão provas para apreciar, pelo que, também por este motivo, de nada serviria a menor exigência no que respeita à apreciação das provas<sup>19</sup>.

Depois, mesmo que se entenda que a dificuldade em produzir a prova deva aligeirar a exigência do julgador com vista à consideração dos factos como provados, “não podemos partilhar da opinião de que esse aligeiramento fosse correcto, pelo menos no âmbito do direito privado. Isto porque a medida da prova exigível neste âmbito é já a menos exigente que se pode conceber, ou seja, a prova preponderante. Esta não pode, portanto, ser aligeirada sob pena de se estar a considerar como provado um facto que, pelo contrário, se deveria tomar como não provado, por insuficiência probatória, visto que a medida da prova seria inferior a 50%”<sup>20</sup>.

Por conseguinte, é no âmbito da distribuição do ónus da prova, e não no âmbito da apreciação da prova, que a dificuldade de provar deve ser tida em conta, podendo aqui ser encontrada uma solução eficiente para aquele problema.

Face ao exposto, e tal como já se referiu, a noção que constitui a base do funcionamento da distribuição dinâmica do ónus da prova é a da facilidade em produzir a prova, cujas linhas programáticas gizaremos sob a epígrafe de *i)* cláusula geral – a facilidade relativa de produzir a prova; *ii)* a proximidade e o controlo dos factos; *iii)* os conhecimentos técnicos e o exercício de uma actividade enquanto profissional; *iv)* o acesso aos meios de prova.

No que se refere à *cláusula geral de facilidade relativa de produzir a prova*, “está implícita nesta a existência e a identificabilidade de casos em que exista um desequilíbrio entre as capacidades probatórias de cada parte<sup>21</sup>, para que se atribua o ónus à parte que apresente a maior facilidade probatória<sup>22</sup>. Como tal, a aplicação desta forma de repartição do ónus da prova pressupõe que se concretize a cláusula da maior facilidade relativa de produzir a prova”<sup>23</sup>.

Numa tentativa de densificar a *cláusula geral de facilidade relativa de produzir a prova*, serão agrupados 3 (três) casos tipológicos, acima identificados em *ii)*, *iii)* e *iv)*, em sede dos quais será possível identificar as circunstâncias que podem determinar a existência de desigualdade na capacidade de produção da prova entre as partes.

19. Micael Teixeira, *Por uma Distribuição Dinâmica do Ónus da Prova*, cit., p. 304.

20. Micael Teixeira, *Por uma Distribuição Dinâmica do Ónus da Prova*, cit., p. 304.

21. Na doutrina argentina, Inés White, *Cargas probatorias dinâmicas*, Buenos Aires, 2012, p. 68.

22. Na doutrina argentina, Abraham Vargas, *Cargas probatorias dinâmicas. Sus perfiles*, Buenos Aires, 2013, p. 10.

23. Micael Teixeira, *Por uma Distribuição Dinâmica do Ónus da Prova*, cit., p. 307.

No que respeita ao *critério da proximidade e controlo dos factos*, “os casos em que com maior nitidez se verifica uma clara proximidade e controlo dos factos da parte a quem aproveita a versão privilegiada em relação à parte contrária (onerada com a prova) são algumas situações de ressarcimento de danos resultantes do incumprimento das chamadas “obrigações de meios”, nomeadamente no que diz respeito à prova dos requisitos da ilicitude”<sup>24</sup> (incumprimento)<sup>25</sup>, da culpa e do nexo de causalidade<sup>26</sup>. Nestes casos, portanto, a distribuição dinâmica do ónus da prova aconselha a inversão do ónus da prova<sup>27/28</sup>.

24. Verdadeiramente, “a ilicitude da actividade do médico será afirmada se concluirmos que a mesma consubstancia uma violação das *leges artis* impostas a um profissional prudente da respectiva categoria ou especialidade, mas não será necessário aquilatar se, na execução ou inobservância dos deveres que lhe são exigíveis, o médico actuou com diligência, cuidado ou prudência impostos a um profissional medianamente diligente, zeloso e cuidadoso, uma vez que tal juízo terá lugar ao nível da culpa. No fundo, a ilicitude traduz-se numa desconformidade objectiva face aos comandos da ordem jurídica e a culpa num juízo de censurabilidade subjectiva à conduta desviante do lesante/devedor”; neste sentido, Filipe Albuquerque Matos, “Responsabilidade civil médica: breves reflexões em torno dos respetivos pressupostos”, in *CDP*, n.º 43, Julho/Setembro de 2013, p. 62; afirmando, ainda que noutro âmbito temático, a insuficiência do carácter residual da responsabilidade civil delitual, Manuel Carneiro da Frada, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Coimbra, 2004, pp. 271 e segs.; na doutrina alemã, Fikentscher/Heinemann, *Schuldrecht*, 13, Auflage, 2015, pp. 736 e segs.
25. A jurisprudência dos tribunais superiores portugueses tem sistematicamente caminhado no sentido de que: não tendo sido provado o incumprimento dos deveres objectivos de cuidado por parte do médico, ou seja, a ilicitude, haverá lugar à absolvição do réu-médico [Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça (STJ), de 18/9/2007]; a falta de prova da ilicitude determina a absolvição dos médicos, uma vez, que não tendo havido prova do incumprimento ou do cumprimento defeituoso das *leges artis*, não se pode, por isso e subsequentemente, lançar mão da presunção de culpa do art. 799.º, n.º 1, do Código Civil (Acórdãos do STJ de 2/10/2008 e de 15/10/2009). No seu acórdão de 1/7/2010, o STJ considerou que a autora não tinha logrado fazer prova do exigível nexo de causalidade entre o diagnóstico errado e o agravamento das lesões sofridas. Todos os arestos estão disponíveis em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt). A posição de desvantagem do paciente lesado resulta, como parece ficar claro, da dificuldade inerente à actividade probatória; neste sentido também, Mafalda Miranda Barbosa, “A jurisprudência portuguesa em matéria da responsabilidade civil médica: o estado da arte”, in *CDP*, n.º 38, Abril/Junho de 2012, p. 17.
26. No direito comparado, discreateando sobre as diferenças quanto ao ónus da prova entre responsabilidade contratual e extracontratual. Na doutrina alemã, Heinemann, *Beweislastverteilung*, 2015, pp. 73-140. Fazem referência à mesma distinção Rödl, *Die Spannung der Schuld*, Berlim, Duncker & Humblot, 2014; Canaris, “Die Behandlung nicht zu vertretender Leistungshindernisse nach § 275 Abs. 2 BGB beim Stückkauf”, *Juristischen Zeitung (JZ)*, 2004/5, pp. 214-225; e Lobinger, *Die Grenzen rechtsgeschäftlicher Leistungspflichten*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2014. Na doutrina inglesa, Treitel, *The law of contract*, 13.ª ed., Londres, Sweet & Maxwell, 2015, pp. 780-781.
27. Micael Teixeira, *Por uma Distribuição Dinâmica do Ónus da Prova*, cit., p. 309.
28. Não podemos, na verdade, “ignorar os múltiplos obstáculos colocados ao paciente enquanto leigo para alcançar a demonstração dos pressupostos da responsabilidade do médico: desde logo, o difícil acesso aos registos clínicos, assim como a onerosidade coenvolvida na convocação de peritos. A inversão do ónus da prova alivia significativamente a posição do paciente enquanto credor da obrigação de indemnizar”; neste sentido, Filipe Albuquerque Matos, “Responsabilidade civil médica: breves reflexões em torno dos respetivos pressupostos”, cit., p. 65.

Assim, no âmbito da classificação das obrigações como sendo de meios ou de resultado, adoptando o entendimento de Pedro Múrias/Lurdes Pereira<sup>29</sup>, ambas as obrigações se caracterizam pela referência a um resultado<sup>30</sup>, sendo que, nas de meios, a obrigação consiste na tentativa adequada de causar esse resultado, nas de resultado consiste na efectiva produção do resultado, em consequência do comportamento do devedor. “Consequentemente, é natural que, nas primeiras, pressupondo que houve alguma tentativa, a demonstração de que esta foi culposamente inadequada à produção do resultado e de que existe um nexo de causalidade (naturalístico e adequado) entre aquela inadequação e a produção do dano, é claramente mais difícil do que a prova dos mesmos elementos nas obrigações de resultado, nas quais o incumprimento

29. Pedro Múrias/Lurdes Pereira, “Obrigação de meios, obrigação de resultado e custos de produção”, in *Estudos em Memória do Professor Doutor Paulo Cunha*, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 999 e segs.
30. “Existem algumas actividades médicas onde se pode visualizar a assunção de verdadeiras obrigações de resultado: a cirurgia estética de embelezamento e a odontologia, para além de outras situações. Quanto à cirurgia estética de embelezamento, há realmente quem sustente, com o fundamento de o médico intervir em corpo são, a sujeição do tratamento dos danos neste âmbito registados aos cânones das obrigações de resultado, ao invés de quanto sucede no campo da cirurgia estética reconstrutiva, onde se deve seguir o regime-regra delineado na existência de uma obrigação de meios. A colocação de próteses, ou certas operações onde os objectivos a alcançar não dependem senão da competência técnica dos médicos, podem configurar-se como obrigações de resultado. Porém, certas actividades dentárias mais complexas, porquanto não se encontram dependentes de factores diversos do estrito cumprimento das *leges artis*, devem considerar-se incluídas na categoria das obrigações de meios. Em face de quanto acabámos de mencionar, parece fazer sentido, tal como defende uma certa orientação doutrinal, a necessidade de abandonar uma perspectiva global da actuação do médico, considerando cada fragmento individualizável da mesma, e, desta forma, atendendo à álea que o caracteriza, poder-se-ão distinguir obrigações fragmentárias de actividade e obrigações fragmentárias de resultado” (neste sentido, Filipe Albuquerque Matos, “Responsabilidade civil médica: breves reflexões em torno dos respetivos pressupostos”, *cit.*, p. 68; no mesmo sentido, Rute Teixeira Pedro, *A Responsabilidade Civil do Médico – reflexões sobre a noção de perda de chance e a tutela do doente lesado*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, pp. 98-99). Concluindo, a referida doutrina defende a admissibilidade da presunção de culpa do médico-réu-devedor no âmbito das obrigações de meios (arts. 493.º, n.º 2 ou 799.º, n.º 1, do Código Civil – configurando a actividade médica, como uma actividade perigosa – vide o caso das transfusões de sangue – cfr. Acórdão do STJ de 13/3/2007, relator Nuno Cameira, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)). A doutrina tem enfatizado que, no âmbito da responsabilidade civil por acto médico, nas obrigações de meios aquilo que está *in obligatio* é a realização de uma actividade médica, de acordo com os padrões de diligência exigíveis a um profissional da respectiva categoria. Desta feita, se na sequência da intervenção médica se registarem ou agravarem os danos do paciente, presume-se a culpa do profissional de saúde, independentemente de este não se ter comprometido a alcançar o resultado da cura. Não faz sentido afirmar que nestas situações a presunção de culpa não se revela aplicável em virtude de o devedor não se ter vinculado à obtenção de um resultado; neste sentido, Filipe Albuquerque Matos, “Responsabilidade civil médica: breves reflexões em torno dos respetivos pressupostos”, *cit.*, p. 68; contra, no sentido de que a presunção de culpa não se aplica em sede das obrigações de meios, Miguel Teixeira de Sousa, “Sobre o ónus da prova nas acções de responsabilidade médica”, in *Direito da Saúde e Bioética*, Lisboa, AAFDL, 1996, p. 137; M. Rosário Nunes, *O ónus da prova nas acções de responsabilidade civil médica por actos médicos*, 2005, p. 48; na jurisprudência, Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 19/4/2007 e Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 20/7/2006, ambos disponíveis em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

consiste na própria não verificação do resultado e é essa situação a (supostamente) determinar a ocorrência do dano”<sup>31</sup>.

De facto, é em sede dos casos de incumprimento de obrigações de meios, mormente no âmbito da prestação de cuidados médicos, que se suscita primacialmente a questão da distribuição do ónus da prova através da distribuição dinâmica.

Com efeito, “na prestação destes serviços médicos, em particular quando estejam em causa intervenções médicas susceptíveis de causar danos graves (nomeadamente as intervenções cirúrgicas), surgem dificuldades probatórias no que respeita à demonstração da ilicitude, culpa e nexos de causalidade motivadas pelo afastamento e pela ausência de controlo que o paciente, enquanto parte onerada com a prova, tem sobre o facto danoso. Pelo contrário, será o médico que estará mais próximo e que assumirá o controlo sobre a intervenção, por vezes mesmo de forma absoluta, sem qualquer possibilidade de o paciente poder sequer presenciá-la, nomeadamente nos casos em que esteja anestesiado. Além disso, o médico tem obviamente acesso a dados clínicos e a conhecimentos técnicos relativamente ao facto danoso de que o paciente, à partida, não dispõe”<sup>32</sup>.

Por isso, de acordo com o critério da distribuição dinâmica do ónus da prova, este deverá, no que diz respeito à prova da não verificação daqueles elementos (inobservância dos requisitos da responsabilidade civil por acto médico, concretamente, a ilicitude, da culpa e do nexos de causalidade entre o facto e a produção do dano), caber ao réu-médico<sup>33</sup>. De facto, “tendo este presenciado e controlado a intervenção cirúrgica e conhecendo melhor os procedimentos e os possíveis resultados da mesma, estará naturalmente em melhores condições de apresentar provas que sejam coerentes e persuasivas de que, por exemplo, respeitou as *leges artis* aplicáveis ao caso e actuou com a diligência e o zelo exigíveis a um profissional medianamente diligente e zeloso na sua especialidade médica (não verificação da culpa nem da ilicitude) e/ou de que os danos verificados não eram de todo previsíveis ou que se ficaram a dever a uma causa diferente da intervenção médica (não verificação do nexos de causalidade). Deste modo, a maior facilidade probatória do médico não é afectada por ele ficar onerado com a prova de um facto negativo, pois poderá demonstrar a não-causalidade atra-

31. Micael Teixeira, *Por uma Distribuição Dinâmica do Ónus da Prova*, cit., p. 310.

32. Micael Teixeira, *Por uma Distribuição Dinâmica do Ónus da Prova*, cit., pp. 310-311.

33. Os tribunais superiores argentinos têm reafirmado esta prática, sendo paradigmático o acórdão da *Corte Suprema de Justicia de la Nación*, de 10 de Dezembro de 1997 (Ana Maria Pinheiro). Com efeito, desta decisão, que se refere à responsabilidade civil por acto médico (realização de um parto), podemos, acompanhando a doutrina citada na nota anterior, destacar a seguinte passagem: «no tema da *mala praxis* médica deve acatar-se, em princípio, o antigo aforismo processual ónus *probandi incumbit actore*, assim como são aplicáveis, nesta sede, as normas de culpa subjectiva. No entanto, como a maioria destes casos se referem a situações extremas de muito difícil demonstração, assume uma enorme importância o conceito de “distribuição dinâmica do ónus da prova” ou “prova partilhada”, que onera quem se encontre em melhores condições de apresentar em juízo os elementos tendentes à obtenção da verdade objectiva (os médicos ou o hospital, por terem conhecimentos técnicos e participado directamente no facto danoso)».

vés da prova de algum facto positivo que tenha maior facilidade em demonstrar (por exemplo, a prova do cumprimento de todas as boas práticas aplicáveis ao caso)”<sup>34</sup>.

Além dos danos causados em resultado de actos médicos<sup>35</sup>, vários outros casos se podem enumerar em que, da mesma forma, a distribuição dinâmica do ónus da prova aconselha que se atribua este ónus a uma parte distinta daquela que o suporta de acordo com a distribuição decorrente do art. 342.º do Código Civil de Portugal de

34. Micael Teixeira, *Por uma Distribuição Dinâmica do Ónus da Prova*, cit., p. 311.

35. Após um longo e intenso debate legislativo, a Assembleia Legislativa de Macau aprovou, nos termos da alínea 1) do art. 71.º da Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau, a criação da Lei n.º 5/2016 que, por sua vez, instituiu o novo regime jurídico do erro médico. A referida Lei n.º 5/2016, que foi aprovada no dia 12 de Agosto de 2016, entrou em vigor 180 dias após a data da sua publicação (art. 43.º) O novo regime jurídico do erro médico tem como finalidade a salvaguarda dos direitos e interesses legítimos dos utentes e dos prestadores de cuidados de saúde (art. 1.º). Todavia, a modalidade da responsabilidade civil dos prestadores de cuidados de saúde (art. 20.º) prevista no regime jurídico do erro médico – a responsabilidade civil por actos ilícitos – coloca o utente numa posição processual desfavorável em relação aos prestadores de cuidados de saúde. Com efeito, estando a responsabilidade civil dos prestadores de cuidados de saúde sujeita ao regime jurídico da responsabilidade civil por factos ilícitos (art. 20.º), colocou-se o utente numa posição de fragilidade (desde logo, no que respeita à prova dos factos ilícitos), uma vez que o mesmo terá de fazer prova de *todos* os requisitos da responsabilidade civil extracontratual, a saber, *i*) facto voluntário; *ii*) ilicitude; *iii*) culpa; *iv*) dano; e *v*)nexo de causalidade entre o facto voluntário e a produção do dano; o que, atento o facto de, por regra, estarmos em face de um utente que, compreensivelmente, não domina a complexidade da actividade médica, torna essa prova muito difícil ou (quase) impossível. E esse desequilíbrio na produção da prova previsto no novo regime jurídico do erro médico da Região Administrativa Especial de Macau, que está a cargo do utente, é agravado, em certa medida, pela própria formatação do ónus da prova prevista no Código Civil de Macau de 1999, que tem subjacente a teoria das normas de Leo Rosenberg. Com efeito, o Código Civil de Macau, seguindo o exemplo do *BGB (Bürgerliches Gesetzbuch)* alemão, preocupa-se em delimitar, em termos inequívocos, a diferença entre facto constitutivo e facto impeditivo (art. 335.º, n.os 1 e 2). De harmonia com a denominada teoria das normas, que teve em Leo Rosenberg o principal defensor, há que identificar o que é a regra e o que é a excepção na norma de direito substantivo e esta tarefa do intérprete está facilitada quando a excepção é introduzida por palavras e expressões como “excepto”, “salvo se”, “a não ser que”, “mas”, “desde que” constantes, nomeadamente, e sem preocupação de exaustividade, *e. g.*, nos arts. 493.º, n.º 3, 495.º, 498.º, 502.º, n.º 1, 902.º, n.º 1, e 904.º, n.º 1, todos do Código Civil de Macau. Todavia, nos casos em que o Código Civil de Macau faz essa distinção a tarefa do intérprete está facilitada. A verdadeira dificuldade surge, porém, quando, por um lado, a lei não prevê qualquer distinção entre o que constitui *regra* e o que constitui *excepção* e, por outro lado, mesmo quando essa distinção é feita, a lei acabe por fazer recair sobre a parte processualmente mais fraca (o utente) o ónus da prova dos factos constitutivos que alega, ou seja, o erro médico do prestador dos cuidados de saúde (factos ilícitos), tornando essa prova, em face da dificuldade que lhe é inerente, muito difícil ou mesmo impossível. Para aligeirar esse desequilíbrio, o legislador de Macau poderia ter levado em conta alguns contributos de direito comparado, nomeadamente referentes aos mecanismos simplificadores da actividade probatória do lesado em matéria de responsabilidade civil por acto médico, tais como o recurso às máximas da experiência resultantes da regra *id quod plerumque accidit* em Itália; da *prova prima facie* ou de primeira aparência (*Anscheinbeweis*) na Alemanha; da *res ipsa loquitur* ou do dano desproporcionado; das presunções “*graves, precisas et concordantes*” (art. 1353.º do Code Civil) em França; e, por último, da teoria da perda de chance.

1966 e do art. 335.º, n.os 1 e 2, do Código Civil de Macau de 1999<sup>36</sup>, também esta parte não é a que se encontra mais próxima ou que possui o controlo efectivo do facto cuja demonstração está em causa. Enunciados de forma breve poderemos avançar os seguintes exemplos: “a) a atribuição ao demandado, parte no negócio (razão da maior proximidade e do controlo do facto), do ónus da prova de que este não fora simulado, em acção judicial em que um *terceiro* vise a declaração de nulidade do negócio simulado<sup>37</sup>; b) a imputação do ónus da prova à parte que se prevalece do regime aplicável à pessoa colectiva, nomeadamente a consciência e a intencionalidade do abuso daquela (bem mais próximos da parte que se prevalece deste regime), sempre que esta não decorra

36. Note-se que, em todos os exemplos a que se fez referência no texto, acompanhando de muito perto a doutrina citada nas notas que antecedem, a teoria da distribuição dinâmica do ónus da prova determina apenas que, em comparação com o critério distributivo deste ónus da prova que consta do art. 342.º do Código Civil de Portugal de 1966 e do art. 335.º, n.os 1 e 2, do Código Civil de Macau de 1999, haja inversão do *onus probandi* relativamente àqueles factos principais em que se verifique que a parte onerada segundo aquele preceito do Código Civil de Portugal de 1966 e do Código Civil de Macau de 1999 não seja a que apresente maior facilidade probatória. Ora, tal nem sempre se verificará relativamente a todos os factos principais cuja prova é relevante nos exemplos acima avançados. Concretizemos, acompanhando a doutrina citada, com o exemplo da responsabilidade civil por actos médicos: a *prova da inexistência de culpa ou de ilicitude ou de que o dano não se ficou a dever à intervenção médica (nexo de causalidade)*, por ser comparativamente mais fácil ao médico do que a versão contrária seria ao paciente, *cabem*, segundo a distribuição dinâmica do ónus da prova, *ao médico*, verificando-se, a este respeito, uma inversão da distribuição deste ónus da prova que resultaria do referido art. 342.º; diferentemente, a *prova da verificação do facto voluntário e do dano*, visto ser mais fácil ao paciente do que a versão inversa seria ao médico (critério da proximidade e controlo dos factos), *cabem*, segundo a ideia de que tratamos, *ao paciente*, mantendo-se aqui o resultado distributivo decorrente do referido preceito legal; Micael Teixeira, *Por uma Distribuição Dinâmica do Ónus da Prova*, cit., p. 312, nota 112.
37. Pretendendo o recorrente inculcar a ideia de que ocorreu um acordo simulatório entre ele e o recorrido, consistente em, por codilho entre ambos, com intenção de acarretar prejuízo para a autora original, traduzido na execução do imóvel dado como garantia do mútuo, ter o primeiro usado em seu benefício a quantia mutuada, sendo tal facto do conhecimento do recorrido, incumbia-lhe provar ter exorbitado ou extravasado os poderes que haviam sido conferidos por aquela através do mandato, sem o que não se poderá concluir pela existência de simulação (neste sentido, recentemente, Acórdão do STJ de 20/10/2015, relatado pelo Conselheiro Gabriel Catarino, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)). Com efeito, a jurisprudência do STJ tem entendido maioritariamente que, por força da aplicação da proibição contida no n.º 1 do art. 394.º do Código Civil ao acordo simulatório e ao negócio dissimulado, quando invocados pelos simuladores (n.º 2), é vedado o recurso a testemunhas para a prova quer do pacto simulatório quer do negócio real, em caso de simulação relativa, quando o negócio aparente esteja titulado por documento autêntico ou particular. É, pois, de permitir o recurso a testemunhas para a prova da simulação quando não for arguida pelos simuladores, ou seja, quando for invocada por terceiros (n.º 3), excepção que se justifica pela dificuldade que teriam terceiros de obterem documentos probatórios da trama simulatória, justamente dada essa sua qualidade. Todavia, esta proibição não reveste carácter absoluto, vindo a jurisprudência a admitir, de há muito, a prova testemunhal quando por documentos haja um princípio de prova escrito desse acordo simulatório. (neste sentido, Acórdão do STJ de 4/5/2010, relatado pelo Conselheiro Cardoso de Albuquerque, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)).

de uma prescrição legal concreta<sup>38</sup>; c) em acção que vise a impugnação pauliana de

38. De facto, nos casos em que a lei prevê a desconsideração da personalidade colectiva para efeitos determinados [cfr., por exemplo, os arts. 84.º, n.º 1, e 270.º-F, n.º 4, do Código das Sociedades Comerciais (CSC)] não se exige, à partida, a prova de requisitos com elevada dificuldade probatória. Pelo contrário, sempre que a superação da personalidade colectiva assente em prescrições legais mais genéricas, como ocorre com o abuso de direito, surgirão dificuldades probatórias a que a distribuição dinâmica procura atender; Micael Teixeira, *Por uma Distribuição Dinâmica do Ónus da Prova*, cit., p. 312, nota 114; na doutrina espanhola, Carlos Pastor, *Cargas Probatorias Dinámicas*, Buenos Aires, 2012, pp. 419 e segs. Aqui, quando a desconsideração da personalidade jurídica assenta em grupos de casos de extração essencialmente doutrinal e jurisprudencial (v. g., mistura de patrimónios sociais e pessoais; património da sociedade comercial utilizado para fins pessoais dos sócios; apropriação de bens da sociedade comercial por parte dos sócios; descapitalização provocada), as coisas, do ponto de vista da distribuição do ónus da prova, complicam-se ainda mais: porquanto se a descapitalização, diferentemente da subcapitalização, se verifica quando os recursos disponibilizados pelos sócios – adequados e suficientes ao exercício da actividade societária – se perdem no decurso da exploração e do desenvolvimento da actividade societária, e, no caso da descapitalização provocada, como acto voluntário dos administradores, implica, ou a *Existenzvernichtung* (“a aniquilação da existência” da empresa societária) ou a *Haftungsdurchgriff* (“os sócios de uma determinada sociedade comercial são chamados a responder, perante os credores da mesma, pelas dívidas da sociedade comercial”), como é que se distribui o ónus da prova nestes casos? - sobre a temática da desconsideração da personalidade jurídica, na doutrina alemã, Jochen Vetter, *Die neue dogmatische Grundlage des BGH zur Existenzvernichtungshaftung*, BB, 2007, pp. 1965 e segs.; Friedrich Kübler/Heinz – Dieter Assmann, *Gesellschaftsrecht. Die privatrechtlichen Ordnungsstrukturen und Regelungsprobleme von Verbänden und Unternehmen*, 9. Auflage, C.F. Müller, Heidelberg, 2014, pp. 370 e segs.; na doutrina portuguesa, Maria de Fátima Ribeiro, *A Tutela dos Credores da Sociedade por Quotas e a “Desconsideração da Personalidade Jurídica”*, Tese de Doutoramento, Coimbra, Almedina, 2009, pp. 134 e segs.; mais recentemente, Diogo Costa Gonçalves, “Apontamentos sobre a desconsideração da personalidade jurídica no projecto de Código Comercial Brasileiro”, in *Revista de Direito das Sociedades*, Ano VII, 2015, n.º 2, pp. 297-325; Maria de Fátima Ribeiro, “A desconsideração da personalidade jurídica: as realidades brasileira e portuguesa”, in *Direito das Sociedades em Revista*, Março de 2016, Ano 8, vol. 15, pp. 29-58; na doutrina de Macau, Augusto Teixeira Garcia, “Grupos de sociedades e desconsideração da personalidade jurídica em Macau”, in *Um diálogo consistente. Olhares recentes sobre temas do Direito Português e de Macau*, Macau, China, Fundação Rui Cunha/Associação de Estudos de Legislação e Jurisprudência de Macau, STA Lawyers, 2016, pp. 47-68; muito recentemente, MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, “Notas sobre a natureza da personalidade jurídica das pessoas colectivas”, in *Direito das Sociedades em Revista (DSR)*, Outubro 2016, Ano 8, Vol. 16, 2016, 77-104; na doutrina brasileira, em face do art.º 50.º, do Código Civil do Brasil de 2002; LUCIANO DEQUECH, “Desconsideração da personalidade jurídica”, in: *Novo Código Civil – Questões controvertidas*, VI, 2007, pp. 252-270; na doutrina brasileira, MARCELLA BLOK, “Desconsideração da personalidade jurídica: uma visão contemporânea”, in: *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, n.º 59, 2013, pp. 91-167; na doutrina portuguesa, DIOGO COSTA GONÇALVES, “Apontamentos sobre a desconsideração da personalidade jurídica no projeto de Código Comercial Brasileiro”, in: *Revista de Direito das Sociedades (RDS)*, Ano VII, (2015), Número 2, Director: António Menezes Cordeiro, Centro de Investigação de Direito Privado (CIDP), Coimbra, Almedina, 2015, pp. 297-324; a doutrina brasileira considera que esta disposição legal condensa uma «suspensão episódica da eficácia do acto de constituição da sociedade», neste sentido, FÁBIO ULHOA COELHO, *Curso de Direito Comercial. Volume 2. Direito da Empresa. Sociedades*, São Paulo, Editora Saraiva, 14ª edição, 2013, p. 52; na doutrina brasileira, em face do art.º 196º, do Projecto de Código Comercial do Brasil de 2013; FÁBIO ULHOA COELHO, “Os princípios de Direito comercial no Projecto de Código Comercial”, in: *Reflexões sobre o Projecto de Código Comercial*, 2013, pp. 101-116; na doutrina portuguesa, MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO/RUI DIAS, “Desconsideração da personalidade jurídica de sociedade brasileira por tribunal brasileiro,

acto oneroso, a atribuição do ónus da prova da não verificação de má-fé ao devedor, visto ser este a participar nesse acto (art. 612.º, n.º 1, do Código Civil); *d*) numa acção que vise o cancelamento ou a transferência de um nome de domínio.pt na internet, atribuir ao demandado (titular do domínio) o ónus da prova da existência de direitos ou interesses legítimos na utilização do nome e de que o domínio não fora registado nem utilizado de má-fé [art. 43.º, n.º 2, alíneas *b*) e *c*), e § único do Regulamento de Registos de Domínios.PT]; *e*) em qualquer acção judicial em que seja relevante determinar a ocorrência de um acto de concorrência desleal ou publicidade ilícita, onerar o demandado com o ónus da prova da veracidade das suas declarações publicitárias ou de efeito concorrencial, visto que estará muito mais próximo dos elementos que permitem atestar essa veracidade<sup>39</sup>; *f*) em acção judicial proposta por um terceiro beneficiário de um contrato de seguro contra o segurador (parte do contrato, mais próxima do mesmo), atribuir a este o ónus da prova da inexistência ou ineficácia do contrato de seguro”<sup>40</sup>;

para responsabilização de sócios portugueses. Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 5.6.2014, Proc. 93/13”, in: *Cadernos de Direito Privado (CDP)*, n.º 49, 2015, Braga, Cejur, 2015, pp. 45-65; ANA FRAZÃO, “Desconsideração da personalidade jurídica e tutela de credores”, in: *Questões de Direito Societário em Portugal e no Brasil*, Fábio Ulhoa Coelho/Maria de Fátima Ribeiro (Coordenação), Coimbra, Almedina, 2012, pp. 479-514; MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, “A desconsideração da personalidade jurídica: as realidades brasileira e portuguesa”, in: *Direito das Sociedades em Revista (DSR)*, ano 8, Volume 15 (2015), Coimbra, Almedina, 2015, pp. 29-57. A subcapitalização material de uma sociedade comercial, ao contrário da descapitalização provocada, dá-se quando esta não dispõe de meios suficientes para o exercício da respectiva actividade económica. Esta insuficiência é avaliada por referência ao objecto social e tendo em conta a própria dinâmica societária; na doutrina portuguesa, por todos, PEDRO BAPTISTA LIMA, “O levantamento da personalidade colectiva e a subcapitalização das sociedades por quotas – Um sistema disfuncional?”, in: *Revista de Direito Civil (RDC)*, Ano II (2017), Número 2, Centro de Investigação de Direito Privado (CIDP), Director: António Menezes Cordeiro, Coimbra, Almedina, 2017, p. 413. Compreende-se porquê: a Ciência do Direito permite o *levantamento da personalidade colectiva da sociedade comercial para se descobrir os efectivos responsáveis pelos actos* – o levantamento da personalidade da pessoa colectiva é, pois, uma exigência do sistema; RITA TERRÍVEL, “O levantamento da personalidade colectiva nos grupos de sociedades”, in: *Revista de Direito das Sociedades (RDS)*, Ano IV (2012), Número 4, Director: António Menezes Cordeiro, Coimbra, Almedina, 2013, p. 975; em sentido aproximado, RICARDO COSTA, “Responsabilidade dos gerentes de sociedade por quotas perante credores e desconsideração da personalidade jurídica - Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 29.11.2007, Processo n.º 0735578”, in: *Cadernos de Direito Privado (CDP)*, n.º 32, Cejur, Braga, (2011), pp. 32-56; MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, “Da pertinência do recurso à “desconsideração da personalidade jurídica” para tutela dos credores sociais, - Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 29.04.2008”, in: *Cadernos de Direito Privado (CDP)*, N.º 27, Cejur, Braga, (2009), p. 51.

39. Refira-se que a repartição do ónus *probandi*, que a distribuição dinâmica aconselha nestes dois casos é a que se encontra expressamente prevista no ordenamento jurídico espanhol, nomeadamente no art. 217.º, n.º 4, da Ley de Enjuiciamiento Civil. Entre nós existem também algumas normas que apontam no mesmo sentido (art. 16.º, n.º 5, do Código da Publicidade, relativo à publicidade comparativa), mas, em regra, continua a caber ao autor o ónus da prova da falsidade das declarações do demandado (art. 317.º, n.º 1, art. 318.º, do Código da Propriedade Industrial, art. 10.º do Código da Publicidade); Micael Teixeira, *Por uma Distribuição Dinâmica do Ónus da Prova, cit.*, p. 313, nota 126.
40. Micael Teixeira, *Por uma Distribuição Dinâmica do Ónus da Prova, cit.*, p. 313.

g) em acção de preferência legal intentada nos termos e para os efeitos contidos nos arts. 1380.º, n.º 1, do Código Civil e 18.º, n.º 1, do DL n.º 384/88, de 25/10, o ónus da prova deverá impender sobre o adquirente do prédio alienado, na medida em que, por ser um facto pessoal, este está em melhores condições processuais (prova mais fácil) de provar que é proprietário de um prédio que confina com o prédio alienado – *facto positivo e constitutivo*<sup>41</sup>; h) nas acções sobre o reconhecimento da propriedade privada sobre domínio público hídrico (art. 15.º da Lei n.º 54/2005, de 15/11) não deverá ser o interessado que pretenda obter o reconhecimento da sua propriedade sobre parcelas de leitos ou margens das águas do mar ou de quaisquer águas navegáveis ou fluviáveis a provar documentalmente a entrada no domínio privado, por título legítimo, do respectivo terreno em data anterior a 31 de Dezembro de 1864 ou a 22 de Março de 1868, tratando-se arribas alcantiladas; mas, ao invés, deverá ser o Estado-Administração, a provar que aquelas parcelas, nas datas acima referidas, não se encontravam em domínio privado, mas sim no domínio público, visto que o Estado-Administração estará muito mais próximo dos elementos probatórios que permitem atestar essa realidade fáctica através de registos cadastrais, notariais e registrais<sup>42/43</sup>, sendo certo que, nos casos em que a lei garante a admissibilidade de outros meios de prova (v. g., testemunhal), essa prova volve-se em uma prova impossível na medida em que não haverá, em bom rigor, ninguém ainda vivo que possa atestar que aquelas parcelas, nas datas acima referidas, já se encontravam em domínio privado.

Relativamente ao *critério dos conhecimentos técnicos e o exercício de uma actividade enquanto profissional*, é mister afirmar-se que o outro tipo de fundamento que pode explicar a maior facilidade relativa de produzir a prova é o acesso aos conhecimentos técnicos na demonstração de algum elemento cuja prova seja rele-

41. É corrente afirmar-se na jurisprudência que constituem requisitos deste direito de preferência: a) que tenha sido vendido, dado em cumprimento, um prédio rústico, ou que se projecte a sua venda ou dação em cumprimento; b) que o preferente seja proprietário de prédio confinante com esse; c) que o prédio alienado ou alienando tenha área inferior à unidade de cultura; d) que o adquirente não é proprietário de nenhum prédio que confine com o prédio alienado. O adquirente deve ser onerado com o ónus da prova de demonstrar que é proprietário de um prédio confinante com o alienado, uma vez que, em harmonia com o que normalmente acontece com os factos negativos, a verificação do pressuposto de que o adquirente não é proprietário de nenhum prédio que confine com o alienado dependeria, se o ónus da alegação e da prova fosse do preferente, da verificação de que não ocorreu qualquer facto constitutivo do direito de propriedade do adquirente sobre qualquer prédio que confine com o alienado. Não é duvidoso que, estando a cargo do adquirente, a prova será muito mais fácil do que estando a cargo do preferente. É-o sobretudo porque estão em causa factos pessoais do adquirente: este está em melhores condições do que qualquer outro para os trazer ao processo; neste sentido, José Lebre de Freitas, “A propriedade de prédio confinante na norma do art. 1380.º, n.º 1, do Código Civil. Facto constitutivo e facto impeditivo”, *cit.*, p. 22.
42. Este caso tipológico poder-se-ia denominar de critério do monopólio ou senhorio dos meios de prova. Todavia, porque ainda não tivemos oportunidade de o densificar convenientemente (o que ficará para uma outra ocasião), não autonomizaremos, por ora, tal situação-tipo.
43. Aproximadamente neste sentido, José Miguel Júdice/José Miguel Figueiredo, *Acção de Reconhecimento da Propriedade Privada sobre Recursos Hídricos*, Coimbra, Almedina, 2.ª ed., 2016, *passim*.

vante embora o lesado beneficie de uma inversão do ónus da prova quanto à culpa do devedor (art. 799.º, n.º 1, do Código Civil de 1966 e do art. 788.º, n.º 1, do Código Civil de Macau de 1999). “Este factor de facilidade probatória surge frequentemente, embora não necessariamente, associado ao exercício de uma actividade profissional, visto que sendo a partem profissional, este deverá ter um acesso mais fácil, rápido e completo aos respectivos conhecimentos técnicos e ao modo concreto de proceder nessa actividade, o que poderá colocá-lo numa posição de vantagem probatória<sup>44</sup>, são exemplos frisantes: um electricista que seja demandado pelos danos decorrentes de um incêndio que o autor alega ser o resultado de uma má instalação eléctrica, ou um canalizador a quem sejam pedidas responsabilidades por uma inundação que o autor apresenta como sendo o resultado de uma errada reparação na canalização realizada pelo réu. Em ambos os casos, o profissional estará, em princípio, em melhores condições de demonstrar a licitude da sua acção do que o autor em provar a ilicitude da actuação da parte contrária<sup>45</sup>; novamente recorrendo aos exemplos das obrigações de meios, onerar a agência de avaliação do risco de crédito com a prova de que não actuou com culpa nem ilicitude e de que não se verificou o nexo de causalidade adequada, em acção em que esta seja demandada pela entidade avaliada ou por terceiros destinatários dessa informação”<sup>46</sup>.

Em sede do *critério dos conhecimentos técnicos e o exercício de uma actividade enquanto profissional*, as coisas estão um pouco mais facilitadas, quer porque a lei já prevê a inversão do ónus da prova quanto à culpa do devedor (art. 799.º, n.º 1, do Código Civil de Portugal e art. 788.º, n.º 1, do Código Civil de Macau de 1999), quer porque a teoria da distribuição dinâmica do ónus da prova seria aplicada, justamente, do ponto de vista da inadmissibilidade de ónus da prova a cargo do consumidor quanto ao mau funcionamento do sistema informático de homebanking [art. 70º, do Regime dos Sistemas de Pagamento), porquanto é o prestador de serviços de homebanking quem tem maior facilidade em demonstrar a versão factual que lhe aproveita, ou seja, a de que a utilização fraudulenta do serviço de homebanking por parte de terceiros não se deveu ao mau funcionamento do sistema informático.

Esta conclusão é reforçada pela ideia de que estão em causa factos pessoais do prestador de serviços de homebanking: este está em melhores condições do que qualquer outro (incluindo o consumidor-autor) para os trazer ao processo, na medida em que são factos pertencentes à sua “esfera de risco”<sup>47</sup>, entendido como critério

44. Micael Teixeira, *Por uma Distribuição Dinâmica do Ónus da Prova*, cit., p. 314.

45. Micael Teixeira, *Por uma Distribuição Dinâmica do Ónus da Prova*, cit., p. 314.

46. Micael Teixeira, *Por uma Distribuição Dinâmica do Ónus da Prova*, cit., p. 314.

47. Neste sentido, José Lebre de Freitas, “A propriedade de prédio confinante na norma do art. 1380.º, n.º 1, do Código Civil. Facto constitutivo e facto impeditivo”, cit., p. 22, nota 10.

suplementar de distribuição do ónus da prova, ou, melhor dizendo, são factos per-tinentes ao “círculo de vida” em que o facto se produz<sup>48/49</sup>.

A esta luz, acolhe-se a denominada teoria das esferas de risco<sup>50</sup>, que preconiza uma ligação umbilical entre o ónus da prova e a dicotomia obrigações de meios/ obrigações de resultado<sup>51</sup>, e cuja aplicação (até agora), cingida à responsabilidade civil por acto médico, poderá ser mobilizada para o âmbito do direito processual civil de Portugal e de Macau<sup>52</sup>.

Relativamente ao *critério do acesso aos meios de prova*, é mister afirmar-se que o mesmo é importante na distribuição dinâmica do ónus da prova é a capacidade de as partes poderem aceder aos meios de prova relevantes para a demonstração dos factos em causa, devendo aquele ónus ser atribuído à parte que, com maior facilidade relativa, conseguir aceder a tais factos<sup>53</sup>: esta questão pode levantar-se em qualquer tipo de casos, de modo que não se justifica a realização de exemplos.

Refira-se, contudo, que este constitui o único factor de dificuldade probatória que o legislador reconheceu de forma genérica e a que atribuiu um regime efectivamente dirigido à protecção da parte com maior dificuldade relativa de produzir a prova e à descoberta da verdade, que consta essencialmente dos arts. 344.º, n.º 2, do Código Civil de Portugal de 1966, 337.º, n.º 2, do Código Civil de Macau de 1999 e 417.º, n.º 2 do Código de Processo Civil (CPC) de Portugal de 2013. “Na verdade, decorre da conjugação daqueles dois preceitos legais, entre outras, a prescrição de que, caso uma parte tenha acesso exclusivo ou facilitado a um meio de prova, pode a parte contrária pedir ao juiz (ou pode este fazê-lo oficiosamente) que ordene àquela a apresentação desse meio (v. g., um documento, o fornecimento da identidade de uma testemunha, o acesso a determinado local). Caso a parte a quem a ordem se dirige se recuse a cumpri-la, existem duas consequências: primeiramente, o juiz deverá levar em conta essa recusa no âmbito da livre apreciação da prova, como um factor contributivo para a demonstração da versão do facto desfavorável à parte incumpridora (art. 417.º, n.º 2, do CPC); depois, caso o incumprimento da ordem implique a impossibilidade de a

48. Neste sentido, na doutrina alemã, Baumgärtel, *Beweislastpraxis im Privatrecht*, Köln, Karl Heymanns Verlag, 2014, p. 218.

49. Neste sentido, entre nós, monograficamente, Pedro Múrias, *Por uma distribuição fundamentada do ónus da prova*, Dissertação de Mestrado, Lisboa, Lex, 2000, p. 134.

50. Neste sentido, Pedro Múrias, *Por uma distribuição fundamentada do ónus da prova*, cit., p. 137.

51. Na doutrina alemã, pioneiramente, J. Prölss, *Die Beweislastverteilung nach Gefahrenbereichen*, VersR, 33 (A), 1964, pp. 901-906.

52. Parecendo expressar a admissibilidade de aplicação da teoria das esferas de risco a outros âmbitos temáticos, Pedro Múrias/Maria De Lurdes Pereira, “Obrigações de meios, obrigações de resultado e custos de produção”, in *Centenário do Nascimento do Professor Doutor Paulo Cunha, Estudos em Homenagem*, António Menezes Cordeiro (coord.), Coimbra, Almedina, 2012, p. 1012.

53. Micael Teixeira, *Por uma Distribuição Dinâmica do Ónus da Prova*, cit., p. 316.

parte contrária (onerada com a prova) provar a versão do facto que a favorece, então o ónus da prova é invertido, passando a ser suportado pela parte incumpridora”<sup>54</sup>.

Como bem afirmam Jorge Morais Carvalho/Micael Teixeira, esta ideia justifica-se dado que, deste modo, se estimula a efectiva produção de prova e a procura da verdade material, onerando a parte com maior facilidade probatória, bem como se promove a igualdade material entre as partes, dando a ambas maior igualdade na possibilidade de fazerem valer a posição em juízo. Isto porque a parte com maior facilidade probatória pode efectivamente demonstrar a versão do facto que lhe aproveita e a parte contrária, apesar de ter menor facilidade em provar, pode sempre beneficiar de uma decisão de ónus da prova, caso a outra parte não consiga realizar a prova<sup>55</sup>.

Porquanto, só desse jeito será possível, por um lado, no plano de direito substantivo, repôr a equivalência subjectiva entre a prestação e a contraprestação contratualmente fixada pelas partes<sup>56/57/58</sup>, e, por outro lado, no plano de direito adjectivo, garantir a prossecução do princípio da efectividade<sup>59</sup>, do dever de verdade processual<sup>60/61</sup> e da justa composição do litígio em prazo razoável<sup>62</sup>, enquanto corolários dos princípios da celeridade<sup>63</sup> e da economia processuais<sup>64</sup>.

54. Micael Teixeira, *Por uma Distribuição Dinâmica do Ónus da Prova*, cit., p. 316.

55. Jorge Morais Carvalho/Micael Teixeira, “Crédito ao consumo-ónus da prova da entrega de exemplar do contrato e abuso do direito de invocar a nulidade”, in *CDP*, n.º 42, Abril/Junho de 2013, p. 47.

56. Catarina Monteiro Pires, “A Resolução do contrato por incumprimento e impossibilidade de restituição em espécie”, in *O Direito*, Ano 144.º, 2012, vol. III, p. 669.

57. Na doutrina alemã, Claus-Willem Canaris, “Äquivalenzvermutung und Äquivalenzwahrung im Leistungsstörungsrecht des BGB”, in *Festschrift für Herbert Wiedemann*, München, Beck, 2002, pp. 4-5.

58. Catarina Monteiro Pires, “A prestação restitutória em valor na resolução por incumprimento”, in *Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles*, vol. II, Coimbra, Almedina, 2012, p. 703.

59. Miguel Mesquita, “A flexibilização do princípio do pedido à luz do moderno Processo Civil”, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência (RLJ)*, Ano 143.º, 3983, Novembro-Dezembro de 2013, p. 143.

60. José Luís Bonifácio Ramos, “Questões relativas à Reforma do Código de Processo Civil”, in *O Direito*, Ano 144.º, 2012, vol. III, p. 669.

61. José Luís Bonifácio Ramos, «Desígnios do “novo” Código de Processo Civil», in *O Direito*, Ano 145.º, 2013, vol. IV, p. 814.

62. Miguel Teixeira de Sousa, “Apontamentos sobre o princípio da gestão processual no novo Código de Processo Civil”, in *CDP*, n.º 43, Julho/Setembro de 2013, p. 10.

63. Isabel Alexandre, “A fase de instrução e os novos meios de prova no Código de Processo Civil de 2013”, in *Revista do Ministério Público (RMP)*, n.º 134, Ano 34, Abril-Junho de 2013, p. 21.

64. Carlos Lopes do Rego, “O Princípio do Dispositivo e os Poderes de Convolação do Juiz no Momento da Sentença”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*, ob. cit., p. 833.

## II. O FUNCIONAMENTO E O ÂMBITO DE APLICAÇÃO DA TEORIA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÓNUS DA PROVA E FUTUROS CAMINHOS DE *IURE CONDENDO*: A DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÓNUS DA PROVA E O PRINCÍPIO DA GESTÃO PROCESSUAL (ART. 6.º, N.º 1) NO NOVO CPC DE 2013

Esclarecido o fundamento teleológico em que repousa a doutrina da distribuição dinâmica do ónus da prova<sup>65</sup>, é necessário concretizar quer a forma de funcionamento deste critério-reitor, bem como o seu âmbito de aplicação.

Conforme acima se deixou antecipado, e revertendo a nossa atenção para a concretização do *funcionamento da teoria da doutrina dinâmica do ónus da prova*, esta consiste em atribuir o ónus da prova à parte que pode produzir a prova dos factos que lhe aproveita com maior facilidade relativa.

A *ratio* dessa facilidade probatória radica não só na vantagem de onerar a parte para quem a prova é de produção mais fácil (isonomia processual), mas, e sobretudo, porque a oneração dessa parte com maior facilidade probatória fomenta, do mesmo passo, a efectiva produção de prova (verdade aproximativa de índole material) como densifica, natural e necessariamente, os cânones de um processo materialmente justo e equitativo [arts. 20.º, n.os 1 e 4, da Constituição da República Portuguesa (CRP), 6.º, § 1.º, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, e 36.º, n.º 1, da Lei Básica de Macau].

A forma de aferição dessa facilidade probatória terá de ser realizada *ex ante*, ou seja, é essencial que se determine qual a parte que, anteriormente ao processo, nomeadamente aquando e após a ocorrência dos factos, se encontrava em melhores condições relativas de vir a efectuar a prova, em função dos critérios concretizadores acima identificados, independentemente de essa parte ter aproveitado a sua posição de vantagem probatória para poder efectivamente, no *momento da produção de prova*, encontrar-se em melhores condições para provar a versão que lhe é favorável<sup>66</sup>.

Concretizando: o modo de funcionamento da teoria da distribuição dinâmica do ónus da prova tem como polo irradiador não só considerações de natureza processual (isonomia processual, em função do rito da produção de prova), como considerações de natureza material, uma vez que a distribuição mais equilibrada do ónus da prova, em função da possibilidade concreta de produzir mais facilmente aquela prova, propicia a verdade material, e, por aí, ocasiona a emergência de um processo civil que se polariza na existência de decisões materialmente mais justas e equitativas.

65. A teoria da distribuição dinâmica do ónus da prova tem sido encarada com alguma desconfiança por parte da doutrina portuguesa; desconfiança, essa, que, porém, não tem sido fundada em argumentos jurídicos sólidos; ver, por todos, MARIA GABRIELA A. L. DA CUNHA RODRIGUES, “Poderes de iniciativa do Juiz em Processo Civil e Ónus da Prova”, in *Revista do Centro de Estudos Judiciários* (RCEJ), 2016-I, Coimbra, Almedina, 2016, pp. 58-62.

66. Micael Teixeira, *Por uma Distribuição Dinâmica do Ónus da Prova*, cit., p. 323.

No que tange ao âmbito de aplicação da teoria da doutrina dinâmica do ónus da prova, o seu campo de actuação processual polariza-se no universo da dúvida subjectiva, que se contrapõe à dúvida objectiva<sup>67</sup>.

A dúvida subjectiva, por seu turno, ocorre em função da multitude de contingências processuais que, em cada caso, se fazem sentir.

Consiste, portanto, na dúvida que poderia, em abstracto, ser evitada, mas que se verifica porque as partes (ou o juiz) não aproveitaram devidamente as possibilidades de produção de prova, seja porque não apresentaram as provas de que dispunham ou porque não conservaram ou reuniram as provas quando tiveram oportunidade de o fazer. Assim, “caso a dúvida em causa seja subjectiva, estaremos perante uma situação em que a prova poderá ser efectuada, pelo que será útil e vantajoso incentivar as partes a conservá-la e produzi-la. E, sendo a prova possível, será muito provável (embora seja também possível que tal não aconteça) que uma das partes tenha maior facilidade em produzi-la do que a outra, sendo igualmente útil e vantajoso que se estimule essa parte a produzir a prova. É, portanto, neste âmbito – da dúvida subjectiva – que a distribuição dinâmica do ónus da prova deverá ser aplicável”<sup>68/69</sup>.

67. Efectivamente, pode acontecer que a dúvida se apresente, no processo, como uma certeza, no sentido em que se demonstra que é impossível, em função do “estado actual dos conhecimentos”, determinar a ocorrência de certo facto, ou mesmo que as partes acordem nessa impossibilidade. Trata-se de um tipo de dúvida mais raro, que se poderá verificar, por exemplo, a propósito da demonstração do nexos de causalidade naturalístico, nos casos em que a prova desse elemento se afigure especialmente difícil. Nisto consiste a dúvida objectiva. Neste sentido, Pedro Múrias, *Por uma distribuição fundamentada do ónus da prova, cit.*, pp. 31-33. Micael Teixeira, *Por uma Distribuição Dinâmica do Ónus da Prova, cit.*, p. 324; na jurisprudência, Acórdão do STJ de 13/3/2007, relatado pelo Conselheiro Nuno Cameira, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

68. Micael Teixeira, *Por uma Distribuição Dinâmica do Ónus da Prova, cit.*, p. 324.

69. Refira-se que a doutrina da distribuição dinâmica do ónus da prova tem recebido assinalável acolhimento na Argentina, berço da mesma, mesmo em face da falta de consagração legal desta doutrina, à semelhança do que sucede, de resto, em Portugal. Com efeito, de acordo com Inés White, no aresto da Corte Suprema de Justicia de la Nación, datado de 21 de Junho de 1957, relativo a um caso de enriquecimento ilícito de funcionários, é expressamente mencionado que é o funcionário quem se encontra em melhores condições de provar que o seu enriquecimento é lícito (trata-se de um exemplo que integrariamos na classe dos casos em que a distribuição dinâmica se justificaria pela proximidade e controlo do facto) relativamente à situação do Estado, que teria maiores dificuldades em provar que o enriquecimento do primeiro é ilícito. Importa salientar que a falta de consagração legal desta teoria nunca se apresentou como um impedimento para a sua aplicação, mesmo em face da existência de uma previsão legal idêntica à do art. 342.º, do Código Civil de 1966 e ao art. 335.º, n.os 1 e 2, do Código Civil de Macau de 1999 (art. 377.º, §§ 1.º e 2.º, do Código de Processo Civil e Comercial Argentino). De facto, a jurisprudência e a doutrina têm-se baseado, em relação a este aspecto, na circunstância da lei não ser a única fonte de Direito, na necessidade de assegurar um processo justo e equitativo, na procura da verdade material, na proibição do abuso dos direitos processuais, entre outras justificações para defender um critério de distribuição do ónus da prova distinto daquele que a lei processual prevê. Refira-se, contudo, que a consagração legal da distribuição dinâmica do ónus da prova tem sido incentivada neste país, chegando mesmo a constar de algumas propostas legislativas, nomeadamente no art. 361.º, § 3, do Anteprojecto do Código de Processo

Civil e Comercial da Cidade Autónoma de Buenos Aires; Micael Teixeira, *Por uma Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova*, cit., p. 324; neste sentido, na doutrina argentina, Beatriz Ruzafa, *Las Cargas Probatorias*, Buenos Aires, 2012, pp. 374 e segs.; Carlos Carbone, *Cargas Probatorias*, Buenos Aires, (2013), pp. 206 e segs.; Jorge Peyrano, *La Doctrina*, Buenos Aires, 2011, pp. 88-90. Do outro lado do Atlântico, no Brasil, o texto do anterior ordenamento processual civil remonta ao ano de 1973, e, embora tenha comportado diversas reformas, nunca houve discussão tão acerba sobre a necessidade de alteração das regras do ónus da prova como a que se gerou em torno do Projecto de Lei n.º 8.046/2010, em apreciação na Câmara dos Deputados, e que deu origem ao novo Código de Processo Civil do Brasil de 2015. No texto proposto em 2010 ao Senado Federal, aprovado e encaminhado no mesmo ano para a Câmara dos Deputados do Brasil, os deputados propuseram a adopção da *forma híbrida do ónus da prova*, que versava assim: *art. 357.º*, “O ónus da prova, ressalvados os poderes do juiz, incumbe: I – ao autor, quanto ao facto constitutivo do seu direito; II – ao réu, quanto à existência de facto impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor”; *art. 358.º*, “Considerando as circunstâncias da causa e as peculiaridades do facto a ser provado, o juiz poderá, em decisão fundamentada, observado o contraditório, distribuir de modo diverso o ónus da prova, impondo-o à parte que estiver em melhores condições de produzi-la”. A referida proposta de alteração legislativa, em matéria de direito probatório material, caracterizava-se pela mistura do ónus estático, dinâmico e inversão do ónus da prova. Com efeito, ergue o ónus estático como regra, de modo a tutelar a “segurança jurídica”, porém, confere ao juiz a possibilidade legal de, com base em considerações de justiça material, distribuir de modo diverso, mediante despacho devidamente fundamentado, o ónus (anteriormente) estático da prova e atribuí-lo à parte que estiver em melhores condições de produzi-la. Este Projecto de Lei foi alvo de duras (e nem sempre serenas) críticas por parte de um sector autorizado da doutrina brasileira. Com efeito, em apertadíssima síntese, a referida doutrina aduziu que a proposta legislativa estava eivada de “impropriedades”, avançando como argumento decisivo para a sua antítese o facto de a técnica legislativa misturar o ónus estático, dinâmico e inversão do ónus da prova. Ora, refere a dita doutrina, que a inversão do ónus da prova é uma excepção à regra da distribuição estática do ónus da prova; sendo certo que a distribuição dinâmica do ónus da prova também se traduz numa “excepção geral”. Por conseguinte, o juiz teria acentuadas dificuldades em definir qual o modelo principal e qual o modelo subsidiário (se o da inversão do ónus da prova; se a distribuição dinâmica do ónus da prova), e, principalmente, em congregar ambos os modelos de distribuição do ónus da prova; ver, com mais detença, na doutrina brasileira, Eduardo Henrique de Oliveira Yoskikawa, “Considerações sobre a teoria da distribuição dinâmica do ónus da prova”, in *Revista de Processo*, Ano 37, vol. 205, Março de 2012, pp. 134-149; Marcelo Pacheco Machado, “Ónus estático, ónus dinâmico e inversão do ónus da prova”, in *Revista de Processo*, Ano 37, vol. 208, Junho de 2012, *passim*; João Batista Lopes, “Ónus da prova e teoria das cargas dinâmicas no novo Código de Processo Civil”, in *Revista de Processo*, Ano 37, vol. 204, Fevereiro de 2012, pp. 231-242. O legislador brasileiro, aparentemente sensibilizado pelo ror de críticas desferidas pela doutrina, alterou a proposta legislativa, e apresentou, em Novembro de 2013, um outro texto legislativo, expurgado das soluções normativas mais polémicas, aditando, para o efeito, o *art. 380.º*, que versa assim: “O ónus da prova, ressalvados os poderes do juiz, incumbe: I – ao autor, quanto ao facto constitutivo do seu direito; II – ao réu, quanto à existência de facto impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor”, § 1.º “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 facto contrário, poderá o juiz atribuir o ónus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada. Neste caso, o juiz deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ónus que lhe foi atribuído. § 2.º A decisão prevista no § 1.º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil”. Embora tenha mantido a forma híbrida (desta vez: estática como regra e inversão do ónus da prova como excepção – também neste sentido, Carolina Cristina Miotto, “*Ônus probandi*: uma breve análise da distribuição estática e dinâmica do ónus da prova e a incidência nos

Por conseguinte, a aplicação, *in vivo*, da teoria da distribuição dinâmica do ónus da prova possibilita, como se disse, a existência de decisões processual e materialmente justas e equitativas.

Para alcançar tal fim, o juiz tem de ter o domínio de facto do processo, e do conglomerado juridicamente relevante que lhe subjaz, logo na fase embrionária do mesmo.

Porquanto, a aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ónus da prova implica, natural e necessariamente, um domínio precoce do processo e do seu desenho factual juridicamente relevante; atenta, desde logo, a necessidade de o juiz avaliar qual das partes processuais – quando e se a distribuição dinâmica do ónus da prova se aplique – está em melhores condições probatórias de produzir aquela prova.

Vale dizer: a expressa – e futura – previsão legal da distribuição dinâmica do ónus da prova no direito probatório material de Portugal e de Macau requererá ao juiz, como se disse, um esforço adicional de conhecimento atempado e precoce do

---

sistemas processuais civis português e brasileiro”, in *Scientia Iuridica, Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro*, Setembro/Dezembro de 2014, Tomo LXIII, n.º 336, 2015, pp. 509-530), o legislador brasileiro deixou cair, pelo menos aparentemente, a dinamização do ónus da prova, e consagrou, sim, uma flexibilização da distribuição estática do ónus da prova de uma forma mais alargada. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça do Brasil, especialmente em casos de direito do trabalho, tem aplicado, de uma forma mais ou menos pacífica, a teoria da distribuição do ónus da prova; constituindo exemplo paradigmático o Acórdão REsp 1286704/SP, Relatora Ministra Nancy Andrighi, DJ, de 28/10/2013, que reza assim: “embora não tenha sido expressamente contemplada no CPC uma interpretação sistemática da nossa legislação processual, inclusive em bases constitucionais, confere ampla legitimidade à aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ónus da prova, segundo a qual esse ónus recai sobre quem tiver melhores condições de produzir a prova, conforme as circunstâncias fácticas de cada caso”. De resto, o novo Código de Processo Civil do Brasil de 2015, apesar do tropel de acerbas críticas acima elencadas, consagra expressamente a teoria da distribuição dinâmica do ónus da prova no art. 373.º, § 1. Por fim, em Espanha, a *Ley de Enjuiciamiento Civil* conta desde a sua mais recente revisão com um preceito que canoniza – ainda que de forma mitigada – a frisada teoria da distribuição dinâmica do ónus da prova. Por um lado, o art. 217.º, nos seus n.os 1, 2 e 3, distribui em conformidade com a função desempenhada pelos factos no processo, e à semelhança do previsto nos arts. 342.º e 343.º do Código Civil de 1966 e do art. 335.º, n.os 1 e 2, do Código Civil de Macau, os respectivos ónus probatórios (teoria das normas e distribuição estática do ónus da prova). Por seu turno, os n.os 4 e 5 do art.º 217.º estabelecem critérios especiais de distribuição do ónus da prova, respectivamente, nos processos em que se alega a concorrência desleal, a publicidade ilícita e a discriminação em função do sexo. Nestes casos concretos, o legislador, reconhecendo de modo prévio a alta dificuldade ou mesmo a impossibilidade de prova pela parte que é onerada com aquela demonstração, atribui – contrariamente ao que decorreria da aplicação do *critério geral* – o ónus da prova ao demandado. Finalmente, o n.º 7 do art. 217.º estabelece que, para aplicação das regras contidas nos números anteriores do artigo, o tribunal deverá ter em conta a disponibilidade e a facilidade probatória que corresponde a cada uma das partes no litígio, querendo significar que, casuisticamente, o tribunal poderá corrigir a distribuição antes efectuada pela lei quando e se, em concreto, isso se justificar, atendendo à inerente e natural dificuldade probatória de determinado facto ou à dificuldade concreta que um dado sujeito tem de demonstrar determinada realidade; neste sentido, Elizabeth Fernandez, “A prova difícil ou impossível”, *cit.*, p. 830.

processo, reportado a um momento muito anterior à realização da audiência final e, por conseguinte, à prolação da sentença: essa é, também, no essencial, a *ratio legis* imanente ao princípio da gestão processual que perpassa o Código de Processo Civil de Portugal de 2013.

Com efeito, em face da reforma do Código de Processo Civil, realizada pela Lei n.º 41/2013, de 26/6, o legislador português, seguindo a tradição processualística do modelo anglo-saxónico, introduziu um mecanismo processual que possibilita o contacto precoce do juiz com o processo, denominado, justamente, de gestão processual (art. 6.º, n.º 1).

Por conseguinte, a – futura e desejável – consagração legal da distribuição dinâmica do ónus da prova poderá ser cruzada com o *princípio da gestão processual*, uma vez que, à semelhança desta, polariza-se, ponderadas as particularidades do caso concreto, na prossecução de uma justa composição do litígio em prazo razoável.

Porquanto, à luz do princípio da gestão processual o juiz tem o dever de dirigir activamente o processo e de diligenciar pelo seu andamento célere, promovendo, para o efeito, uma multitudine de diligências que se polarizam no prosseguimento, sem escolhos, da acção judicial.

Para alcançar esse fim, o juiz direccionará a actividade jurisdicional para o indeferimento de actos processuais manifestamente dilatatórios ou impertinentes, bem como para a adopção, exercido o legalmente competente direito ao contraditório, de mecanismos de simplificação e agilização processual que garantam a justa composição do litígio em prazo razoável.

Não é difícil captar o étimo fundante do princípio da gestão processual.

Com efeito, a atribuição ao juiz de poderes de gestão processual quadra-se com a tendência (internacional) para substituir um processo rígido e eminentemente ritualístico por um processo ágil, simplificado (o que não significa que se prescindia de um mínimo de formalismo processual) e, essencialmente, adaptável ao caso concreto.

Na ordem jurídica de matriz anglo-saxónica, a gestão processual tem como equivalente funcional o *case management* (Rule 1.4., 3.1., 29.2 das Civil Procedure Rules)<sup>70/71</sup>.

70. Neste sentido, Miguel Teixeira de Sousa, “Apontamento sobre o princípio da gestão processual no novo Código de Processo Civil”, in *Cadernos de Direito Privado*, n.º 43, Julho-Setembro 2013, Cejur, Braga, p. 10, que seguiremos de muito perto; na doutrina anglo-saxónica, Andrews, *The Modern Civil Process*, Tübingen, 2008, pp. 48 e segs.

71. Sobre o *case management*, na doutrina inglesa, Neil Andrews, “A new civil procedural code for England: party control going, going, gone”, in *Civil Justice Quarterly*, 2000, January Issue, pp. 1-5.

A gestão processual visa diminuir os custos, o tempo e a complexidade do procedimento<sup>72</sup> A gestão processual pressupõe um juiz empenhado na resolução célere e justa da causa e traduz-se num aspecto substancial<sup>73</sup> – a condução do processo – e num aspecto instrumental – a adequação formal (art. 547.º do CPC de Portugal). Assim, o dever de gestão processual procura ajudar a solucionar a “equação processual”: uma decisão justa do processo com os menores custos, a maior celeridade e menor complexidade que forem possíveis no caso concreto<sup>74</sup>.

Quanto ao aspecto substancial do princípio da gestão processual, é possível avançar os seguintes exemplos: “i) promover as diligências necessárias ao normal prosseguimento da acção e recusar o que for impertinente ou dilatatório (art. 6.º, n.º 1), falando-se, a este propósito, num “poder de direcção do processo”<sup>75</sup> ou num “poder

72. A Justiça tem um cariz de serviço público e, nessa medida, tem de ser, ao menos em parte, e sem que se ceda a tentações de um economicismo tutelar de (estranho) sabor posneriano, guiada por considerações de eficácia, eficiência e contenção de custos; neste sentido, na doutrina francesa, E. Severin, “Comment l’esprit du management est venu à l’administration de la justice”, in *La Nouveau Management de la Justice et l’indépendance des juges*, Paris, Dalloz, 2011, p. 54.
73. A doutrina alemã faz a distinção terminológica entre gestão formal (*formeller Verfahrensleitung*) e a gestão material (*materieller Verfahrensleitung*), Rosenberg/Schwab/Gottwald, *Zivilprozessrecht*, 17. Auflage, München, C. H. Beck, 2010, p. 408-410.
74. Neste sentido, Miguel Teixeira de Sousa, “Apontamento sobre o princípio da gestão processual no novo Código de Processo Civil”, in *CDP, cit.*, p. 10, que seguiremos de muito perto, mesmo textualmente; na doutrina anglo-saxónica, Zuckerman, *Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective*, Torino, 2005, pp. 147-151.
75. Um sector da doutrina espanhola, mais relutante em relação à intervenção activa e gestora do juiz, e, portanto, simpatizante de um modelo liberal de processo civil, em que impera a dialéctica processual, e, por conseguinte, a maior ou menor habilidade processual das partes, admite, ainda assim, um mitigado poder-dever de direcção formal do processo; neste sentido, Montero Aroca, “Il processo civile come strumento di giustizia autoritaria”, in *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, Cedam, 2004, pp. 562-568; a doutrina brasileira, em sentido oposto, enfatizando que o aumento dos poderes do magistrado, no que concerne à gestão processual e à direcção activa do processo, corre na direcção do reforço das garantias processuais das partes e de um processo justo, cfr. Maira Galindo, *Processo Cooperativo*, Curitiba, Juruá Editora, 2015, pp. 73-86. A doutrina alemã refere, a este propósito, que “a instância processual é um *relação jurídica complexa de direito público de natureza processual, i.e.*, pautada pelas normas processuais e instrumentais do processo civil, entre o tribunal e cada uma das partes e entre estas, concretizada em actos processuais. Assim, cada processo é uma relação jurídica, ou seja, uma relação regulada juridicamente entre os sujeitos processuais – a *relação jurídica processual*. A posição maioritária é a de que estamos perante uma “*relação tripartida entre tribunal e partes*” no sentido de *relação complexa* entre o Estado, por meio do tribunal, com as partes e entre estas ou “*relação triangular*”, dado que liga o tribunal com cada uma das partes e cada uma destas partes entre si”. Acompanhamos autorizada doutrina portuguesa quando afirma que “o processo é um *facto jurídico* pertencente à categoria do *acto-procedimento estruturando-se de modo complexo* – não necessariamente qualificável nos termos de uma mera *relação jurídica* – e de modo *dinâmico* ou *diacrónico, i.e.*, cujo conteúdo e partes processuais mudam ao longo do decurso temporal do processo. Parece daqui resultar que “o direito de acção desdobra-se em dois planos: de cada parte perante o tribunal e de cada parte perante a contraparte. No plano do confronto de cada parte com o tribunal – *plano vertical* – seguimos o posicionamento doutrinal de PAULA COSTA E SILVA no sentido de que “o processo

de correcção do processo<sup>76</sup>; *ii*) promover oficiosamente pelo suprimento da falta de pressupostos processuais susceptíveis de sanação, determinando a realização de actos necessários à regularização da instância ou, quando a sanação dependa de acto que deva ser praticado pelas partes, convidando estas a praticá-lo (art. 6.º, n.º 2); *iii*) a programação, após a audição dos mandatários, dos actos a realizar na audiência final, estabelecendo o número de sessões e a sua possível duração e designando as respectivas datas [art. 591.º, n.º 1, alínea *g*)]<sup>77</sup>; cabe ainda nos poderes de direcção do tribunal, a opção do juiz: *iv*) por uma perícia colegial [art. 468.º, n.º 1, alínea *a*)]; *v*) o proferimento por escrito do despacho saneador (art. 595.º, n.º 2); *vi*) o conhecimento do incidente de falta de autenticidade do documento (art. 450.º, n.º 2); *vii*) a remessa do processo para a mediação, sempre que nenhuma das partes a tal se oponha (art. 273.º, n.º 1); *viii*) a realização de uma tentativa de conciliação entre as partes em qualquer estado do processo (art. 594.º, n.º 1)<sup>78</sup>.

Quanto ao aspecto instrumental do princípio da gestão processual, o seu núcleo irradiador é perpassado pela ideia de que o dever de condução do processo atribuí ao juiz um poder-dever de simplificar e de agilizar o processo, isto é, um poder-dever

---

*determina a constituição de duas relações, estabelecendo-se cada uma delas entre cada uma das partes e o tribunal*"; no plano horizontal, o "direito de acção, observado na perspectiva da parte contrária, pode ser qualificado como um direito potestativo ao qual se contraporá o estado de sujeição do demandado", o que "permite ordenar as partes em relação". "A relação processual, assim caracterizada, corporiza-se em actos processuais – o seu objecto imediato – organizados de modo constitucionalmente conforme tanto para cumprimento do direito à tutela jurisdicional efectiva, como das garantias do processo equitativo e das garantias constitucionais gerais – igualdade, contraditório, direito à prova, juiz. No caso das acções declarativas, a *instância processual* implica momentos específicos de contraditório, instrução, julgamento e decisão com valor de caso julgado material, compondo um certo procedimento-padrão de actos processuais concretizador da garantia do processo equitativo do artigo 20.º, n.º 4, da CRP (=equivalente ao art.º 36.º, n.º 1, da Lei Básica de Macau)"; seguimos de muito perto, mesmo textualmente, na doutrina alemã, ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, München, Beck, 16. Auflage, 2008, pp. 11 e ss; na doutrina italiana, TROCKER, "Il nuovo articolo della costituzione e il "giusto processo" in materia civile: profili generali", in: *RTDPC*, 55/2, 2001, pp. 388 e ss; na doutrina portuguesa, CARLOS LOPES DO REGO, "Os princípios constitucionais da proibição da indefesa, da proporcionalidade dos ónus e cominações e o regime da citação em processo civil", in: *Estudos em Homenagem a Cardoso da Costa*, Coimbra, Almedina, 2003, pp. 838-848; PAULA COSTA E SILVA, *Acto e Processo: o Dogma da Irrelevância da Vontade e nos Vícios do Acto Postulativo*, Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídico-Processuais, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, pp. 168 e ss; RUI PINTO, *Notas ao Código de Processo Civil*, Volume I, Artigos 1.º a 545.º, 2ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2015, pp. 8 e ss.

76. Expressões colhidas na doutrina alemã, Henke, *JZ*, 2005, pp. 1024-1029; com diferenças terminológicas, Stürner, *Festschrift für Walter Gerhard*, Köln, 2004, pp. 954-969.

77. Que apresenta iniludíveis semelhanças com um outro instituto jurídico de direito comparado, momento do direito francês, na circunstância com os *contrats de procédure* (art. 764.º, § 3, do Nouveau Code de Procédure Civile); ver, com interesse, na doutrina francesa, Cadiet, "Les conventions relatives au procès en droit français. Sur la contractualisations du règlement des litiges", in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, vol. 62, Número Extraordinario, 3, 2008, pp. 15-27.

78. Exemplos colhidos em Miguel Teixeira de Sousa, "Apontamento sobre o princípio da gestão processual no novo Código de Processo Civil", *cit.*, p. 11.

de modificar a tramitação processual ou os actos processuais – *case management* –, de modo a promover um andamento célere do processo.

“A simplificação implica uma tramitação menos pesada do que aquela que consta da lei; a agilização, por seu turno, envolve uma forma mais fácil de atingir a justa composição do litígio: nuns casos, a agilização pode traduzir-se numa simplificação da tramitação, mas, noutros, a agilização pode envolver a prática de actos não previstos na lei. A título de exemplos do carácter instrumental da gestão processual, temos: *i*) a adequação da tramitação processual quando as testemunhas são inquiridas pelo juiz (art. 40.º, n.º 3); *ii*) a determinação pelo juiz da submissão da petição inicial a despacho liminar (art. 590.º, n.º 1); *iii*) a junção de documentos com vista a permitir a apreciação de excepções dilatórias ou do mérito da causa [art. 590.º, n.º 2, alínea *c*)]; *iv*) nos arts. 37.º, n.º 4, e 266.º, n.º 5, encontra-se uma forma radical de agilização processual: é com base nesta agilização que se permite que o juiz determine a separação de várias causas que se encontram reunidas num único processo”<sup>79</sup>.

Para obter a simplificação ou a agilização, o juiz dispõe do poder de adequação formal. O juiz deve adoptar a tramitação processual adequada às especificidades da causa e adaptar o conteúdo e a forma dos actos processuais ao fim que visam atingir, assegurando um processo equitativo (art. 547.º)<sup>80</sup>. Portanto, o juiz pode alterar a tramitação legal da causa – tanto prescindindo da realização de certos actos impostos pela lei, como impondo a prática de actos nela não previstos – e pode ainda modificar o conteúdo e a forma dos actos processuais<sup>81</sup>: neste âmbito, a adequação formal é a expressão prática da pura gestão processual<sup>82</sup>.

79. Exemplos colhidos em Miguel Teixeira de Sousa, “Apontamento sobre o princípio da gestão processual no novo Código de Processo Civil”, *cit.*, p. 11.

80. “A tramitação do processo declarativo comum comporta, depois da fase dos articulados, uma fase de gestão processual. Nesta encontra-se regulada quer uma gestão inicial – destinada, designadamente, a providenciar pelo suprimento das excepções dilatórias [art. 590.º, n.º 2, alínea *a*] e a controlar os articulados das partes [art. 590.º, n.os 1, 2, alínea *b*), 3 e 4] – quer uma gestão subsequente – respeitante, nomeadamente, à dispensa da audiência prévia (art. 593.º, n.º 1), à escolha de uma ou várias opções nas acções de valor não superior a metade da alçada da Relação (art. 597.º) e à programação da audiência final (art. 591.º, n.º 1, alínea *g*)). A adequação formal, enquanto acto de gestão processual, pode ser ordenada pelo juiz a qualquer momento da tramitação da causa, mas ela é normalmente determinada na fase de gestão processual. Na verdade, a adequação formal pode ser decidida quer na audiência prévia [art. 591.º, n.º 1, alínea *e*)], quer no despacho que substitui essa audiência [arts. 593.º, n.º 2, alínea *b*), e 597.º, alínea *d*)]. Nesta última hipótese, há que entender, nomeadamente pela remissão daqueles preceitos para o n.º 1 do art. 6.º, que a agilização processual não é válida sem a prévia audição das partes”; neste sentido, Miguel Teixeira de Sousa, “Apontamento sobre o princípio da gestão processual no novo Código de Processo Civil”, *cit.*, p. 13.

81. Miguel Teixeira de Sousa, “Apontamento sobre o princípio da gestão processual no novo Código de Processo Civil”, *cit.*, p. 12.

82. Neste sentido, na doutrina italiana, Marco de Cristofaro, “*Case management* e riforma del processo civile, tra effettività della giurisdizione e diritto costituzionale al giusto processo”, in *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, Cedam, 2010, p. 283.

Revertendo à temática que nos interpela – a distribuição dinâmica do ónus da prova e a necessidade imperiosa de prolação de decisões material e equitativamente justas –, importa perguntar qual é o momento processualmente mais adequado para o juiz exercer esses poderes de gestão processual, principalmente no que respeita à comunicação às partes processuais da distribuição do ónus da prova mais adequado ao caso concreto.

Em face da reforma do Código de Processo Civil de Portugal de 2013, que obriga o juiz a ter um domínio precoce e atempado do processo e dos contornos jurídico-factuais que o compõem, por força, desde logo, do princípio da gestão processual, esse momento processual deverá ser a audiência prévia.

Com efeito, a fase da audiência prévia, regulada no art. 591.º é crucial para o juiz gerir, da melhor maneira possível, os factos relevantes do processo. Note-se que o juiz aparece, na audiência prévia, num primeiro plano, tal como na fase inglesa ou norte-americana do *pretrial*, abrindo caminho para o diálogo com os advogados, questionando se existe acordo ou se é possível esclarecer certo ponto mais obscuro, determinando, também, a matéria que necessita de ser provada. O trabalho de filtragem, levado a cabo na audiência prévia, reveste-se de grande importância, pois abre caminho para uma audiência final mais pacífica ou, se quisermos, mais previsível. Na verdade, de todos os actos de gestão processual, importa realçar o resultante da alínea c) do n.º 1 do art. 591.º: desprovido de questionário, torna-se crucial que a gestão processual passe pela clara identificação do objecto do litígio e pela enunciação das grandes questões essenciais que integram os temas da prova. É fundamental que, através do diálogo, seja delimitada a matéria controvertida do processo, ficando cada advogado ciente dos factos que tem de provar (e, logo, dos factos que não tem de provar). Assim, exemplificando, numa acção fundada em acidente de viação, o juiz identifica, como temas da prova, os danos sofridos por um dos veículos e a respectiva quantificação, os prejuízos decorrentes da privação do uso, os gastos em que a autora incorreu em virtude do acidente, as lesões corporais e as dores sofridas pela autora, bem longe do antigo questionário eivado de questões sobre factos muito concretos. Parece-nos aceitável e útil, na linha do *case management* inglês, que o juiz, após identificar os grandes temas controvertidos, alerte os advogados para a distribuição do ónus da prova que lhe pareça mais adequada ao caso<sup>83</sup>.

É aqui que faz sentido falar-se na divisão tripartida gestão processual (art. 6.º, n.º 1), audiência prévia (art. 591.º) e a distribuição dinâmica do ónus da prova.

Com efeito, como acima se deixou antevisto, a reforma do Código de Processo Civil de 2013 atribuiu ao juiz um conjunto de poderes-deveres, quer de índole material quer de índole processual.

83. Neste preciso sentido, que seguimos textualmente, Miguel Mesquita, «O Princípio de Gestão Processual: o “Santo Graal” do Novo Código de Processo Civil?», in *RLJ*, ano 145.º, n.º 3995, Novembro-Dezembro de 2015, p. 96.

Essa plêiade de poderes funcionais conferidos ao juiz, colima-se, por um lado, do ponto de vista adjetivo, ao andamento célere – e sem escolhos – do processo, e, por outro lado, do ponto de vista substancial, à justa composição do litígio num prazo razoável (art. 6.º, n.º 1).

Deste modo, o princípio da gestão processual, sendo um equivalente funcional do *case management* inglês e norte-americano, comporta no seu âmbito teleológico um conjunto de possibilidades (desenhadas ou não no figurino legal) que permitem alcançar esse fim, pelo que deve o juiz, na audiência prévia, após a audição das partes processuais (art. 6.º, n.º 1, do CPC), alertá-las para a distribuição dinâmica do ónus da prova que lhe pareça mais adequada e equilibrada, em função das particularidades do caso concreto, sob pena de nulidade processual inominada (art. 195.º, n.º 1).

Por conseguinte, no caso concreto da distribuição dinâmica do ónus da prova, a gestão processual assume uma feição marcadamente material ou de mérito<sup>84</sup>, na medida em que o juiz, na audiência prévia, já no domínio de todos os contornos juridicamente relevantes do processo, identifica o objecto do litígio, enumera as grandes questões essenciais que integram os temas da prova e, seguidamente, comunica às partes a distribuição do ónus da prova que, em face do desenho factual do processo, lhe pareça não só mais adequada mas, essencialmente, mais equilibrada do ponto de vista da facilidade probatória em que uma das partes tem de produzir aquela prova.

Por conseguinte, como acima se apontou, tanto ali – no domínio da aplicabilidade, ao caso concreto, da distribuição dinâmica do ónus da prova – como aqui – no domínio da gestão processual e, *ergo*, da audiência prévia –, exige-se ao juiz, por um lado, a adaptação do processo às particularidades do caso concreto, e, por outro lado, porque assim é, um domínio do processo reportado a um momento processual muito anterior à audiência final; e, logo, ali como aqui, verifica-se a mesma *ratio legis*<sup>85</sup> que presidiu à reforma do Código de Processo Civil de 2013: a justa composição do litígio em prazo razoável, com base num processo civil voltado para a materialidade subjacente e não para o formalismo bacoco e estéril, e cuja suficiência processual e material densifica, a todas as luzes, o *direito a uma tutela jurisdicional efectiva e*

84. No mesmo sentido, Miguel Mesquita, «O Princípio de Gestão Processual: o “Santo Graal” do Novo Código de Processo Civil», *cit.*, p. 94.

85. Neste sentido, sobre a *analogia legis*, José Pinto Bronze, “A analogia como link noético e bypass noemático entre a igualdade e metodonomia”, in *RLJ*, Ano 142, n.º 3979, Março-Abril de 2013, Coimbra, Coimbra Editora, pp. 231 e segs; na doutrina alemã, JAN SCHRÖDER, “Zur Analogie in der juristischen Methodenlehre der früherer Neuzeit”, in: *Zeitschrift der Savigny – Stiftung für Rechtsgeschichte*, 114. B. (Germ. Abt.), 1997, 1- 55; JOSÉ PINTO BRONZE, “O problema da analogia juris, algumas notas”, in *Analogias*, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, pp. 276-279; CASTANHEIRA NEVES, “O actual problema metodológico da interpretação jurídica”, I, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 266.

*diferenciada*<sup>86/87</sup> (arts. 20.º, n.os 1 e 4, e 268.º, n.º 4, da CRP e art. 36.º, n.º 1, da Lei Básica de Macau).

Pensamos que se vislumbra, nesta sede, um afloramento da *Prozesswirtschaftlichkeit* (*eficiência do processo*) do ponto de vista da *tutela jurisdicional efectiva dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos*<sup>88</sup>, de que insistentemente fala o Supremo Tribunal Federal Alemão (B.G.H.), e à qual o legislador de Portugal e da Região Administrativa Especial de Macau devem prestar a devida atenção em futuras reformas legislativas.

86. Sobre a tutela jurisdicional diferenciada, que radica na garantia constitucional do processo equitativo estabelecida no n.º 4 do art. 20.º da CRP, e que permite que a uma “diversidade de direitos” corresponda uma “diversidade de remédios jurisdicionais”; neste sentido, Rui Pinto, “Urgência procedimental e o direito à tutela jurisdicional efectiva no art. 382.º, n.º 1, do Código de Processo Civil – Anotação ao Acórdão de Uniformização de Jurisprudência n.º 9/2009, de 31.3.2009, Agravo Alargado 4716/17”, in *CDP*, n.º 31, Julho/Setembro de 2010, p. 50. Na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, entre muitas outras decisões, *Frydlender/France* (27/6/2000); *Delgado/França* (14/9/2000). Referindo-se ao “princípio geral do *alterum non laedere*: o dever que todo o sujeito da ordem jurídica tem de abstenção de actuação adequada à lesão de qualquer direito alheio”, monograficamente, Rui Pinto, *A questão de mérito na tutela cautelar. A obrigação genérica de não ingerência e os limites da responsabilidade civil*, Tese de Doutoramento, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pp. 433 e segs.
87. Sobre esta questão, no cruzamento reflexivo com a “diversidade de remédios jurisdicionais”, na doutrina italiana, Proto Pizani, *Lezione di diritto processuale civile*, 8.ª ed., Napoli, Jovene, 2014, p. 50.
88. Neste sentido, ainda que noutra âmbito temático que não o que nos movemos, Acórdão do Supremo Tribunal Federal Alemão (B.G.H.), de 13/12/2011, disponível em <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&Datum=Aktuell&Sort=12288&nr=58766&pos=2&anz=648>; no mesmo sentido, Urteile vom 29. Juni 1955 - IV ZR 55/55, BGHZ 18, 59, 60 und vom 18. März 2003 - XI ZR 188/02, WM 2003, 918, 920; Beschlüsse vom 13. Januar 2000 - IX ZB 3/99, juris Rn. 29, vom 7. Mai 2007 - VI ZR 233/05, NJW 2007, 3429 Rn. 13, vom 27. April 2010 - XI ZR 154/09, juris und vom 6. Oktober 2011 - IX ZB 148/11, WM 2011, 2158 Rn. 7).





Civil Procedure Review  
AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

5

Norma Fundamental do Processo  
Civil Brasileiro: Aspectos Conceituais,  
Estruturais e Funcionais

(Fundamental Norms in Brazilian Civil Procedure:  
Conceptual, Structural and Functional Aspects)

**Carlos Frederico Bastos Pereira**

Master's degree in Civil Procedure Law from the Federal University of Espírito Santo, Brazil.  
Legal Clerk at the Court of Appeals of Espírito Santo State, Brazil.

**Resumo:** Este artigo propõe uma reflexão sobre a Norma Fundamental do Processo Civil brasileiro, categoria inserida pelo Código de Processo Civil de 2015. Em primeiro lugar, propõe a revogação da classificação princípios informativos e fundamentais do processo civil. Em segundo lugar, identifica a hipótese de fundamentalidade formal, material e formal/material de uma norma processual. Em terceiro lugar, demonstra que a Norma Fundamental pode conter estrutura deôntica de regra, princípio ou postulado. Em quarto lugar, examina as funções estruturante, definitória, integrativa, interpretativa e bloqueadora da Norma Fundamental. Por fim, estipula critérios quanto ao cabimento de recurso especial ou extraordinário no caso de violação a uma Norma Fundamental.

**Palavras-chave:** Normas Fundamentais. Processo Civil Brasileiro. Direitos Fundamentais Processuais. Constituição. Código de Processo Civil de 2015.

**Abstract:** This paper proposes a reflection about the Fundamental Norm of Brazilian Civil Procedure, a category inserted by the Civil Procedure Code of 2015. First, proposes the revocation of the classification informative and fundamental principles of the civil procedure. Second, identifies the hypothesis of formal, material and formal/material fundamentality of a procedural norm. Third, demonstrates that the Fundamental Norm may contain deontic structure of rule, principle or postulate. Fourth, examines the structuring, defining, integrative, interpretive and blocking functions of the Fundamental Norm. Lastly, stipulates criteria about the admission of special or extraordinary appeal in case of violation of a Fundamental Norm.

**Keywords:** Fundamental Norms. Brazilian Civil Procedure. Fundamental Procedural Rights. Constitution. Civil Procedure Code of 2015.

**Sumário:** 1. Introdução; 2. Dos princípios informativos às normas fundamentais do processo civil; 3. Aspectos conceituais: a fundamentalidade formal, material e formal/material da norma processual; 4. Aspectos estruturais: a natureza deôntica das normas fundamentais; 5. Aspectos funcionais: a multifuncionalidade das normas fundamentais; 6. Uma consequência: a violação de normas fundamentais e o cabimento de recurso especial ou extraordinário; 7. Conclusões; 8. Referências bibliográficas.

**Summary:** 1. Introduction; 2. From the informative principles to the fundamental norms of civil procedure; 3. Conceptual aspects: the formal, material and formal/material fundamentality of the procedural norm; 4. Structural aspects: the deontic nature of fundamental norms; 5. Functional aspects: the multifunctionality of fundamental norms; 6. A consequence: the violation of fundamental norms and the acceptance of special or extraordinary appeal; 7. Conclusions; 8. References.

## 1. INTRODUÇÃO

O CPC/2015 foi estruturado de maneira diferente em comparação ao CPC/1973: esse contava com três livros, dedicados, respectivamente, ao processo de conhecimento, de execução e cautelar; enquanto aquele foi dividido em Parte Geral e Parte Especial.

Dentro da Parte Geral, o CPC/2015 dedica um capítulo exclusivo às chamadas “Normas Fundamentais do Processo Civil” (arts. 1º ao 12), seguindo a tendência de alguns códigos europeus da segunda metade do Século XX e início do Século XXI – *v.g.*, na França, o *Code de Procédure Civile* de 1976 que logo no início explicita os “Principes Directeurs du Procès”; na Inglaterra, as *Civil Procedure Rules* de 1998, encabeçadas pelo “Overriding Objective”; e, mais recentemente, em Portugal, o *Código de Processo Civil* de 2013 que começa enunciando “Das Disposições e Princípios Fundamentais”.

Em um primeiro momento, as Normas Fundamentais foram entusiasticamente celebradas, sobretudo porque funcionariam como vetores hermenêuticos para a aplicação das demais normas processuais, porém, salvo raras exceções, pouca atenção tem sido dispensada a uma teoria da Norma Fundamental propriamente dita.

O presente artigo busca justamente suprir essa lacuna, examinando de maneira mais detida os aspectos ligados ao conceito, estrutura e funções da Norma Fundamental do Processo Civil brasileiro. Adverte-se desde já que o presente texto não tratará isoladamente de uma determinada Norma Fundamental – por exemplo, a cooperação –, mas individualizará aspectos relevantes da Norma Fundamental em si.

Como se trata de um conceito que não estava presente no CPC/1973, a bibliografia *específica* sobre o tema na doutrina brasileira ainda é escassa, exceto por Comentários ao CPC/2015 e Cursos de Direito Processual Civil. Curiosamente, são poucos os autores que buscam uma teorização das Normas Fundamentais<sup>1</sup>.

Para tanto, o texto foi estruturado em cinco partes: no primeiro capítulo, propõe-se a revogação da categoria princípios informativos em prol de Normas Fundamentais do Processo Civil; no segundo capítulo, busca-se estabelecer critérios para averiguar quando uma norma processual pode ser considerada fundamental; no terceiro capítulo, procura-se examinar a natureza deôntica das Normas Fundamentais; no quarto capítulo, pretende-se identificar as funções são exercidas pelas Normas Fundamentais; no quinto capítulo, averiguam-se as consequências de violação às Normas Fundamentais, notadamente quanto ao cabimento de recurso extraordinário ou especial.

## 2. DOS PRINCÍPIOS INFORMATIVOS ÀS NORMAS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO CIVIL

Na vigência do Código de Processo Civil de 1973, parcela da doutrina brasileira adotava a concepção de que o Direito Processual Civil era regulamentado por *princípios informativos* (lógico, jurídico, econômico e político), aos quais eram contrapostos, ainda, os *princípios fundamentais* (bilateralidade da audiência, dispositivo, impulso oficial, oralidade e publicidade dos atos processuais)<sup>2</sup>.

1. Sintomático, por exemplo, a existência de uma coletânea exclusiva sobre Normas Fundamentais sem um artigo dedicado a uma teorização específica da Norma Fundamental em si. Porém, na apresentação da obra, os coordenadores trazem importante contribuição ao afirmar que “a Lei 13.105/2015 somente pode ser interpretada em sua unidade e em conformidade com seus eixos fundantes, entre eles, o reforço indiscutível dos princípios do contraditório, da fundamentação das decisões e a busca da racionalidade no uso do direito jurisprudencial. Ademais, o estudo das normas fundamentais demonstra o compromisso da novel legislação em promover uma maior aproximação dos discursos de aplicação com os de fundamentação constitucional, de modo a se impor a almejada sintonia fina entre a legislação e a Constituição” (DIDIER JR., Fredie; NUNES, Dierle; FREIRE, Alexandre (coords.). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Normas Fundamentais*. Salvador: JusPodivm, 2016, vol. 8, p. 5).
2. Acerca dessa classificação, *cfr.* ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil: Parte Geral*. 14ª ed.. São Paulo: RT, 2011, p. 43-60; LIMA, Alcides de Mendonça. *Os Princípios Informativos no Código de Processo*

Segunda essa concepção, os princípios informativos seriam verdadeiros axiomas, funcionando como “regras predominantemente técnicas e, pois, desligados de maior conotação ideológica, sendo, por esta razão, quase que universais”<sup>3</sup>. Já os princípios fundamentais consistiriam em “diretrizes nitidamente inspiradas por características políticas, trazendo em si carga ideológica significativa e, por isto, válidas para os sistemas ideologicamente afeiçoados aos princípios fundamentais que lhe correspondam”<sup>4</sup>.

Essas categorias, porém, nunca conseguiram explicar o papel normativo desempenhado pelos princípios na estruturação do processual civil, razão pela qual a sua utilização é praticamente obsoleta atualmente.

Em primeiro lugar, porque o paradigma em torno dessa concepção remetia a uma fase metodológica do processo civil em que princípios eram desprovidos de força normativa e apenas auxiliavam e guiavam o intérprete na aplicação da norma<sup>5</sup>. Exemplo disso é a referência, no art. 126 do CPC/1973, aos *princípios gerais do direito* como um mecanismo de integração do ordenamento jurídico que deveria ser utilizado apenas quando não houvesse lei aplicável ao caso, ou seja, uma *lacuna* na legislação.

Em segundo lugar, porque, com o advento do CPC/2015, a introdução do conceito de “Normas Fundamentais do Processo Civil” necessário pensar o processo civil à luz dessa *nova* categoria, dispensando a vetusta contraposição dos princípios do processo civil entre informativos e fundamentais.

Ainda durante a vigência do CPC/1973, Cássio Scarpinella Bueno propunha a revogação da nomenclatura tanto dos *princípios informativos*, porque inadequados à fase metodológica atual do direito processual civil, como também dos *princípios fundamentais*, porque acabariam se confundido com os princípios constitucionais e infraconstitucionais do processo civil. Até por isso, o autor defendia ser mais adequado ao atual estágio científico do processo civil justamente a distinção entre *princípios constitucionais* e *princípios infraconstitucionais*<sup>6</sup>.

Compartilhando dessa visão – porém, agora, à luz do CPC/2015 –, Cândido Rangel Dinamarco propõe a revogação da categoria *princípios informativos*, sob o argumento de que “esse *falsos princípios*, ou princípios menores, enunciados em antiga doutrina

Civil. *Revista de Processo*, vol. 34, p. 9-19, abr-jun, 1984; PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 17-58; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 56-58. O tema também foi trabalhado na doutrina estrangeira, cfr. MILLAR, Robert Wyness. *Los Principios Formativos del Procedimiento Civil*. Trad. Catalina Grossman. Buenos Aires: Ediar, 1945; COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. 3ª ed. Buenos Aires: Depalma, 1993 p. 181-182.

3. ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*, p. 43.

4. ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*, p. 43.

5. Neste sentido, TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso Avançado de Processo Civil: Teoria Geral do Processo*. 16ª ed. São Paulo: RT, 2016, p. 72.

6. BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, vol. 1. parte IV, capítulo I, item 2.

italiana e acatados prestigiosamente na brasileira, são na realidade *regras técnicas* e não refletem opções políticas. Um processo realizado de modo econômico, lógico, juridicamente adequado e politicamente correto (para empregar aquela linguagem usual) é um processo tecnicamente bem feito, sem embargo de produzir ou não produzir resultados coerentes com as grandes premissas constitucionais – esses sim verdadeiros *princípios*<sup>7</sup>.

Como se pode notar, não é mais sustentável a classificação princípios informativos e fundamentais no atual estágio metodológico do Direito Processual Civil, razão pela qual podemos avançar para uma análise do conceito de Norma Fundamental do Processo Civil brasileiro.

### 3. ASPECTOS CONCEITUAIS: A FUNDAMENTALIDADE FORMAL, MATERIAL E FORMAL/MATERIAL DA NORMA PROCESSUAL

O Direito Processual Civil é composto por um conjunto de normas responsáveis pela regulação do processo jurisdicional e pela aplicação, por meio da atividade jurisdicional, das normas de direito material para a solução dos conflitos. Normas processuais, portanto, são aquelas que “define[m] o critério de proceder no exercício da jurisdição, regulando, pois, esse procedimento de produção da decisão judicial, em seus atos e efeitos jurídicos (as chamadas situações jurídicas processuais)”<sup>8</sup>.

Mas quais são os atributos necessários para que uma norma processual seja classificada como *fundamental* ao processo civil brasileiro? O perfil conceitual da Norma Fundamental depende, essencialmente, de uma resposta a esse questionamento.

Para tanto, a Ciência do Direito Constitucional, mais especificamente na Teoria dos Direitos Fundamentais, fornece subsídios para identificar os critérios pelos quais um determinado direito é considerado *fundamental* na ordem constitucional, desenvolvendo a ideia de fundamentalidade formal, material ou formal/material<sup>9</sup>.

7. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017, vol. 1, p. 325. Porém, há quem defenda a manutenção dos princípios informativos mesmo com o CPC/2015, sustentando que “o grau de abstração desses princípios informativos é tão alto que é possível dizer que todos os demais princípios processuais possuem alguma raiz ligada a um desses quatro princípios, ou a todos eles, dependendo do caso” (BONICIO, Marcelo José Magalhães. *Princípios do Processo no Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 26). Igualmente, defendendo certa utilidade dos princípios informativos como “balizas pré-positivadas para a formação de um processo razoável e justo”, *cf.* TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso Avançado de Processo Civil*, p. 73.

8. Parte-se, aqui, de uma visão da norma de processo jurisdicional estaticamente considerada, conforme BRAGA, Paula Sarno. *Norma de Processo e Norma de Procedimento: o Problema da Repartição de Competência Legislativa no Direito Constitucional Brasileiro*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 174-175 (cap. 4.3).

9. Neste sentido, *cf.* ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed., 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 520-523; CANOTILHO; José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1992, p. 376-378; SARLET,

De um lado, a fundamentalidade formal “decorre da sua posição no ápice da estrutura escalonada do ordenamento jurídico”<sup>10</sup>, de modo que serão fundamentais os direitos devidamente positivados no texto constitucional e previstos no catálogo de direitos fundamentais.

De outro lado, a fundamentalidade material está ligada às “decisões fundamentais sobre a estrutura normativa do Estado e da sociedade”<sup>11</sup>, de forma que serão fundamentais os direitos pela relevância de seu conteúdo para a estruturação das bases normativas que regulamentam o poder do Estado e da sociedade civil.

Nada impede que um determinado direito seja ao mesmo tempo formal e materialmente fundamental, reunindo, portanto, ambas as características: tanto a previsão no texto constitucional em um catálogo de direitos fundamentais, quanto a sua relevância na estruturação da ordem jurídica. Não faltam exemplos dessa dupla fundamentalidade na Constituição Federal de 1988, como os direitos do Título II, denominado “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, composto pelos arts. 5º ao 17.

Igualmente, não há obstáculo para que direitos fundamentais que *não* estejam presentes nesse catálogo conttenham tanto a fundamentalidade formal, porque positivados no texto constitucional, quanto a material, já que estruturam o ordenamento jurídico. Como ressalta Ingo Sarlet, “os assim designados direitos ‘dispersos na Constituição’ comungam do mesmo regime jurídico (da fundamentalidade material e formal) dos direitos constantes do Título II da nossa Carta”<sup>12</sup>.

Do mesmo modo, também é possível que alguns direitos formalmente fundamentais não o sejam sob a perspectiva material, por “constituir normas de cunho organizatório, ou mesmo regras que poderiam simplesmente constar da legislação infraconstitucional”<sup>13</sup>, assim como é possível que alguns direitos considerados fundamentais sob a ótica material não estejam elencados no rol de direito fundamentais, como, por exemplo, os direitos fundamentais oriundos de tratados internacionais que, a despeito de integrarem o chamado bloco de constitucionalidade, não estão previstos no texto da Constituição<sup>14</sup>.

Como se pode perceber, é plenamente possível transportar tais noções para o Direito Processual Civil, mais especificamente para identificar a *fundamentalidade de uma norma processual*.

---

Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 86-90.

10. ALEXY Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 520.

11. ALEXY Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 522.

12. SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 134.

13. Neste sentido, apesar de registrar o seu entendimento de que “todos os direitos do catálogo constitucional são ao mesmo tempo formal e materialmente fundamentais”, *cf.* SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 150.

14. SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 133.

Isso porque a norma processual será *formalmente* fundamental quando ocupar o ápice da estrutura normativa referente à legislação processual e nela estiver prescrita como fundamental. São exemplos das normas processuais formalmente fundamentais aquelas topologicamente situadas do capítulo dedicado às “Normas Fundamentais do Processo Civil”, nos arts. 1º ao 12 do CPC/2015.

Por sua vez, serão consideradas *materialmente* fundamentais as normas processuais responsáveis por *estruturar* o modelo do processo civil brasileiro, servindo à compreensão, interpretação e aplicação do Direito Processual Civil como um todo<sup>15</sup>. Funcionam, sob essa perspectiva, como verdadeiras “linhas mestras do Código”, isto é, “eixos normativos a partir dos quais o processo civil deve ser interpretado, aplicado e estruturado”<sup>16</sup>.

É possível, ainda, que haja coincidência entre ambos os critérios: uma norma processual pode ser classificada como fundamental tanto no aspecto *formal* quanto no aspecto *material*. Em outras palavras, a norma processual pode estar localizada no capítulo dedicado às Normas Fundamentais no CPC/2015 e, concomitantemente, ser estruturante do modelo do processo civil brasileiro.

O importante é notar que a fundamentalidade de uma norma processual não pode ser classificada a partir da base física em que ela se encontra, da natureza deôntica de norma-princípio ou por guardar correspondência com os direitos e garantias processuais presentes na Constituição, sob pena de ignorar o papel que detêm na estruturação do modelo de processo civil desenhado.

Com essas premissas em mente, algumas normas processuais fundamentais sob o aspecto formal não contribuem para a estruturação do modelo de processo civil brasileiro. Por exemplo, o art. 12 do CPC/2015, responsável por estabelecer ordem cronológica de julgamento, não é uma norma materialmente fundamental porque não estrutura o modelo processual no sistema jurídico brasileiro. Bem vistas as coisas, as normas processuais da *igualdade e paridade de armas* e da *razoável duração do processo* é que são materialmente fundamentais. São elas que estruturam o modelo de processo civil brasileiro, inclusive ao determinar que não existam distinções injustificadas na ordem de julgamento dos processos, preservando a tramitação em tempo razoável. O art. 12 do CPC/2015 é apenas uma densificação dessas duas normas fundamentais, portanto.

Em sentido contrário, algumas normas processuais são materialmente fundamentais, mas estão localizadas fora do capítulo específico das Normas Fundamentais do

15. Neste ponto, Fredie Didier Jr. afirma que “a norma é fundamental, porque estrutura o modelo de processo civil brasileiro e serve de norte para a compreensão de todas as demais normas jurídicas processuais civis – é, por isso, também, uma norma de interpretação das fontes do Direito Processual e de aplicação de outras normas processuais” (DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento*. 19ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 71).

16. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: RT, 2015, p. 90.

Código, situando-se de maneira dispersa ao longo do texto do Código, seja na Parte Geral e Especial<sup>17</sup>, como também fora do Código, no plano constitucional.

Por exemplo, o art. 190 do CPC/2015 inaugura uma cláusula atípica de convenções processuais e consolida no sistema processual brasileiro o *princípio do autorregramento da vontade*<sup>18</sup>. A mudança operada por essa alteração é significativa na estruturação do modelo de processo civil brasileiro, impactando diretamente na compreensão que se tem acerca do caráter cogente da norma processual e também do dogma em torno da disponibilidade da norma processual através de convenções celebradas entre as partes<sup>19</sup>.

Igualmente, o art. 489, §§ 1º e 2º do CPC/2015 prescreve seis hipóteses pelas quais uma decisão judicial não é considerada devidamente fundamentada, densificando a norma constitucional insculpida no art. 93, IX, da CF/1988. Curiosamente, o art. 11 do CPC/2015 reproduz o texto constitucional sobre o dever de fundamentação das decisões judiciais, mas a fundamentalidade em questão é meramente formal. Seria perfeitamente compreensível se os §§ 1º e 2º do art. 489 estivessem topologicamente situado como parágrafos do art. 11 do CPC/2015, tornando-a, assim, materialmente fundamental.

Por fim, os arts. 926, 927 e 928. O impacto dos precedentes judiciais e do julgamento de casos repetitivos no modelo de processo civil brasileiro é substancial para uma maior racionalidade da Justiça brasileira, preservando a igualdade e a segurança jurídica. Esse núcleo normativo projeta-se para as diversas técnicas ao longo da marcha processual, como a improcedência liminar do pedido, tutela de evidência, fundamentação das decisões judiciais, poderes do relator, reclamação, execução e cumprimento de sentença etc.

Há também significativa repercussão sobre a Teoria das Fontes no Direito Processual Civil, razão pela qual a expressão “lei” que, por exemplo, consta do art. 126 do CPC/1973, foi substituída por “ordenamento jurídico”, presente no art. 140 do CPC/2015, o que, por ser mais amplo, engloba os precedentes vinculantes.<sup>20</sup>

17. Como, aliás, entende DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, p. 71, mencionando os arts. 190, 489, § 1º, 926, 927 e 928 do CPC/2015.

18. DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, p. 148.

19. Sobre o tema, *cf.*, amplamente, CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016. O autor alerta quanto à relevância do tema das convenções processuais “remete a debates seculares a respeito da divisão de trabalho e funções entre os sujeitos do processo”, inclusive, permite “lançar bases para uma futura reformulação da atual concepção sobre a natureza e função do processo no quadro da tutela dos direitos” (*op. cit.*, p. 37).

20. Enunciado n.º 380 do FPPC: “A expressão “ordenamento jurídico”, empregada pelo Código de Processo Civil, contempla os precedentes vinculantes”.

Já no âmbito da Constituição Federal, há direitos fundamentais processuais que também estruturam o modelo de processo civil brasileiro, o que já era defendido por grande parte da doutrina sob a vigência do CPC/1973<sup>21</sup>.

Alguns deles são textualmente reproduzidos no CPC/2015 (como o acesso à justiça no art. 3º e o dever de fundamentação das decisões judiciais e a publicidade no art. 11), outros, porém, foram densificados no CPC/2015 (como igualdade no art. 7º e o contraditório nos arts. 9º e 10).

No entanto, alguns direitos fundamentais processuais não foram reproduzidos no texto do CPC/2015, a exemplo dos direitos fundamentais à proibição de prova ilícita (art. 5º, LVI), à defesa (art. 5º, LV), à prova (art. 5º, LV), ao juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII), à assistência judiciária gratuita (art. 5º, LXXIV) e à segurança jurídica no processo (art. 5º, *caput* e XXXVI).

Diante dessas considerações, são duas as conclusões: (i) em primeiro lugar, que os 12 (doze) artigos iniciais do CPC/2015 não encerram as Normas Fundamentais do Processo Civil Brasileiro; (ii) em segundo lugar, que as Normas Fundamentais do Processo Civil Brasileiro são compostas por três diferentes núcleos<sup>22</sup>.

O primeiro núcleo corresponde aos *Direitos Fundamentais Processuais*, isto é, as normas processuais previstas na Constituição Federal (não exclusivamente aquelas constantes do art. 5º); o segundo núcleo corresponde às *Normas Fundamentais Formais/Materiais*, ou seja, aquelas localizadas nos arts. 1º ao 12 do CPC/2015; por fim, o terceiro núcleo corresponde às *Normas Fundamentais Materiais*, aquelas localizadas

21. A literatura jurídica brasileira sobre a constitucionalização do processo civil é extensa, *cfr.*, por todos, GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os Princípios Constitucionais e o Código de Processo Civil*. São Paulo: J. Bushatsky, 1975; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O Processo Civil na Perspectiva dos Direitos Fundamentais. *Revista de Processo*, v. 29, n. 113, p. 9-21, jan./fev. 2004; ZANETI JR., Hermes. *A Constitucionalização do Processo: o Modelo Constitucional da Justiça Brasileira e as Relações entre Processo e Constituição* [2007]. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014; BUENO, Cassio Scarpinella. O Modelo Constitucional do Direito Processual Civil?: Um Paradigma Necessário de Estudo do Direito Processual Civil e Algumas de suas Implicações. *Revista de Processo*, v. 161, p. 261-270, 2008.
22. Como, aliás, já percebeu boa parcela da doutrina, *cfr.* DIDIER JR., Fredie. Comentários ao art. 1º. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coords). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016; CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Comentários aos arts. 1º. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, et al (coords). *Breves Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015, p. 57; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*, p. 90; BUENO, Cassio Scarpinella. Comentários ao art. 1º. In: Cassio Scarpinella Bueno (coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil (arts. 1º ao 317)*. São Paulo: Saraiva, 2017, vol. 1, p. 25; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de Direito Processual Civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 48; CÂMARA, Alexandre. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 05; ZANETI JR., Hermes. O Ministério Público e as Normas Fundamentais do Direito Processual Civil Brasileiro. In: DIDIER JR., Fredie; et al (coords). *Coleção Repercussões do Novo CPC: Ministério Público*. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, vol. 6, p. 401-465, esp. 403 e 464. Igualmente, nesse sentido, o Enunciado n.º 369 do FPPC: “O rol de normas fundamentais previsto no Capítulo I do Título Único do Livro I da Parte Geral do CPC não é exaustivo”.

no restante da Parte Geral e na Parte Especial do CPC/2015, como os arts. 190, 489, § 1º, 926, 927 e 928<sup>23</sup>.

Todos esses núcleos devidamente reunidos concretizam o *princípio do devido processo legal* (art. 5º, LV, CF/1988), afinal, “bastaria a norma constitucional haver adotado o princípio do *due process of law* para que daí decorressem todas as consequências processuais que garantiriam aos litigantes o direito a um processo e a uma sentença justa”<sup>24</sup>.

Redigido como cláusula geral, o devido processo legal constitui um *projeto aberto* pelo qual são *reconstruídos* os conceitos e institutos que o integram<sup>25</sup>, tornando-se plenamente possível, de acordo com o contexto histórico e cultural de uma determinada sociedade, agregar, incluir ou até mesmo excluir normas fundamentais que o compõe<sup>26</sup>.

O advento do novo Código é prova viva dessa constatação ao incorporar institutos fundamentais antes proclamados apenas no discurso doutrinário como integrantes do devido processo legal, mas que agora foram textualmente incorporados ao sistema processual civil, como, por exemplo, a boa-fé processual (art. 5º) e a cooperação (art. 6º).

Por fim, cabe uma advertência: em que pese à existência de Normas Fundamentais aplicáveis ao Direito Processual Civil brasileiro como um todo, não há impeditivo para a existência de Normas Fundamentais *setoriais*, consistentes em regras, princípios e postulados responsáveis por disciplinar um determinado *setor* do Direito Processual Civil – v.g. as normas fundamentais do direito probatório (persuasão racional, comu-

23. Na doutrina, há confusão entre os núcleos, a exemplo da inserção da “colaboração” como um Direito Fundamental Processual (SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 773-777). Muito embora o devido processo legal constitua o fundamento constitucional das Normas Fundamentais do CPC/2015, a sua base normativa está assentada na legislação infraconstitucional, portanto, pertencente à classe das Normas Fundamentais Formais/Materiais, diferença importante, por exemplo, para caracterização de ofensa direta ou reflexa à Constituição, como será demonstrado doravante.
24. NERY JR., Nelson. *Princípios do Processo na Constituição Federal*. 12ª ed. São Paulo: RT, 2016, p. 106. Sobre o devido processo legal, ver, ainda, ÁVILA, Humberto. O que é “devido processo legal”? *Revista de Processo*, ano 36, vol. 163, set., p. 50-59, 2008; MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Devido Processo Legal e Proteção de Direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
25. Sobre o tema, ver MACÊDO, Lucas Buriel de. A concretização direta da cláusula geral no devido processo legal processual no Supremo Tribunal e no Superior Tribunal de Justiça. *Revista de Processo*, vol. 216, p. 377-398, 2013.
26. Nesse sentido, Araken de Assis afirma que “os direitos fundamentais processuais apresentam alto grau de abstração. A proposição normativa neles contida se revela indeterminada em graus variáveis. O largo emprego de conceitos juridicamente indeterminados, ou cláusulas abertas, explica a indeterminação. O lado positivo dessa técnica não pode ser esquecido. Cuida-se de remédio preventivo contra o envelhecimento prematuro das normas jurídicas, flexível meio técnico de adaptação às mudanças sociais” (ASSIS, Araken de *Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: RT, 2017, vol. 1, item. 117).

não da prova, atipicidade da prova, proibição de prova ilícita etc.), do direito recursal (duplo grau de jurisdição, taxatividade, unirecorribilidade, fungibilidade, proibição da *reformatio in pejus*, colegialidade etc.), da execução civil (título executivo, tipicidade/atipicidade dos meios executivos, responsabilidade patrimonial, maior coincidência possível, menor onerosidade etc.), dentre outras.

Delimitadas as questões conceituais das Normas Fundamentais, máxime dos aspectos ligados à fundamentalidade, podemos avançar para suas questões estruturais.

#### 4. ASPECTOS ESTRUTURAIS: A NATUREZA DEÔNTICA DAS NORMAS FUNDAMENTAIS

A metodologia jurídica, principalmente a partir da segunda metade do Século XX, reformulou substancialmente a Teoria da Norma Jurídica. No Estado Liberal, sob o contexto cultural do racionalismo, alguns dogmas como a pretensão de completude dos códigos e a onipotência do Legislador<sup>27</sup> levaram a crer que toda e qualquer norma era sinônimo de regra.

Atualmente, no Estado Constitucional, com a evolução da teoria da interpretação jurídica, o conceito de norma é entendido como gênero do qual são espécies regras, princípios e postulados, esses últimos também denominados de máximas, a depender da teoria que se adote. Essa reestruturação das espécies normativas é consequência direta da compreensão de que o texto não se confunde com a norma, pois a norma é resultado e não pressuposto da interpretação<sup>28</sup>. Sendo assim, o intérprete constrói a norma, reconhecendo, atribuindo ou adscrevendo sentido a um determinado texto normativo, norma essa que, por sua vez, poderá ser uma regra, princípio ou postulado.

Convém ressaltar que tanto a distinção entre regras e princípios quanto a inserção dos postulados como uma espécie normativa são temas com extensa literatura jurídica, não raro com dissensos teóricos que ocupam a agenda do debate jurídico contemporâneo.

Para os fins propostos, basta dizer que *regras e princípios* são duas espécies normativas distintas e dirigidas à regulação de comportamentos humanos, por isso são denominadas de normas de primeiro grau, enquanto os *postulados* são chamados de normas de segundo grau basicamente porque a sua aplicação difere das regras e dos princípios<sup>29</sup>. Os postulados, por sua vez, subdividem-se em *hermenêuticos*, aqueles

27. BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 74.

28. É extensa a literatura jurídica contemporânea sobre a norma como resultado e não pressuposto da interpretação, *cfr.*, por todos, TARELLO, Giovanni. *L'Interpretazione della Legge*. Milano: Giuffrè, 1980 e ZANETI JR., Hermes. *O Valor Vinculante dos Precedentes. Teoria dos Precedentes Normativos Formalmente Vinculantes*. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, cap. 2.

29. “Os postulados funcionam diferentemente dos princípios e das regras. A uma, porque não se situam no mesmo nível: os princípios e as regras são normas objeto de aplicação; os postulados são normas

destinados à compreensão do Direito, e *aplicativos*, aqueles que possuem a função de estruturar a aplicação concreta do Direito.

Diante desse contexto, é possível notar que as Normas Fundamentais podem ser regras, princípios ou postulados<sup>30</sup>. Não à toa, o capítulo do CPC/2015 foi denominado de *Normas Fundamentais do Processo Civil*, e não *Princípios Fundamentais* ou *Regras Fundamentais do Processo Civil*, cabendo um elogio ao Legislador pelo emprego de terminologia adequada ao estágio da metodologia jurídica<sup>31</sup>.

Sendo assim, não é porque uma norma processual é classificada como fundamental que ela será necessariamente um princípio<sup>32</sup>. Não há prevalência entre as espécies normativas. Um princípio não é mais importante que uma regra, assim como uma regra não é mais importante que um princípio. São apenas dois tipos distintos de normas que possuem diferentes estruturas e diferentes metodologias de aplicação.

*O dever de fundamentação das decisões judiciais é, sem sombra de dúvidas, uma Norma Fundamental do Processo Brasileiro, pois legitima a atuação jurisdicional perante a sociedade. O art. 93, IX, CF/1988, dispositivo normativo que estabelece tal dever, é um imperativo constitucional e, caso não cumprido, enseja a nulidade*

---

que orientam a aplicação de outras. A duas, porque não possuem os mesmos destinatários: os princípios e as regras são primariamente dirigidas ao Poder Público e aos contribuintes; os postulados são frontalmente dirigidos ao intérprete e aplicador do Direito. A três, porque não se relacionam da mesma forma com outras normas: os princípios e as regras, até porque se situam no mesmo nível do objeto, implicam-se reciprocamente, quer de modo preliminarmente complementar (princípios), quer de modo preliminarmente decisivo (regras); os postulados, justamente porque se situam num metanível, orientam a aplicação dos princípios e das regras sem conflituosidade necessária com outras normas” (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*, p. 164).

30. No ponto, ZANETI JR., Hermes. *O Ministério Público e as Normas Fundamentais do Direito Processual Civil Brasileiro*, p. 464. Porém, é mais comum na doutrina fazer referência apenas a regras ou princípios, *cfr.* AURELLI, Arlete Inês. Normas Fundamentais no Código de Processo Civil Brasileiro. *Revista de Processo*, vol. 271, p. 19-47, 2017; BUENO, Cassio Scarpinella. *Comentários ao Código de Processo Civil (arts. 1º ao 317)*, Saraiva, p. 25, nota de rodapé 10; DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, p. 71; DIDIER JR., Fredie. *Comentários ao art. 1º. Comentários ao novo Código de Processo Civil*, Forense; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de Direito Processual Civil*, p. 48; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Comentários ao art. 1º*. In: STRECK, Lenio; *et al* (orgs.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2015. Igualmente, nesse sentido, o Enunciado n.º 370 do FPPC “Norma processual fundamental pode ser regra ou princípio”. Indiretamente, defendendo que as Normas Fundamentais orientam “principiologicamente” os atores processuais, THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: Fundamentos e Sistematização*. 3ª ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 53.
31. Contrariamente, criticando o emprego do termo “normas” porque, com base em Friedrich Müller, “não é possível falar propriamente em norma sem um contexto fático que propicie o seu surgimento”, ver LOBÃO, Amanda; RAMOS, Glauco Gumerato; DELFINO, Lúcio. *Comentários ao art. 1º*. In: FILHO, Roberto P. Campos Gouveia, *et al* (coords.). *Novo Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Editora Lualri, 2017, tomo I, p. 21.
32. DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, p. 64.

do pronunciamento judicial. É, portanto, uma *regra*, e não um princípio<sup>33</sup>, já que a sua aplicação é imediata e determinada, com o suporte fático bem definido. Como se vê, não há correspondência necessária entre a fundamentalidade de uma norma processual e sua identificação como um princípio<sup>34</sup>.

No Código de Processo Civil de 2015, a boa-fé (art. 5º) e a cooperação (art. 6º) são *princípios* processuais. Já a vedação à decisão-surpresa (art. 10) é uma *regra* processual, visto que a sua incidência é determinativa. A razoabilidade e a proporcionalidade (art. 8º) funcionam como postulados, pois estruturam a aplicação de outras normas jurídico-processuais, como, por exemplo, o emprego de meios atípicos de execução (art. 139, IV, do CPC/2015).

Há setores da doutrina que criticam a utilização de princípios nas decisões judiciais como categorias axiológicas e desprovidas de normatividade, culminando em um quadro denominado de “pamprincipiologismo”<sup>35</sup>. A crítica é acertada, porém, deve ser dirigida ao alvo certo. Não se trata de um problema exclusivo das Normas Fundamentais, mas de uma questão mais ampla, ligada à equivocada aplicação dos princípios na fundamentação jurídica. Assim como a crítica é importante, a advertência em torno dela se faz necessária para que o potencial normativo das Normas Fundamentais não seja desperdiçado por conta de falha metodológica em relação ao objeto da crítica.

Com a definição acerca da estrutura das Normas Fundamentais, identificando precisamente a sua natureza deôntica, passemos ao exame de suas respectivas funções.

## 5. ASPECTOS FUNCIONAIS: A MULTIFUNCIONALIDADE DAS NORMAS FUNDAMENTAIS

As Normas Fundamentais do Processo Civil Brasileiro são *multifuncionais*, isto é, reúnem várias funções cuja aplicação pode variar de acordo com a situação concreta, as quais poderão ser verificadas conjunta ou isoladamente.

Essencialmente, sem a pretensão de estabelecer um rol exaustivo, é possível identificar cinco funções para as Normas Fundamentais: estruturante, definitiva, integrativa, interpretativa e bloqueadora<sup>36</sup>.

33. Nesse sentido, LUCCA, Rodrigo Ramina de. *O Dever de Motivação das Decisões Judiciais: Estado de Direito, Segurança Jurídica e Teoria dos Precedentes*. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 82-90; SCHMITZ, Leonard. *Fundamentação das Decisões Judiciais: a Crise na Construção de Respostas no Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015, 208-210.

34. Em sentido contrário, porém, AURELLI, Arlete Inês. Normas Fundamentais no Código de Processo Civil Brasileiro. *Revista de Processo*, vol. 271, p. 19-47, 2017.

35. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 524-547.

36. Trata-se de um paralelo com as possibilidades eficaciais das regras e princípios que foram traçadas por ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*, p. 122-139.

Em primeiro lugar, as Normas Fundamentais possuem *função estruturante*, ou seja, elas são responsáveis por definir o *modelo*<sup>37</sup> de processo civil brasileiro<sup>38</sup>.

São as Normas Fundamentais, portanto, que desenham o formalismo processual, compreendido aí “não só a forma, ou as formalidades, mas especialmente a delimitação dos poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais, coordenação da sua atividade, ordenação do procedimento e organização do processo, com vistas a que sejam atingidas as suas finalidades primordiais”<sup>39</sup>. Isto é, as Normas Fundamentais constituem um plano comum, pensado em um nível superior de generalidade, aplicável ao Direito Processual Civil como um todo.

Por conta dessa característica, as Normas Fundamentais acabam não se restringindo somente ao processo *civil*, projetando o seu respectivo conteúdo normativo também para o processo *trabalhista*, *eleitoral* e *administrativo*, de maneira supletiva e subsidiária (art. 15 do CPC/2015), o processo *penal*, (art. 3º, CPP) e também para os microssistemas do *processo coletivo* e dos *juizados especiais*<sup>40</sup>.

Afinal, não há justificativa razoável para que o processo *civil* seja pautado no princípio da cooperação e da boa-fé, enquanto o processo *trabalhista*, por exemplo, aceite um processo *anticooperativo* e baseado na *má-fé*. Igualmente, não é possível que microssistema dos *juizados especiais* tenha *menos* contraditório que o processo civil comum.

Em segundo lugar, as Normas Fundamentais possuem *função definitiva* na medida em que “delimitam, com maior especificação, o comando mais amplo estabelecido pelo sobreprincípio axiologicamente superior”<sup>41</sup>.

37. Segundo Cândido Rangel Dinamarco, o *modelo processual civil brasileiro* corresponderia ao “resultado do que dispõem as normas constitucionais e infraconstitucionais deste país com relação às técnicas e categorias jurídicas predispostas à solução de conflitos e às pessoas e conjuntos de pessoas encarregadas de pôr em ação as técnicas processuais” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. 1, p. 285).

38. Neste ponto, DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, p. 71 e THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil, Processo de Conhecimento e Procedimento Comum*. 58ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, vol. 1, p. 67.

39. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do Formalismo no Processo Civil: Proposta de um Formalismo-Valorativo*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 8.

40. “As normas fundamentais do Código de Processo Civil orientam e direcionam a aplicação do direito processual brasileiro. Portanto, elas não se restringem ao novo diploma. As normas fundamentais espalham sua normatividade para todo o direito processual, seja ele relacionado aos microssistemas que gravitam em um diálogo de fontes com o CPC e a Constituição, como o caso do microssistema do processo coletivo, seja para outros ramos do direito processual, como o direito processual penal, o direito processual administrativo, o direito processual do trabalho, o direito processual eleitoral, o direito processual legislativo, os processos negociais das relações obrigacionais entre privados (*ex vi*, e.g., do art. 15, CPC c/c art. 3º, CPP, entre outros)” (ZANETI JR., Hermes. *O Ministério Público e as Normas Fundamentais do Direito Processual Civil Brasileiro*, p. 402-403).

41. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*, p. 123 e 128.

É o caso, por exemplo, da regra de vedação à decisão-surpresa (art. 10, CPC/2015), responsável por delimitar o princípio constitucional do contraditório (art. 5º, LIV, CF/1988), e do princípio da sanabilidade dos defeitos processuais<sup>42</sup>, que delimita o princípio da primazia do julgamento de mérito (art. 4º, CPC/2015). Nota-se, portanto, que há uma definição *escalonada* a fim de concretizar o suporte fático das Normas Fundamentais das mais diversas situações concretas, dando-lhes, assim, menor grau de abstração.

Em terceiro lugar, as Normas Fundamentais têm uma *função integrativa* porque “justificam agregar elementos não previstos em subprincípios ou regras”<sup>43</sup>. São, portanto, fontes de criação de outras normas processuais.

Cita-se, a título de exemplo, no caso de ausência de regra específica sobre a fundamentação das decisões judiciais para concessão ou denegação das tutelas provisórias, a proibição de empregar conceitos jurídicos indeterminados em relação ao *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, oportunidade em que o art. 489, § 1º do CPC/2015 exerce a função integrativa.

Contribui para essa questão o fato de muitas Normas Fundamentais serem redigidas como cláusulas gerais ou com conceitos jurídicos indeterminados, já que ambas as técnicas legislativas possuem suporte fático indeterminado e devem ser preenchidas de acordo com as circunstâncias concretas de cada caso<sup>44</sup>.

Em quarto lugar, as Normas Fundamentais têm uma *função interpretativa* porque auxiliam na compreensão e aplicação das demais normas processuais, isto é, “servem para interpretar normas construídas a partir de textos normativos expressos, restringindo ou ampliando seus sentidos”<sup>45</sup>.

Com essa função, busca-se que todo o diploma processual seja interpretado à luz das Normas Fundamentais, as quais funcionarão como guia hermenêuticos da atividade exercida pelo intérprete na aplicação do Direito Processual, Como bem

42. Enunciado n. 278 do FPPC (arts. 282, §2º, e 4º): “O CPC adota como princípio a sanabilidade dos atos processuais defeituosos”.

43. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*, p. 123.

44. Em brevíssimo resumo, suficiente para o momento, os conceitos jurídicos indeterminados possuem um nível de indeterminação mais vago no suporte fático da estrutura normativa, já as cláusulas gerais possuem aceção aberta em ambos os extremos da norma jurídica, tanto no suporte fático quanto no consequente. Sobre o tema, no processo civil, *cfr.*, por todos, MAZZEI, Rodrigo Reis. Código Civil de 2002 e o Judiciário: apontamentos na aplicação das cláusulas gerais. In: MAZZEI, Rodrigo Reis; DIDIER JR., Fredie (orgs.). *Reflexos do Novo Código Civil no Direito Processual*. Salvador: JusPodivm, 2006, p. 23-72; DIDIER JR., Fredie. Cláusulas gerais processuais. *Revista de Processo*, v. 187, p. 69-83, 2010.

45. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*, p. 123. Sobre a função interpretativa das Normas Fundamentais no contexto do CPC/2015, DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, p. 71.

destacado pela doutrina, “a ideia das normas fundamentais é dar unidade de sentido e direção à aplicação do direito”<sup>46</sup>.

Em quinto lugar, as Normas Fundamentais tem uma *função bloqueadora* porque limitam o exercício de direitos subjetivos, de modo que “afastam elementos previstos que sejam incompatíveis com o estado ideal de coisas a ser promovido”<sup>47</sup>.

Ora, a cooperação e a boa-fé são normas que impedem o exercício de condutas no processo incompatíveis às suas respectivas prescrições. Todo aquele que participa do processo deve agir pautado na boa-fé processual, evitando condutas antiooperativas que dificultem a prestação da tutela jurisdicional no seu mérito.

Uma vez observadas as funções das Normas Fundamentais, é necessário questionar qual é o modo de garantir a sua aplicabilidade, o que desborda para um exame acerca das hipóteses de violação e cabimento de recursos especial e extraordinário.

## 6. UMA CONSEQUÊNCIA: A VIOLAÇÃO DE NORMAS FUNDAMENTAIS E O CABIMENTO DE RECURSO ESPECIAL OU EXTRAORDINÁRIO

Se antes a compartimentabilização entre Direito Processual Constitucional e Direito Processual Infraconstitucional facilitava a identificação do cabimento de tais recursos, atualmente será exigido maior esforço argumentativo para demonstrar se o conteúdo normativo violado, em relação às Normas Fundamentais, é de natureza constitucional ou infraconstitucional.

Não à toa, com a constitucionalização do direito processual civil, passou a ser frequente o problema de sobreposição de matérias constitucionais e infraconstitucionais, não raro ensejando a interposição simultânea de recurso especial e recurso extraordinário.

Isso porque uma determinada decisão judicial poderia se sustentar em fundamento constitucional e fundamento infraconstitucional independentes entre si e suficientes para amparar a decisão, como também poderia se sustentar em fundamento constitucional que foi densificado na legislação infraconstitucional<sup>48</sup>.

46. ZANETI JR., Hermes. *O Ministério Público e as Normas Fundamentais do Direito Processual Civil Brasileiro*, p. 402-403.

47. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*, p. 124.

48. Esses problemas foram precisamente identificados pelo Ministro Teori Zavascki, à época no STJ: [...] A concretização das normas constitucionais depende, em muitos casos, da intermediação do legislador ordinário, a quem compete prover o sistema com indispensáveis preceitos complementares, regulamentares ou procedimentais. Dessa pluralidade de fontes normativas resulta a significativa presença, em nosso sistema, de matérias juridicamente miscigenadas, a ensejar (a) que as decisões judiciais invoquem, simultaneamente, tanto as normas primárias superiores, quanto as normas secundárias e derivadas e (b) que também nos recursos possa ser alegada, de modo concomitante, ofensa a preceitos constitucionais e a infraconstitucionais, tornando problemática a definição do

Interessa-nos a segunda hipótese, notadamente para os casos de violação às Normas Fundamentais.

A jurisprudência do STF, diante desse cenário, desenvolveu a doutrina da *ofensa direta* e da *ofensa reflexa* à Constituição<sup>49</sup>. Na primeira hipótese, o recurso extraordinário levado à apreciação do STF somente poderia ser conhecido no caso de ofensa direta e frontal ao texto da Carta Magna; ao revés, se a ofensa à Constituição dependesse de negativa de vigência a enunciado normativo infraconstitucional que delinea a matéria constitucional, seria o caso de ofensa indireta – portanto, reflexa – à Constituição, não devendo o recurso extraordinário ser conhecido.

Essa situação acaba resultando em um paradoxo, pois “a Constituição Federal consagra certo princípio e se, pela sua relevância, a lei ordinária o repete, por isso o tribunal, cuja função é a de zelar pelo respeito à Constituição Federal, se abdica de examinar a questão”<sup>50</sup>. Bem vistas as coisas, é como se a força normativa da Constituição dependesse, necessariamente, de legislação infraconstitucional a densificando.

Diante desse quadro, é essencial estabelecer critérios para a distinção entre uma questão constitucional e uma questão infraconstitucional, o que impactará diretamente na aplicação das Normas Fundamentais previstas no CPC/2015.

Afinal, se um determinado acórdão acolher de ofício a prescrição de uma pretensão sem ouvir previamente as partes, haverá violação ao art. 10 do CPC/2015 ou art. 5º, LV, da CF/1988? Ou se um determinado acórdão indeferir injustificadamente a gratuidade de justiça à uma parte, foi violado o art. 3º, *caput*, do CPC/2015 ou o art. 5º, XXXV, da CF/1988? Por fim, se um dispositivo da legislação processual não for interpretado de acordo com algum dispositivo constitucional, houve violação ao art. 1º do CPC/2015 ou à Constituição? Em todos esses casos, a depender da resposta, será cabível o recurso especial ou extraordinário.

Enfrentemos, primeiramente, a questão ligada ao art. 1º do CPC/2015, cuja redação prescreve que “o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código”.

Esse dispositivo não tem correspondente na Constituição. Ele enuncia a Norma Fundamental implícita da própria Constituição, qual seja, a de que a Constituição tem que ser observada. Ora, a norma de que o processo civil deverá ser ordenado,

---

recurso cabível para as instâncias extraordinárias (STF e STJ).” (STJ, EREsp 547.653/RJ, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Corte Especial, julgado em 15/12/2010, DJe 29/03/2011)

49. Neste sentido: STF, ARE 820146 AgR, Relator Min. Ricardo Lewandowski, 2ª Turma, DJ 19.08.2014, DP 28.08.2014; STF, ARE 835276 AgR, Relatora Min. Rosa Weber, 1ª Turma, DJ 10.02.2015, DP 05.03.2015; STF, ARE 1017996 ED-AgR, Relator: Min. Edson Fachin, Segunda Turma, DJ 17/11/2017, DP 29-11-2017.

50. ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. *Recurso Especial, Recurso Extraordinário e a Nova Função dos Tribunais Superiores no Direito Brasileiro*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2017, p. 515.

disciplinado e interpretado conforme à Constituição não decorre do CPC/2015, mas da própria força normativa da Constituição. É tautológico dizer que um dispositivo infraconstitucional prescreve que a Constituição deve ser observada, pelo simples fato de que a própria Constituição é que projeta essa força normativa, e não um dispositivo infraconstitucional, qualquer que ele seja. O que essa primeira norma enuncia nada mais é que “pressuposto lógico implícito de supremacia da Constituição”<sup>51</sup>.

Logo, se o acórdão eventualmente violar o mandamento de que a Constituição deve ser observada, viola, por consequência, algum dispositivo constitucional determinado, e não o art. 1º do CPC/2015. Por conseguinte, não é possível interpor recurso especial por violação ao art. 1º do CPC/2015, já que, a bem da verdade, violou-se a Constituição, devendo a parte recorrente individualizar o dispositivo constitucional violado para interposição de recurso extraordinário<sup>52</sup>.

Todavia, o art. 1º do CPC/2015 não pode funcionar como *pretexto* para que o STF se exima de sua missão de densificar o texto constitucional. É absolutamente imperiosa a manifestação da Suprema Corte acerca da eventual transgressão a dispositivos da Constituição, de modo que o art. 1º do CPC/2015 não deve impedir o exame de violação à Constituição sob o argumento de ofensa reflexa.<sup>53</sup>

Em segundo lugar, determinados dispositivos constantes do capítulo das Normas Fundamentais acabam por reproduzir textualmente dispositivos constitucionais correspondentes. É o caso do CPC/2015, no art. 3º, *caput* (“*Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito*”) e no art. 11, *caput*, (“*Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade*”). A redação é praticamente a mesma do texto constitucional no art. 5º, XXXV (“*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*”) e no art. 93, IX (“*todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade [...]*”).

51. LOBÃO, Amanda; RAMOS, Glauco Gumerato; DELFINO, Lúcio. Comentários ao art. 1º, *Novo Código de Processo Civil Comentado*, Editora Lualri, p. 22.

52. Igualmente, CUNHA, Leonardo Carneiro da. Comentários ao art. 1º, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Saraiva; DIDIER JR., Fredie. Comentários ao art. 1º, *Comentários ao novo Código de Processo Civil*, Forense. Entendendo pela necessidade de interposição simultânea de recurso especial e extraordinário em caso de violação ao art. 1º, e também no caso de violação aos demais dispositivos do capítulo dedicado às Normas Fundamentais, *cf.* NEVES, Guilherme Pimenta da Veiga. Comentários ao art. 1º. In: ASSIS, Araken de; *et al* (coords.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 55.

53. Como bem alertado pela doutrina, “a absorção operada por este artigo 1.º das regras, princípios e valores constitucionais não deve fechar as portas do STF para sua análise, a pretexto de um desrespeito conjugado ao próprio artigo em comento (ofensa) reflexa, sempre que o próprio núcleo deontológico esteja sendo alvejado” (DUARTE, Zulmar. Comentários ao art. 1º. In: GAJARDONI, Fernando da Fonseca, *et al*. *Teoria Geral do Processo: Comentários ao CPC de 2015 – Parte Geral*. 2ª ed. São Paulo: Forense, 2015, v. 1).

Nesses casos, os dispositivos infraconstitucionais não acrescentam qualquer conteúdo normativo novo à ordem jurídica. São meras reproduções textuais. O art. 3º, *caput*, do CPC/2015, não é uma Norma Fundamental, mas *acesso à justiça* é (art. 5º, XXXV, CF/1988), assim como o art. 11, *caput*, do CPC/2015 também não é uma Norma Fundamental, mas o *dever de fundamentação das decisões judiciais* é. Nesses casos, portanto, viola-se diretamente a Constituição, cabendo recurso extraordinário, conforme já definido em diversos precedentes do STJ<sup>54</sup>.

Em relação ao dever de fundamentação das decisões judiciais, inclusive, cabe uma observação. O art. 489, §§ 1º e 2º, do CPC/2015, acrescenta conteúdo normativo não fornecido pelo art. 93, IX, da CF/1988. Caso violada uma das hipóteses em que não se considera fundamentada uma decisão judicial, presente no dispositivo infraconstitucional, cabe a interposição de recurso especial. Entretanto, se houver violação à fundamentação das decisões por hipótese que ali não se encontra – o que é plenamente possível, em decorrência do caráter exemplificativo desse rol –, caberá recurso extraordinário por violação ao art. 93, IX, da CF/1988.

Em terceiro e último lugar, remanescem os casos em que o dispositivo infraconstitucional oferece um conteúdo normativo diferente em relação ao mandamento constitucional.

É o caso, por exemplo, da regra que estabelece vedação à decisão-surpresa, prevista no art. 10 do CPC/2015. Nessa hipótese, quando, por exemplo, um acórdão acolhe a prescrição sem previamente ouvir as partes, a violação é reflexa ao art. 5º, LIV, da CF/1988. A diferença reside justamente no conteúdo normativo inédito que a vedação à decisão-surpresa oferece em relação ao direito fundamental ao contraditório, consistente na manifestação prévia das partes em relação a questões cognoscíveis de ofício. Há uma norma distinta, densificadora do preceito constitucional<sup>55</sup>.

Da mesma maneira, o art. 7º do CPC/2015 inaugura um conteúdo normativo não presente no direito fundamental à igualdade, constante do art. 5º, *caput*, da CF/1988, o qual é usualmente ligado às condições de igualdade nas relações jurídicas de direito

54. Neste sentido, STJ, REsp 8.096/SP, Rel. Min. José de Jesus Filho, 2ª Turma, julgado em 02/09/1992, DJ 13/10/1992, p. 17669; STJ, AgRg no Ag 155.555/RJ, Rel. Ministro Ari Pargendler, 2ª Turma, julgado em 15/09/1997, DJ 06/10/1997, p. 49964; STJ, REsp 44.498/PE, Rel. Ministro Adhemar Maciel, 6ª Turma, julgado em 13/05/1996, DJ 24/06/1996, p. 22824.

55. Assim, “entre as normas fundamentais do processo civil, alguns dispositivos apenas reproduzem o texto da Constituição, sem acréscimo de sentido, ao passo que outros claramente buscam densificar os direitos fundamentais que integram o direito ao processo justo, com acréscimo de texto e de sentido. Quando estiver em causa o significado do direito fundamental tal como reproduzido ou densificado pelo Código, caberá recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça. Quando, porém, estiver em causa eventual questionamento sobre injusta proteção ao direito fundamental processual pelo Código (por ausência de proteção, proteção insuficiente ou retrocesso de proteção), caberá recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*, p. 91).

material. Assim, se a *paridade de armas* no processo for desrespeitada – por exemplo, na hipótese em que o juiz dilata prazo para um litisconsorte apresentar contestação diante da farta documentação da petição inicial, mas nega o requerimento ao outro litisconsorte –, será violada a igualdade processual prevista no art. 7º do CPC/2015, cabendo a interposição de recurso especial. Nesse caso, é indireta a violação à igualdade no art. 5º, *caput*, da CF/1988.

Diante dessa nova perspectiva, é crucial a rearticulação feita pelo CPC/2015 acerca do papel exercido pelo STJ e STF quanto ao cabimento recursal. Isso porque, “se o relator, no Superior Tribunal de Justiça, entender que o recurso especial versa sobre questão constitucional, deverá conceder prazo de 15 (quinze) dias para que o recorrente demonstre a existência de repercussão geral e se manifeste sobre a questão constitucional” (art. 1.032 do CPC/2015).

Igualmente, “se o Supremo Tribunal Federal considerar como reflexa a ofensa à Constituição afirmada no recurso extraordinário, por pressupor a revisão da interpretação de lei federal ou de tratado, remetê-lo-á ao Superior Tribunal de Justiça para julgamento como recurso especial” (art. 1.033 do CPC/2015).

Porém, é importante rememorar que a palavra final é do STF, a quem cabe dizer quando ocorreu violação à Constituição, dada a sua missão constitucional de definir tais contornos.

Com a já citada constitucionalização do direito processual civil e a dificuldade da jurisprudência e da doutrina em distinguir questões constitucionais de questões infraconstitucionais, o “livre trânsito”<sup>56</sup> entre o STJ e o STF é essencial para não causar prejuízo ao jurisdicionado, denegando-lhe o acesso à justiça com eventual não conhecimento do recurso especial ou extraordinário, respectivamente<sup>57</sup>. Essa necessária comunicação institucional entre as Cortes Supremas encontra fundamento no modelo cooperativo buscado pelo legislador, alcançando, sempre que possível, o exame do mérito (art. 6º, CPC/2015).

Uma parte da doutrina tem defendido que essa possibilidade de conversão do recurso especial em recurso extraordinário, e vice-versa, opera verdadeira *fungibilidade*

56. O termo vem emprestado de MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do Controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2017, p. 116.

57. Para o que já alertava o Ministro Teori Zavascki, à época no STJ: [...] O critério em geral adotado pelo STJ para definir o recurso cabível nessas situações é o de que não cabe o recurso especial, e sim o extraordinário, quando a norma infraconstitucional apontada como violada simplesmente reproduz uma norma constitucional. O sentido positivo inverso do critério é, conseqüentemente, o do cabimento do recurso especial quando a norma infraconstitucional não é mera reprodução da norma superior, mas traz uma disciplina mais abrangente ou mais específica da matéria tratada. A dificuldade, muitas vezes presente, de distinguir a simples reprodução da efetiva inovação no campo normativo deve ser superada à luz do princípio do acesso à justiça, afastando, desse modo, o sério risco de se negar ao jurisdicionado tanto um quanto outro dos recursos à instância extraordinária. [...]” (STJ, EREsp 547.653/RJ, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Corte Especial, julgado em 15/12/2010, DJe 29/03/2011).

de recursa<sup>58</sup>. Porém, a fungibilidade sempre foi condicionada à existência de *dúvida objetiva* sobre qual recurso deveria ser interposto, ou, então, à inexistência de *erro grosseiro* na interposição do recurso.

Por essa razão, exigir da parte recorrente a demonstração de *dúvida objetiva* ou inexistência de erro grosseiro para a conversão consistiria em “criar um obstáculo à aplicação de uma regra que veio para superar um obstáculo”<sup>59</sup>.

Nessa linha de raciocínio, o CPC/2015 já parte do pressuposto de que há *dúvida objetiva* em relação à correta delimitação da natureza do dispositivo violado, se de conteúdo constitucional ou infraconstitucional, impondo a regra da convertibilidade dos recursos, o que não se confunde com a regra da fungibilidade<sup>60</sup>. Essa, por assim dizer, presunção legislativa de *dúvida objetiva*, também acaba por alcançar as Normas Fundamentais.

Em face do exposto, nota-se a necessidade de repensar o cabimento do recurso especial e do recurso extraordinário quando houver violação às Normas Fundamentais do Processo Civil Brasileiro.

## 7. CONCLUSÕES

Com base nessas reflexões, nota-se que ainda se faz necessária uma reflexão mais profunda por parte da doutrina e dos tribunais sobre aquilo que é denominado de Normas Fundamental do Processo Civil Brasileiro.

O presente artigo buscou definir aspectos conceituais, estruturais e funcionais que julgamos imprescindíveis para uma adequada teorização sobre o tema, não pretendendo esgotar a temática, mas funcionando apenas como um ponto de partida para extrair a máxima efetividade possível desta nova categoria do Direito Processual Civil. São as principais conclusões do artigo:

- a) A norma processual pode ser classificada como formalmente fundamental (quando estiver prescrita como fundamental no texto infraconstitucional ou constitucional), materialmente fundamental (quando estruturar o modelo do processo civil brasileiro) ou formal e materialmente fundamental (quando reunir ambos os predicados);

58. Neste sentido, *cf.* JORGE, Flávio Cheim. *Teoria Geral dos Recursos Cíveis*. 7ª ed. São Paulo: RT, 2015, p. 328; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. A Fungibilidade de Mão Dupla entre Recursos Excepcionais no CPC/2015. In: DIDIER JR., Fredie, et al (orgs.). *Coleção Novo CPC – Doutrina Selecionada: Processo nos Tribunais e Meios de Impugnação às Decisões Judiciais*. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, vol. 6, 2016, p. 1089-1098; MEDINA, José Miguel Garcia. *Prequestionamento, Repercussão Geral da Questão Constitucional, Relevância da Questão Federal: Admissibilidade, Processamento e Julgamento dos Recursos Extraordinário e Especial*. 7ª ed. São Paulo: RT, 2017, p. 333-336.

59. DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil: Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais*. 14ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 411.

60. CÂMARA, Alexandre. *O Novo Processo Civil Brasileiro*, p. 497.

- b)** As Normas Fundamentais do Processo Civil Brasileiro são compostas pelos seguintes núcleos normativos: (i) os *Direitos Fundamentais Processuais* previstos na Constituição Federal (não exclusivamente aqueles constantes do art. 5º); (ii) as *Normas Fundamentais Formais/Materiais*, aquelas localizadas nos arts. 1º ao 12 do CPC/2015; e (iii) as *Normas Fundamentais Materiais*, aquelas previstas no restante da Parte Geral e na Parte Especial do CPC/2015;
- c)** As Normas Fundamentais do Processo Civil Brasileiro podem ser regras, princípios ou postulados (hermenêuticos ou aplicativos), devendo ser analisado o grau de abstração do suporte fático que integra a estrutura normativa para fins de sua correta identificação;
- d)** As Normas Fundamentais do Processo Civil Brasileiro são multifuncionais, reunindo, essencialmente, cinco funções: estruturante, definitiva, integrativa, interpretativa e bloqueadora;
- e)** Em caso de violação a uma Norma Fundamental do CPC/2015, será cabível a interposição de recurso especial quando o dispositivo violado acrescentar conteúdo normativo novo em relação aos Direitos Fundamentais Processuais;
- f)** Caso o dispositivo do CPC/2015 reproduza o texto do Direito Fundamental Processual, não acrescentando conteúdo normativo novo ao ordenamento jurídico, deverá ser interposto recurso extraordinário;
- g)** A violação ao art. 1º do CPC/2015 não enseja a interposição de recurso especial, mas de recurso extraordinário, devendo a parte recorrente individualizar o dispositivo constitucional violado;
- h)** A violação ao art. 3º, *caput*, e ao art. 11, *caput*, ambos do CPC/2015, não enseja a interposição de recursal especial, porque são dispositivos que apenas reproduzem texto de dispositivos constitucionais correspondentes;
- i)** Uma vez alegada violação a uma Norma Fundamental, diante da dúvida acerca da natureza do conteúdo normativo violado, se constitucional ou infraconstitucional, aplica-se a regra da conversão do recurso especial em recurso extraordinário, e vice-versa (arts. 1.032 e 1.033 do CPC/2015).

## 8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed., 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2015.
- ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil: Parte Geral*. 14ª ed.. São Paulo: RT, 2011.
- ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. *Recurso Especial, Recurso Extraordinário e a Nova Função dos Tribunais Superiores no Direito Brasileiro*. 4ª ed.. São Paulo: RT, 2017.
- ASSIS, Araken de. *Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: RT, 2017, vol. 1.
- AURELLI, Arlete Inês. Normas Fundamentais no Código de Processo Civil Brasileiro. *Revista de Processo*, vol. 271, p. 19-47, 2017.

- ÁVILA, Humberto. O que é “devido processo legal”? *Revista de Processo*, ano 36, vol. 163, set., p. 50-59, 2008.
- \_\_\_\_\_. *Teoria dos Princípios: da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.
- BONICIO, Marcelo José Magalhães. *Princípios do Processo no Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.
- BRAGA, Paula Sarno. *Norma de Processo e Norma de Procedimento: o Problema da Repartição de Competência Legislativa no Direito Constitucional Brasileiro*. Salvador: JusPodivm, 2015.
- BUENO, Cassio Scarpinella. Comentários ao art. 1º. In: Cassio Scarpinella Bueno (coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil (arts. 1º ao 317)*. São Paulo: Saraiva, 2017, vol. 1.
- \_\_\_\_\_. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, vol. 1.
- \_\_\_\_\_. O Modelo Constitucional do Direito Processual Civil?: Um Paradigma Necessário de Estudo do Direito Processual Civil e Algumas de suas Implicações. *Revista de Processo*, v. 161, p. 261-270, 2008.
- CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016.
- CÂMARA, Alexandre. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015.
- CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. A Fungibilidade de Mão Dupla entre Recursos Excepcionais no CPC/2015, In: DIDIER JR., Fredie, et al (orgs.). *Coleção Novo CPC/2015– Doutrina Selecionada: Processo nos Tribunais e Meios de Impugnação às Decisões Judiciais*. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, vol. 6, 2016, p. 1089-1098.
- CANOTILHO; José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1992.
- CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Comentários aos arts. 1º. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, et al (coords.). *Breves Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. 3ª ed. Buenos Aires: Depalma, 1993.
- CUNHA, Leonardo Carneiro da. Comentários ao art. 1º. In: STRECK, Lenio, et al (orgs.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- DIDIER JR., Fredie. Cláusulas gerais processuais. *Revista de Processo*, v. 187, p. 69-83, 2010.
- \_\_\_\_\_. Comentários ao art. 1º. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coords.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- \_\_\_\_\_. *Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento*. 19ª ed.. Salvador: JusPodivm, 2017.
- DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil: Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais*. 14ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017.
- DIDIER JR., Fredie; NUNES, Dierle; FREIRE, Alexandre (coords.). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Normas Fundamentais*. Salvador: JusPodivm, 2016, vol. 8.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017, vol. 1.

- DUARTE, Zulmar. Comentários ao art. 1º. In: GAJARDONI, Fernando da Fonseca, *et al. Teoria Geral do Processo: Comentários ao CPC/2015 – Parte Geral*. 2ª ed. São Paulo: Forense, 2015, v. 1.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os Princípios Constitucionais e o Código de Processo Civil*. São Paulo: J. Bushatsky, 1975.
- JORGE, Flávio Cheim. *Teoria Geral dos Recursos Cíveis*. 7ª ed. São Paulo: RT, 2015.
- LIMA, Alcides de Mendonça. Os Princípios Informativos no Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, vol. 34, p. 9-19, abr-jun, 1984.
- LOBÃO, Amanda; RAMOS, Glauco Gumerato; DELFINO, Lúcio. Comentários ao art. 1º. In: FILHO, Roberto P. Campos Gouveia, *et al* (coords.). *Novo Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Editora Lualri, 2017, tomo I.
- LUCCA, Rodrigo Ramina de. *O Dever de Motivação das Decisões Judiciais: Estado de Direito, Segurança Jurídica e Teoria dos Precedentes*. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016.
- MACÊDO, Lucas Buril de. A concretização direta da cláusula geral no devido processo legal processual no Supremo Tribunal e no Superior Tribunal de Justiça. *Revista de Processo*, vol. 216, p. 377-398, 2013.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: RT, 2015.
- MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Devido Processo Legal e Proteção de Direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- MAZZEI, Rodrigo Reis. Código Civil de 2002 e o Judiciário: apontamentos na aplicação das cláusulas gerais. In: MAZZEI, Rodrigo Reis; DIDIER JR., Fredie (orgs.). *Reflexos do Novo Código Civil no Direito Processual*. Salvador: JusPodivm, 2006, p. 23-72.
- MEDINA, José Miguel Garcia. *Prequestionamento, Repercussão Geral da Questão Constitucional, Relevância da Questão Federal: Admissibilidade, Processamento e Julgamento dos Recursos Extraordinário e Especial*. 7ª ed. São Paulo: RT, 2017.
- MILLAR, Robert Wyness. *Los Principios Formativos del Procedimiento Civil*. Trad. Catalina Grossman. Buenos Aires: Ediar, 1945.
- MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas. Do Controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente* [2013]. 3ª ed. São Paulo: RT, 2015.
- NERY JR., Nelson. *Princípios do Processo na Constituição Federal*. 12ª ed. São Paulo: RT, 2016.
- NEVES, Guilherme Pimenta da Veiga. Comentários ao art. 1º. In: ASSIS, Araken de, *et al* (coords.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do Formalismo no Processo Civil: Proposta de um Formalismo-Valorativo*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- \_\_\_\_\_. O Processo Civil na Perspectiva dos Direitos Fundamentais. *Revista de Processo*, v. 29, n. 113, p. 9-21, jan./fev. 2004
- PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de Direito Processual Civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- SCHMITZ, Leonard. *Fundamentação das Decisões Judiciais: a Crise na Construção de Respostas no Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015.

- STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso Avançado de Processo Civil: Teoria Geral do Processo*. 16ª ed. São Paulo: RT, 2016.
- TARELLO, Giovanni. *L'Interpretazione della Legge*. Milano: Giuffrè, 1980.
- THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil, Processo de Conhecimento e Procedimento Comum*. 58ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, vol. 1.
- THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: Fundamentos e Sistematização*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- ZANETI JR., Hermes. *A Constitucionalização do Processo: o Modelo Constitucional da Justiça Brasileira e as Relações entre Processo e Constituição*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- \_\_\_\_\_. O Ministério Público e as Normas Fundamentais do Direito Processual Civil Brasileiro. In: DIDIER JR., Fredie, et al (coords). *Coleção Repercussões do Novo CPC: Ministério Público*. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, vol. 6, p. 401-465.
- \_\_\_\_\_. *O Valor Vinculante dos Precedentes. Teoria dos Precedentes Normativos Formalmente Vinculantes*. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017.





Civil Procedure Review  
AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

6

## Reduzindo os Custos: Os Precedentes Judiciais como uma Externalidade Positiva do Litígio

(Reducing the Costs: The Judicial Precedents  
as a Positive Externality of the Litigation)

**José Borges Teixeira Júnior**

Attending to the Master of Laws LL.M. candidate at the Universidade Federal do Espírito Santo, Brazil  
and at Steinbeins University Berlin, Germany. Judge at Espírito Santo State, Brazil  
borges\_jose@hotmail.com

**RESUMO:** a sistemática dos precedentes trazida pelo novo Código de Processo Civil efetivamente inaugurou um momento especial no ordenamento jurídico pátrio, o qual deve ser na melhor medida possível estudado e conhecido pela ciência do processo, que para tanto deverá se valer das melhores ferramentas à sua disposição. O objetivo deste trabalho é utilizar os instrumentos da análise econômica do direito, em especial no que tange às externalidades, associando-os à teoria dos sistemas, a fim de verificar a influência que a reforma trará ao sistema social e econômico.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito Processual; Precedentes; Análise Econômica do Direito; Externalidades; Teoria dos Sistemas.

**ABSTRACT:** the precedent system brought by the new Civil Procedural Code effectively inaugurates a special moment at the Brazilian judicial field, which has to be in the best possible way studied and known by the procedural science and, for such goal, must use the best tools at its disposal. The purpose of this work is to employ the *apparatus* of the law and economics, especially on the externalities concerns, linking them with the system theory, so to verify the influence that this reform will have on the social and economic systems.

**KEYWORDS:** Procedural Law; Precedent; Law and Economics; Externalities; System Theory.

## 1. INTRODUÇÃO

O Sistema de Direito Positivo brasileiro passa por insofismáveis reformas no campo de suas fontes e órgãos produtores de enunciados prescritivos, especialmente após o advento da Lei Federal n.º 13.105/2015, que instituiu o novo Código de Processo Civil – NCPC.

Já com a aprovação da Emenda Constitucional n.º 45/2004 (a dita “Reforma do Judiciário”) e o acréscimo do Art. 103-A ao texto constitucional, restou possibilitada a criação, pelo Poder Judiciário, de enunciados não só dotados de natureza cogente (o que não é novo, dado o caráter mandatário e sancionatório próprio da linguagem jurídica), mas também de caráter geral e abstrato, inovação inquestionável, posto ser esse o campo do Estado ao qual era usualmente relegado a emissão exclusiva de normas concretas, isto é, apenas para a solução de um específico caso, que lhe era posto à luz de um processo judicializado.

O NCPC deu um passo adiante nesta escalada, mencionando em seu art. 927 que a observância aos ditos “precedentes judiciais”<sup>1</sup> é mandamental, seja pelos tribunais regionais (tribunais de justiça, tribunais regionais federais e etc.), pelos juízes de primeira instância ou mesmo pelas próprias cortes superiores, estabelecendo requisitos – ainda que de uma fluidez semântica manifesta – destinados à estabilização do entendimento, como se vê o §4º do dispositivo em questão.

Desse modo, temos que os precedentes judiciais são uma realidade em nosso direito e, enquanto tal, merecem uma análise acurada sobre todas as óticas possíveis,

1. Tomamos de empréstimo o conceito de precedentes do professor Hermes Zaneti Jr., no sentido de que eles “[...] consistem no resultado da densificação de normas estabelecidas a partir da compreensão de um caso e suas circunstâncias fáticas e jurídicas. No momento da aplicação, deste caso-precedente, analisado no caso-atual, se extrai a *ratio decidendi* ou *holding* como o *core* do precedente. Trata-se, portanto, da solução jurídica explicitada argumentativamente pelo intérprete a partir da unidade fático-jurídica do caso-precedente (*material facts* somados a solução jurídica dada para o caso) com o caso-atual” (ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 328-330).

a fim de que a comunidade científica possa produzir conhecimento acerca desse novo fenômeno, suas implicações e consequências para o sistema em si e para a sociedade.

O objetivo deste trabalho é o de analisar os precedentes sob uma ótica econômica do sistema processual, entendendo-o como uma *externalidade positiva* fruto do litígio submetido ao Poder Judiciário, o que mitiga seu custo para a sociedade.

Apenas para termos uma base de trabalho e ilustrar a situação ao leitor, o Ministério da Justiça, nos idos de 2004, estimou que o custo médio por processo judicial julgado no Brasil era de R\$1.848 (mil oitocentos e quarenta e oito reais)<sup>2</sup>.

Mantendo-se o mais constante – *i.e.*, ignorando-se qualquer possível encarecimento ou redução deste preço, o que poderia se dar diante de um deslocamento da curva da demanda, por exemplo (a oferta assume-se estável, por certo, e não cogitamos uma elasticidade em qualquer dos polos) – a incidência da inflação no período elevaria este valor para a monta de R\$4.022,75 (quatro mil, vinte e dois reais e setenta e cinco centavos), um pouco mais de quatro salários mínimos atualmente vigentes.

Muito se discute hoje acerca da importância de se reduzir este custo, existindo trabalhos, analisando o fenômeno da litigância no Brasil e seu custo sob a ótica da *tragédia dos comuns*<sup>3</sup>.

Este trabalho, porém, visa um ângulo mais “otimista” do problema, uma vez que sua intenção é, através do método dedutivo axiomático, próprio da economia, demonstrar como o sistema de precedentes mitiga os custos do processo (“reduz os custos”, como instiga o título deste artigo), em quantidade exata ainda imprecisa – tal levantamento, sobre ser relevante, escapa aos limites de nossa cognição – mas que pode ser levado em consideração pela sociedade quando da formulação de políticas públicas relativas ao sistema processual brasileiro.

Uma vez que consideramos o percorrer analítico um bom termo para o discurso científico, seja porque facilita o leitor, seja porque permite a fixação gradual de “pactos semânticos”, assegurando o rigor necessário para tal linguagem<sup>4</sup>, antes de explicitarmos nossas conclusões a respeito do tema, deixaremos claras (ou melhor, o mais claro que nossa capacidade permitir, uma vez que a tal “clareza” já é uma pos-

2. As despesas naquele ano, do Poder Judiciário (na casa dos milhões), foi de R\$16.280 ou, com idêntica atualização monetária – igualmente pelo IPCA (IBGE) – a significativa quantia de R\$35.632,48.
3. Situação em que indivíduos agindo de forma independente e racionalmente de acordo com seus próprios interesses se comportam em contrariedade aos melhores interesses de uma comunidade, esgotando, ou usando para além do limite da eficiência, algum recurso comum.
4. No âmbito da análise econômica do direito e do discurso científico em geral consideramos que um dos principais papéis e, epistemologicamente, uma das únicas possibilidades e de assegurar à ciência jurídica o altiplano das ciências, é se assegurar um discurso redutor de ambiguidades e de complexidades, ou, como afirma Rudolf Carnap, evitando-se uma “falta de concepção clara de que o objeto da discussão é a linguagem da ciência” (CARNAP, Rudolf. *On the character of philosophic problems*. In: RORTY, Richard M. *The linguistic turn: essays in philosophical method*. Chicago: Chicago Press, 1992. p. 60).

tura pós interpretativa) as definições dos termos que serão utilizados e o processo de raciocínio adotado.

## 2. DESENVOLVIMENTO

Pontes de Miranda nos ensina desde os idos de 1970 que no momento em que alguém se sente ferido em algum direito, tal circunstância se dá no plano puramente psicológico, de maneira que o Poder Judiciário recebe esta pessoa “não porque tenha direito subjetivo, de direito material, nem, tampouco, ação”, mas sim como um cidadão que presta perante os órgãos estatais a sua declaração de vontade<sup>5</sup>.

Ou seja, neste momento embrionário, o que se tem é uma disputa revelada, por um lado, pelo *sentimento* de ofensa da parte autora e, de outro, pelo *sentimento* de nada ter a prestar perante seus pares, por parte do réu.

Somente com a formação do processo em si é que a solução desta situação da vida (comumente chamada de *lide* pelos processualistas, ou lide social, em razão da pluralidade de sentidos que tal expressão adquiriu ao longo dos anos) passará a ser discutida através da linguagem jurídica, momento em que efetivamente entrarão em jogo – a fim de sustentar aqueles “sentimentos” na esfera pública processual – os direitos subjetivos, os deveres jurídicos, as regras e as normas jurídicas.

Em suma, o Estado se põe diante dos sujeitos com o fulcro de solucionar aquelas questões complexas cujo monopólio da força impede uma solução direta pelos interessados, o que se dá através da prestação de um *serviço público*: a jurisdição.

Encontra-se no pórtico das noções de microeconomia a questão de que qualquer decisão econômica, no seu nível mais basilar, envolve uma escolha individual ou, em outras, palavras, decisões de um indivíduo sobre o que fazer e o que não fazer em uma dada situação da vida<sup>6</sup>.

Tais decisões, segundo o modelo axiomático<sup>7</sup> dedutivo da economia, se dão à luz sempre de duas premissas (indemonstráveis e inquestionáveis; axiomas, portanto): a escassez dos recursos disponíveis e a maximização da utilidade.

5. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado das ações*. vol. 1. São Paulo: RT, 2016. p. 94.

6. KRUGMAN, Paul e WELLS, Robin. *Introdução à economia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p. 05.

7. Conforme lições de J. Ferrater Mora, axiomas são “[...] proposições irredutíveis, princípios gerais aos quais e reduzem todas as outras proposições e nos quais estas necessariamente se baseiam. O axioma possui, por assim dizer, um imperativo que obriga ao assentimento uma vez que seja enunciado e entendido [...] Hoje, não se hesita em tratar os axiomas como enunciados hipotéticos. Os próprios sistemas axiomáticos são definidos às vezes como sistemas hipotético-dedutivos” (MORA, J. Ferrater. *Dicionário de filosofia*. Tomo I. 2ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 2004. p. 243-244). Ou seja, o método de aproximação do seu objeto de estudos, para a economia, é, ter por base um rol explícito de proposições não refutáveis (“enunciados-mãe”) através das quais, em abstrato, se deduz logicamente uma série de outras proposições (“enunciados-filhos”), cujo objetivo é tentar explicar o mundo da vida da forma mais simples possível, como já nos ensinava o *Doctor Invincibilis* de Ockham

Ambos são deveras intuitivos.

O primeiro deles pontifica que a sociedade possui recursos limitados e, portanto, a ninguém é dado possuir e deter todos os bens (e, por isso, gozar de toda utilidade) desejados.

O segundo deles indica que, nestas situações de escassez, em que as escolhas são feitas, os sujeitos comportam-se racionalmente<sup>8</sup>, isto é, buscam os meios de aumentarem sua utilidade (através da satisfação de suas preferências) ao menor custo possível.

Diante destas premissas axiomáticas, é possível deduzir as escolhas que o indivíduo (chamemo-lo de  $S_1$ ) tomará diante do *sentimento* – puramente psicológico, como visto acima – de ter sido ferido por terceiro (doravante  $S_2$ ) em algo que entendia ser “seu direito”.

Primeiramente, a oposição da  $S_2$  já impede que  $S_1$  goze de toda utilidade possível. Porém, este conflito é solúvel, isto é,  $S_1$  ainda possui a expectativa de que tal bem da vida lhe seja assegurado. Todavia, e isso é insofismável, o *tempo* também é um bem escasso e, ainda que tudo corra conforme esperado,  $S_1$  não terá a utilidade pretendida ao tempo que gostaria.

Mas não é esta a única escolha de  $S_1$ . Ele deverá ainda decidir se a composição da querela é possível de solução sem que se mostre preciso um socorro ao poder jurisdicional (a dita auto composição, através dos tão falados meios alternativos de solução de conflitos, próprios à Justiça Multiportas, um dos institutos que compõem a base no novo Código de Processo Civil).

A par dos instrumentos que o sistema de direito positivo oferece a  $S_1$ , a decisão de solução extrajudicial da lide fora resumida por Richard Posner na seguinte inequação:

$$P_p J - C + S > P_d J + C - S$$

em sua máxima de que as pluralidades não devem ser postas sem necessidade (*pluralitas non est ponenda sine neccesitate*).

8. É importante asseverar que em nenhum momento os economistas – ou os teóricos da análise econômica do direito – acreditam, de fato, na assumpção de que as pessoas calculem exatamente a busca por seus objetivos em um sentido literal. Na verdade, a maioria dos analistas acredita, como bem apontado por Steven Shavell, que um indivíduo pode sequer perseguir um único objetivo fixo, ou seja, seus propósitos, ânimo e estado psicológico em geral podem ser alvos de alterações de fatores os mais diversos e, com isso, seus objetivos alterarem-se imprevisivelmente (SHAVELL, Steven. *Economic analysis of law*. New York: Foundation Press, 2004. p. 661-662). Isso se dá porque a análise econômica do direito se vale do método dedutivo, partindo de premissas hipotéticas não demonstráveis para assim tecer sua visão de mundo acerca do objeto estudado. Seu objetivo é apenas o de apresentar um modelo científico de escolha, nas palavras de Cristiano de Carvalho, que seja elegante e preciso (ainda que nem sempre realista), não pretendendo ser uma descrição fidedigna e exaustiva do mundo. Na verdade, conclui o autor, que uma teoria da escolha racional “[...] que buscasse levar em conta toda a magnitude das vicissitudes humanas não lograria obter modelos causais úteis para explicação e predição do comportamento humano. Não somente não seria uma boa teoria ‘descritiva’, como certamente não seria uma teoria normativa útil” (CARVALHO, Cristiano Rosa. *Teoria da decisão tributária*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 58).

Onde:  $P_p$  é a probabilidade do autor, segundo por ele estimado, de ganhar a causa<sup>9</sup>,  $P_a$  a igual estimativa de probabilidade, mas da parte contrária.  $J$  é o *quantum* do pedido que o autor deseja (o qual, acaso outorgado seria suportado pela parte *ex adversa*).  $C$  e  $S$  são os custos de cada parte para litigar em Juízo e para fazer a composição extrajudicial, respectivamente<sup>10</sup>.

Como se verifica da fórmula, os custos da litigância em Juízo são suportados pelas partes e possuem intrínseca importância em sua escolha de buscar uma solução “amigável” à controvérsia ou submeterem sua lide ao Poder Judiciário.

Dito de outras palavras,  $S_1$  não litigará com  $S_2$  – à luz da maximização de sua utilidade – se as despesas do litígio forem tais que a decisão de compor extrajudicialmente sua lide se mostrar menos custosa para a satisfação de seus interesses (assumindo-se um custo de transação, a dita “barganha”, igual a zero, evidentemente).

Observe o leitor que esta afirmação não importa na nefelibática assertiva de que  $S_1$  conseguiria a integralidade do bem da vida pretendido por ele.

Ao contrário, a presença de uma expectativa de êxito (usualmente inferior a 100%) e a existência de *custos* para o atingimento da utilidade pretendida (que já não será, em nenhuma hipótese, idêntica àquela imaginada inicialmente, na melhor das hipóteses, em função do tempo dispendido para o acordo ser entabulado) traz na inequação uma margem de barganha situada entre o ganho de  $S_1$  e a perda de  $S_2$ .

Tais custos, segundo a fórmula de Posner, são suportados pelas partes, posto que ele não leva em consideração – não por desatenção, evidentemente, mas por não ser o objeto de sua análise naquele momento – que, muito embora os *custos do litígio* sejam de encargo de cada uma das partes litigantes, as despesas da manutenção do aparato judicial se dá, em ampla maioria, pelo financiamento de cunho coletivo, através dos tributos recolhidos da população em geral<sup>11</sup>.

9. Interessante notar que, apesar das bases epistemológicas absolutamente diferentes, como sói ocorrer às melhores mentes, Posner e Pontes de Miranda tecem conclusões que culminam por ter diversos pontos de contato. Ambos, apesar da sensível diferença dos fundamentos de suas teorias, tiveram a arguta percepção de que a decisão de litigância – ainda que composta extrajudicialmente – é uma noção psicológica que somente é vertida em linguagem jurídica com a propositura da ação, mas que, ao fim e ao cabo, encontra no Direito só o fundamento de argumentação na esfera pública mas, no seu âmago, é apenas um sentimento de utilidade não gozada que busca justificação no discurso jurídico. Esta uma das razões da mera estimativa de vitória.

10. POSNER, Richard A. *Economic analysis of law*. 9th ed. New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2014. p. 781.

11. Mais uma vez, apenas a título de ilustração para o leitor, a proposta de orçamento para o ano de 2017 do Poder Judiciário do Estado do Espírito Santo (Projeto de Lei n.º 293/2016) contemplou uma despesa total aproximada de 1.113 bilhões de reais. Deste montante, advirão exclusiva e diretamente do tesouro do erário estatual o valor estimado de 948 milhões de reais, *correspondentes a 85,14% do total*, ao passo que os demais valores sairão de arrecadações próprias do Poder Judiciário, a saber, as custas judiciais (tributos, em nosso entendimento, apesar de reconhecermos a existência de divergência no campo doutrinário) e emolumentos.

Por isso, tem-se aqui um problema de custo econômico.

O Estado, através do dinheiro retirado coercitivamente de seus cidadãos, patrocina um serviço público à coletividade.

Todos podem dele se valer<sup>12</sup> e, a bem da verdade, seu financiamento se dá pela coletividade de cidadãos, prioritariamente, e apenas uma pequena parcela da sua manutenção é arcada pelos litigantes, por aqueles que *efetiva e realmente* encontram-se gozando dos benefícios diretos de seu funcionamento (*i.e.*, a jurisdição).

A questão realmente começa a adquirir foros daquilo que a doutrina econômica se prestou a chamar de a *tragédia dos comuns*.

Para a microeconomia, os bens públicos (*public goods*) recebem uma classificação diferente daquela que a ciência do direito outorga aos mesmos, merecendo, por isso, que um parêntese seja traçado apenas para que em breves linhas seja exposta a visão da ciência econômica (com a qual trabalharemos).

Conforme nos ensina Pindyck e Rubinfeld, os bens públicos possuem duas características: não rivais (*nonrival*) e não exclusivos (*nonexclusive*), sendo que a primeira aduz ser zero o custo de seu provisionamento a um consumidor adicional e a segunda que as pessoas não podem ser excluídas de consumi-lo, de modo que é difícil ou impossível que se dê a cobrança por seu uso<sup>13</sup>.

Paralelamente à noção de bens públicos, há ainda os chamados *recursos comuns*.

Os recursos comuns, igualmente aos bens públicos, não são exclusivos. Realmente é bastante difícil (se não impossível) impedir o seu uso, tornando a cobrança praticamente um ato inviável. Todavia, *eles não são rivais*, ou seja, o uso de um recurso comum por uma pessoa reduz a possibilidade que outras pessoas têm de usá-lo, gerando a chamada *tragédia dos comuns*.

Como bem explica Mankiw, a *tragédia dos comuns* se dá quando, fornecido um bem não exclusivo, porém rival, surge a necessidade dos formuladores de políticas públicas de se preocuparem com a quantidade usada desse recurso, uma vez que os incentivos sociais e privados são diferentes e o uso desse recurso diminui o desfrute que as outras pessoas podem ter dele, gerando uma *externalidade negativa*<sup>14</sup>.

Aplicando-se ao processo judicial, não é de hoje a verificação que o serviço público judicial é um recurso comum e que o seu financiamento internacionalmente se dá pela coletividade e não por aqueles que efetivamente dele se usam, gerando um

12. E, como visto, independentemente de um “direito” violado, posto que o Poder Judiciário recebe a todos tal qual integrantes da união nacional (*commonwealth*) que prestam declarações de vontade perante si.

13. PINDICK, Robert S. e RUBINFELD, Daniel L. *Microeconomics*. 8th ed. New Jersey: Pearson, 2013. p. 690.

14. MANKIW, N. Gregory. *Princípios de microeconomia*. 5ª ed. São Paulo: Cengage Learning, 2009. p. 222.

incentivo privado que motiva um uso “excessivo” do bem por algumas pessoas em detrimento do patrimônio estatal, formado pelos contribuintes em geral<sup>15</sup>.

Observando-se a questão apenas por este ângulo, parece-nos realmente evidente que a solução de conflitos – enquanto, de *per se*, um bem da vida dotado de utilidade – possui um custo que não é arcado, integralmente ou sequer em maior parte, por aqueles que efetivamente levam suas questões ao Poder Judiciário, mas sim por uma totalidade de outros indivíduos.

Ademais, a estrutura do Poder Judiciário é finita e finitos também são os recursos plausíveis de apropriação pelo Poder Público para destinação à atividade jurisdicional, razão pela qual seu uso aparenta, de fato, ser rival: o uso em um litígio demanda tempo, trabalho e o emprego de materiais e força de trabalho que não serão utilizados em outro.

Noutra voz, o custo marginal de mais um litígio *não* nos parece ser igual a zero.

E é aqui que o sistema de precedentes judiciais parece atuar de maneira incisiva.

A sua importância à luz da análise econômica já fora percebida pela doutrina nacional, como se verifica do trabalho de João Máximo Rodrigues Neto, concluindo textualmente “[...] que um sistema de precedentes vinculantes ao lado da instituição de determinados filtros recursais nas instâncias superiores auxilia a otimização dos custos, *na perspectiva interna*, e apresenta ao jurisdicionado alternativas para resolução da controvérsia de modo mais vantajoso”<sup>16</sup> (grifamos).

Como se verifica da análise do citado autor – bastante precisa e fundamentada – o escopo dos precedentes se prestaria a assegurar o nivelamento das expectativas de vitória entre as partes, estabilizando a interpretação do conteúdo mandamental das normas jurídicas no seio da sociedade. O citado processualista faz uma análise *interna* de sua importância.

Apesar de possuímos certas indagações a essas conclusões, calcadas na teoria da escolha pública (*public choice*)<sup>17</sup>, que não serão o foco deste trabalho, o processo

15. Com relação à primeira afirmação, vide o trabalho de Cooter e Rubinfeld chamado *Economic analysis of legal disputes and their resolution* e, acerca da conclusão, o artigo de Zywicki intitulado *Public Choice and Tort Reform*.

16. RODRIGUES NETO, João Máximo. A relevância dos precedentes na análise econômica da litigância – um estudo de law and finance. *Revista on line de Política e Gestão Educacional*. Porto Alegre, 2015. Vol. 36. n.º 76. p. 211-212.

17. Conforme ensina Tullock, as “pessoas são pessoas” e, portanto, sujeitas às mesmas motivações na vida pública que em sua vida privada, de maneira que os mesmos incentivos que às motivam em sua vida privada também as movem na esfera pública, com a diferença de que, particularmente, atuam como consumidores e, publicamente, como formuladores de políticas públicas ou eleitores (TULLOCK, Gordon; SELDON, Arthur e BRADY, Gordon L. *Government Failure: a primer in public choice*. Washington: Cato Institute, 2002. p. 3-6). De uma forma ou de outra, seu objetivo, à luz dos axiomas acima indicados, é a maximização de *sua própria utilidade ao menor custo*, o que inclui também os magistrados, desembargadores e ministros. Nesse diapasão, a estabilidade dos precedentes restará

de positivação, para utilizar o léxico de Lourival Vilanova, é sim uma atividade própria do Direito a fim de outorgar a ele maior *força prescritiva* a sua linguagem.

Todavia, a observação que nos propomos a expor neste trabalho é um tanto quanto diversa, pois nosso escopo não mira para o interior de um litígio específico, mas sim para a dita *tragédia dos comuns* e o custo do recurso comum da atividade jurisdicional, sobre a qual considero que a sistemática dos precedentes também veio a prestar um socorro ainda mais significativo.

Afirmamos acima que as partes litigantes (ainda que somássemos todos os litigantes) não arcam com a totalidade do pagamento do serviço público que gozam: um aparato estatal pronto e acabado, especializado na solução de conflitos, aplicação das normas jurídicas, com profissionais treinados, procedimentos de gestão pré-definidos e estrutura material (em maior ou menor grau de eficiência).

A maior parte é arcada com o dinheiro dos contribuintes em geral (inclusive dos próprios litigantes, mas em ínfimo percentual, uma vez que repartem o encargo com a coletividade), que terminam por não utilizar o serviço pelo qual pagam, circunstância esta que se revela capaz de gerar um uso não eficiente de tais recursos por uma minoria, uma vez que os recursos públicos são finitos, tornando a atividade jurisdicional um bem rival.

Outrossim, é bom que se lembre, a atividade judicante também é praticamente não exclusiva, posto que o art. 5º, inciso XXXV da CF/88 prevê a proibição de exclusão da apreciação do Poder Judiciário de qualquer lesão ou ameaça a direito, figurando as condições da ação e os pressupostos processuais como *filtro mínimo* ao uso desse recurso comum, fato este condizente ao monopólio da força estatal e às funções que se espera do Estado moderno.

Por essa mesma razão, difícil seria a assumir a possibilidade de as custas forenses abarcarem a totalidade do orçamento do Poder Judiciário, pois tomaria o litígio por demais caro, em violação a esses princípios.

Assim, tem-se a rigor o cenário de que o litígio individual – cujo produto historicamente sempre interessou somente às partes – impede igual uso do recurso comum (a jurisdição) pelos demais.

É aqui que os precedentes fazem toda a diferença.

Aquele litígio, cujo resultado interessaria somente ao caso concreto, com o advento do art. 927 do CPC/15 (e mesmo, ainda que em menor grau, à luz do art. 103-A da

---

tão preservada quanto os integrantes das cortes superiores tiverem como norte de suas preferências tal estabilização, sob pena de que, acaso outros interesses a sobrepuserem (v.g., a “justiça” dos casos concretos ou a prevalência de uma tese jurídica que mais adequada, sob uma ótica pessoal, se lhes mostre), será decorrência clara daquele axioma a constante revisão da norma jurídica e do chamado *stare decisis*, extirpando algumas das importantes conclusões do processualista brasileiro. As nossas conclusões, todavia, ainda assim, permaneceriam híginas, como verá o leitor adiante.

CF/88), *passa não mais a outorgar utilidade apenas às partes litigantes, mas, como um possível subproduto seu, gerar uma externalidade positiva que aumenta a utilidade de toda a sociedade, a qual passa a ter todo seu ordenamento jurídico revisado e adaptado às novas realidades sociais, com o advento de normas jurídicas atualizadas e em melhor situação de serem aplicadas não só ao caso que interessou aos litigantes, mas a um sem número de agentes.*

Como bem sustenta Varian, as externalidades surgem porque há bens com os quais as pessoas se importam e que não são vendidos nos mercados, tal qual a fumaça produzida por indústrias, um bonito jardim de flores na residência vizinha e, para trazer a discussão ao nosso campo de estudos, um sistema jurídico que acompanhe, *pari passu*, a evolução social<sup>18</sup>.

A importância à sociedade de um sistema jurídico compatível com suas alterações já fora amplamente narrada por Cristiano Carvalho em sua dissertação de mestrado. Nela consta a seguinte passagem:

“[...] numa democracia, o sistema emissor de mensagens prescritivas, i.e., o sistema normativo, via de regra, em maior ou menor proporção, é harmônico com os valores que o sistema social, como um todo, estima. Assim, os subsistemas operam em harmonia, sem causar ruído causador de *feedback* positivo uns aos outros. Por outro lado, um sistema totalitário tende sempre a contrastar com esses valores extrajurídicos, o que causa ruído a todo o sistema social que, por sua vez, também gera ruído no sistema normativo. Se este não consegue alterar-se, a fim de vencer o ruído, sofrerá *feedback* positivo, e poderá vir a se romper. O *quantum* de abertura cognitiva do sistema normativo ao ambiente é que dará a medida de sua capacidade homeostática, i.e., quanto mais o sistema normativo for capaz de perceber as expectativas do meio social, melhor será capaz de adaptar-se a ele. Se o sistema é fechado cognitivamente, a sua ruptura ocorrerá com grande probabilidade; é quando ocorrem as chamadas revoluções sociais. O sistema normativo se rompe e é substituído por outro”<sup>19</sup>.

A citação foi longa, mas oportuna.

De fato, o sistema de direito positivo recebe afluxos de comunicações dos mais diversos sistemas sociais (político, moral, religioso, etc.) bem como, ao prescrever as condutas que nele restam positivadas como valiosas, também entrega um contínuo de mensagens para a sociedade, na qualidade de normas jurídicas (unidades mínimas de significação deontica, no léxico de Paulo de Barros de Carvalho).

Ambos sistemas, como bem aponta o Professor da UNISINOS/RS, não são estáticos, mas sim dinâmicos e sofrem transformações ao longo do tempo. Na medida

18. VARIAN, Hal R. *Microeconomia. Princípios Básicos: uma abordagem moderna*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006. p. 671.

19. CARVALHO, Cristiano Rosa. *Teoria do sistema jurídico: direito, economia, tributação*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 244-245.

em que os sistemas sociais se aperfeiçoam, com o nascimento de novas tecnologias, maneiras diferentes de se realizar o câmbio de riquezas e valores até então não apoiados tornam-se desejados pela maioria, é possível um choque entre as mensagens prescritivas (*i.e.*, de dever-ser) provenientes do Direito e a realidade social.

Em situações como essa – que se repetem e se reproduzem inúmeras vezes ao longo da história de uma dada sociedade – o sistema do direito positivo necessita adaptar-se, uma vez que é à sociedade, aos indivíduos, que ele se destina e, como visto, a única forma que ele possui de se manter é estar consoante aos desejos de seus “súditos”, sob pena de um *feedback* positivo e uma possível ruptura.

Um direito legislado (*estatute law*), cujas normas jurídicas gerais e abstratas – que ao fim e ao cabo terminam por servir de fundamento de validade para as decisões proferidas aos indivíduos litigantes, estas usualmente concretas e individuais<sup>20</sup> – são provenientes quase que exclusivamente de um processo legislativo oriundo de um conjunto parlamentar, possuem um sério atraso na adaptação do sistema de direito positivo à realidade social subjacente.

Isso porque, como afirma Cristiano de Carvalho, sua capacidade homeostática é menor, seja pelas limitações próprias ao processo legiferante, às barganhas políticas necessárias à aprovação das leis ou mesmo por seu caráter determinístico *a priori* da realidade<sup>21</sup>.

Segundo entendemos, a ordenação lógica de tal sistema de direito positivo realmente se presta a possibilitar uma análise mais rígida e estruturada do sistema, o que auxilia sim em sua compreensão e na absorção de suas mensagens – ainda que em caráter conotativo – por parte dos sujeitos que são seus destinatários, o que, ao menos em certa medida, mitiga parte da ineficiência apontada.

Ocorre que o direito positivo brasileiro, especialmente após a promulgação do Art. 103-A da CF e do novo Código de Processo Civil, *não possui um sistema de direito legislado puro*, havendo a clara possibilidade de edição de normas jurídicas gerais e abstratas por parte do Poder Judiciário.

Nestas situações, o poder judicante não exara tais normas através de um processo legiferante, de propostas legislativas fixas ou de debates políticos custosos (não só financeira mas política e socialmente).

20. Acerca da classificação das normas jurídicas e o sentido dos termos aqui usado, remetemos o leitor, para fins de simplicidade, às conclusões do professor Tárek Moysés Moussallem em sua tese de doutorado que consta das referências bibliográficas a este trabalho (MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Revogação em matéria tributária*. 2ª ed. São Paulo: Noeses, 2011. p. 115-133).

21. *Op. cit.*, p. 212-215.

O sistema, a meu ver inteligentemente, se valeu da célebre ideia de Adam Smith<sup>22</sup> para utilizar o interesse privado dos indivíduos na produção de bens úteis a toda coletividade, sem nada majorar seu custo social. Ilustramos.

Em nosso singelo exemplo acima, quando  $S_1$  decidiu litigar com  $S_2$  seu raciocínio foi apenas e exclusivamente dos seus custos privados e, igualmente, seu *ex adverso* não pensou no custo coletivo daquele litígio. Apenas as despesas que eles suportariam, individual e pessoalmente, foram consideradas. Este era o incentivo privado que os moviam.

Sem a sistemática dos precedentes, o litígio realmente interessaria praticamente só a eles mesmos. De fato, ao Estado interessa prover um sistema de solução de litígios útil, pois só assim terá os cidadãos em uma relação de confiança para si em vez de em constante busca por um Estado que lhes conceda maior segurança. Entretanto, salvo isso, para a coletividade que suporta tributariamente o Poder Judiciário, o uso da estrutura por  $S_1$  e  $S_2$  serve apenas ao fim de impedir o uso pelos demais ( $S_n$ ).

O julgamento do caso de  $S_1$  e  $S_2$  poderia, no máximo, ser utilizado futuramente por outros órgãos do Poder Judiciário para fundamentar sua decisão mas nunca poderia ser utilizado por  $S_n$  como uma mensagem prescritiva reguladora de condutas. Auxilia a interpretação? Sim, inquestionável. Possui força cogente? Não, e isso também era irrefutável.

Na sistemática dos precedentes, julgamento do litígio de  $S_1$  e  $S_2$  não interessará a eles somente. Isso porque a chamada *ratio decidendi*<sup>23</sup> (ou *holding*) daquele julgamento poderá ser usado na formação de uma norma jurídica geral e abstrata<sup>24</sup> (ou seja, de força prescritiva) que será aplicada doravante a um sem número de casos.

22. “Não é da benevolência do açougueiro, do cervejeiro e do padeiro que esperamos o nosso jantar, mas da consideração que ele têm pelos próprios interesses. Apelamos não à humanidade, mas ao amor-próprio, e nunca falamos de nossas necessidades, mas das vantagens que eles podem obter”.
23. Não é, definitivamente, o escopo deste trabalho ingressar sobremaneira na chamada teoria dos precedentes, ainda que o tema seja rico e mereça sim uma visão analítica. Uma vez que nosso objetivo é exclusivamente o de ilustrar ao leitor as externalidades positivas decorrentes dos precedentes, como já mencionado acima, basta dizer que consideramos por *ratio decidendi* como fez Arthur L. Goodhart ao dizer que “o princípio de um caso (expressão sua aqui chamada de *ratio decidendi*) é encontrado tomando por conta: (a) os fatos tratados pelo juiz como materiais, e (b) sua decisão baseada neles. Para encontrar o princípio é também necessário estabelecer quais fatos são tomados por imateriais pelo juiz, pois o princípio pode depender tanto na exclusão quanto na inclusão” (GOODHART, Arthur L. Determining the Ratio Decidendi of a Case. *The Yale Law Journal*. New Haven, 1930, vol. 40, n.º 2. p. 182. Tradução livre). Tudo isso, é bom que se diga, identificado meramente no plano meramente textual (vide observação abaixo). Não cabe aqui entrar em maiores detalhes como o que seriam os ditos “fatos materiais”, mas apenas pontuar o cerne da questão, que possui complexidade própria e merece outro trabalho exclusivamente destinado a esse fim.
24. Apenas uma observação que visa esclarecer o leitor o porquê de mencionarmos que o *holding* será usado na formação de uma norma jurídica geral e abstrata e não de que ele é, de *per se*, a norma a ser aplicada. Isso tem a ver com fundamentos de teoria do direito que seguimos mas, por questões de simplicidade, escapa por completo aos limites deste trabalho iniciarmos uma exposição sobre

Tal norma, proveniente de um caso concreto atual, diretamente referente a situações presentes naquela quadra histórica da sociedade, atualiza o sistema de direito positivo, colocando as regras jurídicas em uma frequente harmonia com os sistemas sociais recebedores de afluxos e dos quais também recebe influência, permitindo com isso uma maior capacidade de calibração homeostática sem perder em nada os atributos próprios de uma estruturação ordenada, rígida e estruturada de sistema, próprio da *statute law*.

Veja, esta utilidade – da qual aproveita toda a sociedade e não somente os litigantes – se dá independentemente da vontade das partes envolvidas no litígio e, arriscamos a dizer, ocorrerá ainda que eles não desejem ou não concordem pessoalmente com o precedente a ser formado.

É literalmente um subproduto positivo (uma *externalidade positiva*) do processo judicial brasileiro sob a nova sistemática dos precedentes.

### 3. CONCLUSÕES

Este singelo trabalho visou apenas mostrar ao leitor algumas percepções acerca da teoria dos precedentes sob a ótica da análise econômica do direito.

Seu foco foi o de visualizar os custos do processo à luz da *tragédia dos comuns*, tratando a atividade judicial como um recurso comum e exibindo o estado da arte no momento, no sentido de que há relatos estatísticos e trabalhos científicos sólidos no sentido de que a jurisdição pode ser alvo de um uso pouco eficiente, própria do descolamento entre os incentivos privados e coletivos que lhe são pertinentes.

Contestar tais conclusões não é seu objeto, até mesmo porque concordamos que seja este o caso.

O propósito deste labor foi o de buscar exhibir, à luz do método axiomático dedutivo da economia que, com o advento dos precedentes no direito brasileiro, pelos artigos 103-A da CF/88 e 927 do CPC/15, o legislador, inteligentemente, possibilitou que do litígio individual – que a princípio somente produziria utilidade às partes litigantes

---

todas as categorias basilares do direito segundo nossa visão (lógica-construtivista). Para não deixar o leitor em uma cavernal escuridão, cabe apenas dizer que diferenciamos o texto legal (ou o texto do Acórdão, acompanhado dos votos proferidos, no caso de um precedente), do seu significado estabelecido pelo intérprete (uma pessoa do povo, um operador do direito ou um cientista do direito) e, finalmente, da norma jurídica construída à luz de um conjunto de significações extraídas não de um texto legal específico, mas da totalidade do sistema de direito positivo, enquadrada na moldura lógica condicional do dever-ser. Como se dá, infelizmente, na maior parte dos casos da ciência jurídica brasileira, os processualistas não possuem o rigor esperado ao mencionarem a expressão *ratio decidendi*, ora sendo ela a norma jurídica abstrata (que chamamos aqui de precedente) ora o texto legal (suporte físico) ora as interpretações, as significações atribuídas pelo intérprete em seu primeiro contato com o texto, o que gera uma confusão danosa ao progresso da ciência e que, nesta humilde observação, tentamos, exclusivamente para os liames deste artigo, sanear.

– possa se extrair uma utilidade de interesse social, sem nada majorar o custo do processo individual aos litigantes (o que poderia restringir o acesso à justiça) ou aos demais cidadãos (o que agravaria o cenário da tragédia dos comuns)<sup>25</sup>.

E que utilidade inovadora seria esta? *A contínua atualização do sistema de direito positivo paralelamente às alterações providenciadas no seio dos demais sistemas sociais (político, econômico, moral, religioso, etc.).*

E tal utilidade (o precedente), em sendo uma criação *espontânea* do processo individual, figura, no modelo teórico aqui exposto, como *externalidade positiva* do litígio.

É bem verdade que este trabalho não trouxe levantamentos estatísticos ou financeiros para verificar como e quanto esta utilidade influenciou ou influenciará no seio da sociedade ou mesmo se ela realmente possui o condão de mitigar efetivamente a tragédia dos comuns que assola o Poder Judiciário.

E assim fizemos porque seu objeto é, para utilizar o léxico de Mises, elaborar um simples “tipo ideal” com lastro nos axiomas que tecemos, com o fim de tentar compreender (dentro dos horizontes da linguagem, aqui acrescentamos) uma parcela do “real”.

Uma vez que a logicidade ou não da vida é de tudo irrelevante, posto ser ela apenas um dado e não uma proposição, como afirma o economista austríaco, a força das teorias advém do ponto de partida de suas deduções e de sua progressão do que é individual e específico para o que é mais universal, criando um modelo que não visa “espelhar” a natureza, como afirmaria Rorty, mas apenas buscar uma explicação coerente às premissas estabelecidas pelo sujeito cognoscente.

No caso deste trabalho, nossos fundamentos, quando impulsionados pelo método dedutivo, dão conta de uma *externalidade positiva* decorrente dos precedentes, a qual poderá ser levada em consideração na análise dos custos e racionalização da atividade judicante brasileira, um dos desafios que se põe neste novo projeto de nação que hoje se desenha nesta terra.

#### 4. BIBLIOGRAFIA

- CARNAP, Rudolf. On the character of philosophic problems. In: RORTY, Richard M. *The linguistic turn: essays in philosophical method*. Chicago: Chicago Press, 1992.
- CARVALHO, Cristiano Rosa. *Teoria da decisão tributária*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- \_\_\_\_\_. *Teoria do sistema jurídico: direito, economia, tributação*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Fundamentos Jurídicos da Incidência Tributária*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

25. Não temos dúvidas de que o sistema de precedentes não se encontra órfão neste *munus* de produzir externalidades positivas em decorrência de um só processo judicial. À sistemática dos recursos repetitivos e ao próprio processo coletivo tal fundamento se aplica inteiramente.

- COOTER, Robert D. e RUBINFELD, Daniel L. Economic analysis of legal disputes and their resolution. *Journal of Economic Literature*. Vol. XXVII. Sept 1989. p. 1067-1097.
- GOODHART, Arthur L. Determining the Ratio Decidendi of a Case. *The Yale Law Journal*. New Haven, 1930, vol. 40, n.º 2.
- KRUGMAN, Paul e WELLS, Robin. *Introdução à economia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.
- MANKIW, N. Gregory. *Princípios de microeconomia*. 5ª ed. São Paulo: Cengage Learning, 2009.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado das ações*. vol. 1. São Paulo: RT, 2016.
- MISES, Ludwig Von. *Ação humana: um tratado de economia*. 4ª ed. Campinas: Vide Editorial, 2015.
- MORA, J. Ferrater. *Dicionário de filosofia*. Tomo I. 2ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 2004.
- MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Revogação em matéria tributária*. 2ª ed. São Paulo: Noeses, 2011.
- POSNER, Richard A. *Economic analysis of law*. 9th ed. New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2014.
- PINDICK, Robert S. e RUBINFELD, Daniel L. *Microeconomics*. 8th ed. New Jersey: Pearson, 2013.
- RODRIGUES NETO, João Máximo. A relevância dos precedentes na análise econômica da litigância – um estudo de law and finance. *Revista on line de Política e Gestão Educacional*. Porto Alegre, 2015. Vol. 36. n.º 76. p. 193-215.
- RORTY, Richard. *A Filosofia e o espelho da natureza*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994.
- SHAVELL, Steven. *Economic analysis of law*. New York: Foundation Press, 2004.
- TULLOCK, Gordon; SELDON, Arthur e BRADY, Gordon L. *Government Failure: a primer in public choice*. Washington: Cato Institute, 2002.
- VARIAN, Hal R. *Microeconomia. Princípios Básicos: uma abordagem moderna*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.
- VILANOVA, Lourival. *Causalidade e Relação no Direito*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2000.
- ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017.
- ZYWICKI, Todd J. Public Choice and Tort Reform. *George Mason Law & Economics Research Paper n.º 00-36*. Disponível em: <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=244658](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=244658)>.

