



Civil Procedure Review  
AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

# Civil Procedure Review



**INTERNATIONAL**  
Scientific Indexing



#### **Editors**

Antonio Cabral (University of Rio de Janeiro State, Brazil)  
Fredie Didier Jr. (Federal University of Bahia, Brazil)  
Hermes Zaneti Jr. (Federal University of Espírito Santo, Brazil)

#### **Editorial Board**

Aluisio Mendes (University of Rio de Janeiro State, Brazil)  
Alvaro Perez-Ragone (University of Valparaiso, Chile)  
Antonio Cabral (University of Rio de Janeiro State, Brazil)  
Bruno Sassani (University of Rome, Tor Vergata, Italy)  
Burkhard Hess (University of Heidelberg, Germany)  
Daniel Mitidiero (Federal University of Rio Grande do Sul, Brazil)  
David Bamford (Flinders University, Australia)  
Dimitrios Tsikrikas (Universidade de Atenas, Grécia)  
Dmitry Maleshin (University of Moscow, Russia)  
Fernando Gascón Inchausti (University Complutense of Madrid, Spain)  
Frédérique Ferrand (University of Lyon, France)  
Fredie Didier Jr. (Federal University of Bahia, Brazil)  
Giorgio Costantino (University of Rome, Roma Tre, Italy)  
Giovanni Priori Posada (Pontifícia Universidade Católica del Perú)  
Jordi Nieva-Fenoll (University of Barcelona, Spain)  
José Roberto Bedaque (University of São Paulo, Brazil)  
Juan José Monroy Palacios (Pontifícia Universidad Católica, Peru)  
Loïc Cadiet (University of Paris, Sorbonne, France)  
Marino Marinelli (University of Trento, Italy)  
Michele Angelo Lupoi (University of Bologna, Italy)  
Miguel Teixeira de Sousa (University of Lisbon, Portugal)  
Mostefa Maouene (University Sidi bel Abbès, Algeria)  
Neil Andrews (University of Cambridge, England)  
Nikolaos Klamaris (University of Athens, Greece)  
Paula Costa e Silva (University of Lisbon, Portugal)  
Paula Sarno Braga (Federal University of Bahia, Brazil)  
Peter L. Murray (University of Harvard, United States)  
Remo Caponi (University of Florence, Italy)  
Rodrigo Rodriguez (University of Bern, Switzerland)  
Rolf Stürner (University of Freiburg, Germany)  
Teresa Arruda Alvim (Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, Brazil)

#### **Executive Editors**

Ravi Peixoto (UERJ)  
Alberto Trigo (UERJ)  
Marcus Seixas Souza (UFBA)  
Felipe Batista (UFBA)

#### **Reviewers (this issue)**

Flavio Pedron (Faculdade Guanambi/BA)  
Leonard Schmitz – PUC/SP  
Renata Cortez – UERJ  
Pedro Henrique Nogueira - UFAL  
Filipe Ramos de Oliveira - USP  
Ronaldo Kochem - USP  
Daniel Colnago - USP  
Welder Queiroz - UFMT  
Fernanda Vogt - UERJ  
Juliana Melazzi - UERJ  
Maria Gabriela Campos - UFPE  
Lara Dourado - UFC.



Civil Procedure Review  
AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

# Civil Procedure Review

2022





FACULDADE  
BAIANA DE  
DIREITO

FACULDADE BAIANA DE DIREITO E GESTÃO



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

**Copyright:** Faculdade Baiana de Direito

Todos os direitos desta edição reservados a Faculdade Baiana de Direito e ProcNet.  
É terminantemente proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio ou processo, sem a expressa autorização do autor, da Faculdade Baiana de Direito e da ProcNet. A violação dos direitos autorais caracteriza crime descrito na legislação em vigor, sem prejuízo das sanções civis cabíveis.





# Civil Procedure Review

## AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

### **Jorge Luiz Rodrigues Campanharo**

Graduado em Direito pela Universidade Positivo. Pós-graduando em Processo Civil. Pesquisador do Grupo de Pesquisa “Fundamentos do Processo Civil Contemporâneo”, vinculado à Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Integrante do Grupo de Pesquisa Direito, tecnologia e desenvolvimento: organizações econômicas e sociais, da Universidade Positivo. E-mail: [jorgelrcampanharo@hotmail.com](mailto:jorgelrcampanharo@hotmail.com)

### **Luiz Roberto Hijo Sampietro**

Doutorando (2019) e Mestre em Direito Processual Civil pela Universidade de São Paulo - USP (2018). Professor de processo civil em cursos de pós-graduação *lato sensu*. Advogado militante na área cível (contencioso, consultivo e contratual). E-mail: [betohijo@yahoo.com.br](mailto:betohijo@yahoo.com.br)

### **Jeremy Paul**

Professor Associado da University of Miami School of Law; A.B, Princeton University, 1978; J.D., Harvard University, 1981. Eu sou grato: a Madelyn Fudeman e Jennifer Jaff, pela ajuda e pelo encorajamento; a Mary Coombs, Michael Fischl, Laurel Leff, Lili Levi, Bernard Oxman, Deborah Platt e William Twining, pelas suas úteis sugestões; e, especialmente, a Steven Winter, pelo seu atencioso e provocativo desafio à minha abordagem. Cf. S. Winter, *It’s All in the Telling: Law as a Language for Social Thought* (Janeiro de 1988, manuscrito não publicado).

### **João Pedro de Souza Mello**

Bachelor’s degree in Law from the University of Brasília, in Brazil. Lawyer in Brasília, Brazil.

### **Gabriel Seijo Leal de Figueiredo**

Doutor e Mestre em Direito Civil pela PUC-SP. Professor da Faculdade Baiana de Direito

Doctor and Master in Civil Law from PUC-SP. Professor of Law at Faculdade Baiana de Direito

### **Annalisa Triggiano**

Docente a contratto di “Roman Law” presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche dell’Università degli Studi di Bologna. E.mail: [annalisa.triggiano@unibo.it](mailto:annalisa.triggiano@unibo.it)

## **Rodrigo Martins Cantanhede**

Lawyer in Maranhão, Brazil.

## **Luís Felipe Freind dos Santos**

Master in Procedural Law (University of São Paulo, Brazil). Attorney of the National Treasury.

## **Diego Palomo Vélez**

Profesor de Derecho procesal de la Universidad de Talca, Chile. Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. IR Proyecto de Investigación Fondecyt Regular N° 1200069.

## **e Carlos Gajardo Ortíz**

Juez de Letras del Trabajo en Curicó, Chile. Magíster en Derecho, con mención en Derecho procesal de la Universidad de Talca.



# Civil Procedure Review

AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

## Sumário

### • 1

#### **Processo estrutural e o problema da coisa julgada ..... 11**

Structural injunction and the problem of *res judicata*

*Jorge Luiz Rodrigues Campanharo and Luiz Roberto Hijo Sampietro*

1. Introdução.....	12
2. Linhas gerais sobre o processo estrutural.....	13
3. Noções gerais sobre o regime jurídico da coisa julgada.....	15
4. (In)compatibilidade da coisa julgada com o processo estrutural.....	17
5. Segurança jurídica para além da ideia de imutabilidade e indiscutibilidade.....	20
6. Conclusão.....	27
7. Referências.....	27

### • 2

#### **“Uma história de dormir” ..... 31**

Bedtime Story

*Jeremy Paul*

I. Além de The Bramble Bush: sobre Cabbages and Kings.....	31
II. Uma história de dormir.....	43

### • 3

#### **Relação jurídica processual, bilateralidade e pensamento conceitual no Direito..... 49**

Procedural relationship, bilaterality and conceptual thinking in law

*João Pedro de Souza Mello*

1. Introdução.....	50
2. O fracasso do projeto anti-racionalista de Savigny.....	51

3. A inevitabilidade do pensamento conceitual no Direito.....	58
4. Relação jurídica como espaço contextual e como conceito jurídico .....	62
5. O processo como relação jurídica no Estado Constitucional.....	67
6. Conclusões.....	73
7. Referências .....	75

#### • 4

### **Cláusula compromissória em plano de recuperação judicial: credores alcançados .....** **81**

Arbitration clause in judicial reorganization plans: subject creditors

*Gabriel Seijo Leal de Figueiredo*

1. Cláusula compromissória em plano de recuperação judicial .....	82
2. Consensualismo na arbitragem .....	84
3. Cláusula compromissória e desnecessidade de consentimento expreso .....	87
4. Natureza contratual do plano de recuperação judicial e autonomia da cláusula compromissória .....	90
5. Credores alcançados pela cláusula compromissória.....	91
6. Credores não alcançados pela cláusula compromissória.....	92
7. Plano alternativo dos credores .....	94
8. Conclusão .....	95
9. Bibliografia.....	95

#### • 5

### **Some Remarks on Extinctive Prescription in Legal History .....** **99**

*Annalisa Triggiano*

Introduction.....	100
1. The Origins of Extinctive Prescription.....	101
2. <i>Praescriptiones</i> in Classical Roman Law?.....	102
3. Extinctive Prescription and Theodosius II.....	104
Conclusions.....	109

#### • 6

### **O que vincula no pronunciamento firmado em julgamento de recursos especiais repetitivos? .....** **111**

What is binding in the final ruling of the pilot-judgement?

*Rodrigo Martins Cantanhede and Luís Felipe Freind dos Santos*

1 Introdução.....	112
-------------------	-----

2 Recursos especiais repetitivos como técnica de formação de pronunciamentos vinculantes .....	113
2.1 Dever de observância de entendimento firmado pelo rito dos recursos especiais repetitivos.....	115
2.2 Julgamento de casos repetitivos: categoria de mecanismos distintos, mas uniformes.....	117
3 Elemento vinculante dos acórdãos de recursos especiais repetitivos.....	119
3.1 Considerações sobre <i>ratio decidendi</i> e <i>obiter dictum</i> .....	120
3.2 Uma observação da <i>ratio decidendi</i> e do <i>obiter dictum</i> na prática.....	123
3.3 Tese jurídica: espécie de súmula? .....	125
4 Conclusão .....	127
Referências.....	128

## • 7

### **A propósito de las críticas por la inversión del contradictorio en el monitorio laboral chileno y ante la limitación recursiva contra la resolución que niega la nulidad del emplazamiento: propuestas de solución .....** **131**

About of the critics for the investment of the contradictory in the chilean labor payment procedure and in view of the recursive limitation against the resolution that denies the nullity of the notification: proposals for a solution

*Diego Palomo Vélez and Carlos Gajardo Ortíz*

1. A modo de introducción .....	132
2. De la estructura del monitorio laboral y de la “sentencia anticipada”.....	134
3. Reparos ante la “inversión del contradictorio” y la “sentencia anticipada”.....	136
3.1. Diferenciación en el origen de estos reparos.....	137
3.2. Errores judiciales al momento de proveer la demanda monitoria .....	137
3.2.1. De la citación de oficio a audiencia monitoria única.....	137
3.2.2. La resolución que se dicta <i>inaudita altera parte</i> no es una sentencia definitiva .....	139
3.2.3. Al pronunciarse <i>inaudita altera parte</i> no se debe realizar un análisis del fondo.....	140
3.3. Críticas que surgen de una errada apreciación al monitorio laboral .....	142
4. De la notificación fehaciente de la “sentencia anticipada” para el éxito del monitorio..	143
5. ¿Notificación personal como único emplazamiento aceptado? .....	145
6. Del incidente de nulidad de todo lo obrado por falta de emplazamiento, su rechazo y de la restricción recursiva .....	146
6.1. Oportunidad en la que se alega .....	146
6.2. Tribunal competente para conocer del incidente de nulidad .....	147

6.3. Del rechazo de la incidencia de nulidad.....	148
6.4. Marco legal restrictivo de la apelación en sede laboral.....	148
6.5. Actual criterio jurisprudencial predominante en la materia.....	149
7. Críticas a la actual solución dada por el legislador y la jurisprudencia predominante.....	150
7.1. Del incidente de nulidad en comento ¿única instancia e infalibilidad del juez?.....	150
7.2. Existe un reconocimiento implícito del constituyente al derecho al recurso.....	152
7.3. El derecho al recurso tiene aceptación supraconstitucional en toda judicatura...	152
7.4. Del deber del legislador de dar garantías en el proceso.....	154
7.5. No existen otras medidas correctivas a aplicar.....	155
7.6. La seguridad jurídica pretendida no puede respaldarse en un error judicial.....	156
8. Propuesta de solución acorde a la <i>lege lata</i> y la jurisprudencia minoritaria.....	157
8.1. Si la resolución recurrida no pone fin al monitorio laboral, ¿qué lo hace?.....	158
8.2. De la redacción ambigua del C. del Trabajo al reforzar la restricción recursiva..	159
8.3. Naturaleza jurídica de la resolución apelada y de la supletoriedad del C. de Procedimiento Civil.....	159
8.4. Los “principios formativos” laborales no impiden esta solución jurisprudencial	160
8.4.1. Concentración e inmediatez.....	162
8.4.2. De la oficialidad.....	162
8.4.3. Bilateralidad de la audiencia y gratuidad.....	162
8.4.4. Celeridad y la buena fe procesal.....	163
9. Propuesta de solución definitiva acorde a <i>lege ferenda</i> .....	165
9.1. “Principios” condicionantes a ésta reforma legal: celeridad, gratuidad y buena fe	165
9.1.1. Celeridad y la concesión en ambos efectos.....	165
9.1.2. La buena fe procesal, gratuidad y la exigencia de fianza el recurrente...	166
10. Conclusiones.....	167
Bibliografía citada.....	169
Jurisprudencia citada.....	172
Normas jurídicas citadas.....	176



# Civil Procedure Review

## AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

1

## PROCESSO ESTRUTURAL E O PROBLEMA DA COISA JULGADA

STRUCTURAL INJUNCTION AND THE PROBLEM OF RES JUDICATA<sup>1</sup>

**Jorge Luiz Rodrigues Campanharo<sup>2</sup>**  
**e Luiz Roberto Hijo Sampietro<sup>3</sup>**

**Resumo:** Partindo-se da superação da rigidez bifásica (conhecimento x execução) do processo civil tradicional, o presente artigo tem como objetivo identificar os argumentos doutrinários e permissivos legais que autorizem e viabilizem a desvinculação do processo estrutural da autoridade da coisa julgada material. Para tanto, a pesquisa é desenvolvida a partir da abordagem dedutiva e se valerá de minucioso acervo bibliográfico. Verificou-se que a concepção tradicional da coisa julgada material não se amolda à necessidade de um litígio estrutural, dada a intensa mutabilidade fática desse último. Com isso, observou-

- 1 Essa é uma versão revisada e aumentada do artigo que alcançou a quarta colocação do Prêmio IBDP - Afilhada(o) Acadêmica(o), do Programa Mulheres no Processo Civil, promovido pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual por intermédio do Projeto Mulheres no Processo Civil.
- 2 Graduado em Direito pela Universidade Positivo. Pós-graduando em Processo Civil. Pesquisador do Grupo de Pesquisa "Fundamentos do Processo Civil Contemporâneo", vinculado à Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Integrante do Grupo de Pesquisa Direito, tecnologia e desenvolvimento: organizações econômicas e sociais, da Universidade Positivo. E-mail: [jorgelrcampanharo@hotmail.com](mailto:jorgelrcampanharo@hotmail.com)
- 3 Doutorando (2019) e Mestre em Direito Processual Civil pela Universidade de São Paulo - USP (2018). Professor de processo civil em cursos de pós-graduação *lato sensu*. Advogado militante na área cível (contencioso, consultivo e contratual). E-mail: [betohijo@yahoo.com.br](mailto:betohijo@yahoo.com.br)

se que há respaldo normativo capaz de sustentar a manutenção de um processo judicial desvinculado da ideia de imutabilidade e indiscutibilidade da decisão transitada em julgado. Assim, concluiu-se que é possível a adoção prática de um novo paradigma à coisa julgada material, que é a segurança jurídica como continuidade, propondo-se, portanto, uma reflexão sobre a clássica visão das estabilidades das decisões judiciais.

**Palavras-chave:** Processo civil. Processo estrutural. Coisa julgada material. Continuidade jurídica. Segurança jurídica.

**Abstract:** As the *cognizance x enforcement* trait of Brazilian Civil Procedure is left behind, this paper aims to identify the doctrinal arguments and sections which untie structural injunctions from the authority of *res judicata*. In order to do so, this study adopts the deductive approach and is based on relevant legal literature. It has found out that traditional *res judicata* does not meet the needs of a structural injunction, once the latter is subject to several and permanent changes concerning the facts of the case. Besides that, the paper identifies institutions which are able to provide a judicial process stripped off of the idea of immutability and indisputability stemming from *res judicata*. As a result, the study concludes it is possible to attain legal certainty without *res judicata* by adopting a new proposition: legal certainty as a continuous motion.

**Keywords:** Civil procedure. Structural injunction. *Res judicata*. Legal continuity. Legal certainty.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Linhas gerais sobre o processo estrutural. 3. Noções gerais sobre o regime jurídico da coisa julgada. 4. (In)compatibilidade da coisa julgada com o processo estrutural. 5. Segurança jurídica para além da ideia de imutabilidade e indiscutibilidade. 6. Conclusão. 7. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

Sendo o litígio estrutural uma realidade no Brasil, do qual é relevante exemplo o Caso do Rio Doce<sup>4</sup>, considerado o maior desastre ambiental da história do Brasil, ainda há muitos aspectos teóricos com repercussões práticas que se revelam obscuros quando o operador do direito se debruça sobre o estudo da tutela de litígios de interesse público<sup>5</sup>. Dentre eles, tem-se o problema da compatibilidade da coisa julgada material com a mencionada espécie de conflito de interesses.

Portanto, objetiva-se compreender a forma como o processo estrutural se comporta à luz do instituto da coisa julgada, ou, de forma mais específica, verificar a

4 ZANETI JR., Hermes. Processo Coletivo no Brasil: Sucesso ou Decepção? *Civil Procedure Review*, v. 10, p. 11-40, 2019.

5 *Public Law Litigation* é um termo adotado por Abram Chayes, professor da Universidade de Harvard, para nomear um novo modelo de litigância que vai além de um processo bipolarizado e individualista, em que se busca a democratização do processo e a efetivação dos valores públicos. In: CHAYES, Abram. *The role of the judge in public law litigation*. *Harvard Law Review*, vol. 87, n.7, p. 1281-1316, maio, 1976, p. 1282-1284.



(in)compatibilidade da lógica do processo estrutural com aquele instituto e perquirir as hipóteses apresentadas pela doutrina como alternativas ao modelo tradicional de estabilidade rígida imposta pela coisa julgada material.

Para tanto, o presente trabalho é dividido em três momentos. Em um primeiro momento, identificaremos as características do processo estrutural. No segundo momento, realizaremos breve estudo teórico acerca do regime jurídico da coisa julgada. No capítulo 4 discutiremos a aplicabilidade da coisa julgada ao processo estrutural. No último capítulo, apresentaremos alternativa à tradicional concepção de segurança jurídica ligada à imutabilidade e indiscutibilidade da decisão judicial.

## 2. LINHAS GERAIS SOBRE O PROCESSO ESTRUTURAL

O modelo processual tradicional, como descrito por Abram Chayes, é tido como inadequado para tutelar litígios que envolvam questões sociais e econômicas<sup>6</sup>. O autor entende que o tradicional processo civil é caracterizado como um modelo bipolar, pois limita a discussão da demanda somente entre os litigantes; é um processo vinculado à vontade das partes, portanto, sob a égide dos princípios da congruência e da demanda; é, por fim, veiculador de litígio retrospectivo, haja vista a que a marcha procedimental se desenvolve com base em eventos passados para viabilizar a incidência das medidas legais pertinentes ao caso e às partes<sup>7</sup>.

O cenário não é diferente quando se fala no direito processual civil brasileiro. Segundo Sérgio Cruz Arenhart, o diploma processual brasileiro é concebido para lidar com uma espécie muito bem determinada de litígios. Ele foi pensado para lidar com a situação típica da “lide”, em que há polarização dos conflitos operada no processo. Constitui, obviamente, uma simplificação dos problemas que ocorrem no meio social, mas que funciona bem para a maioria dos conflitos de direito privado<sup>8</sup>.

Contudo, na tutela de determinados conflitos, como aqueles dotados de complexidade, e que são poliformes, difusos e multipolares, constata-se que eles não se enquadram na lógica processual tradicional. Isto porque tratam-se de litígios que necessitam de mecanismos jurídicos aptos a viabilizar uma tutela racional, que instrumentalize a jurisdição como meio de garantir a democratização do processo<sup>9</sup>.

6 CHAYES, Abram. *The role of the judge in public law litigation*. *Harvard Law Review*, vol. 87, n.7, p. 1281-1316, maio, 1976, p. 1288.

7 CHAYES, Abram. *The role of the judge in public law litigation*. *Harvard Law Review*, vol. 87, n.7, p. 1281-1316, maio, 1976, p. 1282-1283.

8 ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. *Revista de Processo*, v. 38, n. 225, p. 389-410, nov. 2013, p. 390-391.

9 LUNARDI, Thais Amoroso Paschoal. Decisões estruturais sobre políticas públicas: uma análise a partir da teoria das capacidades institucionais. In: ALEXANDRE, André Demétrio (Coord). *Interações e tensões entre o direito constitucional e a política*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2019, p. 96.

Em resposta ao referido problema, a doutrina brasileira, influenciada pela norte americana<sup>10</sup>, vem defendendo, como modelo alternativo à lógica processual tradicional, a utilização do processo estrutural. O processo estrutural, meio pelo qual o juiz, confrontando a burocracia estatal com valores constitucionais, (i) compromete-se a reestruturar o ente violador para eliminar a ameaça a tais valores praticados pelos arranjos institucionais existentes<sup>11</sup>, (ii) possibilita a adequada tutela jurisdicional dos direitos fundamentais sociais, sendo capaz de reduzir os déficits de efetividade da atuação dos responsáveis pela implantação de políticas públicas, observando, ainda, os limites democráticos e a capacidade técnica do Judiciário na intervenção de matérias atribuídas preliminarmente ao Poder Público, bem como (iii) viabiliza a democratização e participação dos interessados no processo.

Feitas as considerações introdutórias quanto ao tema, e antes da exposição das características comuns ao processo e litígio estrutural, cabem aqui alguns esclarecimentos conceituais. O processo estrutural é aquele que tem por objeto o litígio estrutural; este, por sua vez, é pautado em um problema estrutural, cuja a característica é a existência de um estado de desconformidade estruturada, contínua e permanente, que não corresponde ao estado de coisas considerado ideal<sup>12</sup>.

Superadas as questões conceituais, observa-se que no âmbito nacional os processualistas vêm delineando importantes aspectos do processo e do litígio estrutural que possibilitam a melhor compreensão deste mecanismo. Dentre as diversas e importantes contribuições da doutrina brasileira destacam-se as seguintes<sup>13</sup>: (i) complexidade; (ii) multipolaridade ou policentrismo; (iii) prospectividade; (iv) flexibilidade procedimental; e (v) a cisão das atividades de cognição e execução ao longo do procedimento.

Esse trabalho dedica-se a estudar os últimos atributos acima destacados: flexibilidade procedimental e alternância, intermitência e pervasividade das atividades

10 CHAYES, Abram. *The role of the judge in public law litigation*. **Harvard Law Review**, vol. 87, n.7, p. 1281-1316, maio, 1976; FISS, Owen. The forms of justice. **Harvard Law Review**, v. 93, n. 1, nov. 1979.

11 FISS, Owen. The forms of justice. **Harvard Law Review**, v. 93, n. 1, nov. 1979, p. 2.

12 DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo**. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 574-576.

13 DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo**. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 580-585; ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. **Revista de Processo**, v. 38, n. 225, p. 389-410, nov. 2013, p. 401; ARENHART, Sérgio Cruz. Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes. *In*: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (orgs.). **Processos estruturais**. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 422-448; ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da. **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 475-492; NUNES, Leonardo Silva. A Certificação de Processos Estruturais. *In*: REICHEL, Luis Alberto; JOBIM, Marco Félix. **Coletivização e unidade do direito**. v. 1. 1. ed. Londrina: Thoth, 2019, p. 325-343; LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. Litígios Estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. *In*: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Coord.). **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 369-4220; LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. Litígios. **Processo Civil Estrutural: Teoria e Prática**. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

de cognição e execução ao longo do procedimento, dada a repercussão direta deles na problemática da coisa julgada à vista do processo estrutural, como será explorado com mais vagar no capítulo 4.

Em razão da dinamicidade do litígio estrutural, o procedimento rígido do processo civil tradicional revela-se insuficiente para tutelar interesses públicos. Defende-se, portanto, como formas de eliminação da citada insuficiência, a plasticidade procedimental, com a atenuação do princípio da demanda<sup>14</sup>, a ampliação do regime de participação no processo<sup>15</sup> e a superação da cisão entre a fase de conhecimento e a fase de execução<sup>16</sup>. É neste último exemplo que reside a problemática da coisa julgada material, objeto de exame do capítulo 4 desse estudo.

### 3. NOÇÕES GERAIS SOBRE O REGIME JURÍDICO DA COISA JULGADA

Antes de debruçarmos no estudo do instituto da coisa julgada, é importante pontuar que esse artigo repercute tanto na modalidade da tutela individual quanto na da tutela coletiva, uma vez que o fundamento do processo estrutural não está ligado umbilicalmente ao litígio coletivo, e sim a um conflito complexo, polimorfo, que conta com multiplicidade de interesses<sup>17</sup>. Ou seja, há demandas formalmente individuais (bipolares), que possuem natureza estruturante e devem ser tratadas como tais, haja vista a que o caso não pode ser adequadamente resolvido mediante mecanismos e procedimentos de resolução de conflitos voltados ao processo individual<sup>18</sup>. Nesse sentido, sustenta Felipe Barreto Marçal que é “(...) necessário, portanto, tratar essas demandas formalmente individuais como aquilo que elas verdadeiramente são: demandas estruturantes (...)”<sup>19</sup>.

Portanto, partindo-se do pressuposto de que a conformação do litígio estrutural independe de seu enquadramento na moldura de um processo individual ou coletivo, não há como negar a magnitude da coisa julgada no litígio estrutural quando comparada à tutela essencialmente bipolarizada. Isto porque, segundo a categorização do litígio

14 COTA, Samuel Paiva. **Do pedido e da participação**: proposições para o desenvolvimento de uma teoria acerca dos processos estruturais. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Turismo e Museologia, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, 2019, f. 250..

15 DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. **Revista de Processo**. vol. 303/2020. p. 45-81. Maio/2020. p. 53.

16 VIOLIN, Jordão. *Holt v. Sarver* e a reforma do sistema prisional no Arkansas. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Felix (orgs.). **Processos estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 351.

17 NUNES, Leonardo Silva. A Certificação de Processos Estruturais. In: REICHEL, Luis Alberto; JOBIM, Marco Félix (orgs.). **Coletivização e unidade do direito**. v. 1. 1ª Ed. Londrina: Thoth, 2019, p. 323.

18 MARÇAL, Felipe Barreto. Processos estruturantes (multipolares, policêntricos ou multifocais): gerenciamento processual e modificação da estrutura judiciária. **Revista de Processo**, v. 289, p. 423-448, 2019, p. 426-427.

19 MARÇAL, Felipe Barreto. Processos estruturantes (multipolares, policêntricos ou multifocais): gerenciamento processual e modificação da estrutura judiciária. **Revista de Processo**, v. 289, p. 423-448, 2019, p. 426-427.

estrutural como litígio irradiado, proposta por Edilson Vitorelli, o litígio estrutural veicula lesão que afeta a sociedade de modo desigual<sup>20</sup>, “(...) dando origem a subgrupos que não compõem uma comunidade, não têm a mesma perspectiva social e não serão atingidos da mesma forma e com a mesma intensidade pelo resultado do litígio”<sup>21</sup>.

Posta a reflexão acima, é interessante lembrar que Giuseppe Chiovenda entende que a coisa julgada tem por finalidade a manutenção da ordem e da segurança da vida social. Assim, para o autor, o que foi decidido pelo juiz, quando revestido da autoridade da coisa julgada, não mais poderá ser objeto de discussão em processos futuros<sup>22</sup>. Nesse mesmo sentido, José Carlos Barbosa Moreira afirma que a coisa julgada possui finalidade prática, qual seja, a de preservar a inalterabilidade daquilo que já foi decidido e transitou em julgado, impedindo-se eventual impugnação daquilo que restou julgado<sup>23</sup>.

Tradicionalmente, a coisa julgada é compreendida como a autoridade que reveste a sentença de mérito após o esgotamento dos recursos, dando ao conteúdo decisório a qualidade de imutabilidade e indiscutibilidade<sup>24</sup>. Trata-se de garantia constitucional que tem por finalidade atribuir segurança às relações jurídicas atingidas pelos efeitos da sentença<sup>25</sup>.

Quanto aos seus aspectos gerais, a coisa julgada é um instituto jurídico que apresenta natureza multifacetada<sup>26</sup>. Uma delas é a distinção entre coisa julgada material e coisa julgada formal. A primeira constitui óbice à discussão, em processos futuros, de uma pretensão que já foi decidida. Já a coisa julgada formal refere-se a um fenômeno endoprocessual, pelo qual a sentença será imutável dentro da relação processual em que a demanda foi julgada<sup>27</sup>.

A coisa julgada conta também com dois efeitos distintos: o negativo e o positivo. O efeito negativo é impeditivo de novo julgamento daquilo que já foi decidido na

20 LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. Litígios Estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Coord.). **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017. Cap. 12. p. 373-374.

21 LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. Litígios. **Processo Civil Estrutural: Teoria e Prática**. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 396.

22 CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. vol. III, trad. 2 ed. italiana, Guimarães Menegale e notas Enrico Tullio Liebman, São Paulo: Saraiva e Cia Editores, São Paulo: Saraiva e Cia Editores, 1943 (vol. III, 1945), n. 380, p. 518.

23 MOREIRA, José Carlos Barbosa. Coisa julgada e declaração. In: **Temas de direito processual: 1ª série**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 83.

24 LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e Autoridade da Sentença**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense. 1984, p. 6.

25 DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a coisa julgada material. **Revista da Escola Paulista da Magistratura**, v. 2, nº 2, p. 7-45, julho-dezembro/2001, p. 8.

26 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Jurisdição coletiva e coisa julgada: Teoria geral das ações coletivas**, 2 ed, rev., at., ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, 119.

27 MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ainda e sempre a coisa julgada. **Revista dos Tribunais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 59, n. 416, p. 9–17, jun., 1970, p. 15.

demanda anterior. O efeito positivo corresponde à utilização do provimento alcançado pela coisa julgada como premissa para o julgamento de processos futuros<sup>28</sup>.

Outrossim, tem-se os limites objetivos e subjetivos da coisa julgada. Os limites subjetivos concernem aos sujeitos que ficarão vinculados à imutabilidade da decisão. Daí advém os gêneros *inter partes*, *erga omnes*, *ultra partes*<sup>29</sup> e *pro et contra*. Os limites objetivos buscam, por sua vez, identificar o conteúdo da sentença que se torna imutável. Sem entrar na problemática dos limites objetivos da coisa julgada, comumente entende-se que o conteúdo da coisa julgada está ligado ao pedido da demanda<sup>30</sup>, havendo, ainda, a possibilidade de a autoridade da coisa julgada material apanhar as questões prejudiciais, conforme a regra do § 1º do art. 503 do Código de Processo Civil<sup>31</sup>.

Por fim, daqui em diante, ao referir-se à coisa julgada estar-se-á a falar sobre a coisa julgada no seu aspecto material, haja vista a que coisa julgada formal, comum a todos os processos, se trata de preclusão<sup>32</sup>. No presente trabalho, é na coisa julgada material que a problemática proposta se torna importante, uma vez que é nela que se encontra o conteúdo decisório dotado de autoridade vinculante às partes, com efeitos tanto dentro como fora do processo<sup>33</sup>.

#### 4. (IN)COMPATIBILIDADE DA COISA JULGADA COM O PROCESSO ESTRUTURAL

Dentre as características apresentadas no capítulo 2, a necessidade de superação da rigidez do modelo bifásico da fase de conhecimento e da execução, que repercute diretamente no instituto da coisa julgada, é a que mais se revela controversa quando se discute o processo estrutural.

Isto ocorre porque o problema derivado do litígio estrutural se prolonga no tempo. De acordo com Marcella Ferraro, não há uma decisão judicial como fim do processo estrutural, tampouco se tem uma fase executória "(...) (potencialmente) curta e com um objetivo determinado (e fixo). A própria mudança que vai sendo empreendida

28 SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de processo civil**: processo de conhecimento. vol. 1, 7. ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 470-471.

29 ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, 417.

30 GIDI, Antonio; TESHEINER, José Maria Rosa; PRATES, Marília. **Limites Objetivos da Coisa Julgada no Projeto de Código de Processo Civil**: Reflexões Inspiradas na Experiência Norte-Americana. Revista de Processo. São Paulo, v. 36, n. 194, p. 101-138, abr. 2011, p. 104.

31 Para aprofundamento, ler SAMPIETRO, Luiz Roberto Hijo. Primeiras reflexões sobre a possibilidade de a coisa julgada atingir as questões prejudiciais no Novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, v. 253, p. 185, 2016; ANDREATINI, Livia Losso. Coisa julgada sobre questão prejudicial: o necessário equilíbrio entre segurança jurídica e liberdade das partes. **Sistemas Judiciales**, v. 22, p. 154-167, 2019.

32 DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a coisa julgada material. **Revista da Escola Paulista da Magistratura**, v. 2, nº 2, p. 7-45, julho-dezembro/2001, p. 12.

33 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Jurisdição coletiva e coisa julgada**: Teoria geral das ações coletivas, 2 ed, rev., at., ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, 120.

pode ocasionar a alteração dos seus objetivos iniciais. A dinamicidade marca esses litígios<sup>34</sup>. O processo pode buscar determinado resultado, mas os objetivos podem se alterar quando alcançados, ou até mesmo antes disso. O contexto se altera, surgindo novas necessidades e circunstâncias ou questões não obrigatoriamente antes tidas como importantes ou sequer imaginadas, que desafiam a postulação inicial<sup>35</sup>. Por isso, Jordão Violin defende ser necessária a superação definitiva da dualidade *cognição x execução*<sup>36</sup>.

Ainda com base em Marcella Ferraro, as atividades de cognição voltadas ao esclarecimento das questões fáticas do caso se desenvolvem paulatinamente, sendo avessas ao processo regulado por procedimento rígido, pois o processo estrutural “(...) contará não com uma sentença que o encerra ou que põe fim à fase de conhecimento, mas com inúmeras decisões”<sup>37</sup>, denominadas ciclos de decisões<sup>38</sup> ou provimentos em cascata<sup>39</sup>. Trata-se de medidas estruturais que podem revelar caráter de provisoriedade e de adaptabilidade da decisão judicial ao longo do tempo, de modo que o juiz deve verificar se a decisão antes tomada ainda é adequada à tutela do litígio estrutural. Se a medida se mostrar insuficiente ou não mais compatível com o caso, deve o juiz ajustá-la às novas necessidades da demanda<sup>40</sup>.

Com isso, diferentemente do processo civil bipolarizado e retrospectivo, o processo estrutural volta-se para a prestação de tutela jurisdicional prospectiva<sup>41</sup>, preocupada em solucionar as causas do problema estrutural, e não somente as suas consequências<sup>42</sup>.

Para Edilson Vitorelli, condicionar a resolução do litígio estrutural a uma sentença definitiva resulta em decisão vazia, uma vez que esta não se adequará à realidade fática do caso<sup>43</sup>. Como já apontado, a tutela do litígio estrutural é contínua, observando-se a mutabilidade do contexto fático do problema estrutural, e não prestada de forma

34 FERRARO, Marcella Pereira. **Do processo bipolar a um processo coletivo estrutural**. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015, f. 31.

35 FERRARO, Marcella Pereira. **Do processo bipolar a um processo coletivo estrutural**. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015, f. 31.

36 VIOLIN, Jordão. *Holt v. Sarver* e a reforma do sistema prisional no Arkansas. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Felix (orgs.). **Processos estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 351.

37 FERRARO, Marcella Pereira. **Do processo bipolar a um processo coletivo estrutural**. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015, f. 3.

38 FISS, Owen M. *The civil rights injunction*. **Bloomington: Indiana University Press**, 1978, p. 36.

39 ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. **Revista de Processo**, v. 38, n. 225, p. 389-410, nov. 2013, p. 401.

40 MARÇAL, Felipe Barreto. **Processos estruturantes**. 1.ed. Salvador: Juspodivm, 2021, p.158.

41 RESNIK, *Judith. Managerial Judges*. **Yale Law School Legal Scholarship Repository**, p. 378, 1982, p. 391.

42 STURM, Susan. *A normative theory of public law remedies*. **Georgetown Law Journal**, v. 79, p. 1357-1445, 1991, p. 1377.

43 LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. Litígios. **Processo Civil Estrutural: Teoria e Prática**. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 391.

rígida e estática<sup>44</sup>. Percebe-se, assim, ser incabível a ideia de uma sentença definitiva, coberta pela coisa julgada, em razão da própria e inerente dinamicidade do problema estrutural. Contudo, o argumento de plasticidade, entendido como o afastamento da coisa julgada para situações diversas das previstas em lei, encontra empecilho no direito.

De acordo com Antonio Gidi, a coisa julgada foi criada com a finalidade de pôr fim aos conflitos litigiosos, evitando-se a infundável discussão posta em juízo que acarretaria em insegurança e incômodo<sup>45</sup>. Em resumo, o autor afirma que “(...) justiça sem estabilidades é equivalente a nenhuma justiça”<sup>46</sup>.

No mesmo passo, José Ignácio Botelho de Mesquita sustenta que a coisa julgada é preceito constitucional visto como cláusula pétrea, não podendo ser alterada nem mesmo por emenda constitucional. Nesse raciocínio, defende Botelho de Mesquita que a coisa julgada está protegida até mesmo de investidas do legislador; igualmente, o Poder Judiciário fica impedido de dar a ela contornos divergentes da regra constitucional<sup>47</sup>.

Nota-se, portanto, que há importante doutrina que entende pela impossibilidade de afastamento da coisa julgada: para Barbosa Moreira<sup>48</sup> e Eduardo Talamini<sup>49</sup>, por exemplo, posterior alteração do contexto fático em demanda já decidida não altera a autoridade da coisa julgada, tratando-se, na verdade, de nova situação que comporta outra demanda com nova causa de pedir fora dos limites objetivos da coisa julgada anterior.

A partir dessas considerações, a problemática que se instaura é a de como preservar a legitimidade<sup>50</sup> do processo estrutural diante da autoridade da coisa julgada material, uma vez que nem sempre o encerramento dos debates judiciais assegura a entrega de tutela jurisdicional justa, adequada e efetiva ao litígio estrutural. Esse é o objeto do capítulo seguinte desse escrito.

44 LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. Litígios Estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Coord.). **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 405-406.

45 GIDI, Antônio. **Coisa julgada e litispendência nas ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 6.

46 GIDI, Antônio. **Coisa julgada e litispendência nas ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 8. Nesse sentido, MESQUITA, José Ignácio Botelho de. **A Coisa Julgada**. 1ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 100-101.

47 MESQUITA, José Ignácio Botelho de. **A Coisa Julgada**. 1ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.101.

48 MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ainda e sempre a coisa julgada. **Revista dos Tribunais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 59, n. 416, p. 9–17, jun., 1970, p. 15.

49 TALAMINI, Eduardo. A coisa julgada no tempo (limites temporais da coisa julgada). **Revista do Advogado**, v. 88, p. 56-63, 2006, p. 58.

50 Susana Henriques da Costa assevera que o processo é legítimo quando assegura a qualidade dos resultados obtidos. A respeito, veja-se COSTA, Susana Henriques da. A imediata judicialização dos direitos fundamentais sociais e o mínimo existencial: relação direito e processo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da. **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 397-398.



## 5. SEGURANÇA JURÍDICA PARA ALÉM DA IDEIA DE IMUTABILIDADE E INDISCUTIBILIDADE

Dada a impossibilidade de subordinação do processo estrutural à lógica tradicional da coisa julgada sem condenar a tutela jurisdicional estrutural à falibilidade, a doutrina brasileira tem buscado subsídios teóricos e legais que viabilizem a manutenção do processo estrutural desvinculado da rigidez da autoridade da coisa julgada material.

São três os principais argumentos trazidos pela doutrina brasileira em defesa do afastamento da coisa julgada material do processo estrutural. São eles: (i) a implantação de decisão estrutural submete-se à cláusula *rebus sic stantibus*<sup>51</sup>, prevista no art. 505, inciso I, do Código de Processo Civil; (ii) o art. 10, da Lei do Mandado de Injunção, como base normativa para o afastamento da coisa julgada<sup>52</sup>; (iii) o art. 23, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, como paradigma de exceção à autoridade da coisa julgada<sup>53</sup>, potencializada pelo art. 493, do CPC.

Acerca do primeiro argumento, Edilson Vitorelli afirma que os litígios estruturais contam com um contexto mutável, que acaba por demandar constante intervenção judicial<sup>54</sup>. Por isso a implementação de uma decisão estrutural deve submeter-se à cláusula *rebus sic stantibus*, que vai além da simples alteração fática de uma relação jurídica de trato sucessivo.

Segundo Antonio do Passo Cabral, o termo *rebus sic stantibus* é empregado em dois sentidos. O primeiro refere-se a atos jurídicos que possuem eficácia subordinada à manutenção de um estado de fato existente no momento em que a conduta ocorreu. No segundo, a alteração da relação jurídica exige modificação fática imprevisível que afete o equilíbrio contratual, justificando-se a revisão da relação jurídica material pelo Poder Judiciário<sup>55</sup>.

Em síntese, a cláusula *rebus sic stantibus* tem como substrato a relação jurídica continuativa, que, nas palavras de Luiz Dellore, “(...) é aquela que se prolonga no tempo, não se extinguindo em uma única prestação ou cumprimento de obrigação”<sup>56</sup>.

51 LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. Litígios Estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Coord.). **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 408.

52 LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. Litígios. **Processo Civil Estrutural**: Teoria e Prática. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 321.

53 DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**: Processo Coletivo. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 592.

54 LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. Litígios Estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Coord.). **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 406.

55 CABRAL, Antonio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas**: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 424.

56 DELLORE, Luiz. **Estudos sobre coisa julgada e controle de constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 126.



Para Dellore, a modificação no contexto fático e o pedido que altere o teor da decisão já proferida afasta a existência da tríplice identidade entre as ações; por isso, aduz o autor, não há formação de coisa julgada daquilo que ainda não foi enfrentado. Tratando-se de situação fática distinta, portanto, a causa de pedir não é a mesma<sup>57</sup> e, por conseguinte, a demanda judicial é outra.

Além do mais, acrescenta Dellore, a sentença decidida antes da modificação fática permanece hígida; o que é passível de alteração são os efeitos dela, uma vez que a coisa julgada não atinge os efeitos da sentença, mas apenas seu conteúdo declaratório<sup>58-59</sup>. Logo, a nova decisão apenas regulará a relação jurídica para o futuro<sup>60</sup>.

Por isso, quando se fala em cláusula *rebus sic stantibus*, não se trata de rever o que a sentença já julgou, e sim postular novo bem da vida, à luz de fatos que a sentença não apreciou. O julgamento, portanto, não considera os mesmos fatos. Não há infração à coisa julgada, e sim adequação a uma realidade nova. Neste contexto, o que se examina, pois, são outros fatos, que constituem, por sua vez, nova causa de pedir autorizadora de novo pedido<sup>61</sup>.

Teoricamente, entendemos que a cláusula *rebus sic stantibus* parece ser uma resposta apta a solucionar o problema da dinamicidade fática do processo estrutural: a partir da alteração do estado de fato, o Judiciário fica autorizado a revisar aquilo que ficou decidido, conforme dispõe o art. 505, inciso I, do CPC<sup>62</sup>.

Contudo, a situação exposta acima pressupõe, para alteração dos efeitos de uma decisão judicial pretérita, o ajuizamento de nova demanda. Mas, no processo estrutural, caso a decisão revele-se não mais adequada, busca-se sua alteração dentro do mesmo processo em que ela foi prolatada. As decisões proferidas no processo estrutural são implementadas de forma progressiva e parcial, e, se ocorrer relevante alteração fática, o juiz deve, no mesmo processo, proferir novas decisões, as quais podem revogar ou adequar aquilo que já foi decidido<sup>63</sup>.

Portanto, a hipótese da cláusula *rebus sic stantibus* como solução para a dinamicidade do processo estrutural carece de praticidade, uma vez que a necessidade de propor

57 DELLORE, Luiz. **Estudos sobre coisa julgada e controle de constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 119- 120.

58 DELLORE, Luiz. **Estudos sobre coisa julgada e controle de constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 128.

59 Ensina Barbosa Moreira: “A imutabilidade consequente ao trânsito em julgado reveste, em suma, o conteúdo da sentença, não os seus efeitos (...)”. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Eficácia da Sentença*. In: **Temas de direito processual**: 3ª série. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 112.

60 DELLORE, Luiz. **Estudos sobre coisa julgada e controle de constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 128.

61 ARAGÃO, Egas Moniz de. **Sentença e coisa julgada**. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 297.

62 Art. 505. Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas relativas à mesma lide, salvo: I - se, tratando-se de relação jurídica de trato continuado, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito, caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença;

63 MARÇAL, Felipe Barreto. **Processos estruturantes**. 1.ed. Salvador: Juspodivm, 2021, p.156-157.

nova ação para alterar decisão inadequada ao contexto fático que sobreveio impõe morosidade e burocracia prejudicial à tutela do litígio estrutural. A adaptabilidade da decisão estrutural pretérita deve ocorrer na mesma relação jurídica, quando fatos novos chegarem ao conhecimento do julgador, para que ele possa verificar a necessidade de alterar o que ficou decidido<sup>64</sup>.

Como segunda hipótese para a solução da crise do litígio estrutural, também sustentada por Edilson Vitorelli, tem-se o art. 10, da Lei do Mandado de Injunção, como base normativa para o afastamento da coisa julgada<sup>65</sup>. O referido dispositivo refere que “sem prejuízo dos efeitos já produzidos, a decisão poderá ser revista, a pedido de qualquer interessado, quando sobrevierem relevantes modificações das circunstâncias de fato ou de direito”. O parágrafo único do mesmo artigo dispõe que a modificação dos efeitos da sentença se fará por meio de ação revisional.

Para Edilson Vitorelli, a Lei do Mandado de Injunção reconhece a possibilidade de afastamento da coisa julgada quando a decisão adotada em um processo estrutural se volta para a regulamentação de um comportamento futuro<sup>66</sup>. Nesse viés, o art. 10, da Lei do Mandado de Injunção, muito se assemelha ao disposto no art. 505, inciso I, do Código de Processo Civil, tratado acima. Ambos cuidam de alterações fáticas ou de direito; apenas fatos futuros poderão ser regulados, ou seja, a revisão tem caráter *ex nunc*; ambas se concretizam mediante o ajuizamento de ação autônoma de revisão. A única diferença entre elas é que uma se presta à tutela coletiva e a outra à tutela individual. Assim, aplica-se a esta hipótese os mesmos argumentos formulados àquela.

O problema das duas alternativas à superação da coisa julgada como óbice ao deslinde do processo estrutural é a obscuridade procedimental. É necessário haver delineamento positivo robusto que possibilite a existência de um processo estrutural compatível com a lógica de revisão dos efeitos de uma sentença quando esta revela-se insuficiente ou inadequada ao complexo fático superveniente.

A última hipótese é a do art. 23, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, o qual prevê que:

A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.

64 MARÇAL, Felipe Barreto. **Processos estruturantes**. 1.ed. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 170.

65 LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. **Litígios. Processo Civil Estrutural: Teoria e Prática**. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 321.

66 LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. **Litígios. Processo Civil Estrutural: Teoria e Prática**. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 321.

Dado o escopo do processo estrutural de se buscar transição do estado de desconformidade para o estado de coisas ideal<sup>67</sup>, o artigo citado muito se amolda à lógica processual estrutural. Para Antonio do Passo Cabral, o art. 23, da LINDB, consagra o modelo de segurança como continuidade jurídica<sup>68</sup>. A segurança como continuidade jurídica pressupõe a proteção dos interesses humanos de estabilidade e permanência, mas viabiliza também a alteração das posições jurídicas estáveis<sup>69</sup>.

A proposta de Cabral é importante porque, mesmo quando um provimento está coberto pela eficácia de coisa julgada material, somente seu conteúdo fica imutável, mas não seus efeitos. Diante disso, é possível perceber, na prática, que essa estabilidade de grau mais intenso não garante a inalterabilidade das situações jurídicas existentes, muito menos das situações fáticas<sup>70</sup>.

Portanto, se é possível falar em segurança jurídica com modificações fáticas, apesar da imutabilidade dos provimentos que garantiriam essa segurança, percebe-se que a segurança-imutabilidade da coisa julgada talvez não seja essencial ou represente demasiado sacrifício para as vantagens que com ela se pretende atingir. Em outras palavras, é possível obter segurança sem imutabilidade, bem como é possível haver insegurança com a mais forte das estabilidades<sup>71</sup>.

Desta forma, mostra-se importante pensar em um modelo que dialogue com o paradigma de segurança-imutabilidade. Como resposta, tem-se a continuidade jurídica, a qual não objetiva impedir a mudança e, quando necessária, permite que ela não seja abrupta. A continuidade reduz o impacto na passagem da antiga decisão para a nova posição estável. Para tanto, no âmbito da segurança-continuidade, deve existir dinamicidade fática que justifique a alteração da estabilidade<sup>72</sup>.

São vários os aspectos ou características da segurança compreendida no conceito de continuidade jurídica, os quais consistem na previsibilidade dos seus aspectos subjetivos e objetivos, garantindo credibilidade, calculabilidade e confiabilidade em mais de um momento temporal específico<sup>73</sup>.

Além disso, a segurança como continuidade jurídica apresenta duas facetas importantes. A primeira é a duração das normas, significando que as regras de conduta

67 DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo**. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 592.

68 CABRAL, Antonio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 375.

69 CABRAL, Antonio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 366.

70 MARÇAL, Felipe Barreto. **Processos estruturantes**. 1.ed. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 165-166.

71 MARÇAL, Felipe Barreto. **Processos estruturantes**. 1.ed. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 167.

72 CABRAL, Antonio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 367.

73 CABRAL, Antonio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 367-370.

são destinadas a valer por tempo razoável. A segunda é de que o desenvolvimento constante do direito deve transcorrer sem modificações abruptas, inesperadas. Assim, a continuidade jurídica conta com outras características relevantes à estabilização dos provimentos judiciais: a durabilidade ou a permanência normativa, que objetivam garantir a realização das posições jurídicas estáveis<sup>74</sup>.

Como a segurança-continuidade não impede a mudança das posições estáveis, ela apresenta-se como novo paradigma que pode ser eficazmente aplicado aos processos estruturais para coexistir com o tradicional paradigma da segurança-imutabilidade resultante da coisa julgada. O estudo desta nova perspectiva de segurança jurídica faz com que se possa revisitar institutos clássicos, tais como a preclusão e a própria coisa julgada, a fim de se visualizar o sistema normativo de maneira mais dinâmica e flexível<sup>75</sup>.

Além da ideia de continuidade jurídica estar positivada no art. 23, da LINDB, há ainda a disciplina do art. 493, do CPC<sup>76</sup>, que se mostra uma regra potencializadora da viabilidade de alteração de decisão não mais adequada ao litígio estrutural.

Tendo em vista que o processo estrutural tem por objeto um caso de dinamicidade fática que requer decisões paulatinas, conforme as necessidades do problema judicializado, Fredie Didier Jr., Hermes Zaneti Jr. e Rafael Alexandria de Oliveira entendem que o art. 493 do CPC é uma ferramenta normativa fundamental ao processo estrutural, pois ela autoriza e impõe que a decisão judicial seja ajustada à realidade atual dos fatos. Com isso, possibilita-se que na etapa de efetivação das decisões estruturais a decisão judicial sofra readequação, de modo a contemplar as necessidades atuais dos interessados<sup>77</sup>.

O art. 493 do CPC admite, portanto, a consideração de fatos supervenientes à propositura da demanda, o que significa que a decisão deve refletir a situação fática e de direito existentes no momento do julgamento da demanda, e não aquela que existia quando a demanda foi proposta<sup>78</sup>.

Para João Francisco Naves da Fonseca, o fato superveniente deve ser levado em consideração mesmo que ele altere a causa de pedir, desde que respeitadas as

74 CABRAL, Antonio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas**: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 370.

75 CABRAL, Antonio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas**: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 375

76 Art. 493. Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento do mérito, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a decisão. Parágrafo único. Se constatar de ofício o fato novo, o juiz ouvirá as partes sobre ele antes de decidir.

77 DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Notas sobre as decisões estruturantes. **Civil Procedure Review**, [S.l.], v. 8, n. 1, p. 46-64, jan./abr. 2017, p. 57-58.

78 DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Comentários ao art. 496. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coords.). **Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. 1.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 735.

seguintes condições: (i) o fato superveniente deve relacionar-se com a mesma relação jurídica deduzida em juízo; e (ii) observância do contraditório, da lealdade e da boa-fé processual. Além disso, se a superveniência de fatos novos exigir dilação probatória ou retorno à fase processual já superada, cabe ao juiz ponderar a utilidade e a conveniência de nova produção de provas. Para o autor, portanto, se observados esses parâmetros citados, o fato novo deve ser aproveitado, uma vez que eventual dilação processual é compensada pela eliminação da propositura de nova demanda<sup>79</sup>.

Os fatos novos são aqueles que ocorreram depois da propositura da demanda ou aqueles que ocorreram antes, mas que não foram objeto de discussão por serem inacessíveis ou desconhecidos à época<sup>80</sup>.

O presente tema não é novo para o Superior Tribunal de Justiça, que, em fixação de tese representativa em rito dos recursos especiais repetitivos, entendeu que, no âmbito do processo civil previdenciário, o comando do art. 493 do CPC permite que o juiz julgue a demanda conforme o estado em que ela se encontre. Trata-se de dever do magistrado de considerar o fato superveniente que repercute na relação jurídica discutida em juízo<sup>81</sup>.

Para o STJ, a adequação da decisão judicial à realidade atual está em harmonia com os princípios da economia processual e da instrumentalidade das formas, a fim de garantir a efetividade do processo, consistente na realização do direito material em tempo razoável, em observância à máxima proteção dos direitos fundamentais<sup>82</sup>.

Por isso, em outro julgado, o STJ entendeu que, por se tratar de dever do magistrado levar em consideração a superveniência de fato ou direito novo, incorre em *error in procedendo* o juiz ou Tribunal que ignorar tal fenômeno<sup>83</sup>.

Nessa lógica, constata-se que o art. 493 do CPC admite a flexibilização dos princípios da congruência, da eventualidade<sup>84</sup> e da estabilização objetiva do processo<sup>85</sup>.

79 FONSECA, João Francisco Neves da. Comentários aos arts. 485 a 508. In: GOUVÊA, José Roberto Ferreira; BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar; FONSECA, João Francisco N. da (coords.). **Comentários ao Código de Processo Civil**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 74-75.

80 CUNHA, Leonardo Carneiro da. Dos elementos e dos efeitos da sentença. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; DANTAS, Bruno; TALAMINI, Eduardo (coords.) **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 1244.

81 REsp 1727069/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, primeira seção, julgado em 23/10/2019, DJe 02/12/2019.

82 REsp 1727069/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, primeira seção, julgado em 23/10/2019, DJe 02/12/2019.

83 REsp 1074838/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, quarta turma, julgado em 23/10/2012, DJe 30/10/2012.

84 FONSECA, João Francisco Neves da. Comentários aos arts. 485 a 508. In: GOUVÊA, José Roberto Ferreira; BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar; FONSECA, João Francisco N. da (coords.). **Comentários ao Código de Processo Civil**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 74.

85 DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Comentários ao art. 496. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coords.). **Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. 1.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 736.

Importante frisar que o art. 462 do CPC não possibilita a alteração do pedido ou da causa de pedir, mas somente a adequação da sentença à nova situação fática<sup>86</sup>.

A respeito do tema da flexibilização procedimental, especialmente no tocante à estabilização objetiva da demanda, há quem sustente a impossibilidade de flexibilização em função das regras extraídas do art. 329, I e II, do CPC.

O dispositivo acima reza que ajuizada a ação e citado o réu, o objeto litigioso tende a se estabilizar, não podendo o autor alterá-lo livremente. Porém, com a permissão do réu, é permitido ao autor, até o saneamento do processo, aditar ou alterar o pedido ou a causa de pedir (art. 329, II, do CPC). Antes da citação, os aditamentos e alterações do pedido são livres (art. 329, I, do CPC). Em ambas as hipóteses, deve ser assegurado ao demandado o contraditório e a ampla defesa. Depois do saneamento, o CPC não prevê a possibilidade de alterar o pedido ou a causa de pedir, nem mesmo por livre convenção das partes<sup>87</sup>.

Para Cândido Rangel Dinamarco, com a formação da relação processual, a demanda torna-se imutável e a decisão final deve ser proferida à luz do que restou estabelecido por aquela, limitando, “(...) com bastante severidade a possibilidade de alterações na demanda proposta”<sup>88</sup>, uma vez que “(...) retroagir seria tumultuar; como o processo não é um negócio em família e a jurisdição é uma função pública, o poder de disposição das partes não pode chegar ao ponto de permitir que elas prejudiquem o bom exercício desta”.<sup>89</sup>

Mas, como bem destacado por Humberto Theodoro Júnior, o art. 329 do CPC não entra em contradição com as ideias aqui defendidas, justamente porque existem hipóteses em que é possível a alteração subjetiva e/ou objetiva da demanda, mesmo que restritas<sup>90</sup>.

A aparente rigidez da regra do art. 329, II, do CPC, é temperada pela regra do art. 493 do mesmo Código, responsável por determinar ao juízo que sejam levados em consideração, no momento do julgamento da causa, os fatos constitutivos, modificativos ou extintivos do direito que influírem na resolução do mérito (art. 493 do CPC)<sup>91</sup>.

Além disso, como ensina Marcelo Abelha Rodrigues, a lógica da rigidez da estabilização da demanda objetiva funciona muito bem para pretensões estáveis,

86 MARIN, Jeferson Dytz; RIEMENSCHNEIDER, Patricia Strauss. Apontamentos sobre a estabilidade objetiva da demanda no projeto do novo código de processo civil e a sua aplicação na tutela do meio ambiente. **Revista Jurídica CESUMAR**. Mestrado, v. 14, p. 435, 2015, p. 442.

87 THEODORO JÚNIOR, Humberto. Estabilização da demanda no novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**. v. 40, n. 244, p. 195–205, jun., 2015, p. 199-200.

88 DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, v. II, 414, p.67.

89 DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, v. II, 414, p.68.

90 THEODORO JÚNIOR, Humberto. Estabilização da demanda no novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**. v. 40, n. 244, p. 195–205, jun., 2015, p.200.

91 THEODORO JÚNIOR, Humberto. Estabilização da demanda no novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**. v. 40, n. 244, p. 195–205, jun., 2015, p. 200-201.

como, por exemplo, a debatida na ação de cobrança. Entretanto, quando se busca a tutela de pretensões instáveis, como a salvaguarda do meio ambiente, tal rigidez é indesejável. O bem ambiental é altamente instável e sensível, e as variações na causa de pedir e no pedido são comuns no curso de uma longa demanda ambiental. Por isso, o autor defende a adoção de nova regra sobre a estabilidade da demanda, a fim de se preservar a própria segurança jurídica das lides ambientais e do próprio devido processo legal<sup>92</sup>.

Dessa forma, parece-nos que a estabilização objetiva da demanda não é um óbice à adequação da decisão judicial à realidade fática, mesmo que isso resulte, direta ou indiretamente, na modificação dos pedidos e/ou da causa de pedir. Na verdade, o objetivo do art. 329 do CPC foi apenas o de traçar limites à livre alterabilidade do pedido<sup>93</sup>.

## 6. CONCLUSÃO

Diante do exposto, parece-nos que a ideia de o processo judicial não se submeter à rigidez da autoridade da coisa julgada material é uma realidade não só no âmbito normativo, mas também no plano prático. Essa realidade surge como consequência das relações sociais complexas e dinâmicas, que, ao serem tuteladas, não podem ficar sujeitas ao processo rígido e estático. Com isso, reconhecer que a segurança jurídica nos processos estruturais corresponde ao formato de segurança-continuidade viabiliza a permanência do que já foi decidido, sem, contudo, impedir alterações futuras quando necessário.

Tem-se, assim, um modelo de estabilidades coerente com uma sociedade complexa, que acompanhará as mudanças fáticas aptas a influir no julgamento, a fim de garantir tutela jurisdicional mais efetiva aos cidadãos envolvidos em litígios estruturais.

## 7. REFERÊNCIAS

- ANDREATINI, Lúvia Losso. Coisa julgada sobre questão prejudicial: o necessário equilíbrio entre segurança jurídica e liberdade das partes. **Sistemas Judiciais**, v. 22, p. 154-167, 2019.
- ARAGÃO, Egas Moniz de. **Sentença e coisa julgada**. Rio de Janeiro: Aide, 1992.
- ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. **Revista de Processo**, v. 38, n. 225, p. 389-410, nov. 2013.
- ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

92 RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Processo civil ambiental**. Salvador: Editora JusPodivm. 5. ed, 2021, p. 184-187.

93 THEODORO JÚNIOR, Humberto. Estabilização da demanda no novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**. v. 40, n. 244, p. 195–205, jun., 2015, p. 201.



- ARENHART, Sérgio Cruz. Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes. *In*: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (orgs.). **Processos estruturais**. Salvador: JusPodivm, 2017.
- ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. **Revista de Processo Comparado**, v. 2, p. 211-232, 2015.
- CABRAL, Antonio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas**: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.
- CHAYES, Abram. *The role of the judge in public law litigation*. **Harvard Law Review**, vol. 87, n.7, p. 1281-1316, maio, 1976.
- CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. vol. III, trad. 2 ed. italiana, Guimarães Menegale e notas Enrico Tullio Liebman, São Paulo: Saraiva e Cia Editores, São Paulo: Saraiva e Cia Editores, 1943 (vol. III, 1945), n. 380.
- COSTA, Susana Henriques da. A imediata judicialização dos direitos fundamentais sociais e o mínimo existencial: relação direito e processo. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da. **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Salvador: Juspodivm, 2017.
- COTA, Samuel Paiva. **Do pedido e da participação**: proposições para o desenvolvimento de uma teoria acerca dos processos estruturais. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Turismo e Museologia, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, 2019.
- CUNHA, Leonardo Carneiro da. Dos elementos e dos efeitos da sentença. *In*: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; DANTAS, Bruno; TALAMINI, Eduardo (coords.) **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- DELLORE, Luiz. **Estudos sobre coisa julgada e controle de constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Notas sobre as decisões estruturantes. **Civil Procedure Review**, [S.l.], v. 8, n. 1, p. 46-64, jan./abr. 2017.
- DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Comentários ao art. 496. *In*: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coords.). **Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. 1.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. **Revista de Processo**. vol. 303/2020. p. 45-81. Maio/2020.
- DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**: Processo Coletivo. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a coisa julgada material. **Revista da Escola Paulista da Magistratura**, v. 2, nº 2, p. 7-45, julho-dezembro/2001.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, v. II, 414.



- FERRARO, Marcella Pereira. **Do processo bipolar a um processo coletivo estrutural**. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015.
- FISS, Owen M. *The civil rights injunction*. **Bloomington: Indiana University Press**, 1978.
- FISS, Owen. The forms of justice. **Harvard Law Review**, v. 93, n. 1, nov. 1979.
- FONSECA, João Francisco Neves da. Comentários aos arts. 485 a 508. *In*: GOUVÊA, José Roberto Ferreira; BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar; FONSECA, João Francisco N. da (coords.). **Comentários ao Código de Processo Civil**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- GIDI, Antônio. **Coisa julgada e litispendência nas ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995.
- GIDI, Antonio; TESHEINER, José Maria Rosa; PRATES, Marília. **Limites Objetivos da Coisa Julgada no Projeto de Código de Processo Civil: Reflexões Inspiradas na Experiência Norte-Americana**. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 36, n. 194, p. 101-138, abr. 2011.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e Autoridade da Sentença**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense. 1984.
- LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. Litígios Estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. *In*: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Coord.). **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017.
- LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. Litígios. **Processo Civil Estrutural: Teoria e Prática**. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.
- LUNARDI, Thais Amoroso Paschoal. Decisões estruturais sobre políticas públicas: uma análise a partir da teoria das capacidades institucionais. *In*: ALEXANDRE, André Demétrio (Coord). **Interações e tensões entre o direito constitucional e a política**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2019.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Jurisdição coletiva e coisa julgada: Teoria geral das ações coletivas**, 2 ed, rev., at., ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- MARÇAL, Felipe Barreto. Processos estruturantes (multipolares, policêntricos ou multifocais): gerenciamento processual e modificação da estrutura judiciária. **Revista de Processo**, v. 289, p. 423-448, 2019.
- MARÇAL, Felipe Barreto. **Processos estruturantes**. 1.ed. Salvador: Juspodivm, 2021
- MARIN, Jeferson Dytz; RIEMENSCHNEIDER, Patricia Strauss. Apontamentos sobre a estabilidade objetiva da demanda no projeto do novo código de processo civil e a sua aplicação na tutela do meio ambiente. **Revista Jurídica CESUMAR**. Mestrado, v. 14, p. 435, 2015.
- MESQUITA, José Ignácio Botelho de. **A Coisa Julgada**. 1ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ainda e sempre a coisa julgada. **Revista dos Tribunais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 59, n. 416, p. 9–17, jun., 1970.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Coisa julgada e declaração. *In*: **Temas de direito processual**: 1ª série. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Eficácia da Sentença. *In: Temas de direito processual*: 3ª série. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1984.
- NUNES, Leonardo Silva. A Certificação de Processos Estruturais. *In*. REICHEL, Luis Alberto; JOBIM, Marco Félix. **Coletivização e unidade do direito**. v. 1. 1. ed. Londrina: Thoth, 2019.
- RESNIK, *Judith*. *Managerial Judges*. **Yale Law School Legal Scholarship Repository**, p. 378, 1982.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Processo civil ambiental**. Salvador: Editora JusPodivm. 5. ed, 2021.
- SAMPIETRO, Luiz Roberto Hijo. Primeiras reflexões sobre a possibilidade de a coisa julgada atingir as questões prejudiciais no Novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**. v. 253, 2016.
- SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de processo civil**: processo de conhecimento. vol. 1, 7. ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- STURM, Susan. *A normative theory of public law remedies*. **Georgetown Law Journal**, v. 79, p. 1357-1445, 1991.
- TALAMINI, Eduardo. A coisa julgada no tempo (limites temporais da coisa julgada). **Revista do Advogado**, v. 88, p. 56-63, 2006.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. Estabilização da demanda no novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**. v. 40, n. 244, p. 195–205, jun., 2015.
- VIOLIN, Jordão. *Holt v. Sarver* e a reforma do sistema prisional no Arkansas. *In*: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Felix (orgs.). **Processos estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017.
- WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da. **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Salvador: Juspodivm, 2017.
- ZANETI JR., Hermes. Processo Coletivo no Brasil: Sucesso ou Decepção? **Civil Procedure Review**, v. 10, p. 11-40, 2019.



# Civil Procedure Review

## AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

# 2

## “UMA HISTÓRIA DE DORMIR”<sup>α</sup>

Jeremy Paul\*

Este ensaio tem duas partes. A Parte I contém uma breve explicação das ideias sobre o ensino da argumentação jurídica que me levaram a escrever uma história introdutória para os meus estudantes de primeiro ano. A Parte II é a referida história.

### I. ALÉM DE THE BRAMBLE BUSH: SOBRE CABBAGES AND KINGS<sup>β</sup>

Os professores de Direito costumam dizer aos seus alunos do primeiro ano que eles deveriam se concentrar menos em aprender as regras de uma matéria em particular,

<sup>α</sup> Tradução de Marcus Seixas Souza e Daniel Oitaven Pearce Pamponet Miguel. A versão original deste artigo consultada para a tradução foi a publicada em *Virginia Law Review*, Vol. 74, N. 5, p. 915-934 (agosto de 1988). Foi preservado o estilo de referência a trabalhos acadêmicos utilizado nos Estados Unidos da América e empregado pelo autor. Os tradutores assumem a responsabilidade por quaisquer erros de tradução. Todos os itálicos utilizados também o foram na versão original. As notas dos tradutores estão marcadas com letras gregas. Este artigo está sendo publicado após um convite do Conselho desta Revista e, por isso, não passou pelo duplo exame cego.

\* Professor Associado da University of Miami School of Law; A.B, Princeton University, 1978; J.D., Harvard University, 1981. Eu sou grato: a Madelyn Fudeman e Jennifer Jaff, pela ajuda e pelo encorajamento; a Mary Coombs, Michael Fischl, Laurel Leff, Lili Levi, Bernard Oxman, Deborah Platt e William Twining, pelas suas úteis sugestões; e, especialmente, a Steven Winter, pelo seu atencioso e provocativo desafio à minha abordagem. Cf. S. Winter, *It's All in the Telling: Law as a Language for Social Thought* (Janeiro de 1988, manuscrito não publicado).

<sup>β</sup> *Cabbage and Kings* (1904) – em português, *Repolhos e Reis* (2019) – é um romance composto por contos interligados escritos por O. Henry e ambientados em um país fictício da América Central, chamado República da Anchúria. O título da obra é inspirado no poema *A Morsa e o Carpinteiro*, apresentado em *Through the Looking Glass* (1871), de Lewis Carroll. Sua trama fala de elementos famosos do poema: “de ceras, sapatos e navios, e de repolhos e reis” (cf. 2019 p. 3). Sobre *The Bramble Bush* (*O Arbusto de Frutas Vermelhas*) – obra sem tradução para o português – cf., a seguir, ao longo do texto, explicação oferecida pelo autor.

como Direitos Reais ou Contratos, e mais em concretizar o vago objetivo de “pensar como um jurista”.<sup>1</sup> Os calouros, cujas impressões sobre a faculdade de Direito podem ter sido formadas pela cultura popular, costumam acreditar em seus professores.<sup>2</sup> Apesar deste consenso aparente sobre os objetivos do primeiro ano do curso de Direito, uma porcentagem surpreendentemente pequena do conteúdo efetivamente apresentado aos estudantes de primeiro ano foca explicitamente em definir e ensinar as técnicas típicas do raciocínio jurídico. A maioria dos casebooks de Direitos Reais, por exemplo, praticamente não dedica atenção alguma à identificação de técnicas que ajudariam o estudante a pensar como um jurista para dominar seu conteúdo.<sup>3</sup> Da mesma forma, muitos estudantes se queixam, com razão, que são obrigados a desenvolver habilidades que nunca lhes são completamente explicadas.<sup>4</sup>

As faculdades de Direito, os professores de Direito e os teóricos do Direito reagiram de diversas maneiras a estas legítimas preocupações dos estudantes e aos problemas intelectuais que elas refletem. Algumas faculdades têm incluído disciplinas específicas sobre diferentes aspectos do raciocínio jurídico como parte do currículo obrigatório do primeiro ano.<sup>5</sup> Em tais disciplinas, os professores podem se dar ao luxo de ensinar a metodologia de interpretação e aplicação do direito em profundidade,

1 Ocasionalmente, essa máxima informal é codificada em uma política educacional explícita: “O primeiro ano de estudo apresenta ao estudante os conceitos básicos do direito e ensina o estudante a ‘pensar como um jurista.’” Albany Law School of Union University 1987-88 Bulletin 33. Para uma breve discussão sobre “pensar como um jurista” como um conceito educacional, cf. infra notas 21-28.

2 A atuação de John Houseman como Professor Kingsfield em *The Paper Chase* vem rapidamente à mente. Ele afirma a seus fictícios alunos de Direito dos Contratos que eles começam seus estudos com suas cabeças “cheias de mingau” e devem concluí-los “pensando como juristas”. *The Paper Chase* (Twentieth Century Fox, 1973).

3 Cf., e.g., J. Cribbet & C. Johnson, *Cases and Materials on Property* (5th ed. 1984); C. Donahue, T. Kauper & P. Martin, *Property – An Introduction to the Concept and the Institution* (2d ed. 1983); J. Dukeminier & J. Krier, *Property* (1981); P. Goldstein, *Real Property* (1984); C. Haar & L. Liebman, *Property and Law* (2d ed. 1985).

4 Para uma recente explicação do descontentamento estudantil a respeito desse assunto, cf. Jaff, *Frame-Shifting: an Empowering Methodology For Teaching and Learning Legal Reasoning*, 36 *J. Legal Educ.* 249, 258-61 (1986).

5 A Faculdade de Direito da Universidade de Columbia inicia o seu curso com uma exposição intensiva de nove dias ao método jurídico e em seguida continua esse curso ao longo do primeiro semestre. Cf. *Columbia University Bulletin, School of Law* 1986-88, p. 49-50. Boston College exige um curso sobre o processo de criação e aplicação do direito em que os estudantes devem “compreender a complexa interação entre o direito oriundo do processo legislativo, o de origem administrativa e o originado nos tribunais”. Cf. *Boston College Law School Bulletin* 1987-88, p. 9. Tanto a Universidade de Chicago quanto a Universidade de Miami incluem um curso sobre Elementos do Direito como parte do currículo do primeiro semestre. Cf. *Announcements, University of Chicago Law School* 15 (Sept. 18, 1987); *University of Miami School of Law Bulletin*, 1987-88, p. 12. Para um resumo abrangente dessa abordagem, que enfatiza a inseparabilidade entre capacidade técnica, Teoria do Direito e prática jurídica, cf. S. Mentschikoff & I. Stotzky, *The Theory and Craft of American Law – Elements* (1981); S. Mentschikoff & I. Stotzky, *Teachers’ Manual to Accompany The Theory and Craft of American Law – Elements* (1983).

Várias outras faculdades de Direito enfrentam o problema de ensinar técnicas analíticas incluindo um componente curricular sobre argumentação jurídica em um curso de redação jurídica durante um semestre do primeiro ano do curso de Direito ou durante todo esse ano. A Universidade da Califórnia em Los Angeles, por exemplo, espera que o curso de cinco créditos sobre pesquisa e redação jurídica ensine aos estudantes “como encontrar o Direito, como o analisar e como expressar as conclusões deles por escrito”. 26 *U.C.L.A. School of Law Bulletin* 20 (Aug. 1986); cf. também *University of Virginia School of Law Record* 1986-87, p. 70 (programa

sem a limitação (talvez artificial) de ter que abarcar uma quantidade fixa de conteúdos. Nessas disciplinas, contudo, os estudantes enfrentam o desanimador desafio de tentar aplicar sozinhos as técnicas das disciplinas “metodológicas” aos conteúdos normativos do currículo principal. Esta dificuldade se torna maior quando uma forma de raciocínio que parece ser crucial para o professor da disciplina “metodológica” recebe pouca atenção nas demais disciplinas cursadas pelos estudantes. O sucesso das disciplinas “metodológicas”, portanto, parece depender, em parte, da medida em que haja uma adequada coordenação entre o seu conteúdo e os conteúdos normativos abordados pelos professores das demais disciplinas do currículo acadêmico do primeiro ano do curso de Direito.

As faculdades de Direito que, talvez por conta dos ônus de coordenação curricular, tenham colocado em segundo plano<sup>6</sup> ou abandonado<sup>7</sup> as disciplinas “metodológicas” podem introduzir os estudantes ao raciocínio tipicamente jurídico mediante a adoção ou sugestão de alguns dos vários trabalhos acadêmicos relevantes sobre o tema. *An Introduction to Legal Reasoning*,<sup>8</sup> do professor Edward Levi, e o clássico *The Bramble Bush*,<sup>9</sup> de Karl Llewellyn, talvez os mais célebres textos introdutórios, recompensam os estudantes que se esforçam para compreendê-las. A obra mais recente *An Introduction to Law and Legal Reasoning*, do professor Steven Burton, abarca com louvor parte do mesmo conteúdo de forma acessível e bem-organizada<sup>10</sup>

---

de dois semestres sobre pesquisa e redação jurídica). Para uma descrição sobre como a argumentação jurídica pode ser ensinada no contexto de um curso de redação jurídica, cf. Jaff, supra nota 4, p. 249-57.

Outra alternativa é permitir aos estudantes do primeiro ano escolher cursos em argumentação jurídica ou Teoria do Direito durante o segundo semestre. As Universidades de Boston e Stanford adotaram essa abordagem. Cf. 76 Boston University School of Law Bulletin 51 (Sept. 15, 1987); Stanford University School of Law Bulletin 1987-89, p. 24.

- 6 A Universidade Duke, por exemplo, no seu currículo de primeiro ano, prefere focar nos tradicionais cursos básicos, incluindo Direito Constitucional, e relega redação jurídica e advocacia ao status de “cursos menores”. Cf. 58 Bulletin of Duke University School of Law 54 (Sept. 1987).
- 7 O currículo de primeiro ano da Universidade de Harvard incluía um curso sobre o processo de criação e aplicação das normas jurídicas, com foco nos ricos materiais de Hart e Sacks, mas o curso não é mais oferecido. Harvard Law School Catalog 1985-86, p. 60-61.
- 8 E. Levi, *An Introduction to Legal Reasoning* (1949). A força de Levi é seu uso de detalhado desenvolvimento doutrinário para ilustrar a ambiguidade da linguagem, a importância dos conceitos jurídicos, a técnica de raciocinar com base em exemplos e a arte da interpretação. Para uma aplicação do trabalho de Levi a contextos que transcendem o dos materiais introdutórios, cf. Kennedy, *Freedom and Constraint in Adjudication: A Critical Phenomenology*, 36 J. Legal Educ. 518 (1986).
- 9 K. Llewellyn, *The Bramble Bush: On Our Law and Its Study* (1960). O trabalho do professor Llewellyn, ambiciosamente, oferece uma ampla introdução sobre a vida no mundo do direito. Dessa forma, *The Bramble Bush* abarca muitos assuntos não tradicionalmente associados à argumentação jurídica *per se*. Leitores encontrarão, por exemplo, uma discussão sobre o relacionamento entre o direito e a civilização, id. p. 107-18, comentários sobre a busca por completude na vida de um advogado, id. p. 141-51, uma análise do currículo das faculdades de Direito, id. p. 92-106, e até mesmo dicas sobre como fazer anotações, id. p. 57. O livro de Llewellyn é bem sucedido, contudo, ao amarrar esses diversos tópicos em uma abordagem consistente sobre o Direito. Sua brilhante e insistente discussão a respeito da ambiguidade dos precedentes torna esse livro um inestimável expediente de ensino sobre os elementos do pensamento jurídico. Cf. id. p. 64-69, 70-75, 156-57.
- 10 S. Burton, *An Introduction to Law and Legal Reasoning* (1985). O professor Burton faz um excelente trabalho ao ilustrar os usos e limites do raciocínio analógico e dedutivo, e é cuidadoso para não exagerar a distinção entre

Esses instrutivos mapas do terreno educacional dos cursos de Direito, contudo, combinam as virtudes da extensão e da ambição intelectual. Uma introdução extensa ao raciocínio típico do direito oferece a possibilidade de familiarizar os estudantes com a complexidade do objeto, bem como busca, como o professor Llewellyn coloca, “o simples por meio do profundo”, e não “o simples por meio do superficial”.<sup>11</sup> Encorajar os estudantes do primeiro ano a despender um grande esforço para absorver um tratado sobre como raciocinar juridicamente, contudo, pode ser uma tarefa difícil. Tais livros vão aparentar ser abstratos, independentemente de quantos exemplos cotidianos eles apresentarem.<sup>12</sup> A resistência dos estudantes aumentará, a

---

seguir precedentes e interpretar leis. Cf. id p. 25-82. Mais importante, seu compromisso com a indeterminação da linguagem lhe configura como um crítico incisivo e vigilante da visão segundo a qual simples deduções ou analogias efetivamente resolvem casos. Cf. id p. 31-39, 50-56, 181-84. Infelizmente, contudo, o professor Burton escolheu combinar seus objetivos introdutórios com a meta consideravelmente mais difícil de “justificar a prática da atividade jurisdicional à luz da explicação oferecida (no início do livro) e dos valores incorporados no ideal de Estado de Direito”. Id p. 6. Para uma crítica que revela sua tentativa de sedimentar a legitimidade do pensamento jurídico com base nas visões interpretativas de uma comunidade jurídica comprometida com a ordem e com a justiça, cf. Abrams, *The Deluge: A Trial and Judgment in One Act* (Book Review), 65 *Tex. L. Rev.* 661 (1987); Cf. também Ross, *Introducing Law*, 87 *Colum. L. Rev.* 859 (1987) (criticando o livro do professor Burton por ignorar os aspectos politizados, irracionais e incognoscíveis do direito e, conseqüentemente, apresentar uma imagem falsa e idealizada do direito).

11 K. Llewellyn, *supra* nota 9, p. 8.

12 O livro do professor Levi começa com a (um tanto assustadora, mas fascinante) descrição do desenvolvimento jurisprudencial da regra sobre a responsabilidade do vendedor em face de terceiros por danos causados por produtos defeituosos. Cf. E. Levi, *supra* nota 8, p. 7-19. A descrição feita pelo livro aborda o voto do Juiz Cardoso em *MacPherson v. Buick Motor Co.*, 217 N.Y. 382, 111 N.E. 1050 (1916). Embora os exemplos incluam eventos familiares, como acidentes automobilísticos e pistolas que disparam defeituosamente, o que Levi enfatiza é a grande dificuldade de encontrar formulações verbais que capturem com precisão o sentido de uma série de litígios concretos. Para o novato que tenta, com dificuldade, acompanhar o complicado histórico das teorias sobre a matéria, essa lição pode não ser inteiramente clara.

A profundidade e a abrangência da obra do professor Llewellyn também requerem o recurso à descrição abstrata. Ele insiste que os estudantes separem rigidamente cinco níveis de discussão (dois dos quais têm duas subpartes), mas não dá nenhum exemplo de como isso poderia ser feito. Cf. K. Llewellyn, *supra* nota 9, p. 76-77. Llewellyn retrata bem as raízes sociais das regras processuais sobre os modos de formular uma ação: “Peter, eu *não* te escutarei quando você choramingar” John, esse não é o momento e nem o lugar. Procure a mamãe depois do jantar” Id. p. 28. Mas mesmo sua refinadíssima discussão sobre as “faces de Janus” da doutrina dos precedentes se beneficiaria de exemplos concretos, os quais Llewellyn ostensivamente deixar de oferecer. Cf. id. p. 68-69. (Para uma boa ilustração de uma das ideias de Llewellyn, cf. Fischl, *Some Realism About Critical Legal Studies*, 41 *U. Miami L. Rev.* 505, 513-15 (1987)). É claro que a relutância de Llewellyn em dar exemplos pode decorrer de sua forte condenação do ensino e da escrita que deixam pouco trabalho para o estudante. Cf. K. Llewellyn, *supra* nota 9, p. 104 (professores que entretêm podem desestimular que os estudantes tomem a iniciativa); id p. 127-28 (uma leitura só tem valor quando o leitor faz a maior parte do trabalho); id p. 138 (apresentações muito diretas dos professores parecem sopa enlatada, “espessa, com pouco tempero; e desprovida de vitaminas – [sic.]”).

O uso de exemplos pelo professor Burton é excepcional e adequa-se ao objetivo de uma introdução, o que talvez se explique, em parte, por ele ter tido o franco bom senso de pegar emprestados vários exemplos clássicos de trabalhos mais antigos. S. Burton, *supra* nota 10, p. 20 (a ambigüidade da linguagem legal é demonstrada com exemplos de Fuller, *Positivism and Fidelity to Law – A Reply to Professor Hart*, 71 *Harv. L. Rev.* 630, 662-66 (1958)); S. Burton, *supra* nota 10, p. 32-39, 112-16 (desenvolvimentos jurisprudenciais são ilustrados com exemplos de Fuller, *The Forms and Limits of Adjudication*, 92 *Harv. L. Rev.* 353-76 (1978)); S. Burton, *supra* nota 10, p. 132-36, (a existência de casos difíceis é descrita com exemplos de R. Dworkin, *Taking Rights Seriously* 81-131 (1978)). A beleza dos exemplos do próprio Burton, dentre eles o da tentativa de um invasor de ser indenizado pelos danos causados por uma arma instalada pelo proprietário de um imóvel como

não ser que professores específicos se dediquem a ilustrar as conexões entre estes textos introdutórios e o conteúdo das disciplinas do currículo "nuclear". Ainda mais preocupante é o fato de renomados autores, a despeito de tentarem conceber simples obras introdutórias, terem ambições acadêmicas que os conduzem, invariavelmente, a apresentar suas posições sobre os debates jurídico-metodológico e jurídico-filosófico contemporâneos.<sup>13</sup> Consequentemente, os estudantes podem ser apresentados a visões particulares concernentes a questões altamente controversas antes mesmo de terem uma chance de compreender o sentido ou a importância da controvérsia.<sup>14</sup>

---

uma armadilha contra invasores, S. Burton, *supra* nota 10, p. 145-63 (descrevendo *Katko v. Briney*, 183 N.W.2d 657 (Iowa 1971)), é que eles tanto ilustram técnicas e problemas jurídicos quanto suscitam questionamentos às próprias conclusões do professor Burton. Eu não me convenci, por exemplo, de que "teorias embutidas em um texto legal mediante contextualização" conduzem à conclusão de que o contrato entre um fazendeiro e um produtor que Burton discute era, em conformidade com o Código Comercial Uniforme, um contrato "entre comerciantes". Cf. S. Burton, *supra* nota 10, p. 44-56, 116-22. Porém, cf. *Terminal Grain Corp. v. Freeman*, 270 N.W.2d 806, 812 (S.D. 1978) (decidindo que um fazendeiro, no contexto do Código Comercial Uniforme, não era um "comerciante"). Cf. de um modo geral E.A. Farnsworth, *Contracts* 418 n.31 (1982).

- 13 O Professor Levi, por exemplo, propõe uma visão altamente controversa sobre os precedentes no que se refere aos casos que envolvem interpretação das leis. Ele argumenta que o entendimento dos tribunais sobre o texto de uma lei deve ser seguido estritamente, a menos que se interprete posteriormente que a Constituição impõe uma leitura alternativa do texto legal. Cf. E. Levi, *supra* nota 8, p. 27-58. Ele sugere que essa abordagem forçará o Legislativo a assumir a responsabilidade de modificar as leis quando a interpretação judicial contrariar a vontade do legislador. Cf. *id.*

Entretanto, o exemplo detalhado que ele apresenta serve como respaldo para um ponto de vista contrário. Levi conta a história de *Caminetti v. United States*, 242 U.S. 470 (1917), caso em que a Suprema Corte manteve a condenação de pessoas envolvidas no transporte de mulheres para fins de coabitação paga. A Corte interpretou ampliativamente o texto da Lei Mann, o qual proibia o transporte de "qualquer mulher ou menina para fins de prostituição, libertinagem ou qualquer outro propósito imoral". *White-Slave Traffic (Mann) Act*, ch. 395, 36 Stat. 825 (1910) (codificado conforme as alterações do 18. U.S.C. §§ 2421-2424 (1982)). A despeito das dúvidas sobre a sensatez da decisão proferida no caso *Caminetti*, Levi aparenta concordar com decisões posteriores que seguiram o entendimento flexível consolidado naquele julgado. Cf. E. Levi, *supra* nota 8, p. 36-38 (discutindo *Cleveland v. United States*, 329 U.S. 14 (1946), caso em que a Suprema Corte aplicou a Lei Mann a mórmons polígânicos cujas esposas foram recrutadas de fora do Estado).

A questão da Lei Mann, contudo, parece ilustrar exatamente aquelas situações em que a adesão a uma interpretação equivocadamente ampla pode produzir consequências adversas. O fato de o apoio a iniciativas legislativas de flexibilização de leis moralizantes envolver riscos políticos pode acabar preponderando sobre as propostas de efetivo apoio às restrições legais. De modo semelhante, minorias engajadas no debate político podem continuar conseguindo impor sua vontade muito tempo depois de o sentimento público que inspirou a lei original já ter se esvaído. Nem sempre o direito constitucional irá fornecer uma saída. Uma decisão segundo a qual uma atividade proibida por lei é constitucionalmente protegida pode avançar mais do que o necessário e produzir dificuldades posteriormente. Levi não tem como avaliar esses argumentos com profundidade justamente pelo fato de estar escrevendo um livro introdutório. Não está claro, portanto, por que a própria posição de Levi merece tanta atenção de um estudante de início de curso.

- 14 *The Bramble Bush* pode ser entendido como um resumo tão extenso quanto um livro da ideia de que o direito pode ser descrito como um conjunto de regras e princípios. Cf. e.g., K. Llewellyn, *supra* nota 9, p. 12-14, 20-23, 75-81. O professor Llewellyn talvez irrite os seus críticos que levam muito a sério sua afirmação segundo a qual "o que esses agentes públicos decidem a respeito de conflitos jurídicos é, na minha visão, o próprio direito". *Id.* p. 8-10, 12 (ênfase no original). O estilo de linguagem duro empregado na afirmação de que professores de Direito que discordam dele "não enxergam além de seus narizes nem mesmo o suficiente para que possam avaliar sua própria tarefa na vida" *id.* p. 23, entretanto, revela sua vontade de adentrar o âmbito das controvérsias e fomentá-las. Embora eu partilhe da perspectiva do professor Llewellyn sobre o papel das regras no direito norte-americano, estudantes iniciantes, na minha opinião, tendem a não entender o significado do debate jurídico-teórico até estarem razoavelmente próximos do final do primeiro ano de curso.



Acima de tudo, os estudantes não são ensinados a embasar seu raciocínio jurídico em aspectos da vida com os quais já têm familiaridade. Em vez disso, requer-se que eles raciocinem juridicamente como participantes reflexivos e perspicazes. Desta forma, o que é ganho com o respeito às capacidades intelectuais dos estudantes pode ser perdido ao se ignorar suas experiências. É, obviamente, impossível apresentar uma descrição sobre como raciocinar juridicamente que seja inteiramente independente de uma postura jurídico-filosófica e jurídico-metodológica. Contudo, também não é justo que os autores sejam responsabilizados por defenderem as suas próprias visões. A questão central é, contudo, o desenvolvimento de um método de apresentação que habilite e encoraje o estudante a avaliar criticamente as visões de seus professores, em vez de aceitá-las cegamente.

Eu distribuo para os meus alunos do primeiro ano de curso na disciplina Direitos Reais a história introdutória um tanto divertida da Parte II, que, implicitamente, reverte a estratégia das introduções clássicas. Ela pretende apresentar rapidamente aos estudantes algumas das estratégias retóricas que os juristas empregam. Para tanto, descreve uma situação cotidiana em que uma argumentação similar pode ser facilmente encontrada. Claramente, esta curta história fantasiosa não tem se presta a explicar ou, muito menos, a explorar o sistema jurídico como um todo ou mesmo todo o processo de raciocínio típico do direito. Em vez disso, serve como um glossário ao qual posso me referir ao analisar casos nas minhas aulas da disciplina de Direitos Reais. Ela demanda, portanto, uma terceira estratégia para o ensino do raciocínio tipicamente jurídico durante o primeiro ano de curso: a explícita identificação do que significa “pensar como um jurista” no contexto dos conteúdos normativos tradicionais. Isso requer a identificação explícita dos métodos da argumentação jurídica encontrados em um caso particular, de modo que os estudantes consigam aprendê-los deliberadamente, e não por acaso.

---

O professor Burton talvez possa ser acusado de embutir em um material introdutório a sua perspectiva jurídico-teórica. Desde o começo, ele considera que a sua tarefa é restaurar as virtudes do raciocínio jurídico que foram perdidas desde o surgimento do ataque realista ao formalismo. Cf. Burton, *supra* nota 10, p. xiv. Ele pinta os realistas e os adeptos dos Critical Legal Studies como críticos injustos que confrontam o direito com um ideal formalista inatingível. *Id.* p. 188-93. (Para um desenvolvimento mais sofisticado dessa mesma tese, cf. Stick, *Can Nihilism Be Pragmatic?*, 100 *Harv. L. Rev.* 332 (1986)). A verdadeira lição resultante do fracasso do formalismo, argumenta Burton, é a de que os juízes podem apelar a teses jurídicas para alcançar decisões legítimas baseadas no compromisso jurídico da comunidade com a busca pela ordem e pela justiça. Cf. S. Burton, *supra* nota 10, p. 204-15. Além de ser óbvio que a ordem e a justiça irão entrar em conflito frequentemente, tornando a explicação de Burton, na melhor das hipóteses, frágil, existe uma boa versão alternativa dessa história. Cf., e.g., Unger, *The Critical Legal Studies Movement*, 96 *Harv. L. Rev.* 563, 573-76 (1983) (contestando a ideia de que o consenso moral e a fidelidade ao papel institucional são capazes de delinear, de modo satisfatório, fronteiras entre revisões aceitáveis e mudanças perigosas, bem como sugerindo que críticas implacáveis ao formalismo e a objetivismo conduzirão a reformas construtivas). Cf. também Kennedy, *supra* nota 8, p. 546 (argumentando que não há como saber, no momento da decisão, se o fato de um dado caso parecer claramente resolvido pelo contexto se deve à circunstância de que uma decisão diferente produziria consequências inadequadas ou, simplesmente, à limitada capacidade de imaginação do juiz); Peller, *The Metaphysics of American Law*, 73 *Calif. L. Rev.* 1152 (1985) (sugerindo que os contextos que limitam a produção de decisões judiciais nos Estados Unidos decorrem de premissas metafísicas com conteúdos políticos definidos e questionáveis).



Deixe-me dar um exemplo simples. Todo professor de Direitos Reais, ao ensinar o caso *Pierson v. Post*,<sup>15</sup> discute a afirmação da corte de que a regra decisória escolhida – a de que um direito de propriedade sobre um animal selvagem pode ser obtido apenas por meio da posse, do uso de uma armadilha ou de um ferimento mortal seguido de perseguição contínua – foi adotada “pelo bem da segurança, e para preservar a paz e a ordem na sociedade”.<sup>16</sup> Os estudantes normalmente contestam a posição do tribunal mediante a adoção da tese divergente, segundo a qual a perseguição combinada com uma expectativa razoável de captura é suficiente para a obtenção do direito de propriedade sobre um animal. Durante essa discussão, a dificuldade de estabelecer o que seja uma “razoável expectativa de captura” será enfatizada, e a decisão do tribunal será apresentada como mais fácil de administrar do que a posição divergente. A maioria das turmas irá então desafiar a posição majoritária com perguntas socráticas. Suponha que a raposa seja acertada por uma flecha, mas continue a fugir e então seja capturada e morta por um terceiro. Como é possível dizer se a flecha gerou um ferimento mortal? A disposição da maioria da corte de permitir a exceção por ferimento mortal diminuiu a sua própria demanda por segurança jurídica em nome da justiça e do desejo de premiar o primeiro caçador? Por que então não vamos adiante e adotamos a posição divergente? Ninguém, é claro, espera respostas definitivas e rápidas para essas questões. O que importa é começar a encorajar os estudantes a fazer perguntas sobre o raciocínio aplicado a cada caso e refinar sua compreensão da regra efetivamente adotada em cada caso. Nesse sentido, todas as disciplinas do primeiro ano ensinam como se raciocina juridicamente.

A atenção dos estudantes, contudo, pode ser atraída para a habilidade do professor de criar as questões ou situações hipotéticas descritas acima. O tempo de aula pode ser dedicado ao eterno debate entre a maioria e a minoria, com ênfase na estrutura conceitual desse debate. Os estudantes podem ser ensinados a examinar uma fundamentação decisória que tente estabelecer uma regra clara, de modo a descobrir se as exceções a esta regra irão prejudicar o seu propósito de tornar a aplicação do direito mais fácil. Os estudantes, ao captarem essa ideia, desenvolvem sua capacidade de formular questionamentos hipotéticos às fundamentações que lêem. É claro que um caso como *Pierson v. Post* tem muito mais a oferecer; ver o caso apenas como um exemplo de uma disputa teórica entre regras estritas e *standards* flexíveis<sup>17</sup> é perder de vista o singular papel da posse no contexto dos Direitos Reais,<sup>18</sup> o contexto histórico

15 3 Cai. R. 175 (N.Y. Sup. Ct. 1805).

16 Id. p. 179.

17 Para a já clássica descrição do conflito entre regras e standards no Direito privado estadunidense, ver Kennedy, *Form and Substance in Private Law Adjudication*, 89, Harv. L. Rev. 1685 (1976).

18 É claro que alguns juristas veem a facilidade de aplicação como a razão fundamental para o reconhecimento dos primeiros possuidores como titulares do direito de propriedade sobre um bem. Ver Epstein, *Past and Future: The Temporal Dimension in the Law of Property*, 64 Wash. U.L.Q. 667, 670-74 (1986) (enfatizando a “natureza relativamente automática” da regra do primeiro possuidor). Para uma defesa da tese de que a determinação

e social do caso, e os demais debates de longa data refletidos na decisão.<sup>19</sup> O que importa, entretanto, é que a identificação das lições que cada caso tem a transmitir a respeito do modo de raciocínio típico do jurista demanda a adoção de algumas técnicas de ensino, de modo que os tipos de argumentação possam ser compreendidos pelos alunos de forma consciente, e não introjetados mediante imitações, tentativa e erro ou uma mítica osmose.

O método de ensino que eu uso é baseado na simples ideia de que o vocabulário das técnicas argumentativas ajuda os estudantes a reconhecerem argumentos específicos contidos em fundamentações decisórias em sede de recurso e a lembrarem-se deles ao longo do semestre.<sup>20</sup> Minha experiência anterior, contudo, me convenceu que usar o tempo de aula para desenvolver este vocabulário é uma tarefa difícil demais para os estudantes e que toma muito do tempo disponível para a abordagem do conteúdo da disciplina. Os estudantes clamavam por um dicionário de termos e eu abominava a ideia de fornecê-lo, visto que eu esperava que eles simplesmente memorizassem a lista de vocabulário sem que a entendessem. Em dado momento, tive a ideia de fazer uma apresentação em forma de anedota que incorporasse a terminologia do raciocínio jurídico a um exemplo cotidiano. Agora eu distribuo “Uma história de dormir” para os alunos do primeiro ano no início das aulas da disciplina e refiro-me a este texto durante o ano quando a turma está analisando um caso. O *feedback* favorável que eu recebi de estudantes e colegas serviu como estímulo para que eu apresentasse meu trabalho a um público mais abrangente.

Eu preciso fazer duas ressalvas. Em primeiro lugar, eu ignorei, até então, o acirrado debate intelectual sobre a seguinte questão: faz sentido falarmos em “pensar como

---

do primeiro possuidor não é desprovida de dificuldades, Cf. Paul, Searching for the Status Quo, 7, Cardozo L. Rev. 743, 757-62 (1986) (resenhando R. Epstein, Takings: Private Property and the Power of Eminent Domain (1985)).

- 19 *Pierson v. Post* é uma bela ilustração do conflito entre, de um lado, o nosso desejo de recompensar o trabalho e o investimento, e, de outro, a nossa fé no valor do reforço da competitividade. Essa tensão pode ser formulada como uma colisão interior à teoria econômica ou como parte de uma complexa perspectiva sobre os direitos que inclui tanto um direito à segurança jurídica quanto um direito à liberdade de agir. Cf. Singer, The Legal Rights Debate in Analytical Jurisprudence from Bentham to Hohfeld, 1982 Wis. L. Rev. 975, 980-84. Além disso, o voto divergente do juiz Livingston evoca a complexa relação entre o direito e o costume, e os estudantes podem perceber como o sistema jurídico tanto precisa obedecer aos costumes quanto deve se manter independente deles. Finalmente, o caso serve para que se apresente aos estudantes a ideia de dano sem reparação jurídica, suscitando, assim, a questão da relação entre o Direito e a moralidade. Não surpreende, portanto, o fato de *Pierson v. Post* aparecer logo no início de muitos casebooks de Direitos Reais! Ver, e.g., J. Duminier & J. Krier, supra nota 3, p. 34-38; C. Haar & L. Liebman, supra nota 3, p. 33-37.
- 20 Nem este método nem o vocabulário são unicamente meus. Para falar a verdade, dar ênfase à sistematização do raciocínio tipicamente jurídico nas tradicionais aulas do primeiro ano do curso de Direito é uma tendência crescente. Eu peguei emprestada a terminologia presente nas minhas maiores influências sobre a matéria: as produções, ainda não publicadas, do professor Duncan Kennedy sobre responsabilidade civil; e as técnicas de raciocínio jurídico desenvolvidas pelo professor Irwin Stotzky e pelo saudoso reitor de Miami Soia Mentschikoff. Ver S. Mentschikoff & I. Stotzky, supra nota 5. Para uma descrição mais detalhada da terminologia do professor Kennedy e uma ótima explicação sobre como um professor a utilizaria ao ensinar os alunos a raciocinar juridicamente em suas aulas de responsabilidade civil, ver Boyle, The Anatomy of a Torts Class, 34 Am. U. L. Rev. 1003, 1051-63 (1985).

um jurista"<sup>21</sup> e, se a resposta for positiva, o raciocínio jurídico é uma habilidade desejável?<sup>22</sup> A professora Abrams, por exemplo, usa sua perspicaz resenha do livro introdutório do professor Burton para desafiar a tese de que os juristas têm um modo ímpar de pensar sobre a resolução de conflitos.<sup>23</sup> A argumentação dela, entendida como uma teoria do direito prescritiva, é bastante persuasiva.<sup>24</sup> Enquanto o professor Burton tenta explicitamente defender que raciocinar juridicamente é uma atividade coerente e útil,<sup>25</sup> a professora Abrams identifica um difícil dilema. Ela admite que os juízes que se baseiam exclusivamente nas fontes do direito e nos pontos de vista da comunidade jurídica podem postular o reconhecimento de que estão a usar um método singular de resolução de controvérsias, mas defende que se limitar a buscar respaldo no conhecimento prévio é correr o risco de perpetuar um *status quo* injusto.<sup>26</sup> Como alternativa, os juízes podem ir além das fontes do direito convencionais em busca de outras metas que não a consistência. Mas assim, como a professora Abrams

21 Para uma defesa da sólida tese de que julgar e advogar são atividades mais baseadas em capacidades intuitivas do que em capacidades racionais, cf. Hutcheson, *The Judgment Intuitive: The Function of the 'Hunch' in Judicial Decision*, 14 *Cornell L. Q.* 274 (1929).

22 Questionamentos ao modelo convencional de raciocínio jurídico devem ser separados em duas diferentes teses. Meu texto aborda o argumento de que não é possível estabelecer uma distinção entre o pensamento jurídico e outras formas de raciocínio de uma maneira que seja produtiva ou mesmo de um modo que faça sentido. O professor Burton, especificamente, critica essa visão (Cf. S. Burton, *supra* nota 10, p. xiii.-xvi), que a professora Abrams aparentemente subscreve (Cf. Abrams., *supra* nota 10, p. 686-7). Um questionamento alternativo considera que o raciocínio jurídico é bastante real, mas o rotula como o inimigo. Johnson and Scales, *An Absolutely, Positively True Story: Seven Reasons Why We Sing*, 16 *N. M. L. Rev.* 433 (1986). De acordo com esta perspectiva, o raciocínio jurídico celebra uma falsa superioridade do racional sobre o irracional, da ordem sobre o caos, etc., id. p. 446-8, e requer aos estudantes que tragam seus corpos (e suas mentes?) para as faculdades de Direito, mas "deixem suas almas do lado de fora", id. p. 439. Eu não tenho objeções à ideia de que a vida e o Direito não se esgotam em um pensamento linear. Eu ainda não fui convencido de que é vantajoso enxergar a mente como dotada de uma quantidade de espaço limitada a ponto de poder ser completamente preenchida pela racionalidade e pela lógica, sem que sobre nada para a poesia e para a música. De fato, a história aqui apresentada é uma tentativa de facilitar o aprendizado das técnicas racionalistas do curso de Direito, de modo que sobre mais energia para um estudo mais profundo e para a abordagem de perspectivas alternativas. Estudantes que não conseguem formular rationes decidendi amplas e restritas tendem a não ser simpáticos a críticas verdadeiramente profundas que sejam mais bem-sucedidas no questionamento à pretensa racionalidade do pensamento jurídico. Cf, e.g., Peller, *supra* nota 14 (tentando mostrar que a ideologia ensinada durante o treinamento profissional, ao distinguir o raciocínio jurídico de outras formas de pensamento, produz uma racionalidade que é epistemológica e politicamente enviesada); Winter, *The Metaphor of Standing and the Problem of Self-Governance*, 40 *Stan. L. Rev.* \_\_\_ (a ser publicado em julho de 1988) (explicando como a estratégia cognitiva de reduzir um conceito jurídico a uma metáfora simplista distorceu nossa capacidade de compreender o problema em função do qual o conceito foi formulado); Cf. também F. Olsen, *The Sex of Law* (manuscrito não publicado) (subscrevendo as teses feministas de que o Direito não é racional e de que as coisas não estariam necessariamente melhores se ele fosse).

23 Cf. Abrams, *supra* nota 10, p. 667.

24 A resenha da professora Abrams direciona a discussão para o nível prescritivo mediante um enquadramento do tema nos moldes da seguinte pergunta: os juristas teriam algo único a adicionar a uma nova sociedade que estivesse sendo construída após um imaginário novo Dilúvio? Abrams, *supra* nota 10, *passim*.

25 Cf. S. Burton, *supra* nota 10, p. 204-35.

26 Cf. Abrams, *supra* nota 10, p. 680-84.

destaca, torna-se extraordinariamente difícil distinguir o raciocínio *jurídico* de outras formas complexas de tomada de decisão.<sup>27</sup>

Os professores de Direito, contudo, devem lembrar que livros como o do professor Burton cumprem tanto uma função descritiva quanto uma prescritiva.<sup>28</sup> Os tipos de raciocínio que ele descreve são efetivamente utilizados pelos juristas no mundo atual, e os estudantes devem aprender como praticar o “modo de pensar juridicamente” mesmo enquanto aprendem a criticá-lo. Consequentemente, todos nós devemos procurar mecanismos, como a história da Parte II, que nos auxiliem na tentativa de aperfeiçoamento da habilidade dos estudantes de raciocinar em contextos que esperamos que eles encontrem durante e, o mais importante, após o curso de direito. Além disso, não precisamos reagir exageradamente à tese de que os juristas não têm um modo de resolver conflitos superior ao dos profissionais intelectuais de outras áreas. Muitos estudantes começam o curso de direito com praticamente nenhuma experiência na resolução de problemas complexos de qualquer tipo e tendo escolhido estudar direito como um meio de desenvolvimento de habilidades analíticas avançadas. Se nossos alunos não pensam de um modo ao menos um pouco diferente e em um nível ao menos um pouco mais alto após concluírem sua formação jurídica, nós somos os culpados por esse grande fracasso.

Uma segunda e mais séria ressalva: eu tangenciei de modo excessivamente rápido a relação dolorosamente complexa entre o ensino de como raciocinar juridicamente e o ensino de valores morais. Consequentemente, minhas críticas às introduções clássicas podem transmitir a impressão equivocada de que a história da Parte II é uma tentativa de subscrever uma neutralidade moral provisória. Além disso, dois aspectos da própria história podem sugerir que um foco nítido nas técnicas de raciocínio jurídico retira a ênfase das controversas questões morais essenciais para um estudo sério dos temas do primeiro ano do curso de Direito. Em primeiro lugar, ao escolher um conflito cotidiano, em que há relativamente pouco em jogo, eu corro o risco de construir uma falsa imagem do direito em que este parece mais ser um jogo do que uma atividade humana com consequências sérias, até mesmo de vida ou morte.<sup>29</sup> Em segundo lugar,

27 Cf. id. p. 684-87

28 A comparação pouco convincente do professor Burton entre *Brown v. Board of Educ.*, 347 U.S. 483 (1954), que ele vê como um bom exemplo de mudança do Direito, e *San Antonio Indep. School Dist. v. Rodriguez*, 411 U.S. 1 (1973), que ele apresenta como uma decisão que, adequadamente, presta deferência à supremacia legislativa, dá uma boa razão para que a professora Abrams questione se o professor Burton acredita que tudo que é deve ser. Ver Abrams, *supra* nota 10, p. 678-86; S. Burton, *supra* nota 10, p. 222-229. O suposto fracasso das teses normativas do professor Burton, contudo, não deve tirar completamente o valor de sua caracterização bastante precisa da consciência jurídica coletiva (ainda que talvez um pouco confusa) contemporânea.

29 O professor Winter relembra aos seus alunos a natureza séria do Direito com esta assustadora citação do saudoso Robert Cover:

“A interpretação jurídica desenvolve-se em um campo de dor e morte... Um juiz articula seu entendimento de um texto e, como resultado, alguém perde sua liberdade, sua propriedade, seus filhos, até mesmo sua vida. As interpretações do Direito também são justificações para a violência que já ocorreu ou que está para ocorrer. Os intérpretes, ao concluírem o seu trabalho, frequentemente deixam vítimas para trás, com as vidas destruídas

eu construí uma história que contém um glossário de argumentos retoricamente contrapostos sem comentar sobre a força moral ou plausibilidade das perspectivas em conflito. Professores de Direito reflexivos, os quais se perguntam, com aflição, se enfatizar os dois lados de cada argumento estimula o cinismo dos estudantes, podem questionar, conseqüentemente, se um foco explícito nas técnicas de raciocínio jurídico fortalece a mensagem de que o cliente sempre está certo.<sup>30</sup> Enfrentar completamente estas inquietações inter-relacionadas requereria um espaço maior do que o que esta breve introdução admite; ignorá-las completamente, contudo, seria negligenciar o óbvio dever de considerar tanto as conseqüências morais quanto as intelectuais da minha iniciativa.

Alguns aspectos, mesmo que não esgotem a questão, são cruciais. Em primeiro lugar, os estudantes chegam à faculdade de Direito para aprender o ofício de um jurista, e o nosso receio de que as ferramentas da profissão sejam eticamente questionáveis não é uma desculpa para um ensino pobre. Os estudantes, para terem sucesso como juristas, precisarão descobrir, mais cedo ou mais tarde, que a argumentação jurídica é relativamente indeterminada. Quanto mais cedo eles dominarem os intrincados padrões argumentativos, mais tempo eles terão para dedicar à observação do Direito de um ponto de vista moral abrangente.<sup>31</sup> Conseqüentemente, a história introdutória a seguir foi concebida primordialmente para acelerar o processo de aprendizado dos estudantes. Em segundo lugar, uma introdução ao raciocínio jurídico não precisa destacar cada aspecto dos procedimentos típicos do Direito. A beleza de ensinar a raciocinar juridicamente nas disciplinas do primeiro ano está em ter a oportunidade de explorar o uso dos argumentos jurídicos em um rol abrangente de controvérsias morais importantes. Por exemplo, estudantes, ao enfrentarem a questão sobre um locador poder ou não despejar um inquilino, não tendem a negligenciar a seriedade do que está em jogo, mesmo se um inquilino que enfatize sua necessidade de ter um lar para manter um emprego estável for comparado com uma criança que enfatize as vantagens sociais de assistir a um programa de TV tarde da noite e ambas as situações forem descritas no jargão jurídico como um envolvimento em uma análise de custo-

---

por estas práticas sociais organizadas de violência. A interpretação jurídica e a violência que ela ocasiona não podem ser propriamente compreendidas se uma for dissociada da outra." S. Winter, *It's All in the Telling: Law as a Language for Social Thought* 10 (January 1988) (manuscrito não publicado) (citando Cover, *Violence and the Word*, 95, Yale L. J. 1601 (1986)).

30 Ver, e.g., K. Llewellyn, *supra* nota 9, p. 148-50; S. Winter, *supra* nota 29, p. 2-3

31 Eu não sustento aqui nenhuma tese sobre o acirrado debate jurídico-teórico a respeito do significado ou da extensão da indeterminação do Direito. Eu defendo apenas que é incontestável o fato de, em muitos conflitos jurídicos, ser viável a formulação de argumentos jurídicos plausíveis por ambos os lados. Para uma discussão mais completa, compare Fischl, *supra* nota 12, p. 513-21, e Singer, *The Player and the Cards: Nihilism and Legal Theory*, 94 Yale L. J. 1 (1984) (analisando e defendendo teses sobre a indeterminação do Direito). Com Solum, *On the Indeterminacy Crisis*, 54 I. Chi. L. Rev. 462 (1987) e Stick, *supra* nota 14 (analisando e criticando as tentativas de demonstrar a indeterminação do Direito). Cf. Yablon, *The Indeterminacy of the Law: Critical Legal Studies and the Problem of Legal Explanation*, 6 Cardozo L. Rev. 917 (1985) (tentando ligar o uso da indeterminação pela teoria crítica a questões mais amplas de explicação histórica e filosófica).

benefício de longo prazo. Finalmente, a natureza de duas faces da argumentação jurídica conduzirá os estudantes ao cinismo apenas na medida em que as exposições em sala de aula alterarem suas posições morais preexistentes. Muitos estudantes podem optar por colocar suas novas habilidades analíticas e retóricas a serviço de compromissos morais passionais que eles trazem para a faculdade, em vez de usar seu senso de ambiguidade moral, incrementado após a entrada no curso de Direito, como uma desculpa para agradar aos poderosos.<sup>32</sup>

Em essência, contudo, colocar o foco das aulas nos padrões da argumentação jurídica é um modo de ensinar que se baseia mais em uma fé no potencial moral dos alunos do que em uma confiança em suas posições morais preexistentes.<sup>33</sup> Até mesmo um expediente introdutório inofensivo deve assumir a indiscutível premissa de que nenhum método de ensino do Direito (ou qualquer outra coisa) é neutro no sentido de ser desprovido de mensagens morais. A despeito de nenhum professor de Direito responsável querer impor seus pontos de vista sobre seus alunos, nenhum deles pode evitar apresentar a sua própria perspectiva. Consequentemente, os professores devem, ao mesmo tempo, aceitar uma responsabilidade moral e tomar cuidado para evitar um proselitismo indevido.

Para ajudar a estabelecer a linha divisória entre um autoenaltecimento e uma autoanulação, a história da Parte II foi concebida de modo a facilitar a estratégia de abordar com imparcialidade princípios gerais concorrentes que sustentem posições morais concernentes a litígios concretos. Tentar convencer os alunos de uma turma do primeiro ano do curso de Direito de que a igualdade é mais importante do que a liberdade

32 As faculdades de Direito são parcialmente responsáveis pelo fato de os seus egressos, ao começarem a trabalhar na área, relatarem em influenciar os comportamentos dos seus clientes ou ficarem felizes por empregarem suas habilidades a serviço de quem lhes pagar mais, independentemente das consequências. Compare com Kennedy, *How the Law School Fails: A Polemic*, 1 *Yale Rev. L. & Soc. Action* 71, 77-78 (1970) (algumas das reações típicas dos estudantes de Direito são a passividade, o cinismo e a distorção de compartimentalização psicológica) com Stone, *Legal Education on the Couch*, 85 *Harv. L. Rev.* 392, 398-401 (1971) (atribuindo as reações negativas dos estudantes de Direito, em parte, aos conflitos geracionais e à necessidade dos estudantes de construir uma identidade profissional). Ver K. Llewellyn, *supra* nota 9, p. 146-47 (preocupação com a tendência dos estudantes de se tornarem amorais, especialmente devido ao contexto histórico, no qual o desalento estudantil surgiu parcialmente por conta do fracasso da Primeira Guerra Mundial em assegurar a paz e a democracia). Como instituições de ensino superior, contudo, as faculdades de Direito não podem retroceder à perspectiva de que os dilemas morais devem ser simplificados para prevenir que os alunos escolham o lado errado.

33 Confiar unicamente na pureza moral dos calouros seria uma conduta ingênua e indefensável. É teoricamente possível imaginar sucessivas gerações de estudantes de Direito que tenham uma paixão moral alimentada por fontes religiosas ou de outros tipos não relacionadas à estrutura jurídica da sociedade. É mais realista, contudo, a expectativa de que as posturas morais dos profissionais do Direito – que, em alguma medida, são cunhadas pelos professores de Direito – tenham um impacto nas posturas morais da sociedade como um todo. Consequentemente, os professores de Direito que, conscientemente, não se esforçam por um ensino moralmente responsável arriscam o futuro a longo prazo de estudantes que sejam igualmente desinteressados na concretização de objetivos morais. Cf. J. Habermas, *Legitimation Crisis* 20-24, 36-37 (1975) (As tradições familiares e religiosas têm servido como a fonte fundamental de atribuição de sentido à vida cotidiana nas sociedades capitalistas liberais, a despeito das constantes ofensivas típicas do progresso capitalista a essas próprias tradições; as sociedades capitalistas avançadas, conseqüentemente, enfrentam crises de legitimação geradas pelo enfraquecimento da vida familiar e religiosa).

ou de que os direitos à segurança devem prevalecer sobre os direitos à liberdade de agir seria algo insensato e arrogante. Por outro lado, ocultar deliberadamente dos estudantes que você se importa profundamente com o resultado de um caso específico que está sendo estudado significaria negar a seriedade dos litígios. Seus alunos ganharão confiança intelectual e aumentarão seu apreço pela avaliação de dilemas morais à medida que eles reconhecerem que você apresentou argumentos opostos à conclusão que você defende. Neste sentido, um método de ensino que introduz rapidamente uma série de argumentos opostos aumenta a habilidade do instrutor para assumir uma responsabilidade moral sem tentar equivocadamente converter os alunos a um ponto de vista específico.

Acima de tudo, a história a seguir começa com uma avaliação do contexto em que muitos estudantes de Direito são expostos pela primeira vez ao raciocínio típico do Direito. Para a maioria dos estudantes, o esforço para dominar as habilidades jurídicas e, assim, assegurar o caminho para um sustento satisfatório está relacionado a questões pessoais relevantes. Muitos estudantes recebem os questionamentos perspicazes de seus professores como um ataque a sua capacidade de defender qualquer posição moral.<sup>34</sup> Além disso, como as provas exigem um rigor intelectual, o escrutínio moral tende a se tornar uma preocupação secundária. Nós, como professores, devemos esperar que os estudantes descubram em que medida a natureza de duas faces da argumentação envolve tanto controvérsias morais quanto jurídicas, bem como que eles achem esta descoberta emocionalmente desafiadora. Conseqüentemente, a história introdutória ora apresentada presta-se a transmitir confiança aos estudantes no que concerne à capacidade para dominar a estrutura da argumentação jurídica, bem como serve de convite para que eles continuem a desenvolver suas faculdades morais. Estimular a confiança intelectual não é a única tarefa que eu tento cumprir em minhas turmas de primeiro ano do curso de Direito, mas talvez já seja o suficiente.

## II. UMA HISTÓRIA DE DORMIR.

Imagine que você tem doze anos de idade e seus pais te deixaram com um babá<sup>y</sup>. Sua principal preocupação é obter permissão para ficar acordado até as 11 da noite, de modo a poder assistir a um episódio especial de duas horas de duração de *Miami Vice* na televisão (perceba que como este exemplo foca no alcance de seus próprios

34 Para o ponto de vista privilegiado de um psiquiatra sobre os perigos do método socrático, Cf. Stone, supra nota 32, p. 414-16. Para uma descrição mais extensa das experiências desanimadoras dos alunos com o modo de ensinar de boa parte dos professores do primeiro ano do curso de Direito, cf. Kennedy, *Legal Education as Training for Hierarchy in The Politics of Law: A Progressive Critique* 41-44 (D. Kairys 1982).

y No texto original, Jeremy Paul utiliza os pronomes "he" e "him" para se referir à personagem "the babysitter", de modo a explicitar que se trata de um homem. Em português, a palavra "babysitter" seria traduzida como "babá". A despeito de ser mais familiar o acompanhamento da palavra "babá" pelo artigo definido "a", esta tradução, com o propósito de respeitar a opção original do autor, adotou a forma "o babá", a qual vem recebendo uma crescente aceitação como modo de designação dos cuidadores do gênero masculino em português.



objetivos, ele já está desvinculado do mundo real, em que um advogado que representa a si mesmo tem um tolo como cliente. As disciplinas do segundo e do terceiro anos do curso de Direito destacarão os métodos para identificar o que o seu cliente deseja, tarefa que você deve cumprir meticulosamente antes de fazer qualquer coisa).

Ao aproximar-se do babá para discutir a situação, você pode fazer algumas perguntas a si mesmo. Talvez a mais importante delas seja a respeito do que seus pais disseram ao babá sobre a sua hora de dormir. (VERIFICAR AS REGRAS). Suponha que você encontre um bilhete em cima da mesa com instruções detalhadas para o babá, segundo as quais ele deve te colocar para dormir às 11 horas da noite. (LEI). Você parece estar com sorte e suas chances de conseguir o que você quer aumentaram. Suponha, ao contrário, que não há nenhum bilhete, mas que o babá ficou com você algumas vezes antes e sempre te colocou para dormir às 11 da noite. (PRECEDENTE). Você continua parecendo estar em uma boa situação.

A vida, contudo, raramente é tão simples. Suponha que a maioria das outras vezes em que o babá ficou com você foi em noites de sábado. Apenas uma vez ele ficou com você em uma noite de um dia de semana. Naquela noite específica, ele deixou você e seu amigo, que foi dormir em sua casa, ficarem acordados um pouco além das 11 para que pudessem assistir a um jogo da World Series do time para o qual seu amigo torce. Você argumenta com o babá que, a despeito de ser uma noite de terça, você deveria poder ficar acordado até tarde para ver *Miami Vice*, assim como você e seu amigo foram permitidos na noite do jogo da World Series. Você pode começar destacando ser justo você poder ficar acordado até tarde para ver algo muito especial para você, assim como o babá deixou seu amigo ficar acordado até tarde para ver algo muito especial para ele (CASOS SEMELHANTES DEVEM SER TRATADOS DE MODO SEMELHANTE).

O babá, obviamente, então tenta explicar a você que aquela ocasião em que você ficou acordado até tarde é muito diferente da desta noite. Ele pode dizer que permitiu que você e seu amigo ficassem acordados até tarde para assistir à World Series porque havia, naquela oportunidade, muitas circunstâncias incomuns, as quais o fizeram se afastar de seu sentimento geral de que 10 da noite é um bom horário de dormir para crianças de sua idade durante os dias de semana. Ele alega que deixou você ficar acordado até tarde para assistir à World Series, que ocorre apenas uma vez por ano, em uma noite em que um amigo foi dormir em sua casa, o que também não é uma situação cotidiana. O babá pode, ainda, argumentar que seria errado concluir disso algo a mais do que o seguinte: da próxima vez que um amigo for dormir em sua casa em uma noite de World Series, você poderá ficar acordado até o final do evento televisivo novamente. (RESTRINGINDO A RATIO DECIDENDI DE UM PRECEDENTE). A posição do babá não te agrada e você explica os motivos para tanto. Do seu ponto de vista, o babá está sendo arbitrário. Afinal de contas, na situação anterior, você e seu amigo obtiveram permissão para ficar acordados até tarde por conta de um evento televisivo especial. Você afirma que a regra deveria ser a de que toda vez que houver um evento televisivo especial você poderá ficar acordado até o seu encerramento



(AMPLIANDO A RATIO DECIDENDI DO PRECEDENTE). Mesmo que o babá concordasse que você poderia ficar acordado até tarde para assistir a eventos especiais, você ainda precisaria, obviamente, convencê-lo de que *Miami Vice* se enquadra nesta categoria. O babá poderia perguntar o que há de tão especial em *Miami Vice*. Como se trata de um programa semanal, qualificá-lo como especial não te habilitaria a ficar acordado até tarde toda vez que você encontrasse algo na televisão a que você quisesse assistir? (ENQUADRAMENTO DO FATO EM UMA CATEGORIA NORMATIVA). Você responde que, ao contrário, este episódio de *Miami Vice* é extremamente incomum. Em primeiro lugar, *Miami Vice* normalmente tem uma hora de duração, e este é um episódio especial de duas horas de duração, tempo que permite que os roteiristas desenvolvam um enredo melhor. Em segundo lugar, *Miami Vice* normalmente é exibido em noites de sexta-feira, de modo que *não é provável* que o programa seja exibido em uma noite de terça-feira em outra ocasião. Além disso, como as personagens de um episódio frequentemente aparecem mais à frente na mesma temporada, se você perdesse este episódio especial de estreia, você teria uma dificuldade maior para entender os episódios posteriores. (ENQUADRAMENTO DO FATO EM UMA CATEGORIA NORMATIVA).

E isto é apenas o começo. Até então nós assumimos, na maior parte do tempo, o pressuposto de que o babá tem liberdade para estabelecer a hora de você dormir, sem quaisquer instruções de seus pais. Suponha agora que seus pais deixam o mesmo modelo de bilhete para todos os babás, o qual diz que você deve dormir às 10 da noite nos dias de semana e às 11 da noite nos fins de semana. Hoje é terça-feira, então você está em apuros. Se você não fosse um embrião de jurista, você poderia simplesmente se conformar com uma reprise de *A Team*. Você lembra-se, contudo, que sua aula do dia seguinte começará duas horas mais tarde por conta do encontro anual dos professores. Você alerta o babá sobre sua oportunidade de dormir tarde e espera a reação dele.

O babá, obviamente, pode checar sua programação escolar e demonstrar que você errou a data do encontro, o qual não será realizado até a semana seguinte. (ERRO EM RELAÇÃO AOS FATOS). É mais provável, contudo, que o babá não saiba nada sobre a sua programação e tenha que enfrentar o difícil problema de decidir se você está falando a verdade sobre o encontro ou até mesmo sobre a razão pela qual você deseja ficar acordado até tarde. (PROBLEMA DE APRECIÇÃO DAS PROVAS). Ainda assim, você persiste, sabendo que o babá considera que você, de modo geral, é confiável. Você explica a ele que a regra geral da hora de dormir não deve ser aplicada naquela noite porque a razão pela qual você precisa ir dormir cedo em dias de semana é o fato de que você precisa acordar cedo para ir para a escola. (IDENTIFICANDO UMA LACUNA NA REGRA). O babá pode tentar argumentar que o bilhete fala em dias de semana e, portanto, quer dizer dias de semana. (INTERPRETAÇÃO LITERAL). Você insiste, contudo, que o babá, ao tomar uma decisão, deve procurar as razões por trás da regra (INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA).

Se o babá for particularmente perspicaz, ele tentará estabelecer com você uma discussão geral sobre o papel dele. (COMPETÊNCIA). Ele pode dizer: “escute aqui:

you can be sure about the purpose of this rule, but the role of making the rules is of your parents, while my role is to apply them. (DEFERÊNCIA JUDICIAL À DECISÃO LEGISLATIVA). How can I be sure about what is the purpose of the rule? The only thing that I know is the word 'day of the week' (AMBIGUIDADE DA INTENÇÃO LEGISLATIVA). Without doubt, just that you forced me to conjecture about the purpose of the rule, it is reasonable to conclude that the use of the word 'day of the week' by your parents is intended to exclude all other possibilities. (ARGUMENTO A CONTRARIO). Besides that, if I assume my point of view, a bad nanny who wants to get rid of you will, next week, put you to bed at 10 at night because you need to give up playing football (PROBLEMA DA PARCIALIDADE JUDICIAL). Besides, if your parents are dissatisfied, they can rewrite the rules (ESTÍMULO À CLAREZA LEGISLATIVA) or buy a videocassette for you (RECURSO À TECNOLOGIA)".

However, you want to see *Crockett e Tubbs*, then you claim that the nanny does not understand the importance of her own work (COMPETÊNCIA). You insist that the application of the rules by the nanny makes sense only if she is complying with what your parents want. (VONTADE DO LEGISLADOR). Second, you, the nanny, do not have to be sure about what your parents wanted, but, if she does not try to find out, she is disrespecting the authority of them and avoiding a topic about which she needs to decide. (AMBIGUIDADE DA LINGUAGEM LEGISLATIVA). Besides that, you emphasize that your parents will reformulate the rules if a bad nanny tries to satisfy personal interests using a reasoning based on a supposed purpose of the instructions given by them. (ESTÍMULO À CLAREZA LEGISLATIVA). While this does not happen, you ask how you can be sure that the refusal of the nanny to let you watch *Miami Vice* does not stem from a negative preconception in relation to television programs at that time? (PERIGOS DO ENVIESAMENTO JUDICIAL).

Notice how the debate became incredibly heated when you identified what you can call gaps in the rules about the time to go to bed. Or these gaps result from a lack of certainty about the meaning of a previous decision, or they are a product of an ambiguity in the instructions about the time to go to bed. If this were happening one Sunday night, for example, you could claim that you were talking about a Sunday night as much as you were talking about a Friday night. In this scenario, arguments similar to those discussed above would be used. Identifying gaps is, therefore, an essential skill to which we devote ourselves continuously. At times, however, there is no rule about a specific issue, one that requires you to pay attention to the judge responsible for the first decision about the matter, the members of the Legislature or the court of appeals.

Suppose that you had reached your parents leaving home and were trying to do what they had instructed you to do in a way that you could watch *Miami Vice*. You start by affirming your independence, claiming that you were already old enough to make your own decisions about the time to go to bed. Letting your nanny decide would stimulate you to become dependent, inhibit your exercise

de suas habilidades decisórias e constituiria uma intervenção em seu direito de autodeterminação. (CONCILIAÇÃO). Seus pais, ao retrucarem, destacam sua falta de informação sobre sua saúde, sua tendência a desconsiderar riscos de longo prazo e os danos que você poderia causar a si mesmo e aos outros (seus pais, que teriam que ficar em casa com você e gastar dinheiro com um médico) se dormisse tarde e ficasse doente (PATERNALISMO). Seus pais também podem destacar os direitos do babá de fazer suas tarefas de casa enquanto você dorme pacificamente (DIREITOS COMO GARANTIAS), o fato de que o babá cobraria mais barato se você ficasse acordado durante menos tempo, e o bem que uma boa noite de sono poderia fazer. (ANÁLISE DE CUSTO-BENEFÍCIO DE LONGO PRAZO). Você poderia replicar com base no seu direito de se mover livremente pela sua própria casa. (DIREITOS COMO LIBERDADE DE AGIR). Você também pode alegar que é mais fácil fazer amigos se você assistir a *Miami Vice*, visto que todas as crianças estarão falando sobre isso. Você também pode dizer que o babá provavelmente cobrará o mesmo valor pelo seu serviço independentemente de você ter um horário fixo para dormir ou não, já que ele provavelmente precisa do trabalho (ANÁLISE DE CUSTO-BENEFÍCIO DE LONGO PRAZO). Finalmente, você pode alegar que seus pais não deixaram instruções para o babá em nenhuma das outras situações em que eles saíram de casa. Na falta de instruções, você sempre conseguiu convencer o babá a te deixar ficar acordado até as 11 da noite e você estava esperando fazer o mesmo (EXPECTATIVA DE DIREITO). De fato, você estava tão confiante que concordou em falar para todos os seus colegas de inglês sobre o programa de televisão no dia seguinte (TEORIA DA CONFIANÇA). Seus pais, contudo, poderiam não ser convencidos por esta linha de raciocínio, o que os faria dizer que, se você quisesse ter certeza de que poderia ficar acordado até tarde, deveria ter perguntado a eles antecipadamente. (FONTE E LEGITIMIDADE DAS EXPECTATIVAS DE DIREITO).

Se você fosse forçado a concordar com alguma limitação sobre a hora de dormir, você poderia sugerir uma postura mais flexível. Por exemplo, o babá poderia receber a instrução de te colocar para dormir quando você parecesse cansado. (STANDARD). Esta opção teria a vantagem de que você poderia alegar não estar efetivamente parecendo cansado. (MANIPULAÇÃO DOS FATOS POR PARTE DO LITIGANTE). Além disso, você poderia considerar tal opção mais compatível com a ideia de ser submetido a um horário de dormir. (JUSTIÇA). Por outro lado, você ficaria receoso com o fato de o babá poder dizer a qualquer hora que você parecia cansado (MANIPULAÇÃO DOS FATOS POR PARTE DO JUIZ). Ademais, você teria dificuldades para planejar assistir a programas de televisão, visto que você não teria como saber antecipadamente até que horas poderia ficar acordado. (IMPREVISIBILIDADE).

Você poderia querer entrar em um acordo para estabelecer 10 da noite como a hora de dormir em vésperas de aula e 11 da noite nas demais noites, (REGRA), com uma previsão especial de que a regra das 11 da noite se aplicaria nas situações em que houvesse uma reunião de professores na manhã seguinte. (EXCEÇÃO). Esta opção tem a vantagem de ser mais fácil para o babá do que avaliar se você "parece cansado". (FACILIDADE DE APLICAÇÃO). Tal opção também facilita que você planeje o seu próprio

comportamento. (PREVISIBILIDADE). (FACILIDADE DE APLICAÇÃO + PREVISIBILIDADE = REALIZABILIDADE FORMAL). Contudo, da sua perspectiva, ela gera o risco de que você seja forçado a ir dormir sem estar cansado (SOBREINCLUSÃO) e, da perspectiva de seus pais, ela gera o risco de resultar em uma permissão para que você fique acordado mesmo quando estiver cansado. (SUBINCLUSÃO). Além disso, ela desconsidera o fato de que sua programação na escola é diferente a cada dia e, conseqüentemente, de que você não tem uma hora de dormir padronizada (RIGIDEZ DAS REGRAS).

Você poderia pedir a seus pais para criar, por escrito, outras exceções, de modo que você pudesse ficar acordado até mais tarde quando não precisasse acordar cedo. Contudo, quanto mais a sua programação variasse, mais categorias a regra precisaria ter e mais difícil as coisas se tornariam para o babá. (EXCEÇÕES CORROEM A REGRA). Se, por exemplo, você tivesse aulas de manhã cedo no terceiro, no sétimo e no décimo-segundo dias de um mês de trinta dias, o babá poderia preferir um modelo de rigidez à criação de exceções. Por sua vez, seus pais poderiam preferir retomar o standard de “parecer cansado” a explicar para o babá os detalhes da sua atribulada programação. Você poderia sugerir uma regra excepcional que permitisse ao babá te deixar ficar acordado após o horário normal na hipótese de haver uma boa razão para tanto. Contudo, regras facilitam a aplicação, vantagem que se perderia com uma exceção desse tipo (EXCEÇÕES ENGOLEM A REGRA). Conseqüentemente, optar por um horário de dormir fixo implicaria lidar com alguma imprecisão.

Você nunca teria cogitado que tantos fatores diferentes pudessem estar em jogo no estabelecimento de um horário de dormir. A capacidade de considerar todos esses fatores e, o que é ainda mais importante, de formular argumentos para solucionar problemas específicos com base nos tipos de consideração descritos nesta história é bastante semelhante a habilidades jurídicas fundamentais. Quanto mais regular for a sua capacidade de gerar esse tipo de argumento, melhor você será como jurista.

Este pequeno exemplo é intercalado com palavras típicas do vocabulário jurídico em letras maiúsculas e entre parênteses. Estas palavras serão integradas à terminologia utilizada nesta disciplina. Contudo, eu imagino que você não considerará adequado o uso de tal vocabulário palavras no contexto dessa “história de dormir” e deve ser assim mesmo. Você poderia contar esta história para a maioria das pessoas e elas conseguiriam entendê-la muito bem sem que você precisasse recorrer ao jargão jurídico. Este curso dedica uma grande quantidade de tempo a fazer você se familiarizar com o jargão jurídico, visto oferecer uma síntese de quase todas as formas fundamentais de argumentação e análise jurídica, mas esse jargão é um mero auxílio para que você domine o modo de raciocinar juridicamente. Alcançar esse domínio é o objetivo primordial de todas as disciplinas do primeiro ano do seu curso de direito. Nesta disciplina, nós buscaremos concretizar esse objetivo mediante a aplicação de raciocínios muito similares aos utilizados na história de dormir a difíceis questões de Direitos Reais.

\* \* \*



# Civil Procedure Review

AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

3

## RELAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL, BILATERALIDADE E PENSAMENTO CONCEITUAL NO DIREITO

PROCEDURAL RELATIONSHIP, BILATERALITY AND  
CONCEPTUAL THINKING IN LAW

João Pedro de Souza Mello<sup>1</sup>

**Resumo:** O presente trabalho visa a defender o conceito de relação jurídica processual como dogmaticamente adequado a explicar os fenômenos processuais e ideologicamente alinhado com o Estado Constitucional. Para isso, demonstra a inevitabilidade da noção de bilateralidade e do pensamento conceitual no direito moderno. O trabalho esclarece também a metodologia de um conceptualismo adequado à historicidade do direito. Mostra, por fim, que os críticos da relação processual não foram capazes de oferecer alternativas a seus pressupostos filosóficos

**Palavras-chave:** relação jurídica; teoria geral do processo; filosofia do direito.

**Abstract:** The present essay aims to advocate that the concept of procedural relationship is appropriate, in terms of legal dogmatics, to the explanation of procedural phenomena and also aligned, in its ideology, to the Constitutional State. In this regard, it demonstrates the inevitability of the notion of bilaterality and of conceptual thinking in modern law. It also

1 Bachelor's degree in Law from the University of Brasília, in Brazil. Lawyer in Brasília, Brazil.

elucidates the methodology of a conceptualism which is suitable to the historicity of law. It also shows that the critics of the procedural relationship had not been capable of offering alternatives to its philosophical assumptions

**Keywords:** legal relationship; general theory of legal procedure; philosophy of law.

**Sumário:** 1. Introdução – 2. O fracasso do projeto anti-racionalista de Savigny – 3. A inevitabilidade do pensamento conceitual no direito – 4. A relação jurídica como espaço contextual e como conceito jurídico – 5. A relação jurídica processual no Estado Constitucional – 6. Conclusões – 7. Referências.

**Summary:** 1. Introduction - 2. The failure of Savigny's anti-rationalist project - 3. The inevitability of conceptual thinking in law - 4. Procedural relationship as a contextual space - 5. The procedural relationship in the Constitutional State 6. Conclusions- 8. References.

## 1. INTRODUÇÃO

Este artigo é uma defesa do conceito de relação jurídica de direito processual. Por extensão, é uma defesa de duas noções inescapáveis do direito moderno: o pensamento conceitual e a bilateralidade. Isso porque a crítica à relação jurídica processual costuma representar, de forma implícita ou explícita, uma revolta contra o raciocínio conceitual em geral ou uma incompreensão do papel da bilateralidade como noção estrutural do direito moderno. As críticas ideológicas de Alvaro de Oliveira, Mitidiero e Marinoni ao conceito de relação jurídica processual, abordadas na última parte deste artigo, poder-se-iam dirigir a qualquer conceito jurídico abstrato. Assim, para respondê-las, é preciso demonstrar a função que desempenham os conceitos no pensamento jurídico e abrir divergências filosóficas mais profundas. Em outras palavras, para defender o conceito de relação processual é preciso primeiro defender o conceito. Para isso, analisam-se as influências do romantismo alemão, sobretudo de Herder, sobre o pensamento de Savigny — esse que foi o primeiro formulador da ideia de relação jurídica e ao mesmo tempo um opositor do racionalismo francês. De modo diferente do que entenderam alguns autores (sobre a incompreensão de Ovídio Baptista da Silva sobre a obra de Savigny, ver nota 54), o Sistema de Savigny foi a tentativa de estabelecer os nexos entre os institutos jurídicos, orgânicos e não lógicos, presentes no espírito do povo. A articulação conceitual que acabou obtendo como resultado representa a irrealizabilidade do anti-racionalismo e a inevitabilidade do pensamento conceitual no direito.

A historicidade do fenômeno jurídico, todavia, como argumentou Hegel, não é incompatível com a racionalidade. Assim, na segunda parte do artigo, procura-se estabelecer uma teoria do pensamento conceitual que dê conta da historicidade e organicidade do direito, diversa da defendida por racionalistas como Hobbes e iluministas como Montesquieu.

Em seguida, busca-se articular a necessidade de raciocínio conceitual com a ideia de bilateralidade que, ao contrário do que ocorria na antiguidade, é fundamental para

o direito moderno. Argumenta-se que os conceitos ganham sentido à medida que se aproximam do caso concreto, que se apresenta na discussão sobre uma específica relação jurídica. Em apoio desse raciocínio, encontram-se pontos comuns entre autores de diferentes linhas metodológicas. A título de exemplo, são exploradas as vicissitudes do raciocínio conceitual na prática do Superior Tribunal de Justiça, analisando-se a jurisprudência sobre a subsunção do conceito de honorários advocatícios ao de verba alimentar. Além disso, essa articulação acontece pelo estabelecimento do conceito dogmático de relação jurídica.

Com esses pressupostos, apresentam-se, por fim, objeções às mencionadas críticas ao conceito de relação jurídica processual, bem como a outras, de ordem mais dogmática, formuladas pelos mesmos autores seguindo a tradição de Fazzalari e Picardi. Objetiva-se demonstrar que a relação jurídica processual é um conceito não só inescapável como adequado, embora não exaustivo, para descrever o processo no Estado Constitucional, do ponto de vista dogmático, metodológico e ideológico

## 2. O FRACASSO DO PROJETO ANTI-RACIONALISTA DE SAVIGNY

A primeira formulação clara da ideia de relação jurídica deve-se a Savigny<sup>2</sup>, para quem a forma lógica de que se precisa valer a jurisdição para reconhecer um direito em sentido subjetivo é apenas uma sua necessidade acidental<sup>3</sup>, a qual supõe essa realidade mais profunda e orgânica que é a relação jurídica<sup>4</sup>. Para Savigny, a relação jurídica tem existência independentemente de suas patologias — isto é, há relação jurídica mesmo que a violação do direito não venha a atrair a atividade estatal para protegê-la.<sup>5</sup> Cada relação jurídica, segundo essa visão, compõe-se de dois elementos: primeiro, a própria relação, como fato; depois, a ideia de direito que a rege e lhe dá forma jurídica<sup>6</sup>. Não é muito distante o conceito de Pontes de Miranda, para quem “*relação jurídica é a relação inter-humana, a que a regra jurídica, incidindo sobre os fatos, torna jurídica*”<sup>7</sup>, à diferença de que aqui é já a regra, produto do pensamento abstrato, que caracteriza a relação jurídica. Essas elaborações inserem Pontes de Miranda e Savigny na tradição da visão dualista do ordenamento jurídico<sup>8</sup>, à qual se liga, por exemplo, Ovídio Baptista da Silva:

2 REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. p. 198.

3 SAVIGNY, Friedrich Carl Von. *Sistema del derecho romano actual*. Tomo I. p. 25.

4 *Idem*. p. 26.

5 Cf. *Idem*. p. 223-224.

6 SAVIGNY, Friedrich Carl Von. *Sistema del derecho romano actual*. P. 223-224

7 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. p. 199

8 No sentido de Dinamarco, como “*a visão do direito material como sistema suficiente em si mesmo para a criação de direitos e obrigações logo ao suceder de fatos relevantes*” (*A instrumentalidade do processo*, p. 222-223). É claro que Savigny não é propriamente um dualista, porque não chegou a conceber a existência de um *plano processual* — postura que só seria possível depois de Bullow; insere-se nessa tradição apenas na qualidade



*“No plano do direito material, as relações jurídicas existem e são observadas, tais como os respectivos sujeitos as consideram. O inquilino deve pagar aluguéis; o mutuário deve, além dos juros, resgatar o empréstimo contraído, pagando seu valor”.* (SILVA, 2004, p. 139).<sup>9</sup>

Para Savigny, o direito positivo está na consciência comum do povo<sup>10</sup> — não como conjunto de regras abstratas, mas como realidade cuja forma lógica só aparecerá quando houver necessidade<sup>11</sup>. O costume é o signo pelo qual se exterioriza e se reconhece o direito<sup>12</sup>. Entre duas pessoas, a relação jurídica estabelece os limites do domínio sobre o qual reina a vontade de cada uma<sup>13</sup>. *“Uma relação sujeita à disciplina imposta pela norma jurídica, inicialmente costumeira, e, mais tarde, legislativa”*<sup>14</sup>. Do mesmo modo, todavia, que o juízo sobre o caso particular só é possível com referência a uma regra geral, toda relação jurídica se refere a um instituto jurídico *“que a domina e lhe serve de tipo”*<sup>15</sup>. O instituto jurídico está no espírito nacional e pode sobreviver mesmo ao desaparecimento de sua forma<sup>16</sup>. Esse pensamento reflete a influência de Herder

---

de precursor. Tem-se chamado *“immanentista”* ou *“civilista”* a teoria da ação de Savigny, para aludir à confusão entre direito material e processo (cf. CINTRA-GRINOVER-DINAMARCO, p. 249-250; NÓBREGA, Guilherme Pupe da. *O direito de ação: entre teorias e condições*. In: NUNES. Jorge Amaury Maia. NÓBREGA. Guilherme Pupe da. *Processo e procedimento*. p. 49; SILVA, Ovídio Baptista da. GOMES, Fábio Luiz. *Teoria Geral do Processo Civil*. p. 86-87). Não se pode olvidar, contudo, que à orientação dualista opõe-se um unitarismo que nega o direito material (cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. p. 242-243; *Fundamentos do direito processual civil moderno*. p. 65-96), ao passo que a doutrina de Savigny vai em sentido inverso: é a autonomia do direito processual que não reconhece, reduzindo o fenômeno da ação a um direito que nasce da violação de outro direito (*Sistema del derecho romano actual*. Tomo IV. p. 10). Nem por isso deixa Savigny de reconhecer a existência de fatos jurídicos propriamente processuais: ação, num segundo sentido, é *“o ato escrito por meio do qual começa o debate judicial”* (*idem*. Tradução livre). O processo surge do direito afirmado por uma parte e negado por outra (Tomo V. p. 10), porque *“na vida real todo direito de ação nos aparece como afirmação de um indivíduo, e essa afirmação pode ser verdadeira ou falsa”* (Tomo IV, p. 102). Os elementos do processo são as afirmações contraditórias das partes, as quais têm natureza própria e independente (Tomo V. p. 10), mas que alteram o conteúdo e a essência do próprio direito (Tomo IV. p. 8). São esses os elementos que nos autorizam a incluir Savigny na pré-história da tradição dualista.

9 Não se pode atribuir a Ovídio Baptista da Silva, todavia, uma total separação entre direito material e processo. Ao contrário, leciona o autor que não é inquestionável *“a pressuposição de que exista um universo inteiramente acabado, constituído pelos direitos materiais, que o processo deve instrumentalizar, sem nada acrescentar de complementariedade jurídica, quando se sabe que os dois campos, o do direito material e o campo do processo, não estão, nem nunca estiveram, inteiramente separados, como se ao processo coubesse a exclusiva tarefa de declarar a existência, como dizia Chiovenda, da ‘vontade concreta da lei’”*. (SILVA, Ovídio Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. p. 175).

10 *Sistema del derecho romano actual*. Tomo I. p. 29

11 *Idem*. p. 30

12 *Idem*. p. 41.

13 *Idem*. p. 30

14 Vicente Ráo (*O direito e a vida dos direitos*. V. 2. Tomo I. p. 24) a propósito da obra de Savigny. É preciso compreender, contudo, que para Savigny a elaboração legislativa tem já algo de artificial, que não se opõe ao costume, mas é, como ele, modo de exteriorização do direito: *“um signo exterior que o coloque acima de todas as opiniões individuais e facilite a repressão da injustiça”* (cf. *Sistema*. Tomo 1. p. 43-46).

15 SAVIGNY, Friedrich Carl Von. *Sistema del derecho romano actual*. Tomo I. p. 27. Tradução livre.

16 SAVIGNY, Friedrich Carl Von. *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y para la ciencia del derecho*. p. 73.



sobre Savigny<sup>17</sup>, “desse Herder que viveu em Weimar, cada vez menos lembrado, como num exílio, mas cujo espírito deixou vestígio em cada linha que os ienenses escreveram”<sup>18</sup>. Essa influência é tão marcante<sup>19</sup> que não se pode compreender Savigny, e por extensão a noção original de de relação jurídica, sem alguns apontamentos sobre o pensamento filosófico de Herder.

Para Herder, o que é espírito (*geist*) não pode ser descrito ou ilustrado<sup>20</sup>; o *espírito do tempo (zeitgeist)* é, pois, uma soma de pensamentos, disposições, desafios e forças em determinados tempo e lugar — elementos que não se podem ver, mas que, como o direito de Savigny, se revelam em suas manifestações exteriores<sup>21</sup>. A percepção sensorial do mundo é produzida não pelas forças da natureza mas por esses elementos imateriais da cultura. A criança, à medida que adquire as ideias de cor, forma, tamanho e distância, “*aprende a ver*”<sup>22</sup> <sup>23</sup>. Os sentidos nada ensinam, mas apenas permitem — assim como a forma ereta do homem permite a fala e, conseqüentemente, a linguagem<sup>24</sup>. O pensamento, por meio do qual a alma representa para si mesma uma coisa exterior, é entidade distinta da coisa representada<sup>25</sup> — e, por essa razão, a alma pode reviver a coisa quando ela não mais existe<sup>26</sup>. A alma é, por conseguinte,

17 Cf. WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. p. 407; CARPEAUX, Otto Maria. *História da literatura ocidental*. V. 3. p. 1483.

18 CARPEAUX, Otto Maria. *Op. Cit.* p. 1370.

19 Isaiah Berlin chega a dizer que Savigny apenas aplicou ao direito a ideia de crescimento nacional orgânico de Herder (*Vico and Herder: two studies on the history of ideas*. p. 147. nota 1).

20 HERDER, Johann Gottfried. *Philosophical writings*. p. 361.

21 HERDER, Johann Gottfried. *Idées sur la philosophie de l'histoire de l'humanité*. Tomo I. p. 273.

22 *Idem*. p. 275.

23 Interessante material de reflexão sobre a relação entre cultura e percepção sensorial é o estudo homérico de William Gladstone, no qual o autor percebeu que Homero usava as mesmas palavras gregas para descrever cores que, segundo a concepção moderna, são essencialmente diferentes, bem como que havia vasta predominância do preto e do branco, com tendência a descrever as demais cores como pontos intermediários entre os dois extremos (*Studies on Homer and the homeric age*. p. 458). Em especial, Gladstone anotou que, na *Iliada* e na *Odisséia*, a mesma palavra aponta a cor do mar e a do gado (*idem*. p. 472), e que o céu nunca é descrito como azul (*idem*. p. 483) — esses elementos levaram-no a afirmar que os antigos gregos não enxergavam as cores segundo o sistema prismático (*ibidem*). Gladstone atribuiu o fenômeno sobretudo à raridade ou inexistência local de certas “fontes de cor” para comparação, como safiras, olhos azuis e vidro, ou então a um possível subdesenvolvimento da retina dos antigos gregos (*idem*. p. 487-488), o que levou Guy Deutscher a acusá-lo, sem deixar de reconhecer a genialidade de sua análise literária, de subestimar a relação entre cultura e percepção (*Through the language glass*. p. 40). Deutscher também descreve como certo povo nativo da Austrália é dotado de excepcional senso de direção espacial porque seu idioma, o *Guugu Yimithirr*, possui apenas palavras que expressam coordenadas geográficas (como leste e oeste), e nenhuma que expresse coordenadas egocêntricas (como esquerda e direita) (*idem*. p. 160-172). Ao contrário de Gladstone, que atribuiu às diferenças de percepção as diferenças de linguagem, Deutscher, invertendo a relação de causa e efeito, sustenta, tanto no caso dos antigos gregos quanto no dos aborígenes australianos, que são as características da linguagem que moldam a percepção (*idem*. p. 232). Essa posição, conforme reconhece o próprio Deutscher, guarda certa afinidade com as ideias de Herder (*idem*. p. 3).

24 HERDER, Johann Gottfried. *Idées...* Tomo I. p. 205.

25 *Idem*. p. 273.

26 *Idem*. p. 274.

imaterial<sup>27</sup>; ela faz uso dos sentidos, como instrumento, e usa-os tanto melhor quanto mais se nutre de ideias<sup>28</sup>: mas não há necessidade de que as ideias se articulem conceitualmente; não se ensina a criança a andar por meio da exposição de uma teoria do movimento, nem se ensina a falar por meio da gramática filosófica<sup>29 30</sup>. Uma nação, todavia, não pode ter ideias para as quais sua língua não tem palavras<sup>31</sup> — e a língua traz impressos o pensamento e o caráter de seu povo<sup>32</sup>. O pluralismo, como o chama Isaiah Berlin, é uma característica do pensamento de Herder<sup>33</sup>: ele acredita na multiplicidade de culturas e sociedades, e na impossibilidade, incoerência e falta de sentido em articulá-las segundo valores igualmente válidos e princípios universais<sup>34</sup>. Ao estudar o expansionismo do império romano, Herder viu grande injustiça no julgamento dos estrangeiros “segundo costumes que não lhes eram familiares, apresentados a castigos e punições dos quais nunca tinham ouvido falar (...) essa legislação inteira que só era apropriada à constituição de Roma”<sup>35</sup>. Cada civilização deve ser compreendida em termos de seu próprio desenvolvimento, suas próprias perspectivas e seus próprios propósitos<sup>36</sup>. Com efeito, a língua é criação espontânea de um povo, ligada à tradição e à crença na palavra dos pais<sup>37</sup>.

*“Nas «Ideen» de Herder, eles [os povos] substituem-se uns aos outros no plano cósmico de Deus como portadores do facho do destino histórico; a partir da poesia ligada à língua — e, portanto, ao povo — Herder ouve as «Vozes dos povos». (...) Também o direito já não podia ser agora entendido como produto racional do legislador estadual, de quem já Herder tinha falado com irônico desdém. Antes aparecia, como parte da cultura global, como um «tranquilo» desabrochar a partir do inconsciente dos povos — tal como as «canções populares» ou a «épica popular» românticas surgem inconscientemente, como se tornassem «poesia por si mesmas”. (WIEACKER, 2004, p. 408).*

O pensamento de Herder sobre a linguagem é o antecedente imediato da teoria de Savigny sobre o direito<sup>38</sup>. Os dois estão ligados por uma desconfiança contra a

27 *Ibidem*.

28 *Idem*. p. 276

29 HERDER, Johann Gottfried. *Another philosophy of history and selected political writings*. p. 10.

30 Essa visão é já a de um Herder maduro, que abandonou a ideia kantiana de juventude de que a discursividade é essencial a todo conhecimento e de que a racionalidade é inescapável (cf. BEISER, Frederick C.. *Enlightenment, revolution and romanticism*. p. 193).

31 HERDER, Johann Gottfried. *Idées...* Tomo II. p. 160.

32 *Idem*. p. 169.

33 BERLIN, Isaiah. *Vico and Herder: two studies on the history of ideas*. p. 153.

34 *Ibidem*.

35 HERDER, Johann Gottfried. *Another...* p. 22, nota 1. Tradução livre.

36 BERLIN, Isaiah. *Op. Cit.* p. 174.

37 HERDER, Johann Gottfried. *Idées...* Tomo II. p. 168.

38 LUNA-VINUEZA, David Ricardo. *Savigny, Herder y la tensión entre particularismo y universalismo en la construcción de la ciencia jurídica*. p. 689.

razão, e pelas noções de povo e de consciência popular<sup>39</sup>. Savigny chega a afirmar explicitamente que o direito surge ao modo da linguagem<sup>40</sup>, conferindo-lhe, desse modo, uma natureza que se liga à própria existência de um povo enquanto tal<sup>41</sup>. Ele é, como Herder, um adversário da ilustração francesa<sup>42</sup>. Os dois fazem parte de um romantismo alemão historicista, relativista, vitalista, orgânico e irracional, contra um iluminismo francês racionalista, universalista e a-histórico<sup>43</sup>. Os revolucionários franceses não concebiam a possibilidade de conflito entre os interesses de França e os das demais nações: viam-se como a vanguarda de um movimento dos povos em geral contra a tirania<sup>44</sup>. Ao contrário da valorização da tradição popular que se vê em Herder e Savigny, os iluministas de França defendiam que era preciso iluminar o povo e livrá-los dos falsos princípios com que foram infectados pelos pais, professores e pregadores<sup>45</sup>.

Esse *siècle des lumières* conheceu formidável avanço das ciências naturais e da geometria<sup>46</sup>; o pensamento do século XVIII é permeado pela ideia de progresso do conhecimento<sup>47</sup> e pela de *razão*. A razão é o ponto central do pensamento da época: é tudo o que ela busca e tudo o que atinge<sup>48</sup>. Trata-se de uma razão que se acredita imutável e única através de todos os tempos, culturas e nações<sup>49</sup> — uma razão que para o Iluminismo é mais antiga e verdadeira que as os preconceitos e opiniões que a obscureceram pelos séculos<sup>50</sup>. Para o Direito, isso significou a justificação racional dos direitos inalienáveis do homem, por meio de um método que não quis separar a disciplina das ciências materiais daquela própria das ciências do espírito<sup>51</sup>. Essa indistinção entre o material e o espiritual conduziu o Barão de Montesquieu a reduzir as leis da natureza e as do Direito a um mesmo princípio, como “*relações necessárias derivadas da natureza das coisas*”<sup>52</sup>. Para esse Montesquieu, que no passado fora

39 LUNA-VINUEZA, David Ricardo. *Savigny, Herder y la tensión entre particularismo y universalismo en la construcción de la ciencia jurídica*. p. 699.

40 SAVIGNY, Friedrich Carl Von. *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y para la ciencia del derecho*. p. 73.

41 LUNA-VINUEZA, David Ricardo. *Op. Cit.* p. 700.

42 Embora não tenha sido, num primeiro momento, um adversário da *revolução* francesa, tendo permanecido até simpático ao movimento revolucionário antes da decapitação de Luís XVI (Cf. BEISER, Frederick C.. *Op. Cit.* p. 215-220).

43 Para usar uma fórmula criticada por Darrin McMahon, porque sugere, como parecem induzir os ensaios de Isaiah Berlin, que todo anti-iluminismo oitocentista seja germânico (Cf. MCMAHON, Darrin. *Enemies of the enlightenment*. p. 8-9); para um panorama dos adversários do iluminismo na própria França, cf. *idem, passim*.

44 Cf. HOBBSBAWN, Eric. J. *A revolução francesa*. p. 21.

45 Cf. ISRAEL, Jonathan. *A revolution of the mind*. p. 199-200.

46 Cf. CASSIRER, Ernst. *The philosophy of enlightenment*. p. 3.

47 *Idem*. p. 5.

48 *Ibidem*.

49 *Idem*. p. 6.

50 CASSIRER, Ernst. *The philosophy of enlightenment*. p. 234.

51 Cf. CASSIRER, Ernst. *The philosophy of enlightenment*. p. 242.

52 CASSIRER, Ernst. *Op. Cit.* p. 242-243. Cf. MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Barão de. *O espírito das leis*. p. 11-17

cientista da natureza, “quanto mais um governo se aproxima da república, mais a forma de julgar se torna fixa (...) no governo republicano, é da natureza da constituição que os juízes sigam a letra da lei”<sup>53</sup>. Ao inverso do que fazem Herder e Savigny, *O Espírito das Leis* de Montesquieu se dirige à experiência histórica não à procura da singularidade dos povos, mas da descoberta e da confirmação dos princípios universais<sup>54 55</sup>.

Esse jurseracionalismo tem sua raiz sobretudo no pensamento de Thomas Hobbes<sup>56</sup>. Em Hobbes, o surgimento do Estado é uma consequência lógica da racionalidade do homem ante um estado de natureza conceitual. É um produto técnico e neutro do

53 MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Barão de. *Op. Cit.* p. 87

54 SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e ideologia.* p. 86.

55 Parece-nos, por isso, francamente injusta a associação feita por Ovídio Baptista da Silva de Savigny aos pensadores do paradigma racionalista. Para o professor gaúcho, Savigny foi responsável por uma “geometrização do direito” (cf. *Processo e ideologia.* p. 98-99; p. 115; p. 202; *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica.* p. 127-128) e pela criação da ideia de um mundo jurídico separado do mundo dos fatos e distante da realidade social (cf. *Processo e ideologia.* p. 95; p. 144; *Jurisdição, direito material e processo.* p. 51). Ovídio atribui essa interpretação, em larga medida, ao seguinte trecho da obra de Savigny: “(...) tal completitud puede conseguirse de otra manera, que puede explicarse mediante una expresión técnica de la geometría. En efecto, en cada triángulo hay ciertos datos conocidos, de cuya combinación se infieren necesariamente todos los demás: por ejemplo, mediante la combinación de dos lados y el ángulo comprendido entre los mismos, está dado el triángulo. De modo análogo, cada parte de nuestro Derecho tiene fragmentos tales que de ellos se derivan los demás: podemos llamarlos los principios rectores. Inducir estos y, partiendo de ellos, descubrir la coherencia interna y la afinidad que presentan todos los conceptos y preceptos jurídicos es uno de los cometidos más difíciles de nuestra ciencia y el que propiamente da un carácter científico a nuestro trabajo”. (*De la vocación...* p. 25). Com efeito, associar Savigny a um conceptualismo que não lhe cabe senão com sérias reservas é um erro comum (como notaram MOLLNAU, Karl A. *The contributions of Savigny to the theory of legislation.* p. 83; KRIELE *apud* LARENZ, Karl, *Metodologia da ciência do direito.* p. 19). É de notar-se que, exceto nesse específico trecho do qual se pretende extrair uma teoria do direito completa, Savigny não é dado a analogias geométricas. O processualista parece confundir a substância do argumento com a forma eleita para ilustrá-lo. Como bem descreveu Karl Larenz, a metodologia jurídica de Savigny possui um elemento sistemático e um elemento histórico, na qual este é essencial e aquele acidental. A fonte do direito é a comum convicção jurídica do povo, que se constitui não na forma de uma dedução lógica, mas na de sentimento e intuição; o nexo entre os institutos que estrutura o sistema jurídico é vital e orgânico, não conceitual (Cf. LARENZ, Karl, *Metodologia da ciência do direito.* p. 9-19). “Isto quer dizer que o pensamento jurídico não pode mover-se a um nível único, que tem sempre de conciliar intuição e conceito: pois, se a intuição lhe representa o todo, o conceito (e a regra através dele constituída) só consegue abranger um aspecto parcial, e, por isso, precisa ser constantemente alargado e rectificadado de novo por intermédio da intuição” (LARENZ, Karl. *Op. Cit.* p. 14). Talvez tenha sido infeliz a metáfora geométrica, mas ela pretende demonstrar justamente a insuficiência dos conceitos e a necessidade da abordagem do direito segundo uma consciência histórica. Há no *Sistema* de Savigny um exemplo que demonstra essa tentativa de reconstrução do todo orgânico de uma relação jurídica intuitiva com base no método da conceptualização imperfeita de seus fragmentos. “Tomemos el caso de una ley célebre, la ley frater a fratre (I.38, XII, 6): estando dos hermanos bajo el poder paterno, presta uno al otro una suma de dinero, la cual se paga despues de la muerte del padre: se pregunta si hay derecho á repetir esta suma como indebidamente pagada. Procede o no la condictio indebiti? Tal es la única cuestion sometida á la apreciacion del juez; pero para resolverla debe tener en cuenta el conjunto de la relacion de derecho, que se descompone de la siguiente manera: poder paterno sobre los dos hermanos, préstamo del uno al otro, peculio recibido del padre por el deudor. La relacion de derecho se ha desenvuelto por la muerte del padre, la apertura de la sucesion, y el pago de la deuda. Tales son los diversos elementos cuya combinacion debe entrar en la decision del juez” (*Sistema...* Tomo I. p. 26). Como veremos adiante, a irrealizabilidade desse projeto anti-racionalista de Savigny foi objeto das críticas de Hegel e Larenz.

56 Cf. SILVA, Ovídio Baptista A. da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica.* p. 107-111.

cálculo humano; a máquina do Estado funciona ou não funciona, se funciona produz segurança<sup>57</sup>: e a segurança é ideia central na doutrina hobbesiana<sup>58</sup>. “*Hobbes, sem saber, abriu claramente a via de uma ‘positivação’ racional do poder*”<sup>59</sup>. Seu racionalismo é de espécie voluntarista<sup>60</sup>, mas sua epistemologia coincide com a dos demais filósofos racionalistas<sup>61</sup>. A ideia de que o direito surge do arbítrio da autoridade tem como consequência a restrição da atividade jurisdicional à declaração e aplicação do direito já anteriormente criado pela vontade do soberano<sup>62</sup>. Se o aplicador se desviar da autêntica aplicação do direito, aquela que corresponde à vontade do soberano, então o aplicador se torna legislador<sup>63</sup>. Os iluministas dos setecentos, embora raramente aceitassem sem reservas a doutrina política de Hobbes, foram largamente influenciados por esse modo de pensar<sup>64</sup>. Wieacker observou que, embora o jusracionalismo e o iluminismo não sejam o mesmo fenômeno, estão intimamente relacionados<sup>65</sup>. Ambos convergem numa forma de conceptualismo que nega o individual e afirma o geral<sup>66</sup>.

Nesse contexto, a relação jurídica de Savigny é uma reação do individual contra o império da razão universal. Conceituá-la não é mais que formular abstratamente a ideia de que pessoas concretas se relacionam na vida prática segundo uma ideia de direito<sup>67</sup> — uma ideia, como a linguagem de Herder, espontânea, orgânica e independente de articulação conceitual a que se chama *instituto jurídico*. Um instituto jurídico que está na comum convicção jurídica do povo, em seu *espírito*, e que participa de um *sistema* por meio de um nexo vital, e não lógico, com outros institutos.

Essa concepção foi objeto da crítica de Hegel, para quem o caráter orgânico do direito não é incompatível com a racionalidade. “*Considerar algo racionalmente não é vir trazer ao objeto uma razão e com isso transformá-lo, mas sim considerar que o objeto é para si mesmo racional*”<sup>68 69</sup>. O direito só se define para a consciência

57 SCHMITT, Carl. *Apud* SILVA, Ovídio Baptista A. *Op Cit.* p. 112.

58 SILVA, Ovídio Baptista A. *Op Cit.* p. 108.

59 GOYARD-FABRE, Simone. *Os princípios filosóficos do direito político moderno*. p. 88.

60 Porque o direito é criado pelo arbítrio. Cf. SILVA, Ovídio Baptista A. *Op Cit.* p. 114.

61 SILVA, Ovídio Baptista A. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. p. 113.

62 *Ibidem*.

63 “(…) *the authentic interpretation of the law (which is the sense of the legislator,) in which the nature of the law consisteth; and therefore the interpretation of all laws dependeth on the authority sovereign; and the interpreters can be none but those, which the sovereign, (to whom only the subject oweth obedience) shall appoint. For else, by the craft of an interpreter, the law may be made to bear a sense, contrary to that of the sovereign; by which means the interpreter becomes the legislator*”. (HOBBES, Thomas. *Leviathan*. p. 182-183).

64 Cf. CASSIRER, Ernst. *The philosophy of enlightenment*. p. 19-20.

65 WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. p. 353-354.

66 SILVA, Ovídio Baptista A. *Op Cit.* p. 131.

67 POLETTI, Ronaldo. *Introdução ao direito*. p. 227

68 HEGEL, G. F. W. *Princípios de filosofia do direito*. p. 33-34.

69 Que o presente trabalho se sirva de alguns *insights* hegelianos para abordar o problema do pensamento conceitual no direito não significa, naturalmente, que assuma quaisquer compromissos teóricos com a doutrina

por intermediação do pensamento<sup>70 71</sup>. Talvez por isso Larenz tenha considerado irrealizável o projeto de Savigny. Para ele, o método da passagem da intuição para a abstração e vice-versa nunca ficou bem explicado<sup>72</sup>, de modo que a construção do sistema de Savigny não resolve o importante problema acerca da recondução da abstração à unidade de sentido de um instituto inacessível ao pensamento conceitual<sup>73</sup>. *“O que estrutura o sistema não é, pois, o nexa «orgânico» dos institutos, mas o nexa lógico dos conceitos (gerais abstractos)”*<sup>74</sup>.

### 3. A INEVITABILIDADE DO PENSAMENTO CONCEITUAL NO DIREITO

O fracasso do projeto de Savigny<sup>75</sup> mostra que não se pode negligenciar a importância do pensamento conceitual-abstrato para o direito. A abstração do direito, na linha da lição de Hegel, não significa, todavia, a imposição de uma razão universal para determinar o objeto, mas a compreensão da racionalidade intrínseca do individual. *“Tal conscientização do valor do pensamento universal tem uma importância infinita, e só se torna um erro quando cristaliza na forma do cosmopolitismo para se opor à vida concreta do Estado”*<sup>76</sup>. Daí a distinção entre racionalismo e racionalidade: o direito é conhecimento mais próximo da história que da matemática, mas o conhecimento histórico também não é irracional<sup>77</sup>.

A função do saber dogmático, por sua vez, é tecnológica, e não científica: se ocupa de determinar o que *deve ser* o direito com o objeto prático de justificar o ato de

---

de Hegel acerca do direito ou da filosofia — coisa que, afinal, se mostraria incompatível com outras noções que fundamentam o raciocínio desenvolvido, como a de direito subjetivo (cf. RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. V. 2. Tomo I. p. 80-82) ou mesmo a de limitações do pensamento conceitual (cf. KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. p. 103-104, nota 1). A interpretação da doutrina filosófica de qualquer dos autores citados está, aliás, fora do escopo deste trabalho, de modo que nos servimos dos argumentos na medida em que contém acertos por si, sem aderir ao sistema em que foram concebidos — referindo-lhe, apenas, na proporção em que é útil para a compreensão do argumento invocado. Seguimos nisso a lição de Inocêncio Mártires Coelho de que a pureza metodológica *“não é condição necessária nem suficiente para a descoberta da verdade, antes servindo para distorcer/empobrecer a visão da realidade”* (COELHO, Inocêncio Mártires. *Da hermenêutica jurídica à hermenêutica filosófica*. p. 163).

70 HEGEL, G. F. W. *Op. Cit.* p. 186. Quem viu nesse trecho uma crítica a Savigny foi GOYARD-FABRE, Simone. *Os fundamentos da ordem jurídica*. p. 181.

71 No plano epistemológico, a crítica de Hegel à teoria do direito de Savigny é o reflexo da oposição do mesmo Hegel à tese kantiana que reduz o conhecimento dos objetos ao conhecimento dos fenômenos, opondo pensamento e realidade *“como se o pensamento não fosse real”* (cf. TROTTA, Wellington. *O pensamento político de Hegel à luz de sua filosofia do direito*. p. 12). Veja-se que, em Savigny, a lei e o costume são signos exteriores de um direito inacessível à razão, e que a prova herderiana da imaterialidade da alma, por exemplo, tem como fundamento essa distinção entre objeto e pensamento.

72 LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. p. 14-15.

73 *Idem*. p. 19.

74 *Idem*. p. 15.

75 *Idem*

76 HEGEL, G. F. *Princípios de filosofia do direito*. p. 185.

77 SILVA, Ovidio Baptista A. da. *Processo e ideologia*. p. 290.



tomada de decisão<sup>78</sup>. As ciências têm sobretudo objeto, as tecnologias têm sobretudo *problemas*<sup>79</sup> — e o problema central da dogmática jurídica é a decidibilidade dos conflitos<sup>80</sup> “os enunciados que compõem as teorias jurídicas têm, por assim dizer, natureza criptonormativa, deles decorrendo consequências programáticas de decisões”<sup>81</sup>.

A dogmática analítica busca estabelecer critérios de decidibilidade, efetuando operações de classificação, divisão e subdivisão, utilizando procedimentos lógicos de ligação e diferenciação<sup>82</sup>. Mas a ideia de um sistema abstrato-conceitual estruturado perfeitamente e capaz de reduzir todas as aplicações do direito a operações de subsunção é inalcançável<sup>83 84</sup>.

O conceito abstrato, segundo explica Larenz, apreende um objeto não segundo sua plenitude concreta, mas segundo suas propriedades gerais, desconectadas das outras propriedades particulares do mesmo objeto. Essas propriedades, isoladas, formam conceitos, aos quais podem ser subsumidos seres e outros conceitos nos quais também estejam presentes essas propriedades gerais<sup>85</sup>. Ou, na síntese de Inocêncio Mártires Coelho, “*todo conceito surge pela igualação do não igual*”<sup>86</sup>. Quanto menos conteúdo tiver o conceito, portanto, maior quantidade de conceitos e seres pode subsumir, e vice-versa<sup>87</sup>. A seleção das propriedades que forma o conceito dá-se segundo a finalidade da ciência à qual o conceito pertence<sup>88</sup>. Daí a ideia de *fato jurídico*: a maior

78 Cf. FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *A função social da dogmática jurídica*. p. 91-95. Para Humberto Ávila, essa compreensão da dogmática como forma de atribuir sentido aos textos legais preocupada com a efetividade prática do direito tem origem em um movimento doutrinário surgido na segunda metade do Século XX no qual se inclui Karl Larenz (ÁVILA, Humberto. *A doutrina e o direito tributário*. p. 226).

79 Cf. FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. p. 88

80 *Ibidem*.

81 *Idem*. p. 89.

82 Cf. FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *A função social da dogmática jurídica*. p. 125-138.

83 LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. p. 622-623. Ver também: GADAMER, Hans Georg. *Truth and method*. p. 326. Gadamer refere-se à limitação da “dogmática” em sentido que para nós é o de “dogmática analítica” — porque o método hermenêutico também pode produzir uma dogmática, na medida em que fornece critérios de decidibilidade. É também nesse sentido que Ovídio Baptista da Silva fala em *dogmatismo (Processo e ideologia. passim)*.

84 Para Larenz, diante dessa impossibilidade muitos juristas inconscientemente argumentam também por outros modos de pensamento que não o conceitual (*Op. Cit.* p. 624). Ovídio Baptista da Silva observa que, na prática, os juízes não aplicam o direito como ciência da descoberta, mas, ainda assim, se utilizam de subterfúgios para evitar a crítica do sistema racionalista (*Processo e ideologia*. p. 97).

85 LARENZ, Karl. *Op. Cit.* p. 624-625.

86 COELHO, Inocêncio Mártires. *Da hermenêutica filosófica à hermenêutica jurídica*. p. 300.

87 LARENZ, Karl. *Op. Cit. Loc. Cit.*

88 As propriedades do conceito zoológico de animal permitem subsumi-lo ao de ser-vivo, ao passo que os juristas poderão subsumi-lo ao de *coisa móvel* — o que não faria sentido para o zoológico. Cf. LARENZ, Karl. *Op. Cit.* p. 625-626. Também Kaufmann: “*Para a determinação dos prazos e termos ou da prescrição, seria seguramente despropositado ter por referência o conceito de tempo da astrofísica*” (KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. p. 143). Sobre isso, ver também ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. p. 25-27.

parte dos fatos do mundo não interessa ao direito, apenas aqueles que se subsomem ao “suporte fático hipotético” da regra jurídica<sup>89</sup>. Ou, no sarcasmo de Laércio Becker, “a categoria ‘fato jurídico’ é utilizada pelo direito legislador para escolher as situações fáticas que pretende tutelar (em termos de direito material e processual) e as que pretende larga às moscas”<sup>90</sup>. Por isso, como consequência natural do “conceito de conceito”, o pensamento abstrator tem tendência para o esvaziamento de sentido — já que quanto menor seu conteúdo maior a aplicabilidade<sup>91</sup>. Esse tipo de sistema conceitual-abstrato, que serve de base a grande parte dos textos legislativos, tem sua utilidade na aplicação do direito em um mundo complexo<sup>92</sup>. E, sendo a dogmática jurídica um saber tecnológico, a adequação de suas ferramentas se mede por sua utilidade.

*“A lei tem como missão classificar, de modo claro, uma enorme quantidade de fenômenos da vida, muito diferentes entre si e altamente complexos, caracterizá-los mediante notas distintivas facilmente identificáveis e ordená-los de modo a que, sempre que sejam «idênticos», se lhes possam ligar idênticas consequências jurídicas. Para levar a cabo esta missão, o caminho mais curto parece ser formar, a partir de conceitos abstractos, previsões às quais possam ser subsumidos sem esforço todos os fenômenos da vida que apresentam as notas distintivas do conceito”. (LARENZ, 1997, p. 626)<sup>93</sup>.*

89 Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. p. 3-6.

90 BECKER, Laércio. *Elementos para uma teoria crítica do processo*. p. 116

91 LARENZ, Karl. *Op. Cit.* p. 644 e ss.

92 Apesar das divergências de pressupostos entre os dois autores, Marcelo Neves vê entre as concepções de modernidade de Habermas e Luhmann uma convergência na superação da moral hierárquica e conteudista e consequentemente no dissenso estrutural acerca da moral e dos valores (NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã*. p. 124) e na especialização de sistemas de linguagem como consequência (diferenciação funcional dos sistemas, em Luhmann, e diferença entre “mundo-da-vida” e sistema, em Habermas). Para Habermas, todavia, as linguagens especializadas não são *sempre* superiores à linguagem ordinária do mundo-da-vida para resolver os problemas da sociedade (HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms*. p. 55), já que o preço da especialização do sistema é a “surdez” em relação aos problemas formulados em linguagem comum (*ibidem*); em Luhmann, contudo, em concepção que mais se aproxima á deste trabalho, a especialização dos sistemas é justamente a solução para reduzir contingência e lidar com complexidade — o que, paradoxalmente, produz mais complexidade (cf. LUHMANN, Niklas. *Introduction to social systems theory*. p. 73. Mais aprofundadamente, *La sociedad de la sociedad*. p. 485-490). Sobre o pensamento de Luhmann nesse particular, ver também a síntese de MACIEL, Otávio Souza e Rocha Dias. *Elementos ontognoseológicos...* p. 78). Também Eros Grau vê na *calculabilidade* dos conflitos uma exigência da modernidade e, paradoxalmente, a única garantia das classes humildes (ver GRAU, Eros. *Por que tenho medo dos juizes*. p. 13-20).

93 Por exemplo, no campo do direito processual civil, importa saber se o ato judicial que condena em obrigação ilíquida se subsume ao conceito de sentença ou ao de decisão interlocutória (sobre essa questão, ver DIDIER JUNIOR, Fredie. CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. v. 3. p. 246-247). No primeiro caso, ser-lhe-á ligada a consequência jurídica do surgimento do direito de apelar — já que, no sistema abstrato-conceitual do processo civil, há esse tipo de nexo lógico entre os conceitos de sentença e apelação. No segundo caso, ser-lhe-á ligado como consequência jurídica o nascimento do direito de agravar de instrumento.



Pouco depois de Savigny, Windscheid, por exemplo, atribuiu caráter abstrato à própria ideia de relação jurídica, definindo-a como *relação juridicamente determinada*: seja uma relação da vida à qual o direito não faz mais que aderir, como a posse, seja uma relação determinada pelo próprio ordenamento jurídico, como a propriedade<sup>94</sup> — já sem aludir ao caráter fragmentário do conceito.

Eros Grau, procurando solucionar aparente contradição na filosofia do direito de Marx, acabou por encontrar síntese conciliatória entre a ideia de relações concretas regidas pela ideia de direito e a relação feita forma abstrata pela regra jurídica.

*“A sociedade civil pressupõe certas formas jurídicas que o Estado põe (setzen, pôr, Gesetz, lei: proximidade que, como se sabe, Hegel assinala). E quando há oposição entre ambos, trata-se de um descompasso entre formas jurídicas pressupostas e formas jurídicas postas”* (GRAU, 2013b, p. 111-112).

É o mesmo Eros Grau quem aponta as relações entre conceito jurídico e linguagem jurídica. Para ele, toda linguagem é um sistema convencional de símbolos<sup>95</sup>. As pessoas podem se valer de muitos termos para designar os conceitos, mas o conceito referido é igual para todos<sup>96</sup>. Pode-se dizer “obrigação *propter rem*” ou “obrigação ambulatória” referindo o mesmo conceito. “A linguagem jurídica é, atual ou potencialmente, vaga e imprecisa”<sup>97</sup>. O termo é o signo linguístico do conceito<sup>98</sup>, mas os conceitos por sua vez, como não são dotados de essencialidades, referem-se a significações e não a objetos. Essas significações, por sua vez, são atribuídas aos objetos quando há reconhecimento do conceito por um grupo social<sup>99</sup>. A separação entre o termo jurídico e o objeto da vida é, portanto, de dois graus: o termo refere-se ao conceito, o conceito refere-se à significação, e a significação é atribuída ao objeto. A expressão do conceito (termo) é signo de segundo grau<sup>100</sup>.

A utilidade dos sistemas conceituais, todavia, não deve iludir o jurista com uma inexistente completude. A uma, porque os fatos da vida não apresentam os limites rígidos que o sistema conceitual exige<sup>101 102</sup>. A duas, porque a operação lógica de aplicação

94 WINDSCHEID, Bernhard. *Diritto delle pandette*. p. 172.

95 GRAU, Eros. *Por que tenho medo dos juizes*. p. 140.

96 *Idem*. p. 142.

97 *Idem*. p. 143.

98 *Idem*. p. 146.

99 GRAU, Eros. *Por que tenho medo dos juizes*. p. 147.

100 *Idem*. p. 148-150.

101 LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. p. 645.

102 A esse respeito, é esclarecedora a teoria estruturante de Friedrich Muller. Para ele, o texto da norma é o mais importante elemento do programa da norma (MULLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. p. 24), o qual, por sua vez, constitui um “projeto vinculante de ordenamento parcial dentro da comunidade jurídica, (...) que o preceito jurídico espelha mais ou menos acertadamente através da linguagem” (MULLER, Friedrich. *Teses sobre a estrutura das normas jurídicas*. p. 200). Para solucionar o problema da pluralidade de

do direito não é sempre de subsunção, mas frequentemente de *concretização*<sup>103</sup>. A três, e como consequência da afirmação anterior, porque os conceitos só têm sentido relacional — isto é, no contexto uma específica relação jurídica<sup>104</sup>. Por isso, em um plano de significado, relação jurídica é conceito jurídico<sup>105</sup>; em outro, é espaço contextual que permite a atribuição de sentido a outros conceitos.

#### 4. RELAÇÃO JURÍDICA COMO ESPAÇO CONTEXTUAL E COMO CONCEITO JURÍDICO

A afirmação desse último sentido merece maiores esclarecimentos. Em primeiro lugar é preciso compreender que o direito moderno é intersubjetivo. Ovídio Baptista da Silva apontou, com certo pessimismo, a profunda transformação havida entre as concepções clássica e moderna de direito: para os antigos, a justiça era uma virtude, conquistada pela experiência da vida e pelo treinamento do caráter; não se confundia com a observância de normas prescritas pelo poder: era uma qualidade moral<sup>106</sup>. As raízes da concepção formalista de justiça encontram-se na obra de Guilherme de Ockham. A partir daí “o direito deixa de ser um bem, atribuído segundo o merecimento de cada um, para tornar-se o poder que se tem sobre os bens, ou o poder de impô-lo

---

sentidos *prima facie* é fundamental a interpretação do texto (NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã*. p. 6-7). A normatividade, todavia, também se compõe do âmbito normativo — isto é, o dos fatos da vida, gerados ou não gerados pelo direito, que a norma escolheu para si como âmbito de regulação (MULLER, Friedrich. *Métodos...* p. p. 42-43). O âmbito normativo é dotado de vagueza e indeterminação, que se superam não mediante interpretação mas por um processo de *concretização*. Com efeito, a norma jurídica geral não é imediatamente aplicável, mas precisa ser concretizada para encontrar a norma de decisão que regula o caso concreto (MULLER, Friedrich. *Teses...* p. 208. Ver também GRAU, Eros. *Por que tenho medo dos juízes*. p. 32-33).

103 Seja no sentido de Gadamer, que a identifica com a interpretação — a mediação do sentido entre a tradição e o caso concreto (cf. GADAMER, Hans-Georg. *Truth and method*. p. 325-326). Seja no sentido de Muller, para quem a norma jurídica geral, não sendo imediatamente aplicável, precisa ser concretizada para encontrar a norma de decisão que regula o caso concreto (cf. MULLER, Friedrich. *Teses sobre a estrutura das normas jurídicas*. p. 200). Nesse processo de concretização, são considerados seletivamente elementos jurídicos e não-jurídicos do contexto para superar a vagueza e indeterminação da norma (cf. NEVES, Marcelo. *Op Cit.* p. 6-7).

104 KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. p. 145, com fundamento em Wittgenstein. Kaufmann dá excelente exemplo do que isso quer dizer: em determinado caso, discutia um tribunal alemão sobre se o ácido clorídrico poderia ser subsumido ao conceito de “arma” para qualificar o roubo. Para Kaufmann, essa discussão só tem sentido diante da pré-compreensão do intérprete sobre o caso como *possível* roubo qualificado, não sendo possível aplicar o mesmo conceito de arma ali alcançado a outros casos (cf. KAUFMANN, Arthur. *Op. Cit.* p. 127-132). Também para Inocêncio Mártires Coelho, um texto jurídico só pode se ter sentido quando relacionado a um caso, mesmo que hipotético (COELHO, Inocêncio Mártires. *Da hermenêutica filosófica à hermenêutica jurídica*. p. 301).

105 Como, por exemplo, num debate sobre a aplicação do art 124 do Código de Processo Civil brasileiro, segundo o qual “considera-se litisconsorte da parte principal o assistente sempre que a sentença influir na *relação jurídica* entre ele e o adversário do assistido”. É possível discutir, em um determinado caso, se um determinado fato, sob essa pré-compreensão, subsume-se ao conceito de “relação jurídica” para produzir o efeito de autorizar a intervenção litisconsorcial. Também há conceitos no plano da eficácia, e, portanto, também é possível dizer que um determinado fato jurídico tem como consequência a formação de uma determinada relação jurídica.

106 Cf. SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. p. 135-138.

à observância dos demais<sup>107</sup>. Esse poder só tem sentido frente a outro contra quem o seja possível impor<sup>108</sup>. Essa nova compreensão teve para o direito consequências como a “pessoalização do direito real”<sup>109</sup>. Só há direito entre pessoas: até o direito sobre a coisa é intersubjetivo, é relação jurídica na qual a coisa não figura senão como objeto<sup>110</sup>. A ideia de relação jurídica é, por isso, fundamental para o direito moderno.

Em segundo lugar, ao cabo do processo de concretização, a solução do caso concreto é sempre dada por uma *regra de decisão* que o rege, a cujos conceitos se subsomem os fatos<sup>111</sup>. É certo que esse perfeito acoplamento entre normatividade e facticidade não está previamente dado pelo sistema, mas depende dessa passagem da norma do abstrato ao concreto, num processo circular que assimila progressivamente a formulação linguística dos fatos<sup>112</sup>.

Para Arthur Kaufmann, três níveis de realização do direito são indispensáveis: o dos princípios jurídicos gerais-abstratos, o das regras jurídicas gerais, formais-positivas, e o dos casos concretos. “*Não há regra jurídica sem princípio jurídico e não há decisão jurídica sem regra jurídica*”. Entretanto, não se salta de um nível ao outro por operações dedutivas.<sup>113</sup> Não se pode negar, contudo, que se realizam operações subsuntivas no âmbito interno de cada plano.

Mesmo Lênio Streck, que nega qualquer possibilidade de aplicação subsuntiva do direito<sup>114</sup>, raciocina por conceitos e subsunção ao criticar certo julgado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que teria incorretamente aplicado regras do controle de concentrado de constitucionalidade a um caso de controle difuso<sup>115</sup>. Se essa crítica é

107 *Idem*. p. 138.

108 *Idem*. p. 139.

109 *Idem*. p. 140.

110 KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. p. 105-106; KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. p. 91-92; VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*. p. 111.

111 Cf. NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules*. p. 134-140. Marcelo Neves ilustra essa ideia com o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do *Habeas Corpus* nº 82.424, conhecido como “caso Ellwanger”, no qual a corte enquadrou a publicação de livro com conteúdo antissemita no tipo penal de racismo e considerou-o, portanto, imprescritível. Ao fim da argumentação sobre colisão de princípios e sobre enquadramento do fato ao tipo penal, a regra abstrata penal foi concretizada a luz de princípios constitucionais para criação da regra de decisão que, afinal, foi “*o enquadramento penal como crime de racismo da publicação de livros que neguem o holocausto é permitido do ponto de vista do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*”. Sobre isso, ver também GRAU, Eros. *Por que tenho medos dos juizes*. p. 32-33.

112 “*Não são os fatos que são subsumidos — como isso seria possível? — mas enunciados sobre uma situação de facto, corrida como tal*” (LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. p. 384). Aqui é indiferente a questão filosófica acerca de se essa formulação linguística dos fatos são os fatos mesmos ou apenas o produto da entrada, intermediada pela linguagem, dos fatos no mundo jurídico. Para uma crítica à ideia ponteana de que o mundo é o conjunto dos fatos, ver STRECK, Lênio Luiz. MATOS, Daniel Ortiz. *Um direito sem facticidade: uma (des)leitura da teoria do fato jurídico*.

113 KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. p. 124-125.

114 Cf. STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e consenso*. p. 282-295.

115 STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e consenso*. p. 247-248.

possível, é que há um conceito de controle concentrado de constitucionalidade e outro de controle difuso de constitucionalidade, que não têm conteúdos idênticos e aos quais se associam distintas consequências jurídicas. Mais: o caso pré-compreendido como possível controle de constitucionalidade julgado pelo TJSP, na opinião do autor, possui notas distintas que permitem subsumi-lo ao conceito de controle difuso, e não ao de controle concentrado.

Ao longo do processo concretizador, os conceitos de que se serve a norma jurídica vão ganhando densidade de conteúdo e sendo progressivamente substituídos por outros cada vez mais adequados à relação jurídica específica<sup>116</sup>, mediante operações intelectuais não dedutivas. Ao final, contudo, os conceitos concretos do suporte fático são subsumidos aos conceitos contidos na regra de decisão.

Por exemplo, os honorários de advogado, para fins de inscrição em precatório, subsomem-se ao conceito de verba alimentar. É o entendimento do Supremo Tribunal Federal encartado no enunciado 47 de sua Súmula Vinculante. Isto é: nessa específica relação jurídica de crédito entre o advogado e a fazenda pública que tem como objeto honorários a ser pagos por esta àquele, o conceito mais abrangente de “verba alimentar” adquire um conteúdo tal que permite enquadrar dentro de sua moldura o conceito mais restrito de “honorários advocatícios”, autorizando sua ligação à consequência jurídica de inscrição em lista especial de precatório.

Por outro lado, no julgamento do Recurso Especial nº 1.747.645/DF, a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, conduzida pelo voto da Ministra Relatora Nancy Andrighi, concluiu que, para fins de impenhorabilidade, os honorários de advogado só podem ser considerados verba alimentar até o limite de cinquenta salários mínimos. É dizer: nessa específica relação jurídica entre o Estado que pretende praticar o ato expropriatório e o advogado-devedor, o conceito de “honorários advocatícios” só adquire um conteúdo que o permite subsumir-se ao de “verba alimentar”, e vice-versa, e, portanto, ligando o conceito de honorários à consequência jurídica da impenhorabilidade, se seu valor for inferior ao de cinquenta salários mínimos.

De outra banda, quando o advogado é credor de honorários e o devedor lhe opõe a impenhorabilidade da poupança e das verbas remuneratórias (art. 833, *caput*, incisos IV e X, do Código de Processo Civil), o STJ já entendeu que é possível subsumir o conceito de honorários de advogado ao conceito de “prestação alimentícia”<sup>117</sup>, produzindo o efeito do § 2º do art. 833 do Código de Processo Civil de excepcionar a impenhorabilidade. Vê-se que o deslocamento do titular dos honorários da posição de devedor para a de credor foi capaz de alterar o conteúdo do conceito de verba alimentar considerado adequado ao caso concreto. Todavia, como “*é no caso concreto*

116 GRAU, Eros. *Por que tenho medo dos juízes*. p. 68.

117 STJ. Corte Especial. EDcl nos EAREsp 387.601/RS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, j. 26/02/2015, DJe 04/03/2015

*que se dará o sentido, que é único, irrepetível*<sup>118</sup>, em 2018 o ministro Antônio Carlos Ferreira proferiu decisão monocrática no sentido de que, embora reconhecendo que normalmente o conceito de honorários advocatícios se subsome ao de verba alimentar para o fim de elidir as impenhorabilidades, no caso de pedido de penhora de FGTS isso não seria possível<sup>119</sup>. O STJ também não tem admitido a penhora de bem de família para satisfação de crédito de honorários advocatícios<sup>120</sup>.

Por fim, é possível considerar uma quarta hipótese. A Constituição Federal, em seu art. 5º, LXVII, autoriza a prisão civil apenas no caso do devedor de alimentos. O art. 139, IV, do CPC, criou autorização genérica para a utilização de medidas coercitivas para efetivação de ordens judiciais que tenham como objeto a satisfação de obrigação pecuniária. É de se perguntar se é possível a utilização da prisão civil como medida coercitiva na execução do crédito de honorários de advogado. O problema consiste, mais uma vez, em determinar se, nessa específica relação, é possível subsumir o conceito de honorários advocatícios ao de alimentos<sup>121 122</sup>.

118 STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e consenso*. p. 288. É preciso evitar, entretanto, o erro que Guastini atribui aos hermenutas e que chama de “*a obsessão do caso concreto*” (GUASTINI, Riccardo. *Teoria analítica del derecho*. p. 39): se o sentido último do texto é dado no caso concreto, não é que não haja sentidos primários e intermediários. Por exemplo, a regra do dispositivo do art. 229 do CPC atribui a consequência jurídica “prazo em dobro” ao suporte fático “litiscosortes com diferentes procuradores de escritórios de advocacia distintos”. O parágrafo único do mesmo artigo atribuiu a consequência de “cessar a contagem em dobro” para o suporte fático “número de réus igual a dois” + “defesa oferecida por apenas um dos réus”. É evidente que os conceitos de “prazo”, “litiscosorte”, “procurador”, “escritório de advocacia”, “defesa” e “réu” têm conteúdo *prima facie* e compõem a regra de decisão que regula um caso hipotético em grau máximo de abstração e mínimo de conteúdo. Quando o STJ decide, em um caso concreto, que “*a prerrogativa processual do prazo em dobro, prevista no artigo 229 do CPC/2015, correspondente ao artigo 191 do CPC/1973, não se aplica ao agravo interposto contra a decisão que nega seguimento a recurso especial, tendo em vista que o autor dessa irrisignação é o único que possui interesse e legitimidade para recorrer*” (STJ. 3ª Turma. AREsp 1229660. Rel. Min. Marco Aurélio Belizze. j. 15/05/2018, DJe 25/05/2018), está atribuindo, concretamente, ao conceito de “defesa” um conteúdo que permita subsumir-lhe o de “recurso” (e conseqüentemente o de “agravo em recurso especial”), e ao de “réu” um que abarque o de “recorrente”. Por outro lado, quando enunciamos que “*quando o recorrente é o único que possui interesse e legitimidade para recorrer, não se aplica a contagem do prazo em dobro*”, como enunciado criptonormativo atribuível ao art. 229 do Código de Processo Civil, estamos também atribuindo aos conceitos um conteúdo intermediário, e dando ao texto um sentido intermediário que possibilita a regulação de um caso-tipo que ainda não é o caso concreto. A *correção* do entendimento e da decisão do STJ estão aqui fora de questão. A regulação de casos-tipo por conteúdos normativos intermediários permite o processamento coerente de grande número de situações da vida. A técnica de que faz uso o sistema de precedentes vinculantes criado pelo CPC/15, por exemplo, é a fixação de certos sentidos intermediários do texto. É preciso, todavia, compreender que o conteúdo intermediário não é, naturalmente, o conteúdo final: que a operação de concretização ainda é necessária.

119 STJ. Decisão Monocrática. REsp 1727113. Rel. Min. Antônio Carlos Ferreira. j. 20/03/2018, DJe 03/04/2018.

120 Ver, por exemplo, STJ. 4ª Turma. AgInt no AREsp 1246675/ES, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão. j. 16/10/2018, DJe 22/10/2018.

121 Responde positivamente para a possibilidade de utilização da prisão civil em alimentos que não são os típicos dos direito de família TALAMINI, Eduardo. *Poder geral de adoção de medidas coercitivas e sub-rogatórias*. p. 590. Na vigência do CPC anterior — e, portanto, não analisando a questão sob o ponto de vista do art. 139, IV — o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo registra julgado em que se afirma que “a jurisprudência” (*sic*) “não tem admitido a prisão civil do devedor de honorários, ou mesmo a inclusão da verba, pelo rito previsto no art. 733 do Código de Processo Civil [de 1973], junto a prestações alimentícias”. TJSP. Seção de Direito Privado. 26ª Câmara. Agravo de Instrumento nº 2097502-80.2015.8.26.0000. Rel. Des. Bonilha Filho. j. 10/06/2015. DJe. 12/06/2015.

122 Utilizamos indiferentemente as expressões “verba alimentar”, “prestação alimentícia”, “alimentos” porque o termo que expressa o conceito não é ainda o conceito mesmo, e o mesmo conceito pode ser expresso por mais de um termo. “O termo é o signo do conceito”. (GRAU, Eros. *Nota sobre os conceitos jurídicos*. p. 262).

Independentemente de considerações sobre a correção da concretização dos conceitos em cada uma das situações acima, é evidente que os conceitos de honorários de advogado e de verba alimentar, partindo do mesmo conteúdo *prima facie*, uma vez concretizados alcançaram respostas diferentes acerca da possibilidade de subsunção. E não se trata sequer dos chamados “conceitos jurídicos indeterminados”<sup>123</sup>!

Ainda: esse exemplo, da forma como tratado neste trabalho, não é ainda a comparação entre casos concretos, mas entre *casos-tipo*, os quais se situam em grau intermediário entre o sentido *prima facie* do texto normativo e a regra de decisão do caso concreto. Os conceitos com que opera, por conseguinte, também estão em grau intermediário de concretude: possuem mais conteúdo do que os conceitos da norma abstrata, e, conseqüentemente, são capazes de processar um número menor de situações concretas. Não obstante, ainda devem ser concretizados para alcançar o sentido do caso concreto. A esse respeito, ver ainda a nota 117.

Como conceito jurídico, por sua vez, dada a fundamentalidade do caráter intersubjetivo do direito moderno, a noção de relação jurídica tem baixa densidade de conteúdo e permite a subsunção de um grande número de outros conceitos. São relações jurídicas o processo, a obrigação tributária, o contrato, o dever de indenizar, a multa administrativa, a anticrese, o domicílio.

O conceito de relação jurídica é vocacionado para estar no plano dos efeitos dos fatos jurídicos. A relação fática, contudo, pode ser elemento do suporte fático: e aí a relação jurídica também será eficácia, mas não pura eficácia, porque será também fato jurídico. “*Onde os fatos jurídicos ocorrem, todas as relações que deles emanam são eficácia, porém o fato jurídico em si pode já ser relação jurídica*”<sup>124</sup>. Ou, mais extensamente:

*“Todo fato jurídico tem a sua eficácia, ou a teve, ou a vai ter. Não há, porém, confundirem-se a existência do fato jurídico e a sua eficácia. Pode bem ser que a regra jurídica, incidindo, torne jurídica relação que já existia no mundo fático. Então, não há cogitar-se, aí, de relação jurídica como pura eficácia do fato jurídico: a relação (jurídica) está nele, porque no suporte fático já estava como relação fática (e.g., relação de filiação, relação de nacionalidade). Se alguma relação (jurídica) se compõe depois, é eficácia, e tal relação jurídica é livremente ‘construída’ pela técnica jurídica, seja de direito, de pretensão, de ação, ou de exceção, que se trate”.*  
(PONTES DE MIRANDA, 2006. Tomo VI, § 505, 3)

A relação jurídica, portanto, pode ser básica ou eficaz. Será básica quando a relação fática se fizer jurídica: isto é, quando a relação inter-humana estiver no suporte fático da regra jurídica. Será eficaz quando for criada como efeito do fato jurídico<sup>125</sup>.

123 Bem aponta Lênio Streck que não há “casos fáceis” em que é a clareza do texto a reduzir a aplicação a subsunção dos fatos à norma (*Verdade e consenso*. p. 282).

124 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Tomo I, § 40, 1.

125 *Idem*, § 41, 1.

De um ou outro modo, a relação jurídica poderá, por sua vez, estar no suporte fático de *outro* fato jurídico<sup>126</sup>. Por exemplo, a relação jurídica processual é puramente eficaz, mas está no suporte fático da litispendência<sup>127</sup>.

Relação jurídica, conceitualmente, é o de vínculo entre pelo menos dois sujeitos em torno de uma prestação submetida a um operador deôntico (proibido, permitido, obrigatório)<sup>128</sup>: isto é, o conteúdo da relação jurídica é no mínimo um binômio direito-dever, mas pode ser mais de um. A relação jurídica, todavia, não é o direito subjetivo<sup>129</sup>. “A relação jurídica pode durar mais do que os direitos; irem-se eles extinguindo, sem que ela se extinga (pagam-se os aluguéis, e a relação jurídica de locação fica)”<sup>130</sup>.

## 5. O PROCESSO COMO RELAÇÃO JURÍDICA NO ESTADO CONSTITUCIONAL

Oskar Von Bulow observou que o direito processual determina direitos e deveres que vinculam as partes ao tribunal<sup>131</sup>. O processo, pois, é relação jurídica de direito público<sup>132</sup>. Para Bülow, a relação processual se diferencia das demais relações jurídicas por seu aspecto dinâmico e sucessivo: o processo se desenvolve gradualmente e está “em constante movimento e transformação”<sup>133</sup>. Prossegue o autor criticando a doutrina processual de seu tempo, que teria dado demasiada atenção a esse caráter dinâmico, ao *procedimento*, negligenciando seu aspecto relacional.

*“Fez-se, lamentavelmente, da palavra ‘processo’ um monumento imperecível e um ponto de apoio muito difícil de abater. Quem pretenda extrair a ideia da palavra será levado, desde o princípio, pela expressão ‘processo’ a um caminho, senão falso, bastante estreito”.* (BULOW, 1964, p. 3, tradução livre).

O *insight* de Bülow teve grande influência sobre a doutrina posterior. Chiovenda afirmou que a sequência de atos a que se chama procedimento não é senão “a vestimenta exterior” de uma relação jurídica: a relação jurídica processual<sup>134</sup>. Antes do julgamento da demanda, produz-se um estado de incerteza sobre o direito material. Enquanto perdura essa incerteza, as partes são titulares de direitos e deveres de outras

126 Sobre a possibilidade de efeitos jurídicos e fatos jurídicos constituírem suporte fático de outros fatos jurídicos, ver MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico — plano da existência*. p. 46-48.

127 Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil [de 1973]*. Tomo III. p. 194-195; 226.

128 CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário — fundamentos jurídicos da incidência*. p. 242. Ver também VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*. p. 115-116.

129 Como supôs ANDRADE, Manuel A. Domingues. *Teoria geral da relação jurídica*. v. 1. p. 2

130 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Tomo I, § 42, 1.

131 BULOW, Karl Von. *La teoría de las excepciones procesales e de los presupuestos procesales*. p. 1.

132 *Idem*. p. 2.

133 *Idem*. p. 2-3.

134 CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios de derecho procesal civil*. p. 108.



naturezas, que se destinam a oportunizá-las a fazer valer suas razões<sup>135</sup>. A relação processual, desse modo, é autônoma, porque possui conteúdo e funcionamento independente da existência da relação de direito material subjacente (“da existência da vontade da lei”). Há aqui, para Chiovenda, a atuação de “outra vontade da lei” — a vontade da lei processual<sup>136</sup>. O conteúdo mais importante da relação processual é o dever do órgão jurisdicional de solucionar as postulações das partes<sup>137</sup>. Não obstante outras tentativas de explicar a natureza jurídica do processo, a teoria da relação jurídica processual é dominante<sup>138</sup>.

A intersubjetividade do direito é tão inescapável que Elio Fazzalari, ao tentar construir um modelo explicativo do fenômeno processual capaz de superar o “velho e inadequado clichê da relação jurídica processual”<sup>139</sup>, acabou recorrendo a conceitos relacionais. “*O procedimento*”, diz Fazzalari, “*é uma série de faculdades, poderes, deveres (...)*”<sup>140</sup>, posições jurídicas subjetivas criadas por normas que, por sua vez, de organizam de forma que cada uma seja consequência da anterior e pressuposto da posterior<sup>141</sup>. O processo é o procedimento dialeticamente estruturado<sup>142</sup>. Sozinho em sua ilha, Crusoé não tem poderes, faculdades e deveres: só os pode ter em relação a Sexta-Feira. Ou, no dizer de Jorge Amaury Nunes:

*“Elio Fazzalari procurou dar nova feição aos estudos sobre a natureza jurídica do processo, caracterizando-o como o procedimento em contraditório e afastando as premissas até então fixadas. Parece, entretanto, que os estudos que realizou não o conduziram ao pretendido afastamento, na medida em que se valeu de conceitos (faculdade, poder, direito subjetivo) que o aproximam invariavelmente do conceito de relação jurídica. Com efeito, direito subjetivo é posição de vantagem em face de outrem com quem se está em relação jurídica. Esses conceitos são indissociáveis”.* (NUNES, 2019, p. 40)

Nicola Picardi, em obra citada por Fazzalari, a essa crítica objetaria que a aplicação do conceito de relação jurídica ao processo é possível, mas meramente setorial: é capaz de descrever alguns fenômenos processuais, mas não o processo em sua totalidade<sup>143</sup>. No processo há relações jurídicas, mas o esquema relacional não é capaz de representar

135 *Ibidem*.

136 *Idem*. p. 109-110.

137 *Idem*. p. 110.

138 Di-lo SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. p. 357. Não interessa para este trabalho a querela acerca de se essa relação seria angular ou triangular — isto é, se há apenas relação autor-juiz e réu-juiz, ou se há também relação autor-réu.

139 FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. p. 24.

140 FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale* p. 26.

141 *Idem*.

142 *Idem*. p. 30.

143 PICARDI, Nicola. *La successione processuale*. p. 49-50.



o fator tempo e o aspecto dinâmico do processo. Entre os processualistas brasileiros, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e Daniel Mitidiero formulam crítica semelhante<sup>144</sup>.

Os professores sulistas também apresentam críticas de ordem metodológica e ideológica contra o conceito de relação jurídica processual. A primeira é que relação jurídica é um conceito próprio do direito material que tem deixado os processualistas metodologicamente reféns de conceitos tomados de empréstimo para explicar fenômenos do plano processual<sup>145</sup>.

A crítica ideológica é que o conceito de relação jurídica processual estaria comprometido com um *“cientificismo pretensamente neutro”* a serviço da ordem burguesa que se estabeleceu depois da revolução francesa, e, portanto, seria inadequado ao Estado constitucional<sup>146</sup>. Opinião similar é a de Luiz Guilherme Marinoni, para quem *“o conceito de relação jurídica, dado o seu caráter geral-abstrato, neutraliza a substância da própria relação em vida”*<sup>147</sup>. A abstração do conceito de relação jurídica seria capaz de acolher qualquer forma de exercício do poder, bem como seu esquema esconderia as necessidades concretas de seus sujeitos; em suma, não admite perguntas sobre legitimidade do exercício da jurisdição e acesso à justiça<sup>148</sup>.

*“O processo não pode ser visto apenas como relação jurídica, mas sim como algo que tem fins de grande relevância para a democracia e, por isso mesmo, deve ser legítimo. O processo deve legitimar - pela participação -, ser em si legítimo - adequado à tutela dos direitos e aos direitos fundamentais -, e ainda produzir uma decisão legítima”*. (MARINONI, 2006, p. 14)

Os críticos da relação jurídica processual, em comum, propõem sua substituição por alguma forma de visão do processo como *procedimento*<sup>149</sup>, que seria tanto mais própria para representar a dinâmica processual quanto mais adequada para o processo do Estado constitucional.

Do ponto de vista dogmático, a afirmação de que relação jurídica é um conceito incapaz de representar a dinâmica processual não se sustenta. Basta ver que há relações *multigeradoras*<sup>150</sup>, ao longo da qual direitos nascem e se extinguem sem que se extinga a própria relação jurídica. No direito material, é o caso da sociedade, do mandato, da locação. *“Há o direito unitário do locador e do locatário e os direitos que se vão irradiando. Os créditos da locação vão-se produzindo e extinguindo, sem que a*

144 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*. p. 96-97.

145 *Idem*. p. 96. De forma menos crítica a esse respeito, também o observa PICARDI, Nicola. *La successione processuale*. p. 28.

146 *Idem*. p. 97-98.

147 MARINONI, Luiz Guilherme. *Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do Estado Constitucional*. p. 11.

148 *Idem*. p. 12-14.

149 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. MITIDIERO, Daniel. *Op. Cit.* p. 99-100; PICARDI, Nicola. *Op. Cit.* p. 63-78; MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. Cit.* *pasim*; FAZZALARI, Elio. *Op. Cit.* p. 28-31.

150 A expressão é de PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Tomo I. § 42, 7.

*relação jurídica de locação se extinga*<sup>151</sup>. E não há quem diga que o caráter relacional da locação é meramente setorial, que pode haver relação jurídica em cada crédito, mas não na locação em sua totalidade, que o conceito de relação jurídica é incapaz de captar o aspecto dinâmico da locação.

Tampouco é bastante a origem privatística para abandonar o conceito de relação jurídica processual. Em primeiro lugar, o conceito de relação jurídica não é de direito privado, mas de teoria geral do direito. Em segundo, como bem percebeu Degenkolb<sup>152</sup>, “*o processo civil vive de crédito*”: o conceito de ação é do direito civil, o de jurisdição é do direito constitucional. O intercâmbio conceitual entre os ramos do direito não é vício metodológico. Ou deveria o direito administrativo abandonar o conceito de *contrato*? O que deve estar em questão, sempre, é a capacidade explicativa do conceito em relação ao objeto para o qual não foi originalmente concebido. Ademais, como bem asseverou Paulo de Barros Carvalho, a divisão entre as áreas do direito é “*a cisão do incindível, a secção do inseccionável*”: o sistema jurídico é um só, sua divisão em disciplinas tem finalidades meramente didáticas<sup>153</sup>.

Por fim, como vimos, todo conceito jurídico é abstrato. O conceito é, essencialmente, a igualação do não igual com base na abstração de certas notas distintivas dos objetos particulares selecionadas de acordo com a finalidade do conceito. Dizer-se que um conceito é abstrato é tautológico, e em nada depõe contra o conceito.

É dizer: é óbvio que o conceito de relação jurídica processual, em sua máxima abstração, não dá conta dos sujeitos que concretamente participam do processo, buscando justiça ou exercendo poder e, portanto, é incapaz de fornecer explicações para, respectivamente, suas necessidades e sua legitimidade política. O conceito de procedimento, todavia, como qualquer conceito, é também abstrato — e contra ele dirigir-se-iam todas as críticas que se dirigem ao conceito de relação processual. É uma impossibilidade lógica, uma *contradictio in terminis*, qualquer conceito abstrato que tenha a pretensão de explicar as necessidades concretas das pessoas. Karl Larenz viu no conceito de pessoa um caso emblemático para ilustrar a rarefação (mas não a ausência!) de conteúdo dos conceitos jurídicos mais abstratos:

*“O esvaziamento de sentido, especialmente dos conceitos mais gerais do sistema externo, torna-se particularmente claro a propósito do conceito de pessoa, tal como o entende a doutrina dominante. Equipara-o ao sujeito de direito, e entende por tal qualquer possível titular de direitos e deveres”* (LARENZ, 1997, p. 648).

Larenz prossegue argumentando em favor da utilidade dos conceitos abstratos, sem embargo de seu esvaziamento de sentido. E, como já desenvolvido neste trabalho, os

151 *Idem*.

152 *apud* LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. p. 64, nota 3.

153 *Cf.* CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. p. 49-50.

conceitos jurídicos não são essencialistas e devem ser julgados segundo sua utilidade, não segundo sua verdade.

*“Sem dúvida que a formação de conceitos abstractos, e nomeadamente daqueles com um grau progressivamente crescente de abstracção, que se tornam necessariamente cada vez mais vazios de conteúdo à medida que o grau de abstracção se eleva, facilita em grande medida a clareza, porque com o auxílio de tais conceitos, um grande número de fenómenos, frequentemente de índole muito diversa, pode ser reconduzido a um denominador comum e uniformemente regulado”* (LARENZ, 1997, p. 649).

Os exemplos da utilidade são prosaicos. Os próprios críticos da relação jurídica processual utilizam-na para descrever certos fenômenos. Em seu Curso de Processo Civil, Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero conceituam o terceiro como alguém *“não integrante da relação processual”*<sup>154</sup> e prova testemunhal como aquela por meio da qual *“obtem-se, através das declarações de alguém estranho à relação processual, determinada versão de como se passaram certos fatos”*<sup>155</sup>.

A doutrina, entretanto, que pretende substituir o conceito de relação jurídica processual pelo de procedimento em contraditório, colocando-os como concorrentes, acaba por produzir um pseudoproblema. Os conceitos são simultaneamente adequados para descrever o processo, mas enfatizam elementos diversos. Mesmo Bulow não pretendeu substituir o conceito de procedimento pelo de relação processual, senão utilizar este para estudar fenômenos para os quais aquele não era útil. Wach inicia seu Manual enunciando a aplicabilidade ao processo tanto do conceito de relação jurídica processual como do de encadeamento sucessivo de fatos jurídicos<sup>156</sup>; Calamandrei, a depender dos fenômenos que pretende explicar, trata o processo ora como sucessão de atos encadeados<sup>157</sup>, ora como relação processual<sup>158</sup>. Entre os processualistas brasileiros, Fredie Didier Junior entende que, a depender da perspectiva de análise, o processo pode ser *“método de criação de normas jurídicas, ato jurídico complexo (procedimento) e relação jurídica”*<sup>159</sup>

Vejamos um exemplo. O clássico conceito de recurso de Barbosa Moreira, como *“remédio voluntário e idôneo apto a ensinar, dentro do mesmo processo, a reforma, a invalidação, o esclarecimento ou a integração de decisão judicial que se impugna”*<sup>160</sup> usa “processo” no sentido de “relação jurídica processual”. Basta ver o corolário *“bifurca-se*

154 MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*. v. 2. p. 238.

155 *Idem*. p. 264.

156 WACH, Adolf. *Manual de derecho procesal civil*. p. 3.

157 CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de derecho processual civil*. p. 324 e ss.

158 *Idem*. p. 333 e ss.

159 Cf. DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. v. 1. p. 36-40.

160 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil* (arts. 476-565). p. 231.

*o procedimento, mas o processo permanece uno*<sup>161</sup> para ver que o conceito de processo como procedimento seria inadequado para diferenciar um recurso de uma ação autônoma de impugnação. Mas para uma construção que verse sobre a sucessão das leis processuais no tempo, certamente conceituar o processo como “sucessão de atos jurídicos encadeados” teria maior utilidade. Na síntese de Cintra-Grinover-Dinamarco:

*“A aceitação da teoria da relação jurídica processual, todavia, não significa afirmar, como foi feito desde o aparecimento desta, que o processo seja a própria relação, processual, isto é, que processo e relação processual sejam expressões sinônimas. Como já ficou indicado acima, o processo é uma entidade complexa, podendo ser encarado sob o aspecto dos atos que lhe dão corpo e da relação entre eles (procedimento) e igualmente sob o aspecto das relações entre os seus sujeitos (relação processual): a observação do fenômeno processo mostra que, se ele não pode ser confundido com o mero procedimento (como fazia a doutrina antiga), também não se exaure no conceito puro e simples de relação jurídica processual”.* (CINTRA-GRINOVER-DINAMARCO, 2004, p. 283-284).

Embora, como já demonstrado, não proceda a crítica de que o conceito de relação jurídica não pode abarcar o aspecto dinâmico do processo, é curioso que Calamandrei tenha visto nele justamente a vantagem da representação da *continuidade* do processo apesar das transformações por que passa<sup>162</sup>. Ainda, *“a noção de relação processual é útil por apontar claramente as diferenças que têm lugar entre o ‘processo’ e a ‘causa; entre o direito processual e o direito substancial; entre o fundamento da ação e a regularidade do processo”*<sup>163</sup>.

A abstração própria ao conceito, todavia, não impede que (i) a relação jurídica se concretize e adquira conteúdo adequado às necessidades concretas dos sujeitos processuais e que (ii) mesmo no nível abstrato, os conteúdos possíveis da relação jurídica sejam limitados àqueles convenientes ao Estado Constitucional.

Os pressupostos de legitimação da jurisdição apresentados por Oliveira e Mitidiero e por Marinoni são todos relacionais: o que a legitima, em suma, é o respeito procedimental e substancial aos direitos fundamentais. Quando Marinoni diz que *“a relação jurídica processual, nos moldes pensados pela doutrina clássica, nada diz sobre o conteúdo do processo”*<sup>164</sup> deixa claro que o problema não é a forma abstrata da relação jurídica, mas seu *conteúdo*.

O direito a algo, mesmo o direito fundamental, é sempre direito em face de alguém<sup>165</sup>. A questão da adequação do processo ao Estado constitucional é um

161 *Ibidem*.

162 CALAMANDREI, Piero. *Op. Cit.* p. 344.

163 *Idem*. p. 345.

164 MARINONI, Luiz Guilherme. *Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do Estado Constitucional*. p. 27.

165 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. p. 193 e ss.

problema de determinação dos direitos que formam o conteúdo da relação processual, e se os direitos fundamentais processuais integram esse conteúdo.

Não basta estruturar o procedimento em contraditório e afirmar que a fundamentação é legítima: é preciso dizer também que o jurisdicionado tem direito ao contraditório, tem direito à decisão fundamentada. E só a visão relacional do processo é capaz de representar a *exigibilidade* dos direitos fundamentais em relação ao Estado-juiz. A teoria da relação jurídica processual permitiu não só o avanço técnico da processualística, mas, sob o ponto de vista político, abriu caminho para a consciência de que o juiz está adstrito a deveres que são exigíveis pelas partes<sup>166</sup>.

## 6. CONCLUSÕES

- 6.1. A ideia de relação jurídica foi introduzida no pensamento jurídico como nexos orgânico e não como conceito abstrato.
- 6.2. O esquema conceitual da relação jurídica surge justamente após o projeto organicista do romantismo se mostrar inalcançável.
- 6.3. O pensamento conceitual no direito é inevitável, mas o conceito não precisa ter pretensão de universalidade e nem negar sua historicidade, já que o conhecimento histórico também é racional
- 6.4. O conceito se forma pela “igualação do não igual”, por meio da seleção de propriedades comuns a vários entes. Quanto mais propriedades contiver, mais denso de conteúdo é o conceito e menos entes podem subsumir-se-lhe.
- 6.5. No processo de aplicação normativa, as normas e os conceitos de que se servem passam por um processo de concretização até a fixação da regra de decisão do caso concreto, sendo substituídos por outros progressivamente mais densos de conteúdo e adequados. O processo de concretização é compreensivo e não dedutivo.
- 6.6. A etapa final, de aplicação da regra de decisão ao caso concreto, contudo, é subsuntiva.
- 6.7. Como conceito jurídico, a relação jurídica é rarefeita de conteúdo mas encerra a noção fundamental de bilateralidade, fundamental para o pensamento jurídico moderno
- 6.8. A relação jurídica não se confunde com seu conteúdo, de direitos e deveres. Direitos e deveres podem nascer e se extinguir dentro da mesma relação jurídica.
- 6.9. A teoria da relação jurídica processual foi concebida por Bulow para suprir falha da doutrina de seu tempo, que era capaz de explicar o aspecto dinâmico do processo, mas lhe escapava sua unidade.

166 Sobre isso, cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. 2. p. 253-254.

- 6.10. Como a bilateralidade é elemento fundamental do pensamento jurídico moderno, mesmo Fazzalari, o mais famoso crítico da relação jurídica processual, não conseguiu elaborar um conceito não-relacional para substituí-la.
- 6.11. Do ponto de vista dogmático, são infundadas as críticas no sentido de que a relação jurídica processual é um conceito inadequado porque incapaz de representar a dinâmica do processo. Em primeiro lugar, porque a categoria ponteaniana das relações multigeradoras explica esse aspecto dinâmico. Em segundo lugar, porque o papel da relação processual é justamente explicar a estabilidade da relação processual apesar de sua característica dinâmica mais evidente, como observaram Calamandrei e o próprio Bulow.
- 6.12. Apesar disso, o conceito de relação processual não está em concorrência com outros descritivos do processo. Como visto, os conceitos jurídicos são julgados segundo sua utilidade, não segundo sua verdade. Desse modo, pode-se utilizar ora o conceito de relação processual — como o fazem seus próprios críticos — e ora o conceito de procedimento, a depender de sua capacidade explicativa do fenômeno em questão. A ideia de que o processo pode ser ao mesmo tempo relação jurídica e procedimento é bem aceita pela doutrina, dos clássicos aos contemporâneos.
- 6.13. A crítica metodológica, de que o conceito de relação jurídica não serve ao direito processual porque conceito do direito privado, também não se sustenta. Como a noção de bilateralidade é fundamento do direito moderno, a relação jurídica é conceito da teoria geral do direito. Ademais, muitos conceitos do processo civil são tomados de empréstimo de outros ramos do direito.
- 6.14. A crítica ideológica, por fim, também merece objeção. A ideia de que o conceito de relação jurídica, por sua abstração, não é adequado ao Estado Constitucional poder-se-ia dirigir contra qualquer conceito, já que é próprio do conceito ser abstrato. No limite, portanto, é a revolta contra o pensamento conceitual que reconduz ao projeto irrealizável de Savigny e ignora a inevitabilidade do conceito. O problema de adequação ao Estado Constitucional é de conteúdo, não de forma, e esse conteúdo pode ser alcançado inclusive por meio do processo concretizador.
- 6.15. Por fim, o conceito de relação jurídica é por si ideologicamente adequado ao Estado Constitucional porque serve à representação dos deveres do Estado em relação aos cidadãos e, no campo específico do direito processual, dos deveres do juiz em relação às partes.

## 7. REFERÊNCIAS

- ALEX, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. ed. 2. São Paulo: Malheiros, 2015.
- ANDRADE, Manuel A. Domingues. *Teoria geral da relação jurídica*. v. 1. Coimbra: Almedina, 2003.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. ed. 17. São Paulo: Malheiros, 2016.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil (arts. 476-565)*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- BECKER, Laércio. *Elementos para uma teoria crítica do processo*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2002.
- BEISER, Frederick C. *Enlightenment, revolution and romanticism: the genesis of modern german political thought, 1790-1800*. Cambridge: Harvard University Press, 1992.
- BERLIN, Isaiah. *Vico and Herder: two studies on the history of ideas*. Londres: Chatto & Windus, 1976.
- BÜLOW, Oskar Von. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Buenos Aires: EJA, 1964.
- CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de derecho procesal civil*. Buenos Aires: EJA, 1962.
- CARPEAUX, Otto Maria. *História da literatura ocidental*. 4 volumes. São Paulo: Leya, 2011.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário — fundamentos jurídicos da incidência*. (versão .epub) 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- CASSIRER, Ernst. *The philosophy of enlightenment*. Princeton: Princeton University Press, 1951.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios de derecho procesal civil*. Tomo I. Madri: Editorial Reus, 1922.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- COELHO, Inocêncio Mártires. *Da hermenêutica filosófica à hermenêutica jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- COMOGLIO, Luigi Paolo. *La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile*. Padova: CEDAM, 1970.
- DEUTSCHER, Guy. *Through the language glass — why the world looks different in other languages*. Nova York: Metropolitan Books, 2010.
- DIDIER JUNIOR, Fredie. CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. v. 3. ed. 15. Salvador: Juspodivm, 2018.
- DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. v. 1. ed. 20. Salvador: Juspodivm, 2018.



- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do direito processual civil moderno*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. ed. 8. São Paulo: Malheiros, 2002.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. 2. ed. 7. São Paulo: Malheiros, 2017.
- ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Lisboa: Calouste Goulbenkian, 2001.
- FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. Padova: CEDAM, 1975.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *A função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1998.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- GADAMER, Hans Georg. *Truth and method*. 2. ed. Nova York: Continuum, 2004.
- GLADSTONE, William A. *Studies on Homer and the homeric age*. v. 3. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.
- GOYARD-FABRE, Simone. *Os princípios filosóficos do direito político moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- GOYARD-FABRE, Simone. *Os fundamentos da ordem jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- GRAU, Eros. *Por que tenho medos dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- GRAU, Eros. O direito posto e o direito pressuposto. In: *Doutrinas essenciais de direito constitucional*. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013b.
- GRAU, Eros. Nota sobre os conceitos jurídicos. In: *Doutrinas essenciais de direito civil*. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- GUASTINI, Riccardo. *Teoria analítica del derecho*. Lima: Zela, 2017.
- HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*. Cambridge: The MIT Press, 1996.
- HEGEL, G. W. F.. *Princípios da filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- HERDER, Johann Gottfried. *Idées sur la philosophie de l'histoire de l'humanité*. 2 tomos. Paris: Chez F. G. Levrault,, 1827.
- HERDER, Johann Gottfried. *Philosophical writings*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.
- HERDER, Johann Gottfried. *Another philosophy of history and selected political writings*. Indianapolis: Hackett, 2004.
- HOBBS, Thomas. *Leviathan*. Nova York: Oxford University Press, 1996

- HOBBSAWN, Eric J. *A revolução francesa*. 7. ed. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 1996.
- ISRAEL, Jonathan. *A revolution of the mind: radical enlightenment and the intellectual origins of modern democracy*. Princeton: Princeton University Press, 2010.
- KANT, Immanuel. *A Metafísica dos costumes*. São Paulo: EDIPRO, 2003.
- KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. ed. 3. São Paulo: Malheiros, 2005.
- LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Cidade do México: Herder, 2006.
- LUHMANN, Niklas. *Introduction to social systems theory*. Boston: Polity Press, 2013.
- LUNA-VINUEZA, David Ricardo. Savigny, Herder y la tensión entre particularismo y universalismo en la construcción de la ciencia jurídica. *Revista Chilena de Derecho*. Santiago, v. 43, p. 689-714, 2016.
- MACIEL, Otávio Souza e Rocha Dias. *Elementos ontognoseológicos para uma teorização do direito: um roteiro de pesquisas*. Monografia de conclusão de curso. Faculdade de Direito. Universidade de Brasília. 2013.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do Estado Constitucional. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 852, 2006, p. 11-37.
- MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*. ed. 3. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- MCMAHON, Darrin M. *Enemies of the enlightenment: the french counter-enlightenment and the making of modernity*. Oxford: Oxford University Press, 2001.
- MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico — plano da existência*. 13. ed São Paulo: Saraiva, 2007
- MERRYMAN, John Henry. *La tradicion juridica romano-canonica*. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1971.
- MOLLNAU, Karl. A. The contributions of Savigny to the theory of legislation. *The American Journal of Comparative Law*. Oxford: v. 37, p. 81-93, 1989.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Barão de. *O espírito das leis*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- MÜLLER, Friedrich. Teses sobre a Estrutura das Normas Jurídicas. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, n. 929, mar. 2013., p. 193-209.
- MÜLLER, Friedrich. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*. ed. 3 Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. ed. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

- NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2006.
- NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013.
- NUNES, Dierle. *Direito constitucional ao recurso*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- NUNES, Jorge Amaury Maia. NÓBREGA, Guilherme Pupe da. *Processo e procedimento*. São Paulo: Migalhas, 2019.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*. v. 1. São Paulo: Atlas, 2010.
- PICARDI, Nicola. *La successione processuale*. Milão: Dott. A. Giuffré, 1964.
- POLETTI, Ronaldo. *Introdução ao direito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Tomo I. Atualizado por Judith Martins Costa et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Tomo VI. Campinas: Bookseller, 2006.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Tomo I. ed. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1972.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil [de 1973]*. Tomo III. Rio de Janeiro: Forense, 1976.
- RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. São Paulo: Editora Resenha Universitária, 1978.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. v. 1. ed. 26. São Paulo: Saraiva, 2001.
- SAVIGNY, Friedrich Carl Von. *De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del Derecho*. Madrid: Universidad Carlos III De Madrid, 2015.
- SAVIGNY, Friedrich Carl Von. *Sistema del derecho romano actual*. Tradução para o espanhol de Jacinto Mesía e Manuel Oley. 6 tomos. Madrid: F. Góngora y Compañía Editores, 1878.
- SILVA, Ovídio Baptista da. GOMES, Fábio Luiz. *Teoria geral do processo civil*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- SILVA, Ovídio Baptista da. *Processo e ideologia*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- SILVA, Ovídio Baptista da. *Jurisdição, direito material e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- SILVA, Ovídio Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. ed. 2 São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de direito processual civil*. v. 1. ed. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

- STRECK, Lênio Luiz. MATOS, Daniel Ortiz. Um direito sem facticidade: uma (des)leitura da teoria do fato jurídico. *Direito & Práxis*, Rio de Janeiro, v; 9, 2018, p. 177-202.
- STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e consenso*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011
- TALAMINI, Eduardo. Poder geral de adoção de medidas coercitivas e sub-rogoratórias. In: *Processo civil contemporâneo: homenagem aos 80 anos do professor Humberto Theodoro Júnior*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 585-616.
- TROTTA, Wellington. O pensamento político de Hegel à luz de sua filosofia do direito. *Revista De Sociologia E Política*. Curitiba, v. 17, fev. 2009, p. 9-31.
- WACH, Adolf. *Manual de derecho procesal civil*. Buenos Aires: EJEA, 1977.
- WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.
- WINDSCHEID, Bernhard. *Diritto delle pandette*. Torino: Unione Tipografico-Editrice, 1902.
- VESTING, Thomas. *Teoria do direito — uma introdução*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.



# Civil Procedure Review

AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

4

## CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA EM PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL: CREDORES ALCANÇADOS

Arbitration clause in JUDICIAL reorganization planS: subject creditors

**Gabriel Seijo Leal de Figueiredo<sup>1</sup>**

**Resumo:** A inserção de cláusula compromissória em planos de recuperação judicial é válida. O consentimento é necessário para que alguém seja alcançado pela cláusula compromissória. O consentimento pode ser expresso ou tácito. Assim, a cláusula compromissória alcança os credores que votam pela aprovação do plano, os que se abstêm e os ausentes. Porém, os credores que votam contra o plano não estão alcançados pela cláusula compromissória.

**Abstract:** The insertion of an arbitration clause in a judicial recovery plan is valid. Consent is required to subject someone to an arbitration clause. Consent may be express or implied. Therefore, the arbitration clause applies to the creditors who voted for the approval of the plan, the creditors who abstained from voting and the creditors who did not attend the general meeting of creditors. However, the creditors who voted against the approval of the plan are not subject to the arbitration clause.

<sup>1</sup> Doutor e Mestre em Direito Civil pela PUC-SP. Professor da Faculdade Baiana de Direito  
Doctor and Master in Civil Law from PUC-SP. Professor of Law at Faculdade Baiana de Direito

Sumário: 1. Cláusula compromissória em plano de recuperação judicial. 2. Consensualismo na arbitragem. 3. Cláusula compromissória e desnecessidade de consentimento expreso. 4. Natureza contratual do plano de recuperação judicial e cláusula compromissória. 5. Credores alcançados pela cláusula compromissória. 6. Credores não alcançados pela cláusula compromissória. 7. Plano alternativo dos credores. 8. Conclusão. 9. Bibliografia.

## 1. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA EM PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL

A empresa é um dos elementos estruturantes da sociedade brasileira. Essa característica da atividade empresarial é reconhecida pelo art. 170 da Constituição Federal, que elenca a livre iniciativa e a livre concorrência como fundamentos da ordem econômica.

A empresa tem por objetivo final a distribuição de lucros<sup>2</sup> – o que é legítimo. Sem embargo, para além de atender o interesse individual do empresário, a empresa produz externalidades positivas essenciais para o bem-estar coletivo<sup>3</sup>. Dentre as mais evidentes, estão a geração de empregos, o abastecimento dos mercados, o financiamento (em parte) do Estado mediante o recolhimento de tributos e a produção de conhecimento<sup>4</sup>.

Por outro lado, a legislação impõe uma série de deveres negativos e positivos ao empresário – por exemplo, nas esferas trabalhista, ambiental e fiscal. Seu cumprimento também resulta em benefícios comuns, tornando efetiva a função social da empresa<sup>5</sup> e conformando a livre iniciativa aos demais valores e princípios do art. 170 da Carta<sup>6</sup>.

2 Em artigo crítico à existência de uma função social da empresa, Fábio Konder Comparato afirma que “a empresa capitalista – importa reconhecer – não é, em última análise, uma unidade de produção de bens, ou de prestação de serviços, mas sim uma organização produtora de lucros. É esta a chave lógica para a compreensão de sua estrutura e funcionamento. O objeto da empresa, ou seja, o exercício de uma atividade econômica de produção ou distribuição de bens, ou de prestação de serviços, está sempre subordinado ao objetivo final de apuração e distribuição de lucros” (Estado, Empresa e Função Social. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, n. 732, out. 1996, p. 38).

3 SCALZILI, João; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. *Recuperação de empresas e Falência: Teoria e Prática da Lei 11.101/2015*. São Paulo: Almedina, 2016. p. 72-73.

4 Também há externalidades negativas que devem ser endereçadas por políticas públicas ou podem, segundo o teorema de Coase, ser solucionadas pelos próprios indivíduos se os custos de transação não forem excessivos (KRUGMAN, Paul; WELLS, Robin. *Introdução à Economia*. Trad. Helga Hoffman. 3ª ed. 3ª reimpressão. São Paulo: Atlas, 2021. p. 404).

5 A função social da empresa deriva da função social da propriedade, prevista no art. 5º, XXIII, da Constituição Federal (COMPARATO, Fábio Konder. Função Social da Propriedade dos Bens de Produção. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo: Malheiros, n. 63, jun.-set. 1986, p. 71). Em sede infraconstitucional, está previsto em normas como os arts. 116, parágrafo único, e 154 da Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976.

6 Eduardo Tomasevicius assinala que “a função social é um instituto que visa a conferir um maior grau de justiça nas relações jurídicas e econômicas entre as pessoas. Também tem um caráter de substancializar a aplicação do direito, ao coibir o abuso de direito advindo da preponderância da forma jurídica em relação ao conteúdo da norma. Em relação à empresa, a função social permite que se exija de quem exerce o direito de livre iniciativa o cumprimento de deveres para com a sociedade, possibilitando um ganho econômico mais justo para todos.

Em razão disso, o ordenamento jurídico estabelece uma série de normas inspiradas pelo princípio da preservação da empresa. O principal instituto é a recuperação judicial, concebida pela Lei n. 11.101/2005 e remodelada pela Lei n. 14.112, de 24 de dezembro de 2020. Segundo o art. 47 do citado diploma, a recuperação judicial objetiva:

...viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

A recuperação judicial é implementada por meio do plano disciplinado nos arts. 53 e 54 da Lei n. 11.101/2005. Seus elementos são a descrição dos meios de recuperação a serem adotados, a demonstração da viabilidade da empresa e um laudo econômico-financeiro e de avaliação. O plano dispõe sobre as relações entre o empresário e seus credores, abordando questões como valores de dívida, prazos de pagamento e garantias.

Portanto, no que interessa à arbitragem, o plano de recuperação judicial pode – e isso é o que normalmente acontece – versar primordialmente sobre direitos patrimoniais disponíveis. Nessas situações, existe arbitralidade e se permite a aposição de cláusula compromissória ao plano<sup>7</sup> com base no art. 1º da Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996.

Peça fundamental do sistema de justiça multiportas, a arbitragem pode ser até mesmo um fator de desenvolvimento econômico<sup>8</sup>. São conhecidas as vantagens do instituto, como a celeridade e a especialização. Ademais os benefícios dos meios extrajudiciais de solução de conflitos no âmbito recuperacional foram expressamente consignados na Lei n. 14.112/2020, que introduziu o art. 22, I, j, na Lei n. 11.101/2015 para atribuir ao administrador judicial o dever de estimular a utilização de tais métodos<sup>9</sup>.

---

Contudo, é importante distinguir a função social da empresa dos conceitos de papel social e responsabilidade social da empresa. (...) Assim, deve ficar claro que não se deve utilizar o termo função social como o papel social de um instituto jurídico, porque se trata da característica do mesmo e não da sua destinação econômica. A função social refere-se apenas às atividades econômicas que a empresa exerce, consubstanciadas no seu objeto social e exigíveis pela imposição de deveres jurídicos ao titular desse direito. E a responsabilidade, que não está relacionada ao objeto social da empresa, consiste no cumprimento de deveres que, tradicionalmente, competem ao Estado, mas que, por inúmeras razões, são exigidos das empresas, por terem poder econômico na sociedade” (A Função Social da Empresa. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, n. 810, abr. 2003, p. 33).

7 PINTO, José Emílio Nunes. A Arbitragem na Recuperação de Empresas. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo: RT, n. 7, out.-dez, p. 79. SESTER, Peter Christian. *Comentários à Lei de Arbitragem e à Legislação Extravagante*. São Paulo: Quartier Latin, 2020. p. 522.

8 PINTO, José Emílio Nunes. Arbitragem e Desenvolvimento Econômico. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo: RT, n. 20, jan.-mar. 2009, p. 66.

9 Para os benefícios do uso da arbitragem em questões recuperacionais, cf. LUCON, Paulo Henrique dos Santos; VASCONCELOS, Ronaldo; CARNAÚBA, César Augusto Martins. Considerações Gerais sobre a Arbitragem na Recuperação Judicial. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo: RT, n. 61, abr.-jun. 2019, p. 141. Porém, existem autores críticos à utilização de cláusula compromissória em plano de recuperação judicial – cf. TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. Arbitragem e Insolvência. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo: RT, n. 20, jan.-mar. 2009, p. 25.



Dentro desse contexto, é preciso identificar quem são os credores alcançados pela cláusula compromissória. A aprovação da cláusula compromissória atinge os credores dissidentes? Os credores favoráveis ao plano podem ressaltar a convenção arbitral? Os credores ausentes e os que se abstêm de votar estão sujeitos à arbitragem? E quando se tratar de plano alternativo apresentado pelos próprios credores?

Este artigo pretende responder essas indagações tomando como premissas (i) a necessidade de consentimento para a arbitragem, decorrente do art. 5º, XXXV, da Lei Maior c.c. art. 3º da Lei n. 9.307/1996; (ii) a admissibilidade do consentimento tácito à convenção arbitral, consoante arts. 112, 113, *caput* e § 1º, II e V, e 422 do Código Civil; e (iii) a natureza contratual do plano de recuperação judicial e a autonomia da cláusula compromissória, nos termos do art. 8º da Lei n. 9.307/1996.

## 2. CONSENSUALISMO NA ARBITRAGEM

O citado art. 5º, XXXV, da Constituição estipula que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. A compatibilidade da arbitragem com o dispositivo foi declarada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do SE 5.206 – AgR<sup>10</sup>.

Os principais fundamentos do acórdão, o mais representativo da história arbitral brasileira, foram estes: (i) o consensualismo e a autonomia privada importam a liberdade de escolher o meio de resolução dos próprios litígios, mormente quando estão em disputa direitos patrimoniais disponíveis; (ii) a interpretação histórica do inciso XXXV do art. 5º demonstra que a proibição tem como destinatário o legislador, e não a parte que voluntariamente convencionou a arbitragem<sup>11</sup>; (iii) o direito de ação judicial é renunciável, desde que tenha objeto determinado ou determinável; (iv) em situações extremas, o Judiciário pode controlar a atividade do árbitro por meio de ação anulatória; e (v) o acesso à justiça por meios não estatais é tradicional no país e difundido internacionalmente.

Como se percebe, os três primeiros pilares estão ligados ao consentimento. A lei não pode impor a realização da arbitragem independentemente da vontade das partes – ao contrário do que ocorria, e. g., no regime do Código Comercial de 1850<sup>12</sup>. Entretanto, nada obsta que as partes espontaneamente submetam suas disputas à via arbitral, exercendo a autonomia privada que se funda nos direitos fundamentais da autodeterminação, da liberdade e da propriedade (CF, preâmbulo, art. 5º, *caput* e inciso XXII, art. 170, inciso II).

10 STF, Tribunal Pleno, SE 5206 AgR, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 12 dez. 2001.

11 Cf., em especial, o voto do Min. Ilmar Galvão. Segundo o julgador, o princípio da inafastabilidade da jurisdição surge na Constituição de 1946 como uma reação contra as normas que, no regime ditatorial do Estado Novo, proibiam a impugnação judicial de certos atos do Poder Executivo.

12 O Código Comercial de 1850 previa o uso compulsório da arbitragem para dirimir disputas sobre contratos de locação mercantil (art. 245), entre sócios (arts. 294 e 348), salários e prêmios devidos em caso de salvamento (art. 736), avarias grossas (art. 783) e inclusões de crédito em concordata (art. 846).

Dessa maneira, o consenso é a nota que harmoniza a arbitragem com a Constituição Federal. No voto do relator do SE 5.206 – AgR, Min. Sepúlveda Pertence, lê-se o seguinte:

Como visto, vale sintetizar, a sustentação da constitucionalidade repousa essencialmente na voluntariedade do acordo bilateral mediante o qual as partes de determinada<sup>13</sup> controvérsia, embora podendo submetê-la à decisão judicial, optam por entregar a um terceiro, particular, a solução da lide, desde que esta, girando em torno de direitos privados disponíveis, pudesse igualmente ser composta por transação. A marca da consensualidade da instituição mediante compromisso arbitral é, assim, dado essencial à afirmação de sua constitucionalidade perante a Constituição.<sup>14</sup>

Assim, somente as partes que consentiram estão obrigadas a arbitrar. Terceiros que não tenham aquiescido com a arbitragem têm o direito de resolver seus conflitos nas cortes estatais, por conta do citado art. 5º, XXXV, da Carta da República. No plano infraconstitucional, a conclusão é reforçada (i) pelo art. 3º da Lei n. 9.307/1996, segundo o qual os interessados em arbitrar não celebram negócio jurídico consistente em cláusula compromissória ou compromisso, e (ii) pelo art. 32, I e IV, do mesmo diploma, que requer uma convenção de arbitragem existente, válida e eficaz para que o processo arbitral seja válido.

Evidentemente, a vontade de arbitrar pode ser manifestada tanto antes quanto depois do surgimento do litígio. A Lei n. 9.307/1996 eliminou o sistema de duplo consentimento do Código Civil de 1916, que requeria um novo consenso arbitral após o conflito concretizar-se. Tanto a cláusula compromissória quanto o compromisso gozam de tutela específica e, em razão de seu efeito positivo, são suficientes para impor a realização da arbitragem<sup>15</sup>.

O consensualismo é um dos dogmas clássicos da arbitragem. Por exemplo, internacionalistas chegam a considerar um truísmo a afirmação de que o consenso é a base da arbitragem<sup>16</sup>. Já nos Estados Unidos da América, também a título de ilustração, a Suprema Corte asseverou que a arbitragem é uma questão de contrato e, portanto, ninguém pode ser compelido a participar de uma arbitragem sem ter concordado<sup>17</sup>.

13 Ou determinável, conforme decidido pela maioria do STF no mesmo julgamento.

14 STF, Tribunal Pleno, SE 5206 AgR, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 12 dez. 2001. Voto do Min. Sepúlveda Pertence.

15 STJ, 3º T., REsp 1389763, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 12 nov. 2013.

16 NOLAN, Michael; CAIVANO, Frédéric G. Limits of Consent: Arbitration without Privity and Beyond. In: FERNANDEZ-BALLESTER, Miguel Angel; LOZANO, David Arias (coords). *Liber Amicorum Bernardo Cremades*. Wolters Kluwer España; La Ley, 2010. P. 873.

17 *“For arbitration is a matter of contract, and a party cannot be required to submit to arbitration any dispute which he has not agreed so to submit”* [Steelworkers v. Warrior & Gulf Co., 363 U.S. 574 (1960)]. Recentemente, contudo, a Suprema Corte decidiu que *“domestic-law equitable estoppel doctrines allowing third parties to compel arbitration are consistent with the requirements of the [1958 New York] Convention, even where*

Em contraponto, respeitáveis autores estrangeiros têm questionado a primazia do consensualismo como fundamento da arbitragem. Alguns indicam que o consenso tem sido suplementado por conceitos que não lhe dizem respeito<sup>18</sup>. Outros sustentam que a lei poderia ordenar o uso da arbitragem como meio de assegurar o acesso à justiça<sup>19</sup>.

A posição não é majoritária. Em sentido contrário, doutrinadores reafirmam que o consensualismo é indispensável à arbitragem<sup>20</sup>, embora se ressalte que a complexidade do mundo atual empresta uma série de nuances ao conceito de consentimento<sup>21</sup>.

Esse entendimento é o mais adequado ao ordenamento nacional. Não há como prescindir do consenso<sup>22</sup>, até em virtude das peculiaridades constitucionais já indicadas. Contudo, a convenção arbitral prescinde da anuência expressa das partes. A vinculação pode resultar de condutas – comissivas ou omissivas – que denotam a aquiescência.

---

*the domestic doctrine is not based on consent to arbitrate*” (MAGLIANA, Melissa; HOVAGUIMIAN, Philippe. *Dispensing with Written Consent – or Consent Altogether – in third-party Extensions under the New York Convention: A Critical Examination of the Recent Swiss and U.S. Supreme Court Decisions in B. Suisse and GE Energy*. In: VERBRUGGEN, Caroline; DRAYE, Maarten (eds.). *b-Arbitra | Belgian Review of Arbitration*. Wolters Kluwer, vol. 2020, n. 2, jan. 2020, p. 250-251.

- 18 Em célebre artigo de 2001, Gabrielle Kaufmann-Kohler e Henry Peter põem as seguintes questões: *“More and more, the classical concept of arbitration based on consent is being supplemented by other concepts of arbitration which largely ignore this requirement. This is so especially in the areas of sport, consumer transactions, and investment arbitrations based on treaties or national statutes. This is only natural, as arbitration becomes the most common method for settling international disputes. One may choose to cling to the dogma of consent and when no true and meaningful consent exists, rely on a fiction of consent. But if we merely preserve the appearance of consent, this justification for arbitration is no longer compelling. Indeed, it may be more accurate and intellectually honest to simply admit that arbitration without consent exists. Having made that admission, one can then investigate the requirements that have come to replace consent. Are there any? What are they? Simply the fairness of the process? Or others? Which ones? It seems clear that this type of investigation is more likely to identify the true forces at play and thus protect the interests of the arbitration users more effectively than insisting on an obsolete dogma”* (Formula 1 Racing and Arbitration: The FIA Tailor-made System for Fast Track Dispute Resolution. In: PARK, William W. (ed.). *Arbitration International*. Oxford: Oxford University Press, vol. 17, n. 2, 2001. pp. 173-210).
- 19 Escrevendo sob a perspectiva das normas europeias de direitos humanos e o dever dos Estados de garantir o acesso à justiça, cf. JOURDAIN-FORTIER, Clotilde. *Access to justice and arbitration: is consent to arbitrate still at stake?* In: OLIVEIRA, Leonardo V. P. de; HOURANI, Sara (eds.). *Access to Justice in Arbitration: Concept, Context and Practice*. Kluwer Law International, 2020. p. 38.
- 20 *“Yet consent (even implied from circumstances) remains the cornerstone of arbitration, at least by arbitrators who value intellectual rigor and analytic integrity”* (PARK, William W. *Non-signatories and International Contracts: an Arbitrator’s Dilemma*. Disponível em: [https://cdn.arbitration-icca.org/s3fs-public/document/media\\_document/media012571271340940park\\_joining\\_non-signatories.pdf](https://cdn.arbitration-icca.org/s3fs-public/document/media_document/media012571271340940park_joining_non-signatories.pdf). Acesso em: 1º ago. 2021).
- 21 *“Therefore we do not agree that ‘arbitration without consent exists’. We think it is more accurate to refer to a modern approach to consent that is more focussed on facts and more aligned with commercial practice, economic reality and trade usages. In fact, marginalising consent or any other fundamental principle of arbitration to address these changing needs is inimical to the development of arbitration because it detracts from the fundamentals which made arbitration popular to commercial parties in the first place. Instead, a more nuanced adaptation of the concept of consent is required to accommodate the consideration of a multitude of circumstances in law, fact, or equity, which may evince the parties’ consent to arbitration or lack thereof”* (LIM, Benson; USON, Adriana. *Relooking into Consent at Arbitration*. Disponível em: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/02/12/relooking-at-consent-in-arbitration/>. Acesso em: 1º ago. 2021).
- 22 TEPEDINO, Gustavo. *Consensualismo na Arbitragem e Teoria do Grupo de Sociedades*. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, n. 903, jan. 2011, p. 9.

O princípio do consensualismo é uma premissa importante para a identificação dos credores submetidos à cláusula compromissória, em especial no caso dos dissidentes.

### 3. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA E DESNECESSIDADE DE CONSENTIMENTO EXPRESSO

Segundo Bernard Hanotiau, “é incorreto alegar que tem havido uma marginalização do consentimento. É mais preciso referir-se a uma abordagem do consentimento que é mais focada nos fatos e mais alinhada com a prática comercial, a realidade econômica e os usos dos setores econômicos”<sup>23</sup>. Ou seja, o consensualismo ainda desempenha um papel central na arbitragem, mas deve ser visto à luz da características sociais e econômicas hodiernas.

A adaptação do consensualismo à contemporaneidade – com suas relações transnacionais, seus contratos relacionais, seus contratos incompletos, seus contratos coligados, suas operações envolvendo uma miríade de partes – pode ser mediada pela teoria geral do negócio jurídico. Para tanto, deve ser manejada a doutrina do consentimento tácito.

Existem diversas teorias para conceituar o consentimento tácito, em oposição ao expresso<sup>24</sup>. Orlando Gomes assinala que, no mais das vezes, reputa-se declaração expressa aquela “que se emite por palavras, e declaração tácita, para exprimir a resultante das circunstâncias. Em outro sentido, diz-se que é tácita a declaração obtida exclusivamente mediante dedução, enquanto a expressa dispensa inferência”<sup>25</sup>. Assim, a declaração de vontade tácita está ligada à ideia de *facta concludentia*. Embora não tenha proferido palavras explícitas, a parte adota uma conduta que, segundo as práticas correntes e as circunstâncias do caso, implica o consentimento<sup>26</sup>. A admissão da anuência tácita decorre dos cânones de interpretação estabelecidos arts. 112 e 113,

23 HANOTIAU, Bernard. Consent to Arbitration: Do We Share a Common Vision? In: PARK, William W. (ed.). *Arbitration International*. Oxford: Oxford University Press, vol. 27, n. 4, 2001, p. 539. Tradução livre do inglês: “it is incorrect to claim that there has been a marginalization of consent. It is more accurate to refer to a modern approach to consent that is more focused on facts and more aligned with commercial practice, economic reality and trade usages”.

24 LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil*. 6ª ed. At. José Serpa Santa Maria. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1988. v. 1. p. 376-377; ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria Geral da Relação Jurídica*. 9ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003. v. 2. p. 130-133.

25 *Introdução ao Direito Civil*. 18ª ed. At. Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 286-287.

26 Acerca dos parâmetros para a investigação do consentimento tácito, o civilista português Manuel A. Domingues de Andrade ensina que “a chamada univocidade dos *facta concludentia*, na declaração tácita, se afere por um critério prático, empírico, e não por um critério lógico. Existirá ela sempre que, conforme os usos da vida, haja quanto aos factos de que se trata toda probabilidade de terem sido praticados com dada significação negocial (aquele grau de probabilidade que bata na prática para as pessoas sensatas tomarem suas decisões) – ainda que porventura não esteja absolutamente precludida a possibilidade de outra significação. Em tal caso deverá reputar-se tacitamente declarada aquela vontade” (op. cit., p. 132-133). O magistério é compatível com os citados arts. 112, 113, *caput* e § 1º, II e V, e 422 do Código Civil brasileiro.

*caput* e § 1º, II e V, do Código Civil, assim como da proteção à legítima confiança ínsita à cláusula geral de boa-fé objetiva do art. 422.

Note-se que o silêncio também pode ser interpretado como consentimento. A teor do art. 111 do Código Civil, “o silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa”.

Aquele que consente tacitamente não é terceiro. É parte do negócio jurídico, ainda que não seja signatário do respectivo instrumento. Por isso, é preferível falar em *alcance*, e não em *extensão*, da cláusula compromissória. *Extensão* pode denotar erroneamente a inclusão, no âmbito da convenção de arbitragem, de alguém que não é parte e mesmo assim sofre efeitos do negócio. *Alcance* melhor reflete a tarefa de identificar quem são as partes.

A Lei n. 9.307/1996 é compatível com a aquiescência tácita da cláusula compromissória. Nenhum dispositivo preconiza a anuência expressa. E, segundo a teoria geral do negócio jurídico, a regra é a admissibilidade do consentimento tácito<sup>27</sup>.

Nem mesmo a exigência de forma escrita, estipulada no § 1º do art. 4º da Lei n. 9.307/1996, representa um empecilho<sup>28</sup>. De modo geral, os negócios jurídicos solenes podem conviver com o consentimento *per facta concludentia*. Mais especificamente, o requisito da forma significa que a convenção arbitral deve ser lavrada por escrito, mas não que a aceitação precisa materializar-se explicitamente mediante assinatura do instrumento contratual.

O Superior Tribunal de Justiça inicialmente julgou haver um antagonismo entre a forma escrita e o consentimento tácito. Segundo decidido na década de 2000, só se atrelavam à cláusula compromissória aqueles que a firmavam, declarando sua vontade expressamente.

No acórdão da SEC 967, e. g., a Corte Superior estadeou que o ordenamento exigiria “aceitação expressa das partes por submeterem a solução dos conflitos surgidos nos negócios jurídicos contratuais privados arbitragem”<sup>29</sup>. Já na SEC 978, relativa a um contrato epistolar, foi decidido que “a falta de assinatura na cláusula de eleição do juízo arbitral contida no contrato de compra e venda, no seu termo aditivo e na indicação

27 Na lição de Caio Mário da Silva Pereira, “para o direito, tem eficácia a manifestação tácita de vontade, tanto quanto a expressa, salvo nos casos em que a lei exige por esta última forma” (*Instituições de Direito Civil*. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. v. 1. p. 308).

28 Em sentido semelhante, por exemplo, vide a lição de Pontes de Miranda sobre o contrato de fiança, que requer forma escrita, mas comporta a aceitação tácita do credor (*Tratado de Direito Privado*. 3. ed. São Paulo: RT, 1984. v. 44. p. 146). No artigo 217º, n. 2, do Código Civil português, consta a norma de que “o carácter formal da declaração não impede que ela seja emitida tacitamente, desde que a forma tenha sido observada quanto aos factos de que a declaração se deduz” (ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil: Teoria Geral*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2003. v. 2. p. 53). Conquanto a legislação nacional não contenha disposição explícita equivalente, entendemos que a regra pode ser inferida dos arts. 111, 112, 113 e 422 do Código Civil. Além disso, para fins do art. 212, pode-se facilmente entender que a forma escrita é requerida para a prova da convenção da arbitragem – o “fato jurídico”, na dicção legal – e não para a prova da anuência das partes.

29 STJ, Corte Especial, SEC 967, rel. Min. José Delgado, j. 15 fev. 2006.

de árbitro em nome da requerida exclui a pretensão homologatória, enquanto ofende o artigo 4º, parágrafo 2º, da Lei nº 9.307/96, o princípio da autonomia da vontade e a ordem pública brasileira”<sup>30</sup>.

A posição foi superada. Em conformidade com a melhor doutrina, o STJ passou a reconhecer que o consentimento à cláusula compromissória pode ser declarado de modo tácito. Mesmo não havendo firma da parte no instrumento escrito, é possível inferi-lo a partir de condutas inequívocas que demonstram a concordância com a arbitragem.

Assim, no REsp 1569422, a Corte Superior notou que:

A manifestação de vontade das partes contratantes, destinada especificamente a anuir com a convenção de arbitragem, pode se dar, de igual modo, de inúmeras formas, e não apenas por meio da aposição das assinaturas das partes no documento em que inserta. Absolutamente possível, por conseguinte, a partir do contexto das negociações entabuladas entre as partes, aferir se elas, efetivamente, assentiram com a convenção de arbitragem.<sup>31</sup>

Por igual, no REsp 1698730, o STJ assinalou o seguinte:

O consentimento à arbitragem, ao qual se busca proteger, pode apresentar-se não apenas de modo expresso, mas também na forma tácita, afigurando possível, para esse propósito, a demonstração, por diversos meios de prova, da participação e adesão da parte ao processo arbitral, especificamente na relação contratual que o originou.<sup>32</sup>

Dessa maneira, o direito brasileiro já tem a plasticidade necessária para acomodar o consensualismo às características da contemporaneidade. A Lei n. 9.307/1996 não requer a anuência expressa. O Código Civil contém normas de amplo alcance sobre o consentimento tácito, inclusive sobre o silêncio. O instituto é bem desenvolvido na civilística, funcionando como uma chave para compreender – em consonância com a teoria geral do negócio jurídico – como não signatários podem adquirir a qualidade de partes. E a jurisprudência mais recente do STJ tem permitido examinar a vinculação à cláusula compromissória por meio do comportamento das partes, independentemente de declaração volitiva expressa.

Note-se que o posicionamento a favor do consentimento tácito na convenção arbitral está de acordo com as práticas internacionais. Consoante Bernard Hanotiau, “uma análise da aproximação adotada nas jurisdições mais importantes de *civil law* e *common law* indica um amplo consenso de que o consentimento pode ser provado pela conduta das partes”<sup>33</sup>.

30 STJ, Corte Especial, SEC 978, rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 17 dez. 2008.

31 STJ, 3ª T., REsp 1569422, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 26 abr. 2016.

32 STJ, 3ª T., REsp 1698730, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 8 maio 2018.

33 HANOTIAU, Bernard. Ob. cit., p. 539. Tradução livre do inglês: “*an analysis of the approach taken in the leading civil law and common law jurisdictions indicates a broad consensus that consent may be proved by parties’ conduct*”.

A cláusula compromissória do plano de recuperação judicial também acolhe o consentimento tácito<sup>34</sup>. Assim, essas observações são relevantes na determinação da submissão, à convenção arbitral, do credor ausente ou que se abstém de votar na assembleia.

#### 4. NATUREZA CONTRATUAL DO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL E AUTONOMIA DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA

O plano de recuperação judicial, quando aprovado pelos credores, adquire natureza contratual. Trata-se de um contrato *sui generis*, sem dúvida. A tramitação em juízo, os procedimentos para a apresentação da oferta, os instrumentos para a formação da vontade coletiva dos credores e a subordinação da eficácia à homologação judiciária, dentre outros pontos, atribuem ao plano uma posição singular no ordenamento jurídico nacional.

Não obstante, depurando-se essas peculiaridades e examinando-se o *ontos* do plano, verifica-se (i) uma conjunção de vontades negociais, (ii) obtida a partir de um mecanismo de oferta do devedor e aceitação dos credores e (iii) destinada a produzir efeitos obrigacionais. Na essência do plano, portanto, estão presentes todas as características de um contrato<sup>35</sup>.

A dinâmica do processo de recuperação judicial evidencia a natureza contratual do plano. O recuperando faz uma oferta de plano aos credores (Lei n. 11.101/2015, art. 53). Não havendo impugnação, o silêncio faz presumir a concordância dos credores e o plano fica aprovado<sup>36</sup> (art. 55). Havendo objeção, convocam-se os credores para deliberar em assembleia<sup>37</sup>, sendo exigidos quóruns especiais para a aprovação do plano (arts. 45 e 56). Neste último caso, embora cada credor sujeito à recuperação tenha direito individual de voto, a aprovação assemblear deve ser tida como uma declaração de vontade coletiva que vincula todos eles.

Por outro lado, não se pode negar que a recuperação judicial se desenvolve como um processo judiciário. Desse modo, o Estado-juiz está presente todas as etapas de formação do plano, diretamente ou por meio do administrador judicial. Em razão disso,

34 PINTO, José Emílio Nunes. *A Arbitragem na Recuperação de Empresas*, cit.

35 “Emprega-se o vocábulo contrato em sentido amplo e restrito. No primeiro, designa todo negócio jurídico que se forma pelo concurso de vontades. No segundo, o acordo de vontades produtivo de efeitos obrigacionais na esfera patrimonial” (GOMES, Orlando. *Contratos*. 25ª ed. At. Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 9).

36 Por força do art. 55 da Lei n. 11.101/2015, este é um caso em que o silêncio geral importará consentimento presumido dos credores, e não tácito. A consequência é a mesma.

37 Nos termos dos arts. 45-A, § 1º, e 56-A da Lei n. 11.101/2015, a assembleia geral será dispensada se o devedor comprovar antecipadamente que o plano foi aceito por credores bastantes para atingir os quóruns do art. 45.



encontram-se empresarialistas<sup>38</sup> e arbitralistas<sup>39</sup> que categorizam o plano como um contrato judicial.

Dentro desse contexto, deve-se considerar que a cláusula compromissória é um negócio jurídico separado do plano de recuperação judicial. O art. 8º da Lei n. 9.307/1996 consagra a autonomia da cláusula compromissória<sup>40</sup>. Desse modo, a cláusula arbitral não se confunde com o contrato a que se refere e não é seu acessório, ainda que seja eventualmente escrita no mesmo instrumento.

A natureza de contrato judicial e a autonomia da cláusula compromissória – consideradas à luz da premissa maior do consensualismo – auxiliam a avaliar a vinculação do credor que vota contra a aprovação do plano ou ressalva a disposição arbitral.

## 5. CREDORES ALCANÇADOS PELA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA

Sendo o plano aprovado por falta de impugnação dos credores, hipótese em que o silêncio faz presumir a anuência, todos eles se sujeitam à cláusula compromissória. A situação adquire outros matizes se, havendo impugnação, o plano for aprovado em assembleia por maioria<sup>41</sup>.

Com base nas premissas fixadas nos itens anteriores, os credores alcançados pela cláusula compromissória do plano de recuperação judicial são aqueles que (i) se declaram favoráveis ao plano, (ii) abstêm-se de votar e (iii) não comparecem à assembleia.

A vinculação do credor que aceita a arbitragem é óbvia. Subordinam-se à convenção tanto os credores que votam pela aprovação em assembleia, quanto os que optam pela adesão substitutiva disciplinada nos arts. 45-A, § 1º, e 56-A da Lei n. 11.101/2015.

38 Autores como Sérgio Campinho entendem que não só o plano, mas a recuperação judicial como um todo, tem a natureza de contrato judicial (*Falência e Recuperação de Empresa: o Novo Regime da Insolvência Empresarial*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2015. p. 12). Para extensa bibliografia a favor da natureza contratual da recuperação, cf. TOMAZETTE, Marlon. *Curso de Direito Empresarial*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2012. v. 3. p. 56-57. Porém, apesar dos autores favoráveis à classificação do plano como um contrato, não há um consenso claro na doutrina. Por exemplo Vera Helena de Mello Franco e Rachel Sztajn sustentam que o plano deve ser visto como um negócio de cooperação semelhante a um contrato plurilateral (no sentido ascarelliano), sujeito a homologação judicial (*Falência e Recuperação da Empresa em Crise*. São Paulo: Elsevier, 2008. p. 234). Outros autores, como Jorge Lobo, negam a assimilação da recuperação judicial a um contrato, preferindo invocar figuras como o “ato complexo” (ABRÃO, Carlos Henrique; TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 105).

39 PINTO, José Emilio Nunes. *A Arbitragem na Recuperação de Empresas*, cit. SESTER, Peter Christian. Op. cit., p. 521.

40 As consequências da autonomia da cláusula compromissória são diversas. A mais importante é que a inexistência, invalidade ou ineficácia do contrato subjacente não necessariamente afeta a cláusula compromissória. (cf. BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration*. 2ª ed. Alphen aan den Rijn: 2014. p. 401).

41 A análise deste artigo se aplica tanto (i) à hipótese de aprovação do plano com o quórum do art. 45 da Lei n. 9.307/1996, quanto (ii) ao caso de o plano não obter os votos daquele dispositivo, mas a recuperação ser concedida pelo juiz com base no art. 58, § 1º.

Sem embargo, é possível que o credor, ainda que favorável ao plano, apresente uma reserva quanto à cláusula compromissória. A situação é factível, seja pela autonomia da cláusula compromissória, seja pela admissão do voto com ressalvas nas deliberações assembleares. Nessa hipótese, como não se tem o consenso requerido pelo art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, o credor não estará atrelado à convenção arbitral (vide item 6 abaixo).

A *ratio* para a submissão dos credores que se abstêm ou ausentes é a mesma. O art. 53, parágrafo único, da Lei n. 11.101/2005 assegura a ampla publicidade do plano, inclusive no tocante à cláusula compromissória. O credor tem a oportunidade de objetar o plano por escrito ou em assembleia (arts. 45 e 55). Apesar disso, prefere permanecer inerte ou, presente na assembleia, opta por não proferir voto. Nessa hipótese, o credor concorda em sujeitar-se à decisão da maioria, qualquer que seja seu resultado. Como a convenção de arbitragem não exige consentimento expresso, e até mesmo o silêncio pode ser entendido como aceitação, deve-se entender que essa conduta do devedor é suficiente para inferir sua aquiescência.

Questão interessante se põe quando um credor objeta o plano por escrito, na forma do art. 55 da Lei n. 11.101/2005, mas não comparece à assembleia geral de credores. A oposição escrita não equivale a um voto contrário ao plano. Trata-se apenas de um gatilho para tornar necessária a assembleia geral de credores. Convocado o encontro, o impugnante precisa estar presente. Em caso de ausência, a prévia oposição escrita não é contabilizada como voto, sendo irrelevante na apuração do quórum de aprovação (art. 45, §§ 1º e 2º).

A eficácia da objeção escrita à cláusula compromissória, seguida de ausência na assembleia, enseja discussões. Pode-se sustentar, com base no consensualismo, que o credor impugnante não concordou com a convenção arbitral e não está adstrito a ela. Por outro lado, não é frívolo afirmar que o credor tem o ônus de ir à assembleia para depositar seu voto.

Tendo em vista a dinâmica da recuperação judicial, o segundo argumento quer parecer mais consistente – sem prejuízo de também vermos mérito no primeiro. Os arts. 35, I, e 45 da Lei n. 11.101/2015 prescrevem o voto em assembleia como a forma adequada para o credor repudiar o plano. Logo, a desatendimento dessa solenidade acarreta nulidade absoluta, nos termos do art. 166, IV, do Código Civil.

## 6. CREDITORES NÃO ALCANÇADOS PELA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA

Excluem-se do alcance da cláusula compromissória os credores que (i) votam pela rejeição do plano de recuperação judicial<sup>42</sup> na assembleia geral, (ii) aprovam o

42 COUTINHO, Renato; PACÍFICO, Pedro Otávio de C. B. Apontamentos sobre a Compatibilidade entre os Institutos da Recuperação Judicial e da Arbitragem. *Revista de Direito Recuperacional e Empresa*. São Paulo: RT, n. 11, jan-

plano com ressalva à convenção de arbitragem<sup>43</sup> ou (ii) não firmam o termo de adesão regulado nos arts. 45-A, § 1º, e 56-A da Lei n. 11.101/2015.

A concessão da recuperação judicial obriga todos os credores sujeitos ao processo. A vontade coletiva prevalece sobre a individual, de sorte que mesmo os credores refratários à aprovação do plano sofrem seus efeitos. Incide o princípio majoritário, exceto nos casos previstos em lei – como, e. g., na supressão de garantia real sobre bem alienado (art. 50, § 1º).

A cláusula compromissória é uma das exceções. Votando o credor contra a cláusula compromissória, tem-se um aparente conflito entre o princípio do consensualismo e o princípio majoritário. Deve prevalecer o primeiro, pois a exigência de consentimento à arbitragem é uma aplicação direta do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal. E o credor que vota contra o plano, por óbvio, nega expressamente sua aquiescência à via arbitral.

No ordenamento brasileiro, há situações em que o princípio majoritário é suficiente para subordinar um sujeito a uma convenção arbitral. Perfilhamos, por exemplo, a posição de que todos os acionistas se submetem à cláusula compromissória de um estatuto de sociedade anônima, ainda que em assembleia tenham votado contra a inserção do dispositivo<sup>44</sup>.

Entretanto, seria descabido traçar um paralelo entre as deliberações da assembleia geral de credores e as da assembleia geral de companhias<sup>45</sup>. Quem se torna acionista o faz *ex sponte sua*, não em razão de um comando legal<sup>46</sup>. E, ao ingressar na sociedade, consente com o princípio majoritário e voluntariamente se vincular às decisões da assembleia.

Diferentemente, os credores não têm escolha quanto a participar ou não da recuperação judicial. Trata-se de uma imposição da lei, sendo irrelevante a vontade do credor. O dissidente jamais consente em utilizar a arbitragem para resolver suas disputas – seja direta ou indiretamente, tácita ou expressamente. Por conseguinte, em virtude do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal c.c. art. 3º da Lei n. 9.307/1996, não se sujeita à cláusula compromissória.

---

mar. 2019. CRIPPA, Carla de Vasconcellos. Recuperação Judicial, Falência e Arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo: RT, n. 29, abr.-jun. 2011. p. 183. PINTO, José Emílio Nunes. *A Arbitragem na Recuperação de Empresas*, cit.

43 Hipótese já analisada no item 5.

44 “Convocada a assembleia geral para modificação do estatuto social da companhia, de modo a se inserir uma ampla cláusula compromissória, a natureza dessa deliberação reforça o efeito *erga omnes* da cláusula compromissória a toda a comunidade de acionistas, tenham estes comparecido ou não, ou mesmo impugnado, por meio de voto, a referida deliberação” (MARTINS, Pedro A. Batista. *Arbitragem no Direito Societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 125).

45 Ou ainda a reunião de quotistas das sociedades limitadas, a assembleia geral das associações ou quaisquer outros órgãos de deliberação coletiva das pessoas jurídicas.

46 Até porque, *ex vi* do art. 5º, XX, da Carta Magna, “ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado”.

Por fim, a autonomia da cláusula compromissória, examinada no item 4, também contribui para retirar o credor dissidente do âmbito da cláusula compromissória. Confira-se a lição de José Emílio Nunes Pinto, lastreada no art. 8º da Lei n. 9.307/1996:

Socorremo-nos do art. 8.º da Lei 9.307/1996 que declara que “a cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta...”. Por outro lado, o art. 53 da Lei 11.101/2005, ao cuidar do conteúdo do Plano, indica, em três incisos, o que este deverá mandatoriamente conter para que o estado de recuperação judicial, após aprovação pelos credores, possa vir a ser concedido. Portanto, caso a assembleia geral de credores venha a ser chamada para votar o Plano, somente as disposições obrigatórias contidas no art. 53 da Lei 11.101/2005 obrigarão os que tiverem objetado a sua aprovação. E não poderia ser diferente, já que a autonomia da cláusula compromissória faz com que ela seja um contrato independente do contrato onde se encontre inserida.<sup>47</sup>

Da autonomia também resulta que, ao menos teoricamente, um devedor pode declarar-se contrário ao plano de recuperação, mas votar a favor da cláusula arbitral<sup>48</sup>.

Os fundamentos e conclusões acima também se aplicam ao plano aprovado nos termos dos arts. 45-A, § 1º, e 56-A da Lei n. 11.101/2005. Essas normas dispensam a realização de assembleia para deliberar sobre o plano, caso o devedor apresente termos de adesão comprovando a aceitação de credores bastantes para atender os quóruns do art. 45.

Evidentemente, se um credor deixa de firmar o termo de adesão, em momento algum consentiu com a cláusula compromissória e não está obrigado a observá-la. Como a assembleia não se reuniu, tal credor sequer teve a oportunidade de posicionar-se. Nada impede, porém, que ele posteriormente declare sua anuência à convenção arbitral.

## 7. PLANO ALTERNATIVO DOS CREDORES

Já na redação original da Lei n. 11.101/2015, admitia-se a alteração do plano de recuperação por sugestão dos credores, debatida na assembleia geral. No entanto, o § 3º do art. 56 – ainda em vigor – requer a concordância expressa do devedor. Com isso, mantém-se o mecanismo de proposta e aceitação que confere ao plano a natureza de contrato judicial.

A Lei n. 14.112/2020, incrementando o princípio da participação ativa dos credores, inseriu dispositivos na Lei n. 11.101/2015 para implementar um novo instituto: o plano alternativo. Nas situações dos arts. 6º, § 4º-A, e 56, § 4º, os credores podem elaborar seu próprio plano de recuperação judicial, em substituição àquele apresentado pelo devedor.

47 *A Arbitragem na Recuperação de Empresas*, cit.

48 *A Arbitragem na Recuperação de Empresas*, cit.

Caso o plano alternativo veicule uma cláusula compromissória, aplica-se tudo que se escreveu acima sobre os efeitos da convenção arbitral em relação a credores favoráveis, contrários, em abstenção ou ausentes. Ademais, principalmente em razão do princípio do consensualismo, é indispensável que o devedor aquiesça com a convenção arbitral.

## 8. CONCLUSÃO

Respeitada a arbitrabilidade, conforme regulada pelo art. 1º da Lei n. 9.307/1996, a convenção de arbitragem pode ser aposta a planos de recuperação judicial.

O consensualismo é indispensável para compatibilizar arbitragem com o sistema constitucional brasileiro (CF/88, art. 5º, XXXV). Contudo, a anuência à cláusula compromissória não precisa ser expressa. Basta o consentimento tácito e, por vezes, o silêncio faz presumir a aquiescência (Código Civil, arts. 111, 112, 113, *caput* e § 1º, II e V, e 422).

O plano de recuperação tem natureza de contrato judicial. Além disso, a cláusula compromissória é um negócio jurídico autônomo em relação ao plano.

Os credores que aprovam o plano de recuperação judicial estão sujeitos à convenção arbitral, assim como os que se abstêm e os ausentes. Porém, não são alcançados pela disposição os credores que votam pela rejeição da proposta do devedor e aqueles que, embora favoráveis ao plano, apresentam ressalva à cláusula compromissória.

Caso o plano seja aprovado por termo de adesão, somente os credores que firmaram esse documento estão adstritos à convenção de arbitragem.

No caso de plano alternativo dos credores, o devedor só estará subordinado à cláusula compromissória se declarar sua aceitação.

## 9. BIBLIOGRAFIA

- ABRÃO, Carlos Henrique; TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de (coords.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 105
- ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria Geral da Relação Jurídica*. 9ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003. v. 2.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil: Teoria Geral*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2003. v. 2.
- BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration*. 2ª ed. Alphen aan den Rijn: 2014.
- CAMPINHO, Sérgio. *Falência e Recuperação de Empresa: o Novo Regime da Insolvência Empresarial*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.
- COMPARATO, Fábio Konder. Estado, Empresa e Função Social. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, n. 732, out. 1996.

- \_\_\_\_\_. *Função Social da Propriedade dos Bens de Produção*. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo: Malheiros, n. 63, jun.-set. 1986.
- COUTINHO, Renato; PACÍFICO, Pedro Otávio de C. B. Apontamentos sobre a Compatibilidade entre os Institutos da Recuperação Judicial e da Arbitragem. *Revista de Direito Recuperacional e Empresa*. São Paulo: RT, n. 11, jan-mar. 2019.
- CRIPPA, Carla de Vasconcellos. Recuperação Judicial, Falência e Arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo: RT, n. 29, abr.-jun. 2011.
- FARIA, Luis Cláudio Furtado; COZER, Felipe Rodrigues. A Arbitragem e a Recuperação Judicial: um Estudo sobre a Convivência e Possíveis Conflitos entre os Institutos. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo: RT, n. 31, out.-dez. 2011.
- FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; ROCHA, Matheus Lins; FERREIRA, Débora Cristina Fernandes Ananias. *Lei de Arbitragem Comentada Artigo por Artigo*. São Paulo: Juspodivm, 2019.
- FRANCO, Vera Helena de Mello; SZTAJN, Rachel. *Falência e Recuperação da Empresa em Crise*. São Paulo: Elsevier, 2008.
- GOMES, Orlando. *Contratos*. 25ª ed. At. Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- \_\_\_\_\_. *Introdução ao Direito Civil*. 18ª ed. At. Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- HANOTIAU, Bernard. Consent to Arbitration: Do We Share a Common Vision? In: PARK, William W. (ed.). *Arbitration International*. Oxford: Oxford University Press, vol. 27, n. 4, 2001.
- JOURDAIN-FORTIER, Clotilde. Access to justice and arbitration: is consent to arbitrate still at stake? In: OLIVEIRA, Leonardo V. P. de; HOURANI, Sara (eds.). *Access to Justice in Arbitration: Concept, Context and Practice*. Kluwer Law International, 2020. p. 38.
- KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle; PETER, Henry. Formula 1 Racing and Arbitration: The FIA Tailor-made System for Fast Track Dispute Resolution. In: PARK, William W. (ed.). *Arbitration International*. Oxford: Oxford University Press, vol. 17, n. 2, 2001.
- KRUGMAN, Paul; WELLS, Robin. *Introdução à Economia*. Trad. Helga Hoffman. 3ª ed. 3ª reimpressão. São Paulo: Atlas, 2021. p. 404.
- LIM, Benson; USON, Adriana. *Relooking into Consent at Arbitration*. Disponível em: <http://arbitrationblog.kluwarbitration.com/2019/02/12/relooking-at-consent-in-arbitration/>. Acesso em: 1º ago. 2021.
- LOBO, Jorge. Art. 47. ABRÃO, Carlos Henrique; TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de (coords.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 105
- LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil*. 6ª ed. At. José Serpa Santa Maria. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1988. v. 1.

- LUCON, Paulo Henrique dos Santos; VASCONCELOS, Ronaldo; CARNAÚBA, César Augusto Martins. Considerações Gerais sobre a Arbitragem na Recuperação Judicial. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo: RT, n. 61, abr.-jun. 2019.
- MAGLIANA, Melissa; HOVAGUIMIAN, Philippe. Dispensing with Written Consent – or Consent Altogether – in third-party Extensions under the New York Convention: A Critical Examination of the Recent Swiss and U.S. Supreme Court Decisions in B. Suisse and GE Energy. In: VERBRUGGEN, Caroline; DRAYE, Maarten (eds.). *b-Arbitra | Belgian Review of Arbitration*. Wolters Kluwer, vol. 2020, n. 2, jan. 2020, p. 250-251.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. São Paulo: RT, 1984. v. 44.
- NOLAN, Michael; CAIVANO, Frédéric G. Limits of Consent: Arbitration without Privity and Beyond. In: FERNANDEZ-BALLESTER, Miguel Angel; LOZANO, David Arias (coords). *Liber Amicorum Bernardo Cremades*. Wolters Kluwer Espanha; La Ley, 2010. P. 873.
- PARK, William W. *Non-signatories and International Contracts: an Arbitrator's Dilemma*. Disponível em: [https://cdn.arbitration-icca.org/s3fs-public/document/media\\_document/media012571271340940park\\_joining\\_non-signatories.pdf](https://cdn.arbitration-icca.org/s3fs-public/document/media_document/media012571271340940park_joining_non-signatories.pdf). Acesso em: 1º ago. 2021.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. v. 1.
- PINTO, José Emílio Nunes. A Arbitragem na Recuperação de Empresas. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo: RT, n. 7, out.-dez. 2005.
- \_\_\_\_\_. Arbitragem e Desenvolvimento Econômico. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo: RT, n. 20, jan.-mar. 2009.
- SCALZILI, João; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. *Recuperação de empresas e Falência: Teoria e Prática da Lei 11.101/2015*. São Paulo: Almedina, 2016.
- SESTER, Peter Christian. *Comentários à Lei de Arbitragem e à Legislação Extravagante*. São Paulo: Quartier Latin, 2020.
- TEPEDINO, Gustavo. Consensualismo na Arbitragem e Teoria do Grupo de Sociedades. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, n. 903, jan. 2011.
- TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. Arbitragem e Insolvência. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo: RT, n. 20, jan-mar. 2009.
- TOMASEVICIUS, Eduardo. A Função Social da Empresa. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, n. 810, abr. 2003.





# Civil Procedure Review

## AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

# 5

## Some Remarks on Extinctive Prescription in Legal History

**Annalisa Triggiano<sup>1</sup>**

**Abstract:** Prescription, as it is well known, is, in a general sense, a means of acquiring or losing rights, or of freeing oneself from obligations, by the lapse of time under conditions prescribed by the Law. It derived from classical Roman Law and further developed under Emperors Theodosius and Justinian. Prescription, or Limitation of Actions, is found in virtually all legal systems in Western legal tradition including the Law of the Church. In this paper, I will shortly discuss, in a historical comparative perspective, the most relevant aspects of Extinctive Prescription in legal history, focusing more carefully, but not only, on Roman Law.

La prescrizione, come è ben noto, è, in termini generali e tecnici, un mezzo per acquistare o perdere diritti, o un mezzo per liberarsi da un determinato obbligo, basata sul decorso del tempo e da condizioni prescritte dalla Legge. Essa era ben nota anche all'Antichità, in particolare agli imperatori Teodosio II e Giustiniano, che a tale espediente si dedicarono diffusamente. Attualmente la Prescrizione Estintiva è nota a tutti i sistemi giuridici moderni, compreso il Diritto Canonico. In questo articolo, succintamente, si discuterà, in chiave storico-comparatistica, gli aspetti più rilevanti dell'istituto in questione, partendo dal diritto romano ma espandendo il ragionamento fino alle moderne codificazioni.

**Keywords:** limitation of actions, extinctive prescription, roman legal tradition, Civil Codes, lapse of time; Tradizione romanistica, prescrizione estintiva, perdita dell'azione, decorso del tempo, codificazioni civili

---

<sup>1</sup> Docente a contratto di "Roman Law" presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Bologna. E.mail: [annalisa.triggiano@unibo.it](mailto:annalisa.triggiano@unibo.it)

## INTRODUCTION

This paper deals with Limitation of actions, or extinctive prescription, as the subject is usually called in Civil Law jurisdictions. This is both a highly technical and a highly political topic. This paper is only aiming to focus on one political aspect: how long should prescription periods run, since it is here that we can appreciate the great effort of Roman Emperors in making rules to put a limit to the length of litigations. But as it will be shown in first Part of the paper, the term prescription, historically, had a meaning which was very far from how we intend it today. It was a part of roman “*formula*”.

As it will be shown in Part 2 of the paper, historically the extinctive prescription was firstly characterized by being an *exceptio*, based on the lapse of time by which the Defendant could prove, for example, his good and long lasting right of possession, in opposition to plaintiff’s action for recovering land (so called ‘*rei vindicatio*’).

But extinctive prescription regarding to actions – I am referring to Part 3 of this paper – is a creation of Emperor Theodosius II: by reading one of his constitutions, we argue that prescription, at his time, did not only play a role with regard to obligations, although, in this paper, I will mainly mention – in a historical comparative perspective, which is based on the analysis of modern codifications – the extinctive prescription of obligations (Limitation of actions in contract and tort law).

Methodologically, as I will show mainly in Part 5, the first possibility to get over Justinian’s long lasting model of extinctive prescription, is simply to shorten them. But things were not so simple: it took a long time, but this is what modern legislations basically are trying to do.

Long prescription periods (30 years, according to Justinian) are, in my opinion, the weakest part of Roman Law, if we consider it in the present time.

Recent codes have shortened general prescription periods to 15 years<sup>2</sup>, 10 years<sup>3</sup> or simply 3 years<sup>4</sup>.

But there’s something more that Roman Emperors understood, thousands of years ago: statutory periods are always set periods of a given duration. In Roman Law, as it happens still today, in setting deadlines, three aims are generally sought to be met: they should ensure that there will be an end to litigations, to minimize the unfairness to defendants of being subjected indefinitely to the threat of being sued over a particular matter, they should provide a mechanism for the Courts to function more effectively by ensuring that litigation is not getting started so long after the event that there are likely

2 Art. 374, Code Civil (Egypt)

3 Art. 2934 Codice Civile (Italy), art. 1159 Código Civil (Mexico), art. 2922 Code Civil (Québec), art 127 Obligationenrecht (hereinafter: OR) (Switzerland)

4 Law Reform (Limitation of Actions &C.) Act 1954 (England), Latent Damage Act 1986, Administration of Justice Act 1985, Consumer Protection Act 1987 and, for Germany, see beyond in the text.

evidentiary problems, and they should create an incentive to early settlements, so that the disrupting effect of unsettled claims on commercial intercourse be minimized.

## 1. THE ORIGINS OF EXTINCTIVE PRESCRIPTION

The topic of extinctive prescription, or limitation of actions, has, until recently<sup>5</sup>, very widely, been regarded as dull and unrewarding. The aim of this Paper is tracing some short remarks on extinctive prescription, which has very ancient origins.

I firstly want the reader to reflect on a peculiar aspect of extinctive prescription. From the history of such topic, we will argue that ‘positive’ prescription was set earlier than the prescription of actions. Secondly, I have to underline that, historically, two different terms have been employed for the two legal institutions here under consideration: (Negative/Extinctive) Prescription and Limitation of Actions.

The former is in use in legal systems belonging to Romanistic Legal Family and is deriving, directly, from Roman *Longi Temporis Praescriptio*. The bracketed qualification is intended to clarify that we are not dealing, in this paper, with acquisitive (or positive) prescription which is traditionally the acquisition of a title to the property as a result of a due lapse of time.

This was the historical root of the notion of *Longi Temporis Praescriptio* which – as I will show – was extended only in post classical period to Limitation of Actions. Under the older *ius commune*, the Roman term was still used in a broad sense, to cover what was usually referred to as ‘acquisitive’ and ‘extinctive prescription. The Natural Law Codifications proceeded, thus, from this basis<sup>6</sup>; so did Scots<sup>7</sup> and South African Law<sup>8</sup>.

In England, interestingly, Prescription is a term that has mainly retained its original, acquisitive flavour. This is a remarkable topic. The functional equivalent to extinctive prescription, in English Law, is “Limitation of Actions”. And such term is in use in Australian territories as well.

As the term clearly suggests, the English institution is procedural by its nature: Limitation does not affect the ‘right’, but merely the ability to pursue that right in a court. As I will show, the approach is by no means alien to civilian tradition.

Predominantly, however, the combination of both legal institutions under the same doctrinal and statutory umbrella is no longer regarded as helpful today, since they are largely governed by different rules.

---

5 See the fundamental Report *Extinctive Prescription. On the Limitation of Actions*, The Hague London Boston, 1995.

6 See, e.g., § 1478 and ff. ABGB (former version)

7 Prescription and Limitation Scotland Act 1973

8 Prescription Act 68 (1969)

The idea that the lapse of time could cause a loss of rights is not, surprisingly, a roman invention. Probably, in ancient Attic Law there was something similar to modern concept of extinctive prescription: but I am not thinking about Hellenistic “paragraphé”.

If we take a look at Demosthenes’ *pro Phormione* speech (Il. 25-27), we find something quite interesting about the so called “*prothesmia*”. According to Demosthenes, Solon is supposed to set up the principle by which contractual actions expire within 5 years<sup>9</sup>.

But Roman Law, is, of course, much more interesting, as you may imagine, for discovering the origins of extinctive prescription, although many important scholars may not seem to care about historical roots of prescription<sup>10</sup>.

## 2. *PRÆSCRIPTIONES* IN CLASSICAL ROMAN LAW?

In private Roman Law<sup>11</sup>, the lapse of time had its influence, in classical period, also on the right to claim for something. But I have to underline that, at least in Classical Law, there is no relationship between the word *praescriptio* and what we call today as extinctive prescription, despite of the similarity of the words.

In fact, *praescriptio* was a term exclusively dealing with the system of litigation based on *formulae actiones* in Roman Republic. According to jurist Gaius, *praescriptones* (and, before them, *exceptiones*) were clauses of the so called *formula* which had the purpose to trace the *causa petendi*, peculiarly when the claim was based on a *formula quo incertum petimus*<sup>12</sup>.

9 F. Zuccotti, *Per una storia della Prothesmia prescrittiva*, in *Hellenic Law Review – Rivista di Diritto Ellenico*, 2012, p. 1; I. Giannadaki, *The time limit (prothesmia) in the Graphe Paranomon*, on *Dike* (17) 2014, p. 16 ff.; *The Oxford Handbook of Demosthenes*, ed. G.Martin, Oxford 2018, p. 393ff.

10 R. Zimmermann, *Comparative foundations of a European Law of Set-Off and Prescription*, Cambridge 2002, especially p. 66f. In this monography there’s a considerable selected bibliography on extinctive prescription in many legal experiences: see page 67 and ff. The German Scholar, who is careful in describing the new tendencies on prescription, in a comparative perspective, is strangely neglecting History of Roman Law. Much more careful, in his historical analysis, is the huge work of A. Piekenbrock, *Befristung, Verjährung, Verschweigung und Verwirkung: eine Rechtsvergleichende Grundlagen Studie zu Rechtsänderungen durch Zeitlauf*, Tübingen 2006, p. 59, 61, 78, 90ff., 113., 156; E. Chevreau, *Le temps et le droit: la réponse de Rome. L’approche du droit privé*, Paris 2006, p. 97ff.

11 M. Amelotti, *La prescrizione delle azioni in diritto romano*, Milan 1958, and D. Norr, *Die Entstehung der longi temporis praescriptio: Studien zum Einfluss der Zeit im Recht und zur Rechtspolitik in der Kaiser*, Köln -Opladen, 1969.

12 See, for more details, *The Oxford Handbook of Roman Law and Society*, eds. P. du Plessis, C. Ando, K. Tuori, Oxford 2016, p. 215 ff. Cfr. Gai. 4. 130-132: Gai. 4, 130-132: *Videamus etiam de praescriptionibus quae receptae sunt pro actore. 131. Saepe enim ex una eademque obligatione aliquid iam praestari oportet, aliquid in futura praestatione est: veluti cum in singulos annos vel menses certam pecuniam stipulati fuerimus; nam finitis quibusdam annis aut mensibus huius quidem temporis pecuniam praestari oportet, futurorum autem annorum sane quidem obligatio contracta intellegitur, praestatio vero adhuc nulla est. Si ergo velimus id quidem quod praestari oportet petere et in iudicium deducere, futuram vero obligationis praestationem in integro relinquere, necesse est ut cum hac praescriptione agamus EA RES AGATUR CUIUS REI DIVES FUIT; alioquin si*

Doubtless, in late Byzantine Law, *praescriptio* and *exceptio* were meant to be as synonymous, while in Classical Roman Law, all texts referring to *praescriptio* as a kind of *exceptio* based on the lapse of time are considered as untrustworthy, since they are not genuinely Roman.

However, it is quite sure that in Roman Legal Experience there was not a unique and ‘technical’ term which could describe exactly the phenomenon of loss of rights by the lapse of time, at least as we consider, as I told before, Classical Period.

Nevertheless, there were many different expressions, sometimes quite complex too, which were useful to distinguish perpetual actions from temporary actions.

The Jurist Gaius, for example (see, e.g., 4,110-11) describes the actions which praetor granted within a year (*intra annum dare*), which were opposite to *perpetuae actiones* based on *ancient leges* or *senatus consulta* (*perpetuo accommodare, perpetuo dare*).

The Jurist Paulus<sup>13</sup>, yet, traces a difference between actions which praetors granted within one year and actions which were granted even after such deadline as well.

Even in Justinian’s *Institutiones* we find expressions like *perpetuo competere*, in *perpetuum extendi, perpetuo dari*, as opposite to *intra annum vivere, anno terminari*.

But in late Roman Empire, things and words begin to change: in the system of litigation called *Cognitiones Extra Ordinem*, the word *praescriptio* is meant to be a kind of ‘defense’, or ‘defendant’s act of defense’. Terms like *praescriptio* and *exceptio* became as synonyms, as it is well shown in Justinian’s *Digesta* D. 44.1 (*De exceptionibus praescriptionibus et praeiudiciis*), and in C. 8.35 (36) (*De exceptionibus sive praescriptionibus*), and finally, in C. 7.30 (*De annali exceptione italici contractus tollenda et de diversis temporibus et exceptionibus et praescriptionibus et interruptionibus eorum*).

But the term *praescriptio* is increasingly used, assuming the exact meaning of ‘defense basing on the lapse of time’.

---

*sine hac praescriptione egerimus, ea scilicet formula qua incertum petimus, cuius intentio his verbis concepta est QUIDQUID PARET N. NEGIDIUM A. AGERIO DARE FACERE OPORTERE, totam obligationem, id est etiam futuram in hoc iudicium deducimus, et quae ante tempus obligatio... 131a. Item si verbi gratia ex empto agamus, ut nobis fundus mancipio detur, debemus hoc modo praescribere EA RES AGATUR DE FUNDO MANCIPANDO, ut postea, si velimus vacuum possessionem nobis tradi,... sumus, totius illius iuris obligatio illa incerta actione QUIDQUID OB EAM REM N. NEGIDIUM A. AGERIO DARE FACERE OPORTET, per intentionem consumitur, ut postea nobis agere volentibus de vacua possessione tradenda nulla supersit actio. 132. Praescriptiones autem appellatas esse ab eo, quod ante formulas praescribuntur, plus quam manifestum est.*

13 Cfr. D. 44, 7, 45 pr. (Paul. 1 ad ed.): *In honorariis actionibus sic esse definiendum cassius ait, ut quae rei persecutionem habeant, hae etiam post annum darentur, ceterae intra annum. honorariae autem, quae post annum non dantur, nec in heredem dandae sunt, ut tamen lucrum ei extorqueatur, sicut fit in actione doli mali et interdicto unde vi et similibus. illae autem rei persecutionem continent, quibus persequimur quod ex patrimonio nobis abest, ut cum agimus cum bonorum possessore debitoris nostri, item publiciana, quae ad exemplum vindicationis datur. sed cum rescissa usucapione redditur, anno finitur, quia contra ius civile datur.*

### 3. EXTINCTIVE PRESCRIPTION AND THEODOSIUS II

It is useful, in this direction, to remind shortly that the most ancient traces of *longi temporis praescriptio*, which was meant to be as an *exceptio* basing on the lapse of time, are in two ancient Egyptian *papyri*. *Longi temporis praescriptio* was a statutory rule firstly set up by Emperors Severus and Caracalla, through a rescript in 199 A.D., as it is well shown in Papyrus BGU 267<sup>14</sup>, *longi temporis praescriptio* seemed to be a “veto opposé à la *rei vindicatio*”<sup>15</sup>, due to the plaintiff’s guilty behavior. I do strongly agree with Mrs. Chevreau’s idea above cited. She picked up exactly, from my point of view, the deep meaning, and the essence, of *longi temporis praescriptio* as it showed itself in late Roman Empire.

One Century later, more or less, the Emperor Constantinus issued a *constitutio* which mentioned a brand new of *praescriptio*, the so called *longissimi temporis praescriptio* (or *Rescriptum Constantini de quadraginta annorum praescriptione*: FIRA, I, 96 and FIRA, III, 101), whose aim was protecting, by an *exceptio*, a *possessio* lasting for at least forty years<sup>16</sup>.

But the genuine extinctive prescription, at least as we today intend it, then, referred to actions, firstly appears on stage, in Roman Legal experience, only under the Emperor Theodosius II, in 424 A.D.

The Emperor aimed to shorten the term of all civil litigations, setting up a “*certum tempus in protrahendis litibus*” (he expressly made mention of safety and fairness in legal affairs, even in the sense that we commonly intend such topics: suretyship of rights).

It is useful to remind the content of the *Lex Theodosiana*, at least in a footnote<sup>17</sup>. Thirty years lasting *praescriptio* was intended to cover both *hereditatis petitiones* and

14 We may read it in *Fontes Iuris Romani Antejustiniani*, I, nn. 84 ss. and online here: bgu.1.267 = HGV BGU 1 267 = Trismegistos 20201 (papyri.info)

15 Chevreau, *op. cit.* (supra n. 10) 111

16 Cfr. C. J. Kraemer - N. Lewis, *Constantine’s Law on Longissimi Temporis Praescriptio*, in *Actes Ve Congrès de Papyrologie* (Bruxelles 1938), p. 245ff. and, lately, M. De Simone, *P. Col. VII, 175. Aspetti giuridici di un verbale di udienza*, in *Annali Università degli Studi di Palermo*, 56 (2013), p. 29ff. The text of the Statute is in A. C. Johnson, P.R. Coleman-Norton, F. C. Bourne, *Ancient Roman Statutes* (Austin 1961) 241, n. 305

17 Imp. Theodosius A. Asclepiodoto PP. CTh. 4.14.1 (year 424): *Sicut in rem speciales, ita ad universitatem ac personales actiones ultra triginta annorum spatium minime protendantur. Sed si qua res vel ius aliquod postuletur, vel persona qualicumque actione vel persecutione pulsetur, nihilominus erit agenti triginta annorum praescriptio metuenda: eodem etiam in eius valente persona, qui pignus vel hypothecam non a suo debitore, sed ab alio possidente nititur vindicare. Nam petitio finium regundorum in eo scilicet, quo nunc est, iure durabit. 1. Quae ergo ante non motae sunt actiones, triginta annorum iugi silentio, ex quo competere iure coeperunt, vivendi ulterius non habeant facultatem. Nec sufficiat precibus oblati speciale quoddam, licet per annotationem, meruisse responsum vel etiam iudicii allegasse, nisi, allegato sacro rescripto aut in iudicio postulatione deposita, fuerit subsecuta conventio. In eandem rationem illis procul dubio recasuris, quae post litem contestatam, in iudicium actione deducta habitoque inter partes de negotio principali conflictu, triginta denuo annorum devoluto curriculo, tradita oblivioni ex diuturno silentio comprobantur. 2. Non sexus fragilitate,*

contractual actions. *Diuurnum silentium* of the plaintiff (his long-lasting silent and guilty behavior), as we argue by reading such text, is one of the most relevant and modern ideas to justify, and to understand, the essence of the remedy of extinctive prescription.

Some actions kept on being perpetual under Theodosius, as they used to be, for example *actio finium regundorum*; while *actiones communi dividundo ad familiae erciscundae* were meant to be as temporary.

The Emperor made mention, in his text, of many important, and surprisingly modern aspects of extinctive prescription. For example, it was ell described that the commencement of prescriptive. Finally, the Emperor underlined that prescription did not run against *pupilli*, women while he made no mention of *absentes* and *milites*. Also, such idea has had great luck in legal history, since it is, nowadays, a suspensive factor of extinctive prescription.

The *lex Theodosiana*, here above mentioned, was contained in Justinian's Code as well, but Byzantine jurists – as it often happened – made in it some textual changes.

#### 4. Extinctive Prescription and Justinian

To have an idea of how Emperor Justinian considered the topic of extinctive prescription, first of all, we have to consider some parts of his famous *Constitutio Haec quae necessario*, whose date of issue was 13th February 528 A.D., opening the *Codex*.

Justinian strongly underlined his aim to shorten the length of litigations (*amputare prolixitatem litium*). One may say that Justinian did not discover anything new, about the topic of extinctive prescription<sup>18</sup>, but – I have to underline – the lack of new rules in Justinian's era was due to the fact that Theodosius, just one Century before, had been careful to fully cover all the aspects of extinctive prescription.

So – this is just my humble opinion – it may be incorrect to underrate Justinian. Sources show a different point of view: some scholars, instead, rightly underline that

---

*non absentia, non militia contra hanc legem defendenda, sed pupillari aetate dumtaxat, quamdiu ( 83) sub tutoris defensione consistit, huic eximenda sanctioni. Nam quum ad eos annos pervenerit, qui ad sollicitudinem pertinent curatoris, necessario ei, similiter ut aliis, annorum triginta intervalla servanda sunt. 3. Hae autem actiones annis triginta continuis extinguantur, quae perpetuae videbantur, non illae, quae antiquitus fixis temporibus limitantur. 4. Annorum autem curricula ita numerari conveniet, ut et illa in demensionem tempora reducantur, quae ante nostrae mansuetudinis sanctionem iugi taciturnitate fluxerunt. 5. Verum ne qua otioso nimis ac desidi querimonia relinquatur, ei, qui se fiducia perpetuitatis actionem non movisse commemorat, decem post hanc legem annorum spatia continua superioribus addi praecipimus, ut, si quidem ante sanctionem hac lege praefinitos annos decurrisse patuerit, praeter ea tempora, quae manarunt, decem actori annorum spatia prorogentur, ita ut tempus illi hoc continuum ex legis tempore numeretur. Quod si decem illi anni superesse videbuntur aut amplius, ulterius eum nihil desiderare conveniet, sed proprio lapsu temporis decurrente ad triginta usque consummationem debere suo spatio esse contentum; si annos quidem restare non dubium est, sed infra decem eorum intervalla concludi, nihilominus etiam sic eum spatium tantum oportebit accipere, ut decem integer numerus compleatur; postquam hac definitione nulli movendi ulterius facultatem patere censuimus, etiamsi se legis ignorantia excusare tentaverit. Dat. XVIII. kal. decemb. Constantinopoli Victore v. c. cons. Theodosian's Statute was also reprinted in Justinian's Code, exactly in C. 7.39.3.*

18 Chevreau, *op. cit.* (supra, n. 10) p.121 ff.



Justinian's reign was representing the start of the idea connecting *longa taciturnitas* (long-lasting guilty silence) to *firmitas* (safety of legal bargaining).

According to Justinian, extinctive prescription had a thirty years lasting period. But, overall, if we take a look at C. 7.31.1<sup>19</sup>, we realize that, under Justinian, prescription had an ambiguous appearance, referring both to extinctive and acquisitive effect. Such aspects, as I underlined before, characterized many modern Civil Codes.

The Emperor Justinian, furthermore, was the first to trace a difference between limitation of actions and *peremptio causae* (limitation period of the trial, or péremption d'instance, as French Law says): this we may argue reading the famous *Lex Properandum*, which set up a maximum period of only three years for civil litigation causes (Cfr. C. 3.1.13)<sup>20</sup>.

### 5. Final Remarks in a Historical Comparative Perspective

Justinian's asset of extinctive prescription, ambiguously characterized by extinctive and acquisitive effects, and by a considerably long limitation period (30 years), has had great luck in Legal History, peculiarly in Countries like French and Italy.

Infact, the old articles of the French Code Civil, going back to the year 1804 (artt. 2219-2281), and the articles of Italian Codice Civile, going back to the year 1865 (artt. 2105-2147) were faithfully inspired by Roman Rules. This may sound, of course, as no surprise.

But the trend, in modern legislations, has been to shorten the periods of extinctive prescription. In recent times, Germany and France, for example, have changed the asset of prescription in their codes, focusing, peculiarly, on shortening limitation periods, as I will shortly remind.

In this direction, a not inconsiderable amount of legal literature has also been generated by attempts to reform or harmonize, especially in Europe, the law of prescriptio/limitation of actions.

In Germany, for example, the rules relating to prescription have surprisingly been regarded as one of the less satisfactory features of the BGB.

19 *Cum nostri animi vigilantia ex iure quiritorum nomen et substantiam sustulerit et communes exceptiones in omni loco valeant, id est decem vel viginti vel triginta annorum vel si quae sunt aliae maioris aevi continentes prolixitatem, satis inutile est usucapionem in italicis quidem solis rebus admittere, in provincialibus autem recludere. sed et si quis res alienas, italicas tamen, bona fide possidebat per biennium, miseri rerum domini excluderentur et nullus eis ad eas reservabatur regressus. quae et nescientibus dominis procedebant: quo nihil inhumanius erat, si homo absens et nesciens tam angusto tempore suis cadebat possessionibus.* \* iust. a. iohanni pp. \* <a 531 d. xv k. nov. constantinopoli post consulatum lampadii et orestis vv. cc.>

20 C.I.3.1.13pr.: *Imperator Justinianus Properandum nobis visum est, ne lites fiant paene immortales et vitae hominum modum excedant, cum criminales quidem causas iam nostra lex biennio conclusit et pecuniariae causae frequentiores sunt et saepe ipsae materiam criminibus creare noscuntur, praesentem legem super his orbi terrarum ponendam, nullis locorum vel temporum angustiis coartandam ponere.* \* iust. a. iuliano pp. \* <a 530 d. vi k. april. constantinopoli lampadio et oreste vv. cc. cons.>. Cfr. A. Metro, *Brevi note sulla mors litis per inattività*, on *Fundamina*, 20, 2014, 638ff.; A. Agudo Ruiz, *Nota sobre C.I. 3.1.13 Lex Properandum*, on *Revista General de Derecho Romano (RGDR)*, 27 (2016).

The so-called German “Schuldrechtsmodernisierung”, or “Modernization of the Law of Obligations”, took finally place in the year 2002, and its most relevant provision is, in § 195 BGB, a general limitation period of three years.

Still more relevant is what happened in France<sup>21</sup>, in recent times. The growing dissatisfaction towards the law of liberative prescription was denounced in France for more than a Century.

Scholars and practitioners regularly urged the French Legislature to revise the part of the Code Civil related to the law of prescription, which was one of the most ancient in Europe. In 2008, the French Legislature took the necessary step and drastically reformed the Law of Prescription.

The general period has been shortened and unified (five years: see art. 2224, new version, of French Civil Code), there are new grounds for suspension (including codified principle *contra non valentem agere non currit praescriptio*), and a long-stop period has been introduced<sup>22</sup>.

The Civil Code of Netherlands (NBW) has a general term of prescription which is lasting twenty years: it seems that this Code is holding on Justinian’s tradition<sup>23</sup> but, if we read it more carefully, the most relevant term, because of its relation to the Law of Obligations, is of five years ( see art. 3:307 and ff.).

As far as Danish Law is concerned, the general prescription rules in Danish Law are embodied partly in the Prescription Act of 1908, which prescribes a 5 years prescription period; and partly in art. 5-14-4 of Danish Code, containing a 20 years prescription period. It is worth reminding that Danish Law, in my opinion, is a good system, mixing shorter and longer prescriptive periods.

Taking a final look beyond European Countries, in the Prescription Act of South Africa we may find, as well, a wide range of prescriptive periods, from 3 years until 30 years<sup>24</sup>.

In Brazilian Law<sup>25</sup>, the articles 177 and 178 of the Brazilian Civil Code (CCBr) show a wide range of prescriptive periods, especially in the law of contracts (from 6 months until 3 years).

On the other side of the World, the Civil Code of Japan seems to be still inspired by traditional, ancient rules on extinctive prescription. The Civil Code (1896 Law No.

---

21 Délais de prescription | [economie.gouv.fr](http://economie.gouv.fr)

22 J. Cartwright, S. Vogenauer, S. Whittaker (eds.), *Reforming the French Law of Obligations*, Oxford 2009. It may be interesting reading a paper that offers a comparison between French Law and Louisiana’s Law: see B. West Janke, F.X. Licari, *The French Revision of Prescription: a Model for Louisiana?*, in *Tulane Law Review*, 85 (2010), p. 2 ff.

23 Art. 3:306

24 Prescription Act 1968, Ch. III, Prescription of Debts, § 11, sections A-D

25 K.S. Rosenn, *Civil Procedure in Brazil*, in *Am. J. Comp. L.*, 34 (1986) p. 487

89), the Commercial Code (1899 Law No. 48) and other relevant laws prescribe various limitation periods depending on the type of claims. In principle, the limitation period is 10 years (see art. 167 and ff.)<sup>26</sup>. But a property right other than an obligation right or ownership right shall lapse if it is not exercised for 20 years.

However, the period is shortened to 5 years if claims are related to commercial activities. It should be further noted that there are many other exceptions to the length of applicable limitation periods, such as 3 years for tort claims and 2 years for accounts receivable related to movable assets. Limitations periods commence when a right becomes exercisable. Limitations periods are characterized as a matter of substantive law. Although the right in question is deemed to expire after the relevant limitations period, a party is not prevented from filing suit, and the court will not inquire into the limitations period unless it is raised by the opposing party as a defense.

I think, furthermore, that may be interesting to mention New Zealand too. The Limitation Act of 1950 was a descendant of an English statute of 1623. The law of limitation in England was comprehensively reviewed in 1939, and as a result of that review, a new Limitations Act 1939 (UK) was passed. Limitation Act 1950 shown various limitation periods, going from 90 days (actions for unjustified dismissal and other employment-related personal grievances) to 3 years (action for misleading or deceptive conduct under the Fair Trading Act), to 6 years (action founded on contract or tort). New rules have been set up by Limitation Act 2010. Claims to recover land, for example, have a prescription period of 60 years, if based on adverse possession<sup>27</sup>.

In the same area, if we consider Queensland, the statutory rules go back to 1974 (Limitation of Actions Act) and it contains different periods of limitation for different classes of actions, as we may argue by reading § 9, Part II<sup>28</sup>. In New South Wales the general term of provision for limitation of actions is 6 years<sup>29</sup>.

Then I am coming to the end of these short remarks on extinctive prescription, so it seems useful to clarify European tendencies of “soft law” sources concerning our topic.

I am referring, peculiarly, to so-called “Principles of European Contract Law” (PECL<sup>30</sup>), and to so-called “Draft Common Frame of Reference (DCFR<sup>31</sup>), which aims to become a general scheme for European Legislators, following the idea of a brand new *ius commune*.

In general, it doesn’t matter whether the obligation has a contractual origin. This becomes evident in PECL, whose Chapter 14 is placed among the chapters devoted to

26 Japanese Law Translation - [Law text] - Civil Code

27 Limitation Act 2010 No 110 (as at 01 March 2017), Public Act – New Zealand Legislation

28 View - Queensland Legislation - Queensland Government

29 Limitation Act 1969 No 31 - NSW Legislation

30 Principles of European Contract Law - PECL | Trans-Lex.org (trans-lex.org). see O. Lando, *Principles of European Contract Law*, in *The Rabel Journal of Comparative and International Private Law*, 56.2, 1982, 261ff.

31 See Draft Common Frame of Reference. Outline Edition (univr.it)

the general part of the Law of Obligations. The same is valid for DCFR, since extinctive prescription is ruled in Chapter VII of Book III (“obligations and Corresponding Rights”), and Book III goes before Specific Contracts (Book IV), Benevolent Intervention in Another’s Affaire (Book V), Non-Contractual Liability (Book VI) and Unjustified Enrichment (Book VII).

Article 14:102 PECL resorted to the word “claim” to identify the object of prescription. The claim was defined here as “the right to perform an obligation”, a translation of the word “Anspruch” (§ 194 BGB, or *pretensió* in article 121-1 Civil Code of Catalonia). Without using the word “claim”, the same idea is intended to be found in DCFR where article III-7:101 says that “ a right to performance an obligation is subject to prescription”.

It is interesting, in such direction, that PECL and DCFR codify the *contra non valentem agere* principle whose origins would be interesting to reconstruct, given that for PECL (art. 14:301) and DCFR (art. III.-7:301) the first ground for suspension is the ignorance of the identity of the debtor or the facts concerning to the right.

## CONCLUSIONS

The aim of this work was tracing a redlining connecting Roman experience with present, in the field of prescription of rights, or actions, by the lapse of time. Roman Jurists, and Roman Emperors, too, felt the importance of the lapse of time as a legal means for acquiring, or, later, losing rights. And, in such direction, they set up many rules on many aspects of prescription, which still nowadays seem to us surprisingly complex, and modern, too.

I only intended to show how new tendencies, in an everchanging topic as extinctive prescription, may go together with their historical roots, going back to Roman Law, often relying on long-lasting prescription periods, even if new legislations are shortening prescription periods.

A historical-comparative perspective is, in my opinion, one of the most useful and reliable legal methodologies to approach, correctly, to the aim of harmonizing Private Law, and not only in Europe, if we trust in such methodology deeply and follow it carefully.



# Civil Procedure Review

AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

6

## O que vincula no pronunciamento firmado em julgamento de recursos especiais repetitivos?

What is binding in the final ruling of the pilot-judgement?

**Rodrigo Martins Cantanhede<sup>1</sup>**  
**and Luís Felipe Freind dos Santos<sup>2</sup>**

**Resumo:** Este artigo problematiza o limite da eficácia vinculante dos acórdãos de recursos especiais repetitivos e pretende analisar, com base no Tema Repetitivo 988 do STJ, qual elemento desses pronunciamentos assegura melhor absorção dos precedentes neles compreendidos, se a *ratio decidendi* ou a tese jurídica independentemente. Por meio de levantamento bibliográfico e breve exame jurisprudencial, a investigação permite compreender que a insuficiência da tese jurídica assentada nesse caso prático revela a insegurança jurídica da vinculação ao modo brasileiro. Logo, é conveniente a observação da motivação essencial do julgamento, a fim de que o entendimento vinculante seja adequadamente assimilado e reproduzido.

**Palavras-chave:** Eficácia vinculante. Precedentes qualificados. *Ratio decidendi*. Recursos especiais repetitivos. Tese jurídica.

**Abstract:** This article problematizes the limit of the binding effectiveness of repetitive special appeal judgments and intends to analyze, on the basis of Repetitive Theme 988

<sup>1</sup> Lawyer in Brazil

<sup>2</sup> Master in Procedural Law from the University of São Paulo, Brazil. Attorney for the Federal Government, Brazil.

of the Superior Court of Justice, which element of these pronouncements ensures better absorption of the precedents included in them, whether the *ratio decidendi* or the legal thesis independently. Through a bibliographic survey and brief jurisprudential examination, the investigation allows us to understand that the insufficiency of the legal thesis based on this practical case reveals the legal uncertainty of the bindingness to the Brazilian way. Therefore, it is convenient to observe the essential motivation of the judgment, so that the binding understanding is adequately assimilated and reproduced.

Keywords: Binding effectiveness. Qualified precedents. *Ratio decidendi*. Repetitive special appeals. Legal thesis.

Sumário: 1 Introdução – 2 Recursos especiais repetitivos como técnica de formação de pronunciamentos vinculantes – 2.1 Dever de observância de entendimento firmado pelo rito dos recursos especiais repetitivos – 2.2 Julgamento de casos repetitivos: categoria de mecanismos distintos, mas uniformes – 3 Elemento vinculante dos acórdãos de recursos especiais repetitivos – 3.1 Considerações sobre *ratio decidendi* e *obiter dictum* – 3.2 Uma observação da *ratio decidendi* e do *obiter dictum* na prática – 3.3 Tese jurídica: espécie de súmula? – 4 Conclusão – Referências

## 1 INTRODUÇÃO

Em julgamento de recursos especiais repetitivos, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça (STJ) enfrentou a questão processual relacionada à natureza jurídica do rol de cabimento do agravo de instrumento, decorrente da interpretação do art. 1.015 do CPC. Todavia, um novo dilema identificado é o descompasso que existe entre a principal matéria controvertida — competência do juízo — e a tese jurídica fixada, cuja redação nem sequer a justifica. Assim, o julgado provoca a discussão sobre o limite da eficácia vinculante dos acórdãos proferidos nesse procedimento, a respeito do que se refletirá.

Com base no Tema Repetitivo 988 do STJ e, portanto, sob um ponto de vista indutivo, este trabalho pretende analisar qual elemento dos acórdãos de recursos especiais repetitivos assegura melhor absorção dos precedentes neles compreendidos, se a *ratio decidendi* ou a tese jurídica independentemente. A proposta é significativa porque trata de temática já discutida à luz de um recente caso prático. Parte-se do pressuposto de que a aparente incongruência da respectiva decisão revela a necessidade de observação da motivação essencial do julgamento, a fim de que o entendimento vinculante seja adequadamente assimilado e reproduzido.

A investigação seguirá a linha crítico-metodológica pautada nas razões prática e jurisprudencial e também a vertente jurídico-dogmática, que não descon sidera os efeitos produzidos pelo objeto estudado. Além disso, a pesquisa é de gênero teórico e do tipo jurídico-descritivo. Para a análise da temática, far-se-á um levantamento de dados bibliográficos em fontes secundárias e um breve exame do acórdão proferido pelo STJ no Tema Repetitivo 988.

Na sequência, apresentar-se-á o procedimento dos recursos especiais repetitivos como mecanismo de produção de pronunciamentos vinculantes e premissas que sustentam a propensão dessas decisões à generalização. Após, serão trabalhados conceitos que se aplicam aos referidos precedentes em razão de sua qualificação, e algumas ponderações acerca do Tema Repetitivo 988 do STJ serão feitas simultaneamente na tentativa de enxergar a problemática na prática. Finalmente, o último tópico condensará as principais ideias alcançadas com o estudo.

## 2 RECURSOS ESPECIAIS REPETITIVOS COMO TÉCNICA DE FORMAÇÃO DE PRONUNCIAMENTOS VINCULANTES

A figura dos recursos especiais repetitivos surgiu na ordem jurídica interna antes da instituição do Código de Processo Civil de 2015. Criado originalmente pela Lei n. 11.672/2008, o procedimento foi estabelecido com o fim de racionalizar e agilizar a solução de demandas com idêntico fundamento<sup>3</sup>. Ao mesmo tempo, porém, favorecia ao tratamento isonômico dos jurisdicionados, a quem é injusto conferir proteção diferente da atribuída em causa semelhante.

Em contrapartida, as discretas disposições legais da época sobre a observância da orientação do STJ podiam levar a crer que a principal finalidade da técnica era a gestão processual. Isso porque, apesar do evidente realce à sua função de uniformização da legislação federal, os juízes sempre foram habituados à cultura da irrestrita obediência à lei<sup>4</sup>. Dessa forma, uma vez que os precedentes firmados seriam meramente persuasivos, não havia impedimento à desconsideração de decisões paradigmáticas<sup>5</sup> com fundamento na própria independência.

3 É o que sinaliza a justificativa do Projeto de Lei n. 1.213/2007 do Poder Executivo (convertido para a Lei n. 11.672/2008): “Sob a perspectiva das diretrizes estabelecidas para a reforma da Justiça, faz-se necessária a alteração do sistema processual brasileiro com o escopo de conferir racionalidade e celeridade ao serviço de prestação jurisdicional” (PROJETO de lei. Acresce o art. 543-C à Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, estabelecendo o procedimento para o julgamento de recursos repetitivos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. Brasília: Câmara dos Deputados, 2007. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=465291](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=465291). Acesso em: 20 set. 2020).

4 Luiz Guilherme Marinoni afirma que “há, no *civil law*, preocupação em negar ou obscurecer – ou talvez tornar irrelevante – o papel que o neoconstitucionalismo impôs ao juiz. Há completo descaso pelo significado da nova função judicial. Não há qualquer empenho em ressaltar que o juiz, no Estado constitucional, deixou de ser um mero servo do Legislativo. Há apenas cuidado em demonstrar que o princípio da separação dos poderes mantém-se intacto, como se importante fossem apenas os princípios e não a transformação da realidade” (Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito - UFPR*, Curitiba, n. 49, p. 11-58, 2009. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/download/17031/11238>. Acesso em: 21 set. 2020. p. 40-41).

5 “A lógica do procedimento para julgamento de recursos repetitivos estava justamente em produzir um sistema pelo qual os precedentes firmados pelos tribunais superiores fossem replicados pelas demais instâncias judiciais. Entretanto, na prática, tais precedentes nem sempre foram voluntariamente observados” (MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. *Revista da AGU*, Brasília, v. 15, n. 3, p. 9-52, jul./set. 2016. Disponível em: <https://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/download/854/730/>. Acesso em: 20 set. 2020. p. 17).



Diante disso, a organização do sistema de pronunciamentos vinculantes pelo CPC de 2015 deve ser celebrada. Embora sua implementação seja desafiadora, potencializa uma harmonização sistematizada da tradição brasileira com elementos preponderantes nas jurisdições de *common law*, a exemplo do *stare decisis*. Afinal, concede expressa eficácia normativa a distintas espécies de pronunciamentos judiciais<sup>6</sup>, entre os quais os acórdãos provenientes do julgamento de recursos especiais repetitivos (art. 927, III).

Antes do CPC de 2015, esses acórdãos eram, na falta de regra semelhante à do atual art. 927, *caput*, provimentos de reprodução aparentemente facultativa. A inexistência de uma cultura de respeito aos precedentes também contribuía para que decisões pretensamente paradigmáticas fossem reconhecidas como mera jurisprudência persuasiva<sup>7</sup>. Já a presente sistemática realça a utilidade dos pronunciamentos resultantes desse procedimento para demandas cujo suporte fático for similar ao de questões já solucionadas.

Essa modificação permite compreender que os precedentes originados de recursos especiais repetitivos possuem mais do que simples força argumentativa. Além disso, é dado outro passo à efetiva materialização do comando constitucional que caracteriza o STJ como corte de uniformização (art. 105, III), embora a preexistência desse papel já importasse na implícita vinculação das decisões proferidas por esse rito, independentemente de qualificação<sup>8</sup>.

Como partes de um sistema, tais pronunciamentos são meios de concretização da norma que exige estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência (art. 926, *caput*, do CPC). Este dispositivo compõe a base dogmática do modelo brasileiro de pronunciamentos vinculantes<sup>9</sup>, que não dispensa uma cultura de atenção à decisão

6 Hermes Zaneti Jr. explica que “o direito anterior vinha aos poucos reconhecendo a jurisprudência com força normativa, mas era uma recepção mitigada do *stare decisis* - [...] - nada comparado com as dimensões que a nova legislação processual apresenta agora” (Precedentes normativos formalmente vinculantes. In: DIDIER JR., Fredie et al. (coord.). *Precedentes*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 3. p. 407-423. p. 407).

7 “Uma interpretação do novo Código que consagre o conceito de ‘direito jurisprudencial’ deixa de perceber a mudança de paradigma ocorrida na lei processual, [...]. Fosse para manter esta tradição, não haveria de se escrever uma nova lei, esta já era a tradição brasileira da jurisprudência persuasiva, atávica em nossa cultura, herdada de Portugal” (ZANETI JR., Hermes. Precedentes normativos formalmente vinculantes. In: DIDIER JR., Fredie et al. (coord.). *Precedentes*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 3. p. 407-423. p. 418).

8 Nesse sentido, cf. OLIVEIRA, André Macedo de. *Recursos especiais repetitivos e efetividade jurisdicional: a terceira margem do Superior Tribunal de Justiça*. 2014. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2014. Disponível em: [https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/16698/1/2014\\_AndreMacedodeOliveira.pdf](https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/16698/1/2014_AndreMacedodeOliveira.pdf). Acesso em: 22 set. 2020.

9 José Rogério Cruz e Tucci considera que “o art. 926 insere uma regra, de cunho pedagógico, totalmente desnecessária e inócua” (O regime do precedente judicial no novo CPC. In: DIDIER JR., Fredie et al. (coord.). *Precedentes*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 3. p. 445-457. p. 454). Ainda na vigência do Código de Processo Civil de 1973, contudo, quando não existia regra semelhante à do art. 926, *caput*, do CPC de 2015, André Macedo de Oliveira avaliou empiricamente a efetividade do procedimento dos recursos especiais repetitivos. A análise permitiu perceber a necessidade de realinhamento do STJ à sua missão constitucional, pois nem sequer internamente os próprios precedentes eram observados (cf. *Recursos especiais repetitivos e efetividade jurisdicional: a terceira margem do Superior Tribunal de Justiça*. 2014. Tese (Doutorado em Direito)

judicial e aos seus efeitos, pois a determinação legal de observação de algumas orientações é por si só insuficiente.

## 2.1 Dever de observância de entendimento firmado pelo rito dos recursos especiais repetitivos

Apesar de haver imprecisões terminológicas na disposição do sistema de pronunciamentos obrigatórios<sup>10</sup>, o *caput* do art. 927 do CPC não torna duvidosa a necessidade de aplicação das orientações especificadas. Aliás, uma conduta é estabelecida sem possibilidade de juízos discricionários, embora não se esteja a defender uma aplicabilidade incondicionada. Antes, é preciso “reconhecer a possibilidade de distinções e superações”<sup>11</sup>.

Essa ressalva não abre espaço, todavia, à denegação da obrigatoriedade das decisões de recursos especiais repetitivos. As perspectivas de *distinguishing* e *overruling* existem porque possíveis parâmetros devem ser considerados na ocasião do julgamento, em razão da eventualidade de o caso ter solução preconcebida. Assim, são simples ônus que têm por fim uma argumentação negativa justificada, diante de situação fática não ajustável a orientação vinculante, e a identificação da superação de algum entendimento. A propósito, os pronunciamentos obrigatórios não devem comprometer a evolução do direito<sup>12</sup>.

Também não se deve ir à extrema compreensão, como Alexandre Freitas Câmara<sup>13</sup>, de que “daí não resulta, porém, qualquer eficácia vinculante”, cuja previsão deveria ser trazida por outros dispositivos. Nessa perspectiva, a Lei n. 11.672/2008 teria sido

---

– Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2014. Disponível em: [https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/16698/1/2014\\_AndreMacedodeOliveira.pdf](https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/16698/1/2014_AndreMacedodeOliveira.pdf). Acesso em: 22 set. 2020). Assim, a comparação evidencia a potencialidade e a importância da norma contida nesse dispositivo.

- 10 “A norma possui várias impropriedades, entre elas a de se referir a jurisprudência quando está aludindo a precedente” (MARINONI, Luiz Guilherme. Uma nova realidade diante do projeto de CPC: a ratio decidendi ou os fundamentos determinantes da decisão. In: FREIRE, Alexandre et al. (org.). *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil*. Salvador: Editora JusPodivm, 2013. p. 807-868. p. 809). Tal inconsistência é reverberada por divergentes posições doutrinárias. Para Hermes Zaneti Jr., o art. 926, *caput*, do CPC, por exemplo, determina na verdade a conservação da estabilidade, integridade e coerência dos precedentes (Precedentes normativos formalmente vinculantes. In: DIDIER JR., Fredie et al. (coord.). *Precedentes*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 3. p. 407-423). Lenio Streck e Georges Abboud entendem, por outro lado, que esse “texto legal fala em ‘jurisprudência’ e não em ‘precedentes’. E com toda razão, porque são coisas distintas” (O NCPD e os precedentes – afinal, do que estamos falando? In: DIDIER JR., Fredie et al. (coord.). *Precedentes*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 3. p. 175-182. p. 176).
- 11 CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 438.
- 12 Para José Rogério Cruz e Tucci, “a mudança dos paradigmas sociais implica saudável evolução das teses jurídicas e, conseqüentemente, do posicionamento dos tribunais. Isso significa que os precedentes judiciais do passado, sobre inúmeras questões, vão sendo superados por novas orientações que decorrem da dinâmica do direito” (O regime do precedente judicial no novo CPC. In: DIDIER JR., Fredie et al. (coord.). *Precedentes*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 3. p. 445-457. p. 448).
- 13 *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 434.

suficiente para que já na vigência do CPC de 1973 decisões de recursos especiais repetitivos fossem estritamente acatadas<sup>14</sup>. Tal diploma acrescentou ao código o art. 543-C com um § 7º semelhante ao art. 1.040 do CPC de 2015<sup>15</sup>, ressalvada a não definição expressa dos acórdãos como paradigmas.

Conforme Ravi Peixoto<sup>16</sup>, “em um CPC que tanto fortalece os precedentes, seria um contrassenso a interpretação restritiva da vinculação do art. 927”. Junto com o art. 926, *caput*, o dispositivo reflete a natureza normativa e vinculativa dos pronunciamentos especificados e seu caráter de fonte jurídica formal<sup>17</sup>. Desse modo, a lei não só institui o dever de uniformização da jurisprudência, mas ainda indica meios hábeis à concretização desse fim, como os recursos especiais repetitivos. Isso evidencia que tal regra não é desprovida de qualquer valor.

O que inquieta parte da doutrina, no entanto, é que a determinação do *caput* do art. 927 do CPC acaba por criar, em suposta inconstitucionalidade, uma obrigatoriedade de obediência a pronunciamentos judiciais cuja vinculação é definida por legislação infraconstitucional<sup>18</sup>.

Em relação aos acórdãos de recursos especiais repetitivos, entretanto, reafirma-se que a Constituição Federal, embora implicitamente, já lhes confere eficácia vinculante quando atribui competência ao STJ para resolver tratamento inadequado da legislação federal (art. 105, III)<sup>19</sup>. Sustenta-se esse raciocínio principalmente no que diz respeito

- 
- 14 “O grau de vinculatividade da decisão paradigma era extremamente questionável, especialmente no plano vertical. Apenas em 2013 o STJ passou a admitir a reclamação constitucional quando a decisão de órgão verticalmente inferior violasse entendimento fixado em julgamento de recursos repetitivos” (GALINDO, Beatriz Magalhães. O precedente decorrente do julgamento de recursos repetitivos pode ser considerado de obrigatoriedade em sentido forte? In: GALINDO, Beatriz Magalhães; KOHLBACH, Marcela (coord.). *Recursos no CPC/2015: perspectivas, críticas e desafios*. Salvador: Editora JusPodivm, 2017. p. 35-49. p. 40).
- 15 Hermes Zaneti Jr. entende que “os arts. 985, I, 1.039 e 1.040, I, II e III, referem-se à *eficácia da decisão*, e os arts. 927, III, e 985, II, referem-se à *eficácia de precedente*” (Notas sobre o processo coletivo e os casos repetitivos no sistema do novo CPC/2015. Comentários ao art. 928. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano 111, v. 421, p. 269-276, jan./jun. 2015. p. 273, grifos do autor).
- 16 (In)constitucionalidade da vinculação dos precedentes no CPC/2015: um debate necessário. *Civil Procedure Review*, v. 8, n. 2, p. 93-133, maio/ago. 2017. Disponível em: <https://civilprocedurereview.com/wp/wp-content/uploads/2020/05/5-1.pdf>. Acesso em: 24 set. 2020. p. 98.
- 17 Daí a expressão “precedentes normativos formalmente vinculantes” adotada por Hermes Zaneti Jr., segundo o qual “a lei não contém palavras inúteis e, quando para além dos deveres de estabilidade, coerência e integridade, o dispositivo fala em juízes e tribunais *observar*”, trata-se de uma vinculação de caráter jurídico” (Precedentes normativos formalmente vinculantes. In: DIDIER JR., Fredie et al. (coord.). *Precedentes*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 3. p. 407-423. p. 409, grifo do autor).
- 18 Nesse sentido, cf. TUCCI, José Rogério Cruz e. O regime do precedente judicial no novo CPC. In: DIDIER JR., Fredie et al. (coord.). *Precedentes*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 3. p. 445-457.
- 19 “Se ao Superior Tribunal de Justiça cabe uniformizar a interpretação da lei federal e, se for o caso, cassar a interpretação destoante, as suas decisões devem, no mínimo, ser consideradas pelos tribunais regionais e estaduais” (MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito - UFPR*, Curitiba, n. 49, p. 11-58, 2009. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/download/17031/11238>. Acesso em: 21 set. 2020. p. 53).

a decisões qualificadas pelo referido procedimento. Por vezes, aliás, a jurisprudência é o único direito hábil ao suprimento de leis que surgem com lacunas, regras legais ininteligíveis e dispositivos com múltiplas interpretações, a exemplo do art. 1.015 do CPC.

Esse conjunto de dispositivos ainda é reforçado pelo art. 121-A, *caput*, do Regimento Interno do STJ. A regra estabelece que os acórdãos proferidos em julgamento de recursos especiais repetitivos são precedentes qualificados pela necessidade de irrestrita observação por juízes e tribunais. Tal prescrição é de inegável relevância para o regime desses pronunciamentos. Veja-se que a particularização do art. 927, III, do CPC no âmbito da própria Corte é indício da gradual absorção da cultura de valorização das decisões generalizantes.

Sobre o próprio rito, algumas deficiências que antes se enxergava foram atenuadas. O CPC de 2015 disciplina medidas que, na vigência do código revogado, eram regulamentadas de modo incipiente em regimento interno, o que podia violar garantias processuais. Dessa maneira, esse aprimoramento da sistemática concorre em certa medida para a robustez dos pronunciamentos, cuja prolação conta com providências que legitimam a decisão tomada<sup>20</sup>.

## 2.2 Julgamento de casos repetitivos: categoria de mecanismos distintos, mas uniformes

O art. 928 do CPC compõe as disposições gerais fundamentais do sistema de pronunciamentos vinculantes. Guilherme Bacelar Patrício de Assis<sup>21</sup> entende, no entanto, que o dispositivo “não guarda relação direta com a teoria dos precedentes”, pois seria simples explicação do que significa a expressão julgamento de casos repetitivos. Fato é que o gênero incorpora técnicas processuais distintas, mas que se assemelham pela aplicação direcionada à uniformização do tratamento de casos similares. São elas o incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) e os recursos especial e extraordinário repetitivos.

20 “Para a formação do precedente obrigatório, o CPC/15 teve a preocupação de sanar críticas que eram direcionadas aos recursos repetitivos, instituindo um contraditório amplo e promovendo um debate qualificado com audiências públicas, intervenção de *amici curiae* e participação das partes e interessados dos demais processos atingidos, além de exigir uma ampla publicidade do julgamento e do seu resultado” (GALINDO, Beatriz Magalhães. O precedente decorrente do julgamento de recursos repetitivos pode ser considerado de obrigatoriedade em sentido forte? In: GALINDO, Beatriz Magalhães; KOHLBACH, Marcela (coord.). *Recursos no CPC/2015: perspectivas, críticas e desafios*. Salvador: Editora JusPodivm, 2017. p. 35-49. p. 41). Guilherme Bacelar Patrício de Assis corrobora que tais “medidas traduzem regras nitidamente concretizadoras do modelo constitucional de processo democrático e almejam conferir maior legitimidade às decisões proferidas em sede de recursos repetitivos” (*Precedentes vinculantes em recursos extraordinário e especial repetitivos*. 2016. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2016. Disponível em: [https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/BUOS-ASJGET/1/disserta\\_\\_o\\_precedentes\\_vinculantes\\_em\\_recursos\\_extraordin\\_rio\\_e\\_especial\\_\\_repetitivos.pdf](https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/BUOS-ASJGET/1/disserta__o_precedentes_vinculantes_em_recursos_extraordin_rio_e_especial__repetitivos.pdf). Acesso em: 26 set. 2020. p. 249).

21 *Precedentes vinculantes em recursos extraordinário e especial repetitivos*. 2016. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2016. Disponível em: [https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/BUOS-ASJGET/1/disserta\\_\\_o\\_precedentes\\_vinculantes\\_em\\_recursos\\_extraordin\\_rio\\_e\\_especial\\_\\_repetitivos.pdf](https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/BUOS-ASJGET/1/disserta__o_precedentes_vinculantes_em_recursos_extraordin_rio_e_especial__repetitivos.pdf). Acesso em: 26 set. 2020. p. 243.

Sem grande aprofundamento, uma identificação imediata do IRDR com os demais mecanismos é que “traz para o âmbito dos tribunais locais (estaduais e regionais) o tratamento das demandas repetitivas”<sup>22</sup>. Diante disso, é possível até questionar se a possibilidade de serem proferidas decisões conflitantes por diferentes tribunais acerca de uma mesma matéria não provoca insegurança jurídica. Por isso André Macedo de Oliveira<sup>23</sup> advertiu ainda na vigência do CPC de 1973 que se deveria refletir sobre a utilidade de criação do incidente. Afinal, os propósitos visados já haviam orientado a elaboração da Lei n. 11.672/2008.

Em essência, a regra do art. 928 do CPC, ao atribuir a mesma natureza tanto ao IRDR como aos recursos especiais repetitivos, é útil para enfatizar a eficácia vinculante dos acórdãos proferidos neste último procedimento. Algumas providências são encontradas ao longo do código com fundamento na categoria genérica julgamento de casos repetitivos, sem fazer distinção entre as técnicas processuais compreendidas<sup>24</sup>.

Por outro lado, há uma peculiaridade no que se refere à reclamação. Esta é cabível para o controle imediato da não aplicação de entendimento firmado em IRDR (art. 988, IV, do CPC), mas vedada quanto a acórdãos de recursos especiais repetitivos, se antes não se fizer uso da recorribilidade ordinária (art. 988, § 5º, II). Entretanto, mesmo diante da “força dissuasiva que ocorre com relação à perspectiva do cabimento da reclamação tardiamente”<sup>25</sup>, não há como negar o caráter estritamente obrigatório dos últimos. A modificação promovida pela Lei n. 13.256/2016 no CPC de 2015 não decorreu de mudança na compreensão do legislador. Antes, buscou-se evitar que a medida fosse contraproducente à iminente valorização jurisprudencial<sup>26</sup>.

22 SANTOS, Luís Felipe Freind dos. Incidente de resolução de demandas repetitivas como instrumento de isonomia, segurança jurídica e razoável duração do processo. *Revista da Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, v. 7, n. 1, p. 445-477, jan./dez. 2016. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/DownloadFile.aspx?Url=69-83-80-71-69-95-50-48-49-54-92-65-99-101-115-115-111-72-111-109-101-92-80-68-70-92-82-69-83-80-71-69-95-86-79-76-85-77-69-95-55-46-112-100-102&FileName=92-82-69-83-80-71-69-95-86-79-76-85-77-69-95-55-46-112-100-102>. Acesso em: 27 set. 2020. p. 446.

23 *Recursos especiais repetitivos e efetividade jurisdicional: a terceira margem do Superior Tribunal de Justiça*. 2014. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2014. Disponível em: [https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/16698/1/2014\\_AndreMacedodeOliveira.pdf](https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/16698/1/2014_AndreMacedodeOliveira.pdf). Acesso em: 22 set. 2020.

24 De acordo com Hermes Zaneti Jr., “são exemplos distribuídos no Código que reconhecem a eficácia de precedente vinculante dessas decisões: a) a improcedência liminar do pedido (art. 332, I, II, III e IV); b) a tutela da evidência (art. 311, II e parágrafo único); c) os deveres-poderes do relator de negar provimento ou dar provimento a recurso (art. 931, IV, b, c, e V, b, c)” (Notas sobre o processo coletivo e os casos repetitivos no sistema do novo CPC/2015. Comentários ao art. 928. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano 111, v. 421, p. 269-276, jan./jun. 2015. p. 273, grifo do autor).

25 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro*: de acordo com o CPC de 2015 e a Lei 13.256/16. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 563.

26 Durante a tramitação do Projeto de Lei n. 168/2015 da Câmara dos Deputados (convertido para a Lei n. 13.256/2016), o Senador Blairo Maggi deu voto favorável à aprovação da proposição, nos seguintes termos: “É que, realmente, admitir [...] reclamação diretamente ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) por inobservância a decisões proferidas em recursos especial ou extraordinário repetitivos seria um desserviço

Assim, o paralelo entre as espécies de julgamento de casos repetitivos permite inferir que os acórdãos de recursos especiais repetitivos devem ser necessariamente observados. Ainda que seja excessivo enxergar a eficácia vinculante dos pronunciamentos exclusivamente pelo viés do cabimento de reclamação, este é “outro exemplo de consolidação da objetivação”<sup>27</sup> das decisões. Dessa forma, é imprescindível que haja assimilação de uma cultura de reverência a entendimentos paradigmáticos.

### 3 ELEMENTO VINCULANTE DOS ACÓRDÃOS DE RECURSOS ESPECIAIS REPETITIVOS

Apresentados os recursos especiais repetitivos como fontes de pronunciamentos vinculantes, passa-se a discutir a extensão da eficácia dos acórdãos. A reflexão parte do seguinte questionamento de Alexandre Freitas Câmara<sup>28</sup>: “O que vincula no precedente vinculante?”. Entretanto, a questão é delimitada neste texto aos provimentos obrigatórios originados de recursos especiais repetitivos, sobretudo porque se tem como norte o Tema Repetitivo 988 do STJ. Sobre o caso, Teresa Arruda Alvim chegou a manifestar opinião que pode reduzir a utilidade de uma decisão paradigma ao considerar que apenas o extrato do julgamento obriga<sup>29</sup>.

Na verdade, há certa resistência ao sistema de pronunciamentos vinculantes. Assim, não só foi incorporado de forma adaptada ao modelo brasileiro<sup>30</sup>, como é fragilizado pela insubmissão ao dever de observação dos padrões decisórios. A estes até se sujeita, desde que no mínimo alcance. Também é trazida dos primórdios do *civil law* para a cultura interna a técnica silogística de julgamento. Com isso, decisões

---

à celeridade que se exige dessa Corte nesse novo cenário de prestígio à jurisprudência” (PARECER nº 1035, de 2015. Brasília: Senado Federal, 19 nov. 2015. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3994977&ts=1593917587641&disposition=inline>. Acesso em: 18 out. 2020).

27 CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. O futuro da reclamação contra o descumprimento de decisão em recurso especial repetitivo. *Revista Caderno Virtual*, Brasília, v. 3, n. 45, ago./nov. 2019. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/cadernovirtual/article/download/3939/1732>. Acesso em: 18 out. 2020.

28 *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 439.

29 Em palestra proferida virtualmente no Congresso Centenário Calmon de Passos, Teresa Arruda Alvim expôs que o sistema de pronunciamentos vinculantes é direcionado predominantemente à gestão da litigância massificada. Para tal fim, considera suficiente uma observância simplificada dos precedentes pela tese jurídica. Sobre o Tema Repetitivo 988 do STJ, afirmou que a norma construída assegura o cabimento de agravo de instrumento somente contra decisão interlocutória sobre competência (CONGRESSO Centenário Calmon de Passos – 10.07.2020 (manhã). [S. l.: s. n.], 2020. 1 vídeo (277 min). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=q9m8D7AckQ0>. Acesso em: 30 set. 2020). Já Carlos Augusto de Assis contrapõe com razão que “só podemos afirmar com esse grau de convicção porque o recurso especial afetado para julgamento sob regime de repetitivo abordou especificamente essa questão e concluiu no sentido afirmativo. Numa análise limitada exclusivamente ao enunciado da tese, teríamos dúvida. Afinal, o exame da questão da competência por ocasião da apelação é bastante inconveniente, mas não inútil” (Agravo de instrumento: um olhar para o passado, uma reflexão sobre o nosso futuro. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, ano 27, n. 106, p. 145-159, abr./jun. 2019. p. 155).

30 CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015.



paradigmáticas são replicadas como se fossem simples normas legais, com a ressalva de que são elaboradas pelo Poder Judiciário<sup>31</sup>.

Além de solucionarem casos concretos, todavia, as decisões resultantes de recursos especiais repetitivos delineiam a fundamentação que deve repercutir para demandas similares. A distinção que se faz entre as perspectivas de um mesmo pronunciamento sugere que a parcela vinculativa não se restringe à tese jurídica formulada nas disposições finais. Há conceitos específicos que são relacionados ao discurso judicial de uniformização do direito<sup>32</sup>, entre os quais não é encontrado o dispositivo da decisão, no qual a tese jurídica é geralmente fixada.

Embora seja abstração resultante da apreciação de causa particular, por outro lado, medida razoável seria elaborá-la com as razões intrínsecas aos fatos<sup>33</sup>. Isso se afirma porque, no julgamento do Tema Repetitivo 988, por exemplo, o STJ formulou proposição insuficiente para explicar até mesmo a questão examinada. Desse modo, se há resistência à interpretação da decisão paradigma, o posicionamento realmente vinculante deixa de ser observado.

### 3.1 Considerações sobre *ratio decidendi* e *obiter dictum*

A compreensão desses conceitos é imprescindível na abordagem dos pronunciamentos vinculantes. A distinção entre a parte substancial da decisão e o que é apenas raciocínio de passagem concorre para a adequada aplicabilidade de entendimentos paradigmáticos. Isso porque pode haver modificação decisiva em seu sentido ao se reputar parcela da razão de decidir como *obiter dictum* ou se conceber argumento dispensável como parte da *ratio decidendi*.

São os sistemas de *common law* que oferecem a melhor caracterização de tais elementos. Mesmo neles, porém, há divergência em relação a aspectos como os métodos de identificação da *ratio decidendi* de um pronunciamento. Ainda assim, uma reflexão introdutória sobre o assunto já permite perceber que *ratio decidendi* e *obiter dictum* são conceitos sem correspondência na sistemática brasileira<sup>34</sup>.

31 FERRAZ, Taís Schilling. Ratio decidendi x tese jurídica. A busca pelo elemento vinculante do precedente brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 42, v. 265, p. 419-441, mar. 2017.

32 “Fala-se em *ratio decidendi*, *obiter dictum*, *questões relevantes*, *distinções*, *superações*, *transformações*, *reescritas*, *sinalização*” (MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e precedente – dois discursos a partir da decisão judicial. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 37, v. 206, p. 61-78, abr. 2012. p. 75, grifos do autor).

33 Nesse sentido, cf. FERRAZ, Taís Schilling. Ratio decidendi x tese jurídica. A busca pelo elemento vinculante do precedente brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 42, v. 265, p. 419-441, mar. 2017.

34 Lucas Buriel de Macêdo confirma essa ideia ao afirmar que “é especialmente na fundamentação da decisão que os julgadores subsequentes devem pesquisar as razões de decidir (*ratio decidendi*) e os argumentos de passagem (*obiter dictum*), nada obstante seja também importante analisar o relatório, sobretudo para verificar a argumentação utilizada e a formação do precedente, e o dispositivo, nomeadamente relevante para a interpretação dos fundamentos” (Contributo para a definição de ratio decidendi na teoria brasileira dos precedentes judiciais. In: DIDIER JR., Fredie et al. (coord.). *Precedentes*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 3. p. 215-238. p. 216).



*Ratio decidendi* representa as razões que sustentam uma decisão. É o substrato sobre o qual assenta a definição dada à causa. Embora possa ser extraída da fundamentação, com esta não se confunde<sup>35</sup>, tampouco deve ser considerada regra abstrata. Em realidade, é encontrada por meio de diferentes elementos, de forma que até mesmo o relatório por vezes importa para esse fim<sup>36</sup>. Logo, se a fundamentação por si só pode ser insuficiente para sua identificação, o argumento de que somente a parte dispositiva vincula é prejudicado. É também intuitivo que a compreensão da solução final depende da análise do caso concreto.

O estudo da *ratio decidendi* é justificado no fato de que um pronunciamento vinculante regula não apenas a relação jurídica da demanda. O precedente é igualmente útil à uniformização do direito e à solução das causas similares. Por isso, a síntese da decisão, que só compreende a definição vinculante da situação dos litigantes, não atende ao ideal de universalização próprio de julgamentos qualificados. Para identificar a *ratio decidendi*, portanto, é necessário mais do que a absorção da tese jurídica, conforme restará demonstrado, pois esta não guarda de modo independente o completo significado do entendimento paradigma.

Há quem entenda que a própria construção da *ratio decidendi* ocorre após o julgamento da questão repetitiva. Rosalina Moitta Pinto da Costa<sup>37</sup> argumenta, por exemplo, que “o precedente é formado pelos seus destinatários”. Todavia, é mais apropriado dizer que, diante de casos semelhantes, o pronunciamento vinculante é reconhecido e esclarecido. Exatamente por isso a utilidade da tese jurídica não deve limitar o conteúdo essencial da decisão a um enunciado abstrato desassociado do caso referencial, como discutido adiante.

Aliás, em tentativa de aprimoramento dos métodos de definição da *ratio decidendi*, Arthur L. Goodhart<sup>38</sup> destacou exatamente a importância dos fatos substanciais da causa

35 Segundo Daniel Mitidiero, “é preciso perceber, contudo, que *ratio decidendi* não é sinônimo de *fundamentação* – nem, tampouco, de *raciocínio judiciário*. A fundamentação – e o raciocínio judiciário que nela tem lugar – diz com o *caso particular*. A *ratio decidendi* refere-se à *unidade do direito*. Nada obstante, a *ratio* é formada com material recolhido na fundamentação” (Fundamentação e precedente – dois discursos a partir da decisão judicial. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 37, v. 206, p. 61-78, abr. 2012. p. 71-72, grifos do autor).

36 “A identificação da *ratio decidendi* pressupõe, em verdade, a avaliação de alguns aspectos essenciais: i) os fatos relevantes, ii) a questão jurídica posta em juízo iii) os fundamentos da decisão e iv) a solução determinada pela corte” (MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. *Revista da AGU*, Brasília, v. 15, n. 3, p. 9-52, jul./set. 2016. Disponível em: <https://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/download/854/730/>. Acesso em: 20 set. 2020. p. 27).

37 O estudo da *ratio decidendi* como elemento fundamental para a compreensão do precedente judicial. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 26., 2017, São Luís. *Anais [...]*. Florianópolis: Conpedi, 2017. p. 126-142. Disponível em: <http://conpedi.daniolr.info/publicacoes/27ixgmd9/wxl3d59i/7NY0885H2P4LOJ2U.pdf>. Acesso em: 5 out. 2020. p. 131.

38 Determining the *ratio decidendi* of a case. *Yale Law Journal*, v. 40, n. 2, p. 161-183, dez. 1930. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3448&context=ylj>. Acesso em: 29 nov. 2020.

e, indiretamente, da conclusão judicial que deles decorre. Antes, Eugene Wambaugh<sup>39</sup> havia proposto, por sua vez, uma técnica de inversão argumentativa. Para ele, um fundamento é parte da *ratio decidendi* quando, inserido na proposição, ocasiona modificação do julgamento. Assim, “a *ratio decidendi* é uma regra geral sem a qual o julgador não haveria chegado ao resultado alcançado”<sup>40</sup>. Do contrário, o argumento é mero *obiter dictum*.

Mesmo que sejam apontadas lacunas nesses métodos<sup>41</sup>, que estão entre os mais emblemáticos, é possível extrair contribuições de cada qual. A existência de um método eclético, citado por Rosalina Moitta Pinto da Costa<sup>42</sup> como defendido por Luiz Guilherme Marinoni<sup>43</sup>, evidencia que critérios autônomos são insuficientes para definir a *ratio decidendi*. Em razão disso, combina os fatos pertinentes à causa com as razões adotadas na decisão.

Para além da *ratio decidendi*, é ainda estudado no contexto dos pronunciamentos vinculantes o conceito de *obiter dictum*. Ao contrário daquela, este representa os argumentos dos quais a solução final da causa não depende para ser compreendida. Na verdade, são menções acessórias até mesmo para o julgamento. Uma vez que não vinculam, podem funcionar com valor persuasivo, a depender inclusive do tribunal que proferiu a decisão.

39 *The study of cases: a course of instruction in reading and stating reported cases, composing head-notes and briefs, criticising and comparing authorities, and compiling digests*. Boston: Little, Brown, and Company, 1892. Disponível em: <https://ia800202.us.archive.org/32/items/cu31924024520581/cu31924024520581.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2020.

40 MACÊDO, Lucas Buriel de. Contributo para a definição de *ratio decidendi* na teoria brasileira dos precedentes judiciais. In: DIDIER JR., Fredie et al. (coord.). *Precedentes*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 3. p. 215-238. p. 219.

41 Sobre o método de Arthur L. Goodhart, Luiz Guilherme Marinoni afirma que “é necessário descobrir quais fatos foram tratados como materiais e quais foram tratados como imateriais. Muitas vezes é difícil determinar os fatos que foram considerados imateriais. Isso porque a determinação dos fatos imateriais pode não estar implícita no raciocínio judicial, nem ter sido expressamente realizada pelo juiz” (Uma nova realidade diante do projeto de CPC: a *ratio decidendi* ou os fundamentos determinantes da decisão. In: FREIRE, Alexandre et al. (org.). *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil*. Salvador: Editora JusPodivm, 2013. p. 807-868. p. 814). Por outro lado, explica que a técnica de Eugene Wambaugh é inaplicável na “situação em que a Corte baseia a sua decisão em dois fundamentos que, separadamente, podem levar à mesma solução. Quando o significado de um dos fundamentos é invertido, o outro fundamento é suficiente para preservar a decisão ou para impedir a alteração da conclusão” (Uma nova realidade diante do projeto de CPC: a *ratio decidendi* ou os fundamentos determinantes da decisão. In: FREIRE, Alexandre et al. (org.). *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil*. Salvador: Editora JusPodivm, 2013. p. 807-868. p. 813).

42 O estudo da *ratio decidendi* como elemento fundamental para a compreensão do precedente judicial. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 26., 2017, São Luís. *Anais [...]*. Florianópolis: Conpedi, 2017. p. 126-142. Disponível em: <http://conpedi.daniolr.info/publicacoes/27ixgmd9/wxl3d59i/7NY0885H2P4LOJ2U.pdf>. Acesso em: 5 out. 2020.

43 Cf. Uma nova realidade diante do projeto de CPC: a *ratio decidendi* ou os fundamentos determinantes da decisão. In: FREIRE, Alexandre et al. (org.). *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil*. Salvador: Editora JusPodivm, 2013. p. 807-868.

Um argumento é também reconhecido como *obiter dictum* quando a ele não adere a maioria dos julgadores<sup>44</sup>. Isso porque não é adequado que fundamento seguido por poucos componha a *ratio decidendi*. A colegialidade do julgamento tem por fim assegurar justamente que a decisão prevalecente reproduza o entendimento coletivo. Entretanto, a argumentação de passagem somente é dispensável no caso discutido, já que pode indicar futuras orientações vinculantes da corte, ou seja, “o *dictum* de hoje pode ser o *holding* de amanhã”<sup>45</sup>.

### 3.2 Uma observação da *ratio decidendi* e do *obiter dictum* na prática

O Tema Repetitivo 988 do STJ, relacionado ao cabimento do recurso de agravo de instrumento, é propício a uma reflexão mais pragmática desses conceitos. Os recursos especiais representativos da controvérsia impugnaram especialmente a irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias sobre competência. Apesar disso, a prática já havia demonstrado que outras matérias também deveriam estar entre as hipóteses típicas do art. 1.015 do CPC. Assim, na decisão de afetação dos REsp n. 1.696.396/MT e 1.704.520/MT para julgamento, a discussão foi estendida para qualquer decisão interlocutória imprevista<sup>46</sup>.

A propósito, a providência deve ser prestigiada, pois as decisões proferidas pelo rito dos recursos especiais repetitivos condensam dois discursos distintos<sup>47</sup>. Após o julgamento, a solução atribuída ao caso particular passa a ser considerada como parâmetro para demandas semelhantes. Ainda que, restringida a análise à competência, o entendimento paradigmático pudesse amparar situações similares, essa possibilidade esbarraria na inabilidade da cultura brasileira com o sistema de pronunciamentos vinculantes<sup>48</sup>.

44 MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. *Revista da AGU*, Brasília, v. 15, n. 3, p. 9-52, jul./set. 2016. Disponível em: <https://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/download/854/730/>. Acesso em: 20 set. 2020.

45 MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. *Revista da AGU*, Brasília, v. 15, n. 3, p. 9-52, jul./set. 2016. Disponível em: <https://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/download/854/730/>. Acesso em: 20 set. 2020. p. 29.

46 A apreciação pela Corte Especial do STJ teve por fim “definir a natureza do rol do art. 1.015 do CPC/15 e verificar possibilidade de sua interpretação extensiva, para se admitir a interposição de agravo de instrumento contra decisão interlocutória que verse sobre hipóteses não expressamente versadas nos incisos de referido dispositivo do Novo CPC” (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *ProAfr no Recurso Especial nº 1.696.396 - MT (2017/0226287-4)*. Proposta de afetação. [...]. Relatora: Mina. Nancy Andrighi, 20 de fevereiro de 2018. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1677360&num\\_registro=201702262874&data=20180228&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1677360&num_registro=201702262874&data=20180228&formato=PDF). Acesso em: 26 set. 2020. p. 6, grifo do autor).

47 “Um discurso voltado para o caso concreto e um discurso para a ordem jurídica. [...] Vale dizer: fundamentação e precedente são dois discursos jurídicos, com endereços e funções distintas, a que dá azo à decisão judicial no Estado Constitucional” (MITIDIERO, Daniel. *Fundamentação e precedente – dois discursos a partir da decisão judicial*. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 37, v. 206, p. 61-78, abr. 2012. p. 62, grifos do autor).

48 Para Taís Schilling Ferraz, algumas teses jurídicas fixadas pelo STJ em julgamento de recursos especiais repetitivos não incluem as razões determinantes da solução. Assim, apenas a previsibilidade do direito é

A tese jurídica fixada pelo STJ sobre o Tema Repetitivo 988 estabelece que “o rol do art. 1.015 do CPC é de taxatividade mitigada, por isso admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação”<sup>49</sup>. Em rigor, a proposição foi elaborada de forma insuficiente, o que acaba por obstaculizar a observância do inteiro posicionamento vinculante, principalmente quando se pretende reaplicá-lo sem interpretação, como premissa maior de um silogismo.

Nos termos articulados, o enunciado não justifica sequer a possibilidade de recorrer imediatamente contra interlocutórias sobre competência. Pelo menos em princípio, a impugnação dessa questão em apelação pode resultar apenas em inconveniente, e não inútil, retorno do processo. Dessa forma, é possível questionar se para além da tese jurídica há algum raciocínio complementar. Mesmo diante da perspectiva sugerida por Taís Schilling Ferraz<sup>50</sup> de elaboração da tese jurídica com a motivação determinante, a alternativa não foi atendida em relação ao Tema Repetitivo 988.

Da leitura do acórdão, verifica-se que, na visão da Rel. Mina. Nancy Andrichi, “a questão da urgência e da inutilidade futura do julgamento diferido do recurso de apelação deve ser examinada também sob a perspectiva de que o processo não pode e não deve ser um instrumento de retrocesso na pacificação dos conflitos”<sup>51</sup>. Todavia, esse argumento não está expresso na tese jurídica, tampouco pode ser considerado motivo implícito, já que é apenas uma compreensão possível que explica a inutilidade da apelação. Com isso, indaga-se: tal fundamento compõe a *ratio decidendi* do julgado ou é *obiter dictum*?

Pela ótica de Arthur L. Goodhart<sup>52</sup>, pode-se dizer que a constatação integra a *ratio decidendi*, pois o fato material em análise era a irrecorribilidade imediata das interlocutórias sobre competência. Nessa hipótese, a inutilidade da apelação é enxergada no improdutivo retorno do processo provocado pelo provimento do recurso. Aliás, a lacuna verificada na tese jurídica é devidamente preenchida por esse

---

garantida, de forma tão ampla que até mesmo casos distintos podem ser analisados com base no entendimento firmado (Ratio decidendi x tese jurídica. A busca pelo elemento vinculante do precedente brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 42, v. 265, p. 419-441, mar. 2017).

49 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Recurso Especial nº 1.696.396 - MT (2017/0226287-4)*. Recurso especial representativo de controvérsia. [...]. Relatora: Mina. Nancy Andrichi, 5 de dezembro de 2018. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1731780&num\\_registro=201702262874&data=20181219&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1731780&num_registro=201702262874&data=20181219&formato=PDF). Acesso em: 11 out. 2020. p. 58, grifo do autor.

50 Ratio decidendi x tese jurídica. A busca pelo elemento vinculante do precedente brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 42, v. 265, p. 419-441, mar. 2017.

51 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Recurso Especial nº 1.696.396 - MT (2017/0226287-4)*. Recurso especial representativo de controvérsia. [...]. Relatora: Mina. Nancy Andrichi, 5 de dezembro de 2018. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1731780&num\\_registro=201702262874&data=20181219&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1731780&num_registro=201702262874&data=20181219&formato=PDF). Acesso em: 11 out. 2020. p. 44.

52 Determining the ratio decidendi of a case. *Yale Law Journal*, v. 40, n. 2, p. 161-183, dez. 1930. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3448&context=yjlj>. Acesso em: 29 nov. 2020.

fundamento, isto é, a conclusão nela sintetizada não se sustentaria sem tal perspectiva. Afinal, como argumenta Carlos Augusto de Assis<sup>53</sup>, “o exame da questão da competência por ocasião da apelação é bastante inconveniente, mas não inútil”. Esse exercício interpretativo consiste exatamente no teste de inversão de Eugene Wambaugh<sup>54</sup>.

Também corrobora essa percepção o apontamento da Rel. Mina. Nancy Andrighi no sentido de que “o exemplo mais evidente dessa circunstância nociva é, sem dúvida, a questão relacionada à competência”<sup>55</sup>. Essa menção contribui para a compreensão de que aquele fundamento teve como norte o próprio fato material discutido. Logo, o argumento não é apenas consideração de passagem desassociada do raciocínio construído, tampouco foi dispensável à prolação da decisão final. Além disso, a maioria dos julgadores aderiu aos termos do voto da Ministra Relatora, o que reforça ser a *ratio decidendi* complementada por essa interpretação.

### 3.3 Tese jurídica: espécie de súmula?

O art. 1.040, III, do CPC dispõe que, publicado o acórdão paradigma de recursos especiais repetitivos, a tese jurídica fixada deverá ser aplicada nos processos sobrestados. Por conta dessa regra, Taís Schilling Ferraz<sup>56</sup> afirma que o legislador atribuiu eficácia vinculante às teses jurídicas. Em contrapartida, reconhece a equivocada compreensão decorrente da norma de que toda a conclusão do julgamento é refletida pela disposição abstrata do enunciado.

Assim, é razoável o entendimento de Hermes Zaneti Jr.<sup>57</sup>, segundo o qual o art. 1.040, III, se refere ao discurso concreto da decisão. Nesse sentido, a tese jurídica é útil à identificação das demandas similares, razão por que tem função idêntica à das súmulas editadas pelos tribunais superiores. Mesmo elas, porém, antes direcionadas à organização e publicidade de julgados, foram qualificadas no CPC de 2015 como parâmetros interpretativos. Por isso, o art. 926, § 2º, traz a preocupação de que o entendimento sumulado reflita seus precedentes.

53 Agravado de instrumento: um olhar para o passado, uma reflexão sobre o nosso futuro. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, ano 27, n. 106, p. 145-159, abr./jun. 2019. p. 155.

54 *The study of cases: a course of instruction in reading and stating reported cases, composing head-notes and briefs, criticising and comparing authorities, and compiling digests*. Boston: Little, Brown, and Company, 1892. Disponível em: <https://ia800202.us.archive.org/32/items/cu31924024520581/cu31924024520581.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2020.

55 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Recurso Especial nº 1.696.396 - MT (2017/0226287-4)*. Recurso especial representativo de controvérsia. [...] Relatora: Mina. Nancy Andrighi, 5 de dezembro de 2018. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1731780&num\\_registro=201702262874&data=20181219&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1731780&num_registro=201702262874&data=20181219&formato=PDF). Acesso em: 11 out. 2020. p. 45.

56 Ratio decidendi x tese jurídica. A busca pelo elemento vinculante do precedente brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 42, v. 265, p. 419-441, mar. 2017.

57 Notas sobre o processo coletivo e os casos repetitivos no sistema do novo CPC/2015. Comentários ao art. 928. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano 111, v. 421, p. 269-276, jan./jun. 2015.

Na prática, essa providência também precisa ser atendida na elaboração das teses jurídicas, enquanto súmulas do julgamento de recursos especiais repetitivos. Rodrigo Barioni e Teresa Arruda Alvim<sup>58</sup> apenas advertem que os tribunais devem formulá-las com parcimônia, de forma a evitar a inserção de fundamento desconexo com a decisão. Ainda é pertinente, contudo, a observação contrária, de que a inclusão de todas as razões essenciais do julgamento facilita a compreensão dos entendimentos consolidados.

A menção aos próprios acórdãos de recursos especiais repetitivos pelo art. 927, III, do CPC é uma indicação de que o posicionamento vinculante não é extraído de um único elemento<sup>59</sup>. Essa ideia é confirmada pela norma do § 1º do art. 927, que orienta a obediência ao precedente à instrução do § 1º do art. 489. De acordo com este dispositivo, a adequada fundamentação da decisão em caso semelhante depende da identificação dos fundamentos determinantes do pronunciamento obrigatório.

No entanto, tese jurídica e *ratio decidendi* não são elementos inconciliáveis. Reproduzir entendimento vinculante por meio daquela, tal como estabelece o art. 1.040, III, não significa desprezar os fundamentos determinantes da decisão. Essa é também a perspectiva de Taís Schilling Ferraz<sup>60</sup>, para quem é concebível formular enunciado com a essência do julgamento<sup>61</sup>, em adaptação à cultura brasileira que não deve ignorar a natureza vinculante inerente à *ratio decidendi*.

Rosalina Moitta Pinto da Costa<sup>62</sup> demonstra a utilidade do extrato da decisão ao esclarecer que “se for difícil identificar a *ratio* é porque não há uma tese jurídica bem delineada”. No Tema Repetitivo 988 do STJ, uma tese jurídica que poderia proporcionar melhor compreensão do julgado é a seguinte: *cabe agravo de instrumento quando a interposição de apelação é passível de provocar a anulação do processo para repetição de atos processuais, situação em que se presume urgente a reapreciação da decisão interlocutória*. Nesses termos, a própria súmula do julgamento já apontaria as bases do entendimento construído.

58 Recursos repetitivos: tese jurídica e *ratio decidendi*. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 44, v. 296, p. 183-204, out. 2019.

59 Georges Abboud esclarece que “o precedente, e mais especificamente a *ratio decidendi*, não pode ser capturado e limitado por um texto, súmula etc, sob risco de deixar de ser *ratio decidendi*” (Do genuíno precedente do *stare decisis* ao precedente brasileiro: os fatores histórico, hermenêutico e democrático que os diferenciam. In: DIDIER JR., Fredie et al. (coord.). *Precedentes*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 3. p. 399-405. p. 404).

60 *Ratio decidendi* x tese jurídica. A busca pelo elemento vinculante do precedente brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 42, v. 265, p. 419-441, mar. 2017.

61 “O conceito de tese jurídica adotado pelo novo Código parece guardar correspondência com o conceito de *ratio decidendi*, [...]. Não se confunde com os próprios fundamentos da decisão, embora estes sejam importantes para determinar-lhe o teor e o alcance” (MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. *Revista da AGU*, Brasília, v. 15, n. 3, p. 9-52, jul./set. 2016. Disponível em: <https://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/download/854/730/>. Acesso em: 20 set. 2020. p. 34).

62 O estudo da *ratio decidendi* como elemento fundamental para a compreensão do precedente judicial. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 26., 2017, São Luís. *Anais* [...]. Florianópolis: Conpedi, 2017. p. 126-142. Disponível em: <http://conpedi.danielor.info/publicacoes/27ixgmd9/wxl3d59i/7NY0885H2P4LOJ2U.pdf>. Acesso em: 5 out. 2020. p. 134.



## 4 CONCLUSÃO

A criação do sistema de pronunciamentos vinculantes torna ainda mais evidentes no direito brasileiro conceitos originários de jurisdições de *common law*, como *stare decisis*, *distinguishing*, *overruling*, *ratio decidendi* e *obiter dictum*. Ao estabelecerem uma qualificação específica aos acórdãos de recursos especiais repetitivos, os arts. 926, *caput*, 927, III, e 928 do CPC, por exemplo, enfatizam o caráter de corte de uniformização atribuído ao STJ pelo comando constitucional do art. 105, III. Também se reúne a tais disposições o art. 121-A, *caput*, do correspondente Regimento Interno, como princípio de que, aos poucos, a cultura de valorização das decisões generalizantes é absorvida internamente.

Ainda que de modo implícito, portanto, o CPC de 2015 fortalece a necessidade de ponderação e interpretação de decisões paradigmáticas no julgamento de casos semelhantes. Sem dúvida há incoerências decorrentes da técnica legislativa que dificultam uma compreensão mais precisa, em especial o emprego indistinto das palavras jurisprudência e precedente. Apesar disso, os dispositivos citados asseguram suficientemente que acórdãos de recursos especiais repetitivos produzem efeito vinculativo amplo. Apenas surge um impasse quando se restringe a observação dos padrões decisórios àquilo que normalmente sintetiza o julgado.

A tese jurídica fixada pelo STJ acerca do Tema Repetitivo 988 não justifica sequer a principal matéria controvertida, de maneira que o entendimento acaba por ser reproduzido equivocadamente ou deixa de ser reaplicado em outras situações. Contudo, é da *ratio decidendi* que deve ser extraída a norma jurídica construída em julgamento. Afinal, ela traz a fundamentação que não só soluciona o caso concreto, como também define uma orientação coletiva referencial para demandas similares. No caso prático analisado, a lacuna da tese jurídica é preenchida pelo fundamento expresso no respectivo acórdão de que a inutilidade da apelação significa o improdutivo retorno do processo provocado pelo provimento do recurso.

Assim, não há como consolidar uma tradição de reverência aos pronunciamentos obrigatórios originados de recursos especiais repetitivos somente por mecanismos auxiliares no tratamento da jurisprudência. Tal como as súmulas, as teses jurídicas são úteis para facilitar a organização, divulgação e identificação de julgados. Mesmo que a elaboração daquelas tenha sido aprimorada, o que na prática pode repercutir para as teses jurídicas, e apesar de não haver incompatibilidade entre estas e a *ratio decidendi*, a observância restrita ao extrato do julgamento enxerga as decisões paradigmáticas como simples fontes de regras jurídicas abstratas.

Até mesmo no *common law* há dificuldade em identificar as razões de uma decisão, fim para o qual diferentes teorias chegaram a ser formuladas. Os métodos mais emblemáticos corroboram, entretanto, que a definição do Tema Repetitivo 988 do STJ seria melhor traduzida pela proposição de que *cabe agravo de instrumento quando a*



*interposição de apelação é passível de provocar a anulação do processo para repetição de atos processuais, situação em que se presume urgente a reapreciação da decisão interlocutória.* Com efeito, a insuficiência da tese jurídica assentada nesse caso prático revela a insegurança jurídica da vinculação ao modo brasileiro. Logo, é conveniente a observação da motivação essencial do julgamento, a fim de que o entendimento vinculante seja adequadamente assimilado e reproduzido.

## REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges. Do genuíno precedente do stare decisis ao precedente brasileiro: os fatores histórico, hermenêutico e democrático que os diferenciam. In: DIDIER JR., Fredie et al. (coord.). *Precedentes*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 3. p. 399-405.
- ASSIS, Carlos Augusto de. Agravo de instrumento: um olhar para o passado, uma reflexão sobre o nosso futuro. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, ano 27, n. 106, p. 145-159, abr./jun. 2019.
- ASSIS, Guilherme Bacelar Patrício de. *Precedentes vinculantes em recursos extraordinário e especial repetitivos*. 2016. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2016. Disponível em: [https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/BUOS-ASJGET/1/disserta\\_\\_o\\_precedentes\\_vinculantes\\_em\\_recursos\\_extraordinario\\_e\\_especial\\_\\_repetitivos.pdf](https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/BUOS-ASJGET/1/disserta__o_precedentes_vinculantes_em_recursos_extraordinario_e_especial__repetitivos.pdf). Acesso em: 26 set. 2020.
- BARIONI, Rodrigo; ALVIM, Teresa Arruda. Recursos repetitivos: tese jurídica e ratio decidendi. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 44, v. 296, p. 183-204, out. 2019.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015.
- CONGRESSO Centenário Calmon de Passos – 10.07.2020 (manhã). [S. l.: s. n.], 2020. 1 vídeo (277 min). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=q9m8D7AcKq0>. Acesso em: 30 set. 2020.
- CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. O futuro da reclamação contra o descumprimento de decisão em recurso especial repetitivo. *Revista Caderno Virtual*, Brasília, v. 3, n. 45, ago./nov. 2019. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/cadernovirtual/article/download/3939/1732>. Acesso em: 18 out. 2020.
- COSTA, Rosalina Moitta Pinto da. O estudo da ratio decidendi como elemento fundamental para a compreensão do precedente judicial. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 26., 2017, São Luís. *Anais [...]*. Florianópolis: Conpedi, 2017. p. 126-142. Disponível em: <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/27ixgmd9/wxl3d59i/7NY0885H2P4LOJ2U.pdf>. Acesso em: 5 out. 2020.
- FERRAZ, Taís Schilling. Ratio decidendi x tese jurídica. A busca pelo elemento vinculante do precedente brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 42, v. 265, p. 419-441, mar. 2017.
- GALINDO, Beatriz Magalhães. O precedente decorrente do julgamento de recursos repetitivos pode ser considerado de obrigatoriedade em sentido forte? In: GALINDO, Beatriz

- Magalhães; KOHLBACH, Marcela (coord.). *Recursos no CPC/2015: perspectivas, críticas e desafios*. Salvador: Editora JusPodivm, 2017. p. 35-49.
- GOODHART, Arthur L. Determining the ratio decidendi of a case. *Yale Law Journal*, v. 40, n. 2, p. 161-183, dez. 1930. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3448&context=yjl>. Acesso em: 29 nov. 2020.
- MACÊDO, Lucas Buril de. Contributo para a definição de ratio decidendi na teoria brasileira dos precedentes judiciais. In: DIDIER JR., Fredie et al. (coord.). *Precedentes*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 3. p. 215-238.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito - UFPR*, Curitiba, n. 49, p. 11-58, 2009. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/download/17031/11238>. Acesso em: 21 set. 2020.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Uma nova realidade diante do projeto de CPC: a ratio decidendi ou os fundamentos determinantes da decisão. In: FREIRE, Alexandre et al. (org.). *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil*. Salvador: Editora JusPodivm, 2013. p. 807-868.
- MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. *Revista da AGU*, Brasília, v. 15, n. 3, p. 9-52, jul./set. 2016. Disponível em: <https://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/download/854/730/>. Acesso em: 20 set. 2020.
- MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e precedente – dois discursos a partir da decisão judicial. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 37, v. 206, p. 61-78, abr. 2012.
- OLIVEIRA, André Macedo de. *Recursos especiais repetitivos e efetividade jurisdicional: a terceira margem do Superior Tribunal de Justiça*. 2014. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2014. Disponível em: [https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/16698/1/2014\\_AndreMacedodeOliveira.pdf](https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/16698/1/2014_AndreMacedodeOliveira.pdf). Acesso em: 22 set. 2020.
- PARECER nº 1035, de 2015. Brasília: Senado Federal, 19 nov. 2015. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3994977&ts=1593917587641&disposition=inline>. Acesso em: 18 out. 2020.
- PEIXOTO, Ravi. (In)constitucionalidade da vinculação dos precedentes no CPC/2015: um debate necessário. *Civil Procedure Review*, v. 8, n. 2, p. 93-133, maio/ago. 2017. Disponível em: <https://civilprocedurereview.com/wp/wp-content/uploads/2020/05/5-1.pdf>. Acesso em: 24 set. 2020.
- PROJETO de lei. Acresce o art. 543-C à Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, estabelecendo o procedimento para o julgamento de recursos repetitivos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. Brasília: Câmara dos Deputados, 2007. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=465291](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=465291). Acesso em: 20 set. 2020.
- SANTOS, Luís Felipe Freind dos. Incidente de resolução de demandas repetitivas como instrumento de isonomia, segurança jurídica e razoável duração do processo. *Revista da*

*Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, v. 7, n. 1, p. 445-477, jan./dez. 2016. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/DownloadFile.aspx?Url=69-83-80-71-69-95-50-48-49-54-92-65-99-101-115-115-111-72-111-109-101-92-80-68-70-92-82-69-83-80-71-69-95-86-79-76-85-77-69-95-55-46-112-100-102&FileName=92-82-69-83-80-71-69-95-86-79-76-85-77-69-95-55-46-112-100-102>. Acesso em: 27 set. 2020.

STRECK, Lenio; ABOUD, Georges. O NCPC e os precedentes – afinal, do que estamos falando? In: DIDIER JR., Fredie et al. (coord.). *Precedentes*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 3. p. 175-182.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *ProAfR no Recurso Especial nº 1.696.396 - MT (2017/0226287-4)*. Proposta de afetação. [...]. Relatora: Mina. Nancy Andrighi, 20 de fevereiro de 2018. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1677360&num\\_registro=201702262874&data=20180228&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1677360&num_registro=201702262874&data=20180228&formato=PDF). Acesso em: 26 set. 2020.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Recurso Especial nº 1.696.396-MT (2017/0226287-4)*. Recurso especial representativo de controvérsia. [...]. Relatora: Mina. Nancy Andrighi, 5 de dezembro de 2018. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1731780&num\\_registro=201702262874&data=20181219&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1731780&num_registro=201702262874&data=20181219&formato=PDF). Acesso em: 11 out. 2020.

TUCCI, José Rogério Cruz e. O regime do precedente judicial no novo CPC. In: DIDIER JR., Fredie et al. (coord.). *Precedentes*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 3. p. 445-457.

WAMBAUGH, Eugene. *The study of cases: a course of instruction in reading and stating reported cases, composing head-notes and briefs, criticising and comparing authorities, and compiling digests*. Boston: Little, Brown, and Company, 1892. Disponível em: <https://ia800202.us.archive.org/32/items/cu31924024520581/cu31924024520581.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2020.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro: de acordo com o CPC de 2015 e a Lei 13.256/16*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

ZANETI JR., Hermes. Notas sobre o processo coletivo e os casos repetitivos no sistema do novo CPC/2015. Comentários ao art. 928. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano 111, v. 421, p. 269-276, jan./jun. 2015.

ZANETI JR., Hermes. Precedentes normativos formalmente vinculantes. In: DIDIER JR., Fredie et al. (coord.). *Precedentes*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 3. p. 407-423.



# Civil Procedure Review

AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

7

## A propósito de las críticas por la inversión del contradictorio en el monitorio laboral chileno y ante la limitación recursiva contra la resolución que niega la nulidad del emplazamiento: propuestas de solución<sup>1</sup>

About of the critics for the investment of the contradictory in the chilean labor payment procedure and in view of the recursive limitation against the resolution that denies the nullity of the notification: proposals for a solution

**Diego Palomo Vélez<sup>2</sup>**  
**e Carlos Gajardo Ortíz<sup>3</sup>**

- 1 Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación Fondecyt Regular N° 1200069, titulado "La recurribilidad efectiva a través del recurso de nulidad laboral: una propuesta reivindicando el deber de motivación, la integridad de la respuesta jurisdiccional y del derecho al recurso", del que los autores hacen presente el agradecimiento por la financiación de este estudio.
- 2 Profesor de Derecho procesal de la Universidad de Talca, Chile. Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. IR Proyecto de Investigación Fondecyt Regular N° 1200069.
- 3 Juez de Letras del Trabajo en Curicó, Chile. Magister en Derecho, con mención en Derecho procesal de la Universidad de Talca.

## RESUMEN

El procedimiento monitorio laboral, tanto por la “inversión del contradictorio” que define su estructura procesal así como por la recepción dada por los jueces al acoger de plano la demanda monitoria, es objeto de críticas. Éstas se superan al verificarse la notificación fehaciente del demandado para resguardar su derecho a defensa. El problema surge cuando se cuestiona la validez del emplazamiento por un incidente de nulidad, que de ser desestimado no admite apelación en contra. Por el presente artículo se promueven dos soluciones que aseguren ese derecho a recurrir: una, al tenor del propio marco normativo reinterpretando la actual jurisprudencia mayoritaria que rechaza la apelación; y otra, mediante una modificación legal respetando los principios y reglas de éste proceso laboral.

## PALABRAS CLAVES

procedimiento monitorio laboral – incidente de nulidad de notificación – derecho al recurso

## ABSTRACT

*The labor payment procedure, so well as for reason the of investment of the contradictory that defines its procedural structure and the reception given by the judges by accepting immediately the demand of pay, is criticized. These objections are exceeded upon verification of the reliable notification of the defendant to protect your right of defense. The problem arises when questioning the effectiveness of nullity incident of notification, what if are rejected does not admit appeal against. By this article two solutions are promoted that ensure that right to appeal: one, according to the current law for reinterpreting the majority present jurisprudence that rejects the appeal; and another through a legal modification respecting the principles and rules of this labor process.*

## KEYWORDS

*labor payment procedure- nullity incident of notification - right to appeal*

## 1. A MODO DE INTRODUCCIÓN

El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas es un anhelo de todo litigante en miras al libre acceso a la justicia<sup>4</sup>, considerando que la respuesta jurisdiccional para ser útil debe ser oportuna.

El mensaje presidencial de la ley N° 20.260, a propósito de la reforma procesal laboral nos presentaba objetivos claros: profundizar en la celeridad y concentración de los procesos, imponiendo entre otros, reformas al proceso monitorio presentado con la ley N° 20.087 con miras a simplificarlo y darle un carácter breve y expedito<sup>5</sup>.

Si consideramos que el procedimiento monitorio laboral ha sido objeto de críticas tanto por su estructura procedimental ajena a lo tradicional, así como por erradas

4 NIEVA (2019), p. 124.

5 Historia de la Ley N° 20.260, p. 4.

interpretaciones judiciales al momento de pronunciarse de la demanda que le da origen, se advierte que el éxito de éste monitorio se respalda en el efectivo emplazamiento del demandado, permitiéndole salvaguardar su derecho a defensa. Así, el proceso monitorio es apto para reforzar tal logro siempre que garantice una notificación del requerimiento y un pleno conocimiento de su oposición<sup>6</sup>.

La dificultad se presenta cuando ésta notificación es cuestionada por medio de un incidente de nulidad por falta de emplazamiento, generándose una inquietud legítima de haberse respetado efectivamente el debido proceso.

Cuando el tribunal laboral desestima el incidente de nulidad en comento, el derecho a defensa del deudor debe verse igualmente amparado con el derecho al recurso, considerando que si la contradicción supone la posibilidad de refutar a la parte contraria, el poder recurrir implica la posibilidad de rebatir la argumentación dada por el juez<sup>7</sup>, con miras a corregir errores judiciales que le causan perjuicio o gravamen<sup>8</sup>. Ello en el entendido que toda persona sometida a un proceso judicial puede enfrentarse a una decisión judicial que considere perjudicial, equivocada o simplemente con la cual no concuerde, debiendo tener derecho a impugnarla y negar aquello parece *“orwellianamente perverso contra los derechos de las personas”*<sup>9</sup>. Es así que dentro del debido proceso se encuentra el derecho al recurso entendiéndolo como *“aquel derecho subjetivo de quienes intervienen en el proceso a cualquier título y condición, para que se corrijan los errores del juez que le causan gravamen o perjuicio”*<sup>10</sup>.

Sin embargo, las ideas impuestas por las diversas reformas procesales en su afán de simplificar los procesos han reducido su duración, controlando sus costos, todo lo que suele entrar en pugna con el sistema recursivo que incentiva las revisiones judiciales<sup>11</sup>.

En este escenario, se presenta la inapelabilidad de la resolución que desestima la nulidad por falta de emplazamiento en éste monitorio laboral, tornándola en una cuestión de única instancia, negando toda posibilidad de ser oído el demandado tanto por una norma legal aparentemente cerrada como es el art. 476 del C. del Trabajo, así como por un criterio jurisprudencial predominante que se apoya principalmente en los “principios jurídicos” del art. 425 del citado Código.

El presente trabajo plantea que si el emplazamiento en el monitorio laboral es de mayor relevancia que en otras estructuras procedimentales (pues sólo ese acto otorga la opción del derecho de defensa ante un proceso en que opera la “inversión

6 BONET (2008), pp. 491 y 492.

7 NIEVA (2019), p. 132.

8 PALOMO (2016), p. 9

9 TAVOLARI (2017), p. 3. La licencia literaria del destacado profesor nos ejemplifica sobre los riesgos de negar el derecho al recurso a los que se enfrentaría una sociedad libre y abierta ante decisiones judiciales que podrían ser erradas y además inamovibles.

10 Citando a Echandía. PALOMO (2016), p. 9

11 FUENTES y RIEGO (2017), p. 296.

del contradictorio” con una “sentencia anticipada” que puede poner fin al litigio), de existir cuestionamientos a tal notificación se debe admitir un control recursivo que permita su revisión ante el tribunal superior jerárquico.

Luego, conforme al actual texto legal y aquel criterio jurisprudencial mayoritario que ha resuelto esta situación procesal, se presentan dos soluciones concretas a fin de superar la actual restricción recursiva: una, acorde a *lege lata*, rescatando la jurisprudencia minoritaria existente en la materia, que nos permitirá analizar críticamente la tendencia que predomina en los tribunales, a fin de superarla. La otra solución, con un fin *lege ferenda*, que pretende un remedio uniforme y definitivo, promoviendo el ampliar el actual art. 476 del C. del Trabajo, a fin que el fallo que resuelve tal incidente de nulidad sea revisado ante la Corte de Apelaciones respectiva, explicando las razones por las cuales ésta nueva apelación laboral debería concederse en ambos efectos, previa fianza de resultas.

En ambas propuestas, se advierte que la gran barrera a superar son aquellas “reglas técnicas” que el art. 425 del C. del Trabajo establece, y que erradamente se han estimado como principios jurídicos imperativos e insuperables.

## **2. DE LA ESTRUCTURA DEL MONITORIO LABORAL Y DE LA “SENTENCIA ANTICIPADA”**

Todo proceso judicial se estructura conforme a un orden consecutivo legal, mediante etapas progresivas que habitualmente se nos presentan con la iniciación, prueba, sentencia, recursos y cumplimiento, debiendo ser respetado por las partes y el tribunal, donde el pronunciamiento de una sentencia no es un acto ni espontáneo ni instantáneo<sup>12</sup>.

De hecho, históricamente se ha indicado que al configurarse la relación jurídico-procesal, antes de ser juzgada la demanda ésta debe ser examinada generándose un estado de incertidumbre donde no se sabe si será acogida o no, debiendo haber sido el actor y el demandado puestos en situación de haber hecho valer sus razones y derecho<sup>13</sup>.

En ese sentido, el principio de contradicción -también llamado bilateralidad de la audiencia- supone dar a cada parte las oportunidades de participación en todas las fases del proceso desde el momento de iniciarse la litis pendencia<sup>14</sup>, considerando que dicha contradicción surge al entender que el proceso es, en sí mismo, un método de

12 COLOMBO (1997) p. 513. Advirtiendo que “*el proceso es una sucesión de actos*”, NIEVA (2019), p. 269; se ha indicado que conforme a un sentido estricto y técnico jurídico, el objeto del proceso judicial será aquel asunto fundamental sobre el cual el actor pide la sentencia del juez, previa contradicción del demandado. ORTELLS (2005) p. 242.

13 CHIOVENDA (1922), Tomo I, p. 108.

14 Citando a Ramos Méndez. CARRASCO (2010), p. 51



dialéctica que se desarrolla en etapas lógicas y claramente definidas entre dos partes que son antagónicas<sup>15</sup>.

No obstante, cuando hablamos del monitorio laboral, su estructura y desarrollo es totalmente diferente a lo que tradicionalmente se aprecia en otros procedimientos, lo cual se sustenta en razón que la contradicción del demandado surge de forma posterior a la dictación de la resolución que se pronuncia de plano de la demanda de autos. Ello, pues la lógica del procedimiento monitorio es pretender el máximo resultado en la aplicación de la ley pero con el menor desgaste del proceso judicial<sup>16</sup>, cuestión que es consecuencia de aceptar procesos en que la etapa de cognición pueda ser reducida, o aún omitida del todo, en la medida que el ordenamiento jurídico ofrezca para la construcción del título ejecutivo medios más expeditos y más económicos que un proceso ordinario de cognición, lento, complicado y dispendioso<sup>17</sup>.

Por lo demás, históricamente<sup>18</sup> se ha admitido que el procedimiento monitorio ha surgido como un instrumento para descongestionar los tribunales ante procesos contumaciales<sup>19</sup>, máxime cuando existe un gran número de procesos que se siguen sin intervención del demandado, que permanece en una situación de rebeldía, generándose un freno para la adecuada administración de justicia, cuando pese a que el demandado no discute ni contradice los dichos ni el derecho del actor -llegando inclusive a allanarse al mismo- obliga al demandante a seguir con un proceso declarativo para fundar en el tribunal algún grado de convicción suficiente que le permitiese obtener una sentencia condenatoria<sup>20</sup>.

Al analizar el inicio en sede judicial del procedimiento monitorio del art. 500 inciso primero del C. del Trabajo se aprecia que presentada la demanda, la intervención del juez es bastante acotada debiendo, en estricto rigor, limitarse a acoger o rechazar la pretensión del actor al tenor de examinar la demanda y las razones que la contienen<sup>21</sup>. Existe una tercera opción legal consistente en citar de oficio a una audiencia única pero, como se verá más adelante, ello se desestima por ser una medida en esencia contraria a un sistema monitorio.

15 HERNÁNDEZ (2012), p. 26

16 ORELLANA (2008) p. 80.

17 CALAMANDREI (1953), p. 21. Asimismo, y pese a no emplearse la expresión “monitorio” ya antes se advertía que era posible configurar acciones declarativas con predominante función ejecutiva, que lograban sentencias de condenas, las que siendo impugnables, se fundaban en un conocimiento parcial. CHIOVENDA (1922), Tomo I, p. 231.

18 El procedimiento monitorio ya se nos presentaba en Italia, bajo la política judicial, como un medio destinado a sustraer a las dilaciones del proceso ordinario y especialmente al atascamiento y paralización de la audiencia, todas aquellas causas en las que es previsible que el demandado permanecerá en contumacia, o a lo sumo se limitará solamente a contradecir *por forma*. CALAMANDREI (1953), p.194. Idea que de igual modo se reconoció en España, al implementar el monitorio en sede civil. LÓPEZ (2000), p. 156.

19 CALAMANDREI (1953), p. 193

20 LÓPEZ (2000), p. 156

21 PEREIRA (2010), p. 12.

Para el caso que el juez decida rechazar de plano la demanda monitoria, el actor podrá reclamar de ello, y así el tribunal deberá notificar a ambas partes a una audiencia única, sin concretar la “inversión del contradictorio” del momento que será el mismo demandante quien deberá aportar, ahora en audiencia, antecedentes que le permitan obtener un fallo favorable.

La otra posibilidad es que la demanda monitoria sea acogida de plano por el juez, lo que se verifica por medio una resolución a la cual se le ha denominado “sentencia anticipada”<sup>22</sup>.

Siendo esta “sentencia anticipada” favorable al actor, es el demandado quien está obligado – sólo si así lo estima conveniente- a generar la controversia. Ello, pues si consideramos al monitorio como un procedimiento declarativo especial que opera por preclusión de derechos del demandado, el título ejecutivo que se busca generar no lo es por la petición en sí del actor, sino por la no oposición del deudor<sup>23</sup>. Con todo, solo si existe oposición del requerido se pasará a un proceso de conocimiento contradictorio, cuestión que ha sido denominado “inversión del contradictorio”<sup>24</sup> o “inversión de la iniciativa del contradictor”<sup>25</sup>.

### 3. REPAROS ANTE LA “INVERSIÓN DEL CONTRADICTORIO” Y LA “SENTENCIA ANTICIPADA”

Como consecuencia que el procedimiento monitorio no sigue la lógica tradicional de un proceso que exija debate, prueba y fallo, se ha sostenido<sup>26</sup> que la “sentencia anticipada” importaría infracción al debido proceso del momento que, al pronunciarse *inaudita altera parte*, el juez fallará de plano la demanda agotando la etapa de cognición sin haber oído al demandado. Todo ello, reflejaría que al ser el monitorio un procedimiento urgente o de tutela especial diferenciada con aplicación fuerte de la celeridad y economía procesal, posterga y disminuye la contradicción, lo que restringiría el derecho de defensa pues, en éste afán de llegar con premura a la creación de un título ejecutivo se desplaza la iniciativa del contradictorio del actor al demandado<sup>27</sup>.

Es más, se ha manifestado que en ese escenario procesal, el juez – con el mérito de la pretensión del actor- se habrá pronunciado sobre el fondo del asunto emitiendo

22 PALAVECINO (2012), p. 64. En igual sentido, PALAVECINO y RAMÍREZ (2010), pp. 75 y 76. Dicha nomenclatura no se comparte, pero resulta útil para el presente estudio, a fin de identificar a ésta resolución como aquella que acoge de plano la demanda monitoria.

23 SILVOSA (2008), p. 56.

24 PÉREZ (2006) p. 216. En igual sentido, CEDEÑO (2007), p. 432.

25 CALAMANDREI (1953), p. 26. En igual sentido, PEREIRA (2010), p. 12.

26 PALAVECINO (2012), p. 65

27 Citando a Calamandrei. PALAVECINO y RAMÍREZ (2010), p. 72.

su decisión sobre la controversia, situación que no se advierte como salvar al ser un tribunal unipersonal quien resuelve el asunto sin haberse realizado una audiencia de juicio<sup>28</sup>. Ello, pues el principio *auditor altera parte*, a saber, la bilateralidad de la audiencia, es un principio jurídico inherente a la justicia misma<sup>29</sup>, y por ende, que no se debe desatender.

Bajo esos razonamientos se plantea que el demandado aun antes de defenderse ya estaría condenado, y si bien podrá optar por reclamar de esa “sentencia anticipada”, ello no lo libera del hecho que el juez ya emitió un parecer en la causa, de forma tal que al llegar a una audiencia posterior, no tendrá de oponente al actor sino al propio juez debiendo rebatir la decisión judicial que reclama y no los dichos del propio demandante<sup>30</sup>.

Unido a ello, se critica que mientras la igualdad ante la justicia conforme al art. 19 N° 3 de la Constitución exige que “*toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado*”, esto no se daría con la resolución que acoge de plano la demanda monitoria, infringiéndose la igualdad de partes, contradicción e incluso la imparcialidad, pues al existir una audiencia posterior a dicha “sentencia”, el juez estará sesgado conforme a lo resuelto previamente<sup>31</sup>.

### **3.1. Diferenciación en el origen de estos reparos**

Los reparos a la “sentencia anticipada” se desprenden tanto de no comprender ni la estructura ni el fin del procedimiento monitorio, así como de la incorrecta interpretación cometida por los propios jueces al pronunciarse de plano de la demanda, ya sea citando a una audiencia de oficio, o cuando realizan un análisis de fondo que en esa etapa está vedado.

Para estas situaciones, existen soluciones que permiten superar tales reproches.

### **3.2. Errores judiciales al momento de proveer la demanda monitoria**

#### **3.2.1. De la citación de oficio a audiencia monitoria única**

Al tenor del art. 500 del C. del Trabajo, el legislador le brinda ésta opción al juez si éste considerase que no existen antecedentes suficientes para emitir un pronunciamiento ante la demanda, pudiendo así citar de oficio a las partes a la audiencia de conciliación, contestación y prueba. No obstante ello, no se estima como una opción adecuada a

28 HERNÁNDEZ (2012), p. 243

29 Citando a Couture. CARRASCO (2010), p. 51.

30 Citando a Adolfo Alvarado. PALAVECINO (2012), p. 65.

31 PALAVECINO y RAMIREZ (2010), p. 65.

aplicar por cuanto desconoce la simpleza y rapidez que el procedimiento monitorio debe brindar, considerando que debería resolverse de plano la petición<sup>32</sup>.

La realización de la audiencia monitoria única debería darse sólo si alguna de las partes así lo requiere, mediante aquel reclamo judicial en contra de la resolución que acoge o rechaza de plano la demanda; amén de considerar que si el juez estima que no existen elementos suficientes que se desprenden del mérito del libelo, debería optar por el rechazo de la misma directamente. En igual sentido, se ha dicho que citar de oficio a una audiencia por el tribunal *“transformaría al procedimiento monitorio en un procedimiento declarativo sumario”*<sup>33</sup>, de modo tal que la etapa cognitiva no es consecuencia de la *“inversión del contradictorio”*, sino que directamente de asumir que el desplazamiento de la misma jamás se verificó en detrimento del demandante que escoge éste modelo procesal<sup>34</sup>.

Es más, si el tribunal decide citar de oficio a una audiencia única por estimar que no hay antecedentes suficientes para emitir pronunciamiento de plano frente a la demanda, se expone a dos problemáticas: la primera, llegar a una audiencia única con la sola presencia del demandante interesado y en total rebeldía del demandado emplazado, produciéndose precisamente el escenario procesal que el monitorio debía evitar, a saber, audiencias en rebeldía del demandado quien no tendría interés en asistir al proceso, generándose así un incremento innecesario tanto de la carga de trabajo para el tribunal como de eventuales condenas en costas en contra de quienes no las merecen<sup>35</sup>; y la segunda: que si no existe mérito para pronunciarse sobre la demanda a favor o en contra, no sería posible pronunciarse sobre medidas cautelares apoyado en los mismos hechos de la acción, generándose una evidente contradicción en el obrar del juez<sup>36</sup>.

32 Se ha sostenido que ésta opción de citar de oficio fue incorporado por la Comisión del Trabajo del Senado a última hora *“desnaturalizando el monitorio”*. PEREIRA (2010), p. 62. Por lo demás, se aprecia que dicha Comisión en su segundo informe al generar esta opción, no brindó una justificación para ello. Historia de la Ley N° 20.260, pp. 195 y 196.

33 PEREIRA (2010), p. 59.

34 Esta situación errónea se produce ante la mínima duda que le surge al juez laboral, y si bien no se cuestiona que se trata de una previsión legal, ésta no se condice como solución ante ésta figura y diseño legislativo. DELGADO y PALOMO (2019), p. 241.

35 Sólo a modo ejemplar, habiendo con fecha 21 de junio de 2019 el tribunal de oficio citado a las partes a audiencia única, ésta se realiza finalmente el 29 de noviembre de 2019 en total rebeldía del demandado, dictando el juez en ese mismo acto sentencia a favor del demandante, indicando que además *“Se condena al demandado a las costas del proceso, por no haberse defendido en el mismo, las que se avalúan desde ya, en la suma de \$300.000”* J. de Letras de Chanco, RIT M-9-2019. En el mismo sentido, el 2 de marzo de 2019 el tribunal cita de oficio a una audiencia única para el 29 de marzo de 2019, a la que no comparece el demandado, dictándose con fecha 2 de abril de 2019 sentencia favorable para el demandante, y condenando en costas al demandado por ser totalmente vencido, J. de Letras de Constitución, RIT M-8-2019. Ambos razonamientos se estiman errados en razón que el resultado logrado se pudo haber obtenido al proveer la demanda de plano, y además se condena a dichos demandados rebeldes quienes no se opusieron a la demanda en ningún momento ni forzaron la audiencia, ante lo cual debieron soportar costas procesales que no generaron en sede judicial.

36 Mientras que existen casos en que la congruencia en la resolución que se pronuncia de la demanda monitoria refiere que *“no existiendo antecedentes suficientes para emitir pronunciamiento y de conformidad con lo*

### 3.2.2. La resolución que se dicta inaudita altera parte no es una sentencia definitiva

Ante la denominada “sentencia anticipada”, se ha afirmado que reviste las características de una sentencia definitiva<sup>37</sup>, pero ello se refuta pues es necesario indicar que tal resolución no goza realmente ni de la naturaleza jurídica ni la calidad de una sentencia definitiva. Lo anterior, pues acorde a la estructura monitoria, la resolución que se dicta *inaudita altera parte* no es todavía una sentencia pues la fase de cognición no está completa hasta que transcurra el plazo que se le debe brindar al demandado una vez emplazado habiendo éste permanecido inactivo<sup>38</sup>.

Por lo demás la ley jamás ha calificado a dicha resolución como una sentencia definitiva, tal como se desprende del sólo mérito del texto laboral. En efecto, de la revisión del C. del Trabajo, se aprecia que en rigor el legislador jamás nos presenta

---

*dispuesto en el artículo 500 del Código del Trabajo”* procede a citar a audiencia única, advierte que ante la petición de cautelar, esta “*se resolverá en la audiencia fijada*”, RIT M-7-2019, 20 de junio de 2019; RIT-M-9-2019, 21 de junio de 2019; RIT M-12-2019, 21 de junio de 2019; todos del Juzgado de Letras de Chanco; también nos encontramos con casos en que pese a que el juez no estima suficiencia en la demanda monitoria para pronunciarse de plano, si acoge medidas cautelares apoyadas en los mismos hechos de la acción judicial. Sólo a modo ilustrativo se han advertido estas contradicciones, cuando el tribunal refiere que no existen “*antecedentes suficientes, para emitir pronunciamiento y de conformidad a lo dispuesto en el artículo 500 del Código del Trabajo, cítese a las partes a la audiencia única...*”, para luego indicar que acorde al art. 444 del C. del Trabajo, “*atendido el mérito de los antecedentes, estimándose por el Tribunal como estrictamente necesaria para asegurar el resultado de la acción y constando razonablemente su fundamento y la necesidad del derecho que se reclama*”, se acoge la medida cautelar solicitada. J. de Letras de Constitución, RIT M-8-2019, 12 de marzo de 2019. En igual sentido, se ha indicado que “*no existiendo antecedentes suficientes para emitir pronunciamiento y de conformidad a lo dispuesto en el artículo 500 del Código del Trabajo, cítese a las partes a una audiencia...*”, para indicar en la misma resolución que “*atendido el mérito de los antecedentes, estimándose por el Tribunal como estrictamente necesaria para asegurar el resultado de la acción...*” y citando el art. 444 del C. del Trabajo acoge una medida cautelar. RIT M-1-2019, 15 de enero de 2019; RIT M-3-2019, 21 de enero de 2019; RIT M-8-2019, 15 de marzo de 2019, y RIT M-9-2019, 19 de marzo de 2019, todos del Primer Juzgado de Letras de Linares. En otros casos, pese a afirmar que “*No existiendo antecedentes suficientes para emitir pronunciamiento y de conformidad a lo dispuesto en el artículo 500 del Código del Trabajo, cítese...*” aplicando esta opción, se acoge de plano la medida cautelar pedida sin explicar sus razones, RIT M-10-2019, 22 de marzo de 2019; RIT M-12-2019, 27 de marzo de 2019; y RIT M-19-2019, 20 de mayo de 2019 todos de Segundo Juzgado de Letras de Linares; con mayores matices se ha sostenido para citar de oficio a audiencia que “*atendida la cuantía de la demanda, no existiendo antecedentes suficientes, para emitir pronunciamiento de conformidad a lo dispuesto en el artículo 500 del Código del Trabajo, y atendida la carga de trabajo de este tribunal, en especial el número de audiencias agendadas en laboral y agenda civil por ser un Juzgado de Letras, y a fin de procurar el eficiente funcionamiento del Tribunal, cítese a las partes...*”, no obstante indicar a la petición de la medida cautelar “*atendido el mérito de los antecedentes acompañados en la demanda, de los cuales se ha estimado plausibles los derechos reclamados...*”, ha dado lugar a ella. J. de Letras de Parral, RIT M-2-2019, 17 de enero de 2019; en igual sentido, respecto de la acción laboral se ha indicado que “*no existiendo antecedentes suficientes para emitir pronunciamiento y resolver de plano, téngase por admitida la demanda (...) cítese...*”, no obstante que respecto de la cautelar se ha razonado en el mismo acto que “*estimándose por el Tribunal como estrictamente necesaria para asegurar el resultado de la acción y constando razonablemente su fundamento y la necesidad del derecho que se reclama*” acogiendo la medida cautelar; RIT M-2-2019, 25 de enero de 2019; RIT M-7-2019, 20 de mayo de 2019; y RIT M-8-2019, de 20 de mayo de 2019 todos del J. de Letras de Cauquenes.

37 HERNÁNDEZ (2012), p. 369.

38 PALAVECINO (2012), p. 64.

aquella providencia que acoge de plano la demanda como una “sentencia” o “fallo”, limitándose a denominarla como una “resolución” (art. 500 inc. segundo, quinto y sexto del C. del Trabajo). Ello se refuerza entendiendo que cuando la ley se ha referido a resoluciones judiciales que consisten efectivamente en fallos ha utilizado la expresión “sentencia” o “sentencia definitiva”, tal como ocurre por ejemplo, en el art. 363 inc. cuarto, art. 453 N° 1 inc. quinto, inc. séptimo e inc. final, N° 2 inc. 2°, N° 3 inc. final, art. 458, art. 459, art. 477, art. 495, art. 501, art. 507 inc. tercero del C. del Trabajo).

Es más, cada vez que el legislador se pronuncia sobre la existencia de una sentencia definitiva, exige el cumplimiento irrestricto de ciertos requisitos en ellas, tal como ocurre en el art. 459, art. 453 N°3 inc. final en relación con el art. 459 inc. final, art. 495, art. 501 inc. tercero, art. 507 todos del C. del Trabajo, lo que no ocurre con ésta “sentencia anticipada”.

### **3.2.3. Al pronunciarse inaudita altera parte no se debe realizar un análisis del fondo**

Asumiendo que ésta “sentencia anticipada” no es en rigor una sentencia definitiva, y la posibilidad de citar de oficio a una audiencia única no es adecuada a la naturaleza del proceso monitorio, el juez laboral ante la demanda monitoria sólo debe realizar un examen de admisibilidad que se debe apoyar en la verosimilitud de su contenido más que en cualquier valoración probatoria de los antecedentes apoyados a la misma. Ello se desprende de considerar que la especial eficacia que se busca en el procedimiento monitorio se explica en atención a que el demandante debe concurrir, aunque sea solamente derivado de las consideraciones que sobre el particular se hayan hecho constar en su petición, ante el tribunal con un nivel de verosimilitud de la existencia del deber de prestación<sup>39</sup> que alega a su favor.

La lógica de lo anterior es que si el fin del monitorio es obtener una declaración jurisdiccional de certeza a favor del demandante, lo que se debe emplear al proveer la demanda no es un sistema probatorio propio de un juicio ordinario, sino un sistema más expedito basado en la preclusión<sup>40</sup>. De esa manera, el juez sólo debería realizar un examen de admisibilidad procesal, de modo que los hechos afirmados por el actor valdrán como verdaderos sin necesidad de prueba, en la medida que el deudor no niegue la verdad de los mismos mediante su oposición<sup>41</sup>.

Por ello, ante el examen de admisibilidad que efectúa el juez éste no debe exigir ni valorar prueba de los hechos de la demanda en esa etapa – que en rigor, afectarían la

39 BONET (2008), pp. 490 y 493.

40 En efecto, conforme a la razón de ser de todo procedimiento monitorio, el adversario de aquel que afirma la verdad de los hechos si no hace valer dentro del plazo establecido por la ley su derecho a contradecir, genera a su cargo una preclusión a consecuencia de la cual los hechos alegados por el demandante se tendrán por admitidos. CALAMANDREI (1953), p. 63.

41 CALAMANDREI (1953), p. 132

“inversión del contradictorio” pues le impondría al actor una carga procesal que debe desplazarse al demandado - solo debiendo comprobar presupuestos procesales<sup>42</sup> y en la verosimilitud del relato de la acción. En esto último, lo que debe hacer el juez laboral es analizar si se enfrenta o no ante una petición plausible y con un grado de argumentación que gira en torno a ella<sup>43</sup>, con lo que debe emitir su pronunciamiento.

La lógica de la “sentencia anticipada” que se le exige al juez al pronunciarse de la demanda monitoria, va de la mano con la posibilidad dada a la parte que se sienta afectada con dicha resolución de formular el reclamo judicial al tenor del inciso segundo del art. 500 del C. del Trabajo: ausencia de fundamentación en su obrar. Si el juez no debe sustentar su resolución pues se apoya en la preclusión eventual del demandado, es lógico que al demandado no se le obligue a fundar su reclamo judicial para instar por una audiencia única.

Por lo demás, nótese que el inciso primero del art. 500 le ofrece al juez elementos que puede utilizar para ponderar su pronunciamiento, sin que se le exija motivar la “sentencia anticipada” ni elementos que la contengan – como si lo hace en el caso de llegar a una sentencia definitiva al tenor del art. 501 inciso tercero- , y en los casos en que la ley ha querido que el juez otorgue una resolución fundada lo ha dicho expresamente, como ocurre – en el mismo procedimiento monitorio laboral- en el art. 501 inciso final del C. del Trabajo al diferir la verdadera sentencia definitiva tras la realización de la audiencia única.

Consideremos que la finalidad de establecer éste monitorio laboral era aportar un instituto que principiaría con una condena al demandado (acogiéndose de plano ante la sola petición) en aras de dotar de un mecanismo suficientemente efectivo al trabajador que nunca está en condiciones de soportar la demora de la justicia<sup>44</sup>. Es por ello, que se debe insistir que la denominada “sentencia anticipada” no es asimilable a una sentencia definitiva<sup>45</sup>, cuestión que el legislador no le exige al juez en esta etapa, al postergar el contradictorio.

42 Se ha indicado que los hechos afirmados por el acreedor en su demanda monitoria no se pueden estimar como verdaderos ni extender a cuestiones fácticas concernientes a los presupuestos procesales, de los cuales el juez debe comprobar de oficio su existencia. CALAMANDREI (1953), p. 133. En éste caso, se debe verificar dentro de los supuestos de procesabilidad que se acompañe a la demanda el documento contemplado en el art. 499 inciso final del C. del Trabajo; así como analizar si la acción cumple con los supuestos del art. 496 del C. del Trabajo; así como que la acción no esté caduca o prescrita; que cumpla con los requisitos del art. 446 del C. del Trabajo; etc.

43 DELGADO y PALOMO (2019), p. 242. Para tales fines, y tal como advierte el art. 500 del C. del Trabajo, el juez deberá considerar entre otros antecedentes, la complejidad del asunto, la comparecencia de las partes en la etapa administrativa, y la existencia o no de pagos efectuados por el demandado. SILVA (2009), p. 67.

44 DELGADO y PALOMO (2019), p. 239.

45 Entendiendo que el fallo o sentencia definitiva, en sí es un acto jurídico que implica una operación de carácter crítico del juez, que envuelve un proceso intelectual previo donde el magistrado debe elegir entre la tesis del actor y la del demandado (o inclusive de un tercero) para lograr la solución que la parece más ajustada al derecho y a la justicia. COUTURE (2010), p. 253.



Luego, cuando el juez se desentiende de lo anterior y se hace cargo del fondo al tenor de los antecedentes aportados por el demandante, al dictar la “sentencia anticipada” sí compromete su imparcialidad, dando fuerza a las actuales críticas existentes a ésta estructura procedimental<sup>46</sup>.

Bajo esa lógica si la jurisprudencia supera esas deficiencias al dictar la “sentencia anticipada” aquellos resquemores sobre la supuesta existencia de un fallo que contiene un pronunciamiento de fondo sobre la demanda antes de ser oído el demandado, se extinguen.

### 3.3. Críticas que surgen de una errada apreciación al monitorio laboral

Es necesario admitir que éste monitorio laboral efectivamente dista de un procedimiento monitorio puro, pues se le ha dado cobertura a materias ajenas a un simple requerimiento de pago considerando que este procedimiento abarcaría en principio –acorde al art. 496 del C. del Trabajo- sólo a contiendas cuya cuantía fuera inferior a 10 ingresos mínimos mensuales y las contiendas del art. 201 del C. del Trabajo a propósito del fuero maternal; no obstante ello, el legislador con los años ha ido añadiendo nuevas materias de mayor complejidad<sup>47</sup> a este procedimiento; y adicionalmente, efectivamente de existir un reclamo acorde al art. 500 del C. del Trabajo en lugar de extinguir el procedimiento monitorio laboral que sería lo correcto,

46 Sólo a modo de ejemplo, al momento de dictarse “sentencia anticipada”, se suele sustentar la misma indicando en un modelo de resolución muy habitual, que *“Que del mérito de los antecedentes y los documentos acompañados se desprende que, en esta etapa procesal, las pretensiones de la demandante son fundadas y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 496 y 500 del Código del Trabajo, se resuelve: Que, SE ACOGE...”* o una expresión muy similar, (J. de Letras de Licantén, RIT M-1-2019, 15 de enero de 2019; J. de Letras de Constitución, RIT M-1-2019, 24 de enero de 2019; J. de Letras del Trabajo de Curicó, RIT M-2-2019, 18 de enero de 2019; J. de Letras del Trabajo de Talca, RIT M-5-2019, 10 de enero de 2019, entre otros). Tal resolución igualmente es cuestionable si asumimos que efectúa el juez una valoración probatoria de los documentos acompañados en esta etapa, a menos que se precisará en la resolución que es solo para fines de procesabilidad acorde al art. 499 inciso final del C. del Trabajo, cuestión que parece no ser la lógica cuando en algunas de éstas “sentencias anticipadas” el tribunal nos advierte *“Que, los antecedentes acompañados, los que han sido apreciados en conformidad a las normas de la sana crítica, permiten acoger la demanda en los términos que se señalarán en lo resolutivo”*, (J. de Letras del Trabajo de Curicó, RIT M-3-2019, 8 de enero de 2019; y RIT M-8-2019, 15 de enero de 2019) dando a entender que ya se efectuó una valoración probatoria acorde al art. 456 del C. del Trabajo. Pero también nos encontramos donde el juzgamiento en esta etapa es evidente, al extremo de analizar el fondo los hechos y los antecedentes de derecho acompañados a la demanda, a fin de dar un razonamiento crítico a los motivos que apoyan ésta “sentencia anticipada” a favor del demandante (J. de Letras de Licantén, RIT M-1-2020, 17 de enero de 2020; RIT M-2-2020, 17 de enero de 2020, y RIT M-3-2020, 4 de febrero de 2020).

47 Al tenor de la ley N° 20.940 de 8 de septiembre de 2016, que efectuó diversas modificaciones en materia de Derecho Colectivo Laboral al C. del Trabajo, se nos presentan nuevas materias que deben ser resueltas en el monitorio laboral, tales como conocer del reclamo de la calificación de no poder negociar colectivamente (art. 305); del reclamo de la negativa del empleador a proporcionar información en negociación colectiva (art. 319); del reclamo de la resolución de la Inspección del Trabajo que resuelve las impugnaciones de reclamaciones al proyecto de contrato colectivo o su respuesta (art. 340 letra “f”); y resolver la solicitud de reanudación de faenas en caso de huelga o el cierre temporal (art. 363).

da cabida de forma posterior a la “sentencia anticipada” a una etapa de conocimiento y debate que no es propio de un monitorio.

En éste punto, pese a que se ha afirmado que el procedimiento monitorio laboral sería una sustitución del procedimiento laboral de menor cuantía<sup>48</sup>, ello se descarta pues, salvo el hecho que éste monitorio laboral conoce sobre juicios de una cuantía inferior a la requerida a juicios declarativos ordinarios, a diferencia del juicio de menor cuantía laboral en donde si existía un proceso de conocimiento previo al pronunciamiento respecto de la demanda, en el monitorio laboral se nos presenta como un híbrido donde sólo de existir un reclamo de la “sentencia anticipada” se termina transformando en un proceso de cognición irregular<sup>49</sup>.

Aclarado que su estructura no se apoya en un modelo de monitorio puro, estos reparos referentes a que el monitorio se extiende a materias ajenas a un simple requerimiento de pago o que la “sentencia anticipada” es realmente una sentencia definitiva deben ser rechazadas, quedando sólo pendiente de superar el real tema que genera su cuestionamiento: la existencia de una resolución que al acoger de plano una demanda no ha oído al demandado.

#### **4. DE LA NOTIFICACIÓN FEHACIENTE DE LA “SENTENCIA ANTICIPADA” PARA EL ÉXITO DEL MONITORIO**

Los reparos a la existencia de la “sentencia anticipada” como infractora al debido proceso del momento que al pronunciarse *inaudita altera parte* no se escuchó al demandado, afectándose la bilateralidad de la audiencia, se deben desestimar pues conforme a la estructura procesal monitoria, el derecho del demandado a ser oído existe del momento que se le garantiza la posibilidad de defenderse estando en igualdad de armas que el actor, debiendo hacer hincapié que tal derecho a defensa no surge de su participación de hecho sino de brindársele esa posibilidad<sup>50</sup>, y si advertido de ello no hace uso de la misma, ello no puede obstaculizar el efectivo ejercicio de la jurisdicción en beneficio de la otra parte, considerando que como ocurre igualmente en otras institutos jurídicos como la rebeldía, una parte no puede verse perjudicada jurídica ni fácticamente por la inacción de la otra, afectándose la debida tutela jurisdiccional<sup>51</sup>.

48 LANATA (2010), p. 118.

49 HERNÁNDEZ (2012), p. 207

50 El principio de igualdad de los individuos ante la ley se refleja en el *auditor altera parte* (óigase a la otra parte), que también se denomina “bilateralidad de la audiencia”, por la cual toda petición o pretensión formulada por una de las partes en el proceso, salvo situaciones excepcionales establecidas por la ley, debe ser conocida por la otra parte a fin que pueda prestar su consentimiento o formular su oposición. COUTURE (2010), pp. 163 y 164.

51 PÉREZ (2006) pp. 213 y 214.

Así, al sostener que el demandado debe ser advertido tanto de la demanda monitoria y de la resolución que se pronuncia sobre ella así como de los efectos de su obrar, lo que se hace es exigir su notificación, a saber, el acto formal de comunicación de la resolución judicial de forma tal que sus efectos sólo se generan por y desde su ocurrencia<sup>52</sup>.

Luego, dentro de los parámetros de ésta técnica monitoria para salvaguardar el debido proceso, la principal es precisamente la notificación fehaciente al demandado, advirtiéndole las consecuencias de su inacción, garantizándose la oportunidad de ser oído y de oponerse si así lo quiere<sup>53</sup>, con lo cual si el requerido no formula oposición habiendo sido debidamente notificado es porque debe, y así se le considera; y si se opone, el juez decidirá si debe ser condenado o no tras la debida contradicción en condiciones de plena igualdad<sup>54</sup>. De lo anterior se desprende que el éxito del procedimiento monitorio y con lo cual se garantizará a todas las partes la posibilidad de ser oídas por el tribunal descansa en un solo acto jurídico procesal: la notificación<sup>55</sup>.

Se debe recalcar que la relevancia jurídica de la notificación efectiva del demandado en el proceso monitorio laboral y que permite diferenciarlo de otras estructuras procesales, se desprende de la “inversión del contradictorio”, ello pues mientras que en los procedimientos tradicionales la carga procesal se mantendrá en el actor pese a la rebeldía del demandado ya notificado de la demanda, en cuanto a que de igual modo debe acreditar los hechos que alega así como la carga procesal de mantener diversos emplazamientos al demandado rebelde, como ocurre para notificarlo del auto de prueba, o inclusive de la misma sentencia definitiva, en el procedimiento monitorio la única notificación a realizar al demandado condiciona la eventual contradicción de aquel, y por ende, pudiendo finalizar el monitorio por su rebeldía.

En igual sentido se ha sostenido para éste proceso monitorio que *“la condena inmediata solamente puede funcionar, realmente, cuando el demandado sabe a ciencia cierta que existe un procedimiento en su contra y que ha sido acogida la petición del demandante”*<sup>56</sup>.

52 COLOMBO (1997), p. 369. Citando a Carnelutti quien sostenía que el carácter fundamental del procedimiento monitorio consiste en la eventualidad del contradictorio; Calamandrei advierte que el real elemento distintivo es el desplazamiento de la iniciativa contradictoria que pasa del demandante al demandado, ello pues de acogerse la demanda, siempre ha de existir tal desplazamiento, siendo ésta la causa de la eventual contradicción. CALAMANDREI (1953), p. 26.

53 PÉREZ (2006), p. 209. *“El interés del actor en la rápida creación de título ejecutivo viene a ser prácticamente satisfecho en todos aquellos casos en los que el propio demandado comprende que el contradictorio sería inútil, porque no tienen nada serio que oponer a las razones del actor”*. Citando a Carnelutti. CALAMANDREI (1953), p. 25.

54 BONET (2008), pp. 479 y 480.

55 La llamada técnica monitoria se caracteriza principalmente por la concurrencia de un acto necesario: el requerimiento judicial tras la petición de parte. BONET (2008), p. 482. Así, la notificación es el acto jurídico procesal en donde *“se juega el debido proceso”* PEREIRA (2010), p. 61.

56 DELGADO y VALLESPIN (2016), p. 281.

Por lo mismo, es necesario asegurar la debida notificación del deudor dadas las graves consecuencias que le acarrea el no oponerse a la resolución del juez<sup>57</sup>, y el beneficio de esa actuación permitirá apoyar al proceso monitorio cuando se presume que el demandado reconoce el crédito o el contenido de la demanda que se reclama por su silencio, generándose la certeza de que dicho silencio se produce de manera voluntaria<sup>58</sup>.

## 5. ¿NOTIFICACIÓN PERSONAL COMO ÚNICO EMPLAZAMIENTO ACEPTADO?

Se ha sostenido que la mayor eficacia y el ahorro de esfuerzos procedimentales no justifican mermar las garantías del requerido, por lo que la estructura monitoria logra fortalecerlas siempre que garantice una notificación personal del requerimiento y un ámbito plenario de conocimiento de su oposición, siendo las notificaciones edictales muy restringidas y limitadas a situaciones muy excepcionales<sup>59</sup>. En el mismo sentido se afirma que dada la importancia y características del modelo monitorio y ésta “inversión del contradictorio” hay legislaciones que no admiten notificaciones fictas como la de avisos<sup>60</sup>.

Comprendiendo que quienes apoyan la notificación personal advierten que la celeridad que brinda el proceso monitorio se contrasta con la incertidumbre del verdadero emplazamiento<sup>61</sup>, lo cierto es que no es necesaria la notificación personal del demandado como único mecanismo para lograr una notificación fehaciente e indubitable en el proceso, bastando inclusive la ficta en la medida que cumpla con todas las exigencias legales.

Consideremos que en atención a las materias que se tramitan en el monitorio laboral, precisamente es el trabajador quien deducirá preferentemente la demanda monitoria por lo que de lograr la “sentencia anticipada” deberá ser notificada. Exigirle una notificación personal a quien es o fue su empleador, es imponerle una carga procesal rigurosa tanto por desatender la celeridad en que se apoya el monitorio; y además, supone una tarea de fácil realización lo que no es correcto, máxime si precisamente existen varias posibilidades de la evanescencia de la persona del empleador, a consecuencia de la pérdida del mismo, al momento de necesitar que se haga cargo de sus obligaciones y responsabilidades laborales<sup>62</sup>.

57 PEREIRA (2010), p. 20.

58 SILVOSA (2008), p. 41

59 BONET (2008), pp. 491 y 492.

60 PEREIRA (2010), p. 61. Cuestión con la que coincide HERNÁNDEZ (2012), p. 246.

61 CARRASCO (2010), p. 145.

62 ROJAS (2015), p. 89. Claro ejemplo de ello, son las diversas disposiciones que el C. del Trabajo regula a fin de lograr la identificación del empleador, con miras de asumir sus deberes, tal como ocurre con el art. 3 inciso cuarto (referente a los supuestos para declarar dos o más empresas como único empleador), el art. 183 T (a propósito de exceder el tiempo original convenido de trabajo, ocasión en la cual, la empresa usuaria asume la responsabilidad de la empresa de servicios transitorios a favor del trabajador), y el art. 507 (referente a la simulación y al subterfugio laboral, con el cual, se pretende alterar u ocultar la identidad del empleador)

Con todo, exigir una notificación personal del demandado no sería correcto, quien perfectamente se ocultará, generando una dilación innecesaria en el proceso, máxime si ya estará atento a una eventual acción laboral en su contra como consecuencia de haber sido citado a la actuación administrativa previa que se le exige al demandante acorde al art. 497 del C. del Trabajo.

Es por todo ello que acorde al art. 432 inciso segundo del C. del Trabajo resulta aplicable al procedimiento monitorio, verificándose los supuestos legales, la admisión de todas las formas de notificación reguladas en el C. del Trabajo en los arts. 436 a 439, cuando existan motivos fundados para aplicarlas<sup>63</sup>.

Por ello, la notificación efectiva de la “sentencia anticipada” producirá los mismos efectos, ya sea que se realice personalmente al demandado o acorde al art. 437 del C. del Trabajo o por avisos del art. 439, en la medida que el juez así lo consideré, y siempre que se verifiquen los supuestos legales de su configuración, a fin de garantizar que se respeten tanto el derecho de defensa, la igualdad y la bilateralidad de la audiencia<sup>64</sup> de la parte a la que se debe notificar.

## **6. DEL INCIDENTE DE NULIDAD DE TODO LO OBRADO POR FALTA DE EMPLAZAMIENTO, SU RECHAZO Y DE LA RESTRICCIÓN RECURSIVA**

Si se lleva a cabo correctamente la notificación de la “sentencia anticipada” todo cuestionamiento sobre infracción al debido proceso conforme al razonamiento monitorio se desvanece, pudiendo el demandado -al tenor del art. 500 del C. del Trabajo- optar por no hacer nada al aceptar tal resolución o reclamar sin mayor fundamento, instando a que se cite a una audiencia única, ocasión en la cual podrá contestar la demanda y ofrecer pruebas.

La inquietud surge cuando la notificación adolece de algún vicio de nulidad, afectando el efectivo y fehaciente emplazamiento del demandado.

### **6.1. Oportunidad en la que se alega**

Entendiendo que el C. del Trabajo por aplicación del art. 432 del C. del Trabajo admite la aplicación para el monitorio laboral de forma supletoria de los arts. 84 y

63 En toda estructura procesal la ley ha regulado cuidadosamente los requisitos que deben concurrir para que una resolución judicial puede producir sus efectos, indicando como fundamento esencial la necesidad de su notificación en la forma reclamada y con “*observancia de todas sus exigencias*”. CARRASCO (2010), p. 24.

64 LANATA (2010). p. 63 y 64. En el mismo sentido, a propósito de la “sentencia anticipada” se ha sostenido que “*como toda resolución judicial, ésta deberá ser notificada conforme a las reglas generales*” SILVA (2009), p. 67. Ello, en concordancia con comprender que en los procedimientos laborales existe un sistema complejo de notificaciones, donde no existe un solo tipo de notificación, sino que son diversos e interactúan y se relacionan entre sí. THAYER y NOVOA (2009), p. 273.

siguientes del C. de Procedimiento Civil, como todo incidente deberá promoverse en cuanto se ha tomado conocimiento del vicio que lo motiva<sup>65</sup>.

En ese escenario, si el proceso monitorio está vigente al momento de tomar conocimiento del vicio de nulidad (a saber, estando pendiente aún el plazo para reclamar conforme al art. 500 del C. del Trabajo, o estando ya citadas las partes a audiencia única en atención al reclamo del propio demandante tras el rechazo de plano de su demanda, o por citación de oficio a audiencia decretada por el tribunal), la incidencia de nulidad puesta en conocimiento del juez laboral aun siendo rechazada y habiéndose ejercido la reposición igualmente desestimada, permitirá preparar el recurso de nulidad conforme a la exigencia del art. 480 inc. final del C. del Trabajo, y se podrá -conforme al art. 477 del mismo código- lograr que la Corte de Apelaciones respectiva conozca del vicio de nulidad de todo lo obrado, y con ello, asegurar un control recursivo a su favor. Si el vicio se detecta estando vigente el plazo del art. 479 del C. del Trabajo producto de la sentencia definitiva del art. 501 inc. final del C. del Trabajo, se debe interponer el recurso de nulidad directamente, generándose igualmente un control recursivo.

La dificultad se presenta, si el vicio en la notificación sólo es detectado y alegado estando el proceso ya afinado con una “sentencia anticipada” condenatoria ejecutoriada, no siendo posible ni preparar el recurso de nulidad ni presentarlo directamente, siendo la única opción el formular la incidencia de nulidad por falta de emplazamiento.

## 6.2. Tribunal competente para conocer del incidente de nulidad

Bajo el escenario de un proceso monitorio laboral concluido a favor del actor, al configurarse un título ejecutivo -al tenor del art. 464 N° 1 del C. del Trabajo- obliga al tribunal laboral acorde a los arts. 462 y 466 del C. del Trabajo, a remitir los antecedentes a la etapa de cumplimiento, sea ante el mismo tribunal en su unidad de ejecución o ante el tribunal de cobranza respectivo, generándose un nuevo proceso ahora compulsivo. Con ello, al detectarse el vicio de nulidad por falta de emplazamiento la inquietud es determinar el tribunal competente donde se debe promover el incidente, a saber, el que conoció del monitorio, o aquel en que se ventila la causa de cobranza.

Si asumimos que la “sentencia anticipada” ejecutoriada ya es título ejecutivo, la causa en que se ventilo el monitorio laboral estaría concluida con efecto de cosa juzgada, por lo que no sería viable incidentar en esa sede. Sin embargo, del momento que el cuestionamiento surge en contra de la notificación que condicionaba la ejecutoriedad de la “sentencia anticipada”, debemos entender que el efecto de la misma será de cosa juzgada formal. Unido a ello, en el entendido que el vicio procesal que se reclama es precisamente en el proceso monitorio y no en su etapa de cumplimiento, parece más coherente alegarlo en sede laboral y no de cobranza.

65 El propio art. 443 del C. del Trabajo limita preferentemente los incidentes a audiencia para resolverse de inmediato, pero al momento de entender la oportunidad para promoverlos, se remite igualmente al art. 85 del C.P.C al exigir que sea “*tan pronto*” se tome conocimiento del vicio. SILVA (2009), p. 24

Refuerza todo lo anterior, el hecho que cualquier pretensión en contra de la “sentencia anticipada” como título ejecutivo incluyendo el vicio de nulidad por falta de emplazamiento, no prosperará en sede de cobranza al tenor del art. 470 del C. del Trabajo, a razón de aquella restricción procesal para debatir cuestiones ajenas al pago de la deuda, la remisión, novación y la transacción.

Por todo ello, el incidente de nulidad debe alegarse ante el tribunal que conoció del proceso monitorio laboral que se cuestiona.

### **6.3. Del rechazo de la incidencia de nulidad**

Al deducirse el incidente de nulidad en la misma causa en que se verifica el vicio alegado, éste al estar finalizado, ha generado la remisión de los antecedentes a etapa de cumplimiento, reflejando así que el tribunal laboral dio por establecidos los supuestos que configuraron la notificación válida del demandado. Ello en razón que así como el art. 425 del C. del Trabajo impone el deber de celeridad al juez laboral en éste monitorio, también le exige un impulso procesal de oficio que se relaciona con el art. 429 del mismo cuerpo legal, a fin de corregir de oficio los errores que observe en la tramitación del juicio, debiendo adoptar las medidas tendientes a evitar la nulidad del procedimiento.

Por ello, cuando se deduce el incidente de nulidad por falta de emplazamiento, salvo que aporte el incidentista elementos contundentes que permitan modificar tal criterio, el incidente de nulidad no prosperará.

Con ello, el problema es determinar si ante un acto tan esencial como la validez de la notificación, la resolución que desestima el incidente de nulidad de todo lo obrado por falta de emplazamiento, puede ser materia de control recursivo ante el tribunal superior jerárquico.

### **6.4. Marco legal restrictivo de la apelación en sede laboral**

Entendiendo que un recurso procesal es ordinario si procede contra la mayoría de las sentencias<sup>66</sup>, la regla general es que la apelación es un medio de impugnación ordinario<sup>67</sup>, lo que por aplicación del art. 187 del C. de Procedimiento Civil es acertado. No obstante ello, si entendemos que los recursos extraordinarios sólo son admisibles respecto de algunas resoluciones judiciales o cuando versan en función de causales específicas<sup>68</sup> no bastando la sola concurrencia de perjuicio o agravio<sup>69</sup>, el inciso primero del art. 476 del C. del Trabajo da cuenta que la apelación laboral efectivamente es un recurso extraordinario.

66 MOSQUERA y MATORANA (2017), p. 56

67 CORTEZ (2016), p. 73

68 FIGUEROA (2014), p. 10

69 PALOMO y LORCA (2017), p. 55



Luego, si el art. 474 del C. del Trabajo refiere que los recursos en la judicatura laboral, se registrarán por las normas establecidas en el párrafo 5° del Libro V de éste código, sólo tendrán aplicación supletoria las normas del Libro Primero del C. de Procedimiento Civil. Lo anterior, sin obviar que el art. 432 del C. del Trabajo advierte que la aplicación supletoria del C. de Procedimiento Civil sólo es viable en la medida que no exista regulación expresa en el Código Laboral, y en su caso, que la aplicación supletoria no sea contraria a los principios formativos del procedimiento laboral ordinario, que por aplicación del mismo art. 432 inciso segundo es extensible al monitorio laboral. Lo anterior es consecuencia que tanto la aplicación del art. 474 así como la limitación similar del art. 432 del C. del Trabajo priorizan su carácter especial<sup>70</sup>.

Ante ese marco regulador, la resolución que rechaza la nulidad por vicio de emplazamiento en sede monitoria, no admitiría apelación por no ser de aquellas resoluciones contenidas en el art. 476 del C. del Trabajo.

## 6.5. Actual criterio jurisprudencial predominante en la materia

La posición mayoritaria de los tribunales laborales ante la apelación en contra de la resolución que niega el incidente de nulidad ha sido la de declarar su improcedencia al tenor del art. 476 del C. del Trabajo. Es así, como lo habitual es que una vez que el tribunal laboral declara la improcedencia de dicha apelación, el demandado deduce recurso de hecho a fin que conozca el tribunal de alzada; y en sentido contrario, en los menos casos en que se concede la apelación en sede laboral, habitualmente el demandante deduce un falso recurso de hecho para que la Corte respectiva declare su improcedencia. Las Cortes de Apelaciones conociendo de estos recursos de hechos, tienden preferentemente a corroborar la improcedencia de la apelación al tenor de no ser una resolución susceptible de apelar.

Así, la Corte de Apelaciones de San Miguel al rechazar un recurso de hecho argumentó<sup>71</sup> que respecto de la resolución judicial sobre la que se deduce apelación *“no reviste la naturaleza jurídica de aquellas respecto de las cuales la ley permite la interposición del arbitrio intentado, de manera que siendo la misma improcedente, el presente recurso de hecho será desestimado”*. Apoyado en el mismo criterio ha resuelto continuamente la Corte de Apelaciones de Santiago<sup>72</sup>, añadiendo que *“nuestro legislador al momento de diseñar el sistema de impugnación en el nuevo procedimiento laboral optó por un sistema restringido de recursos limitando, en el artículo 476 del Código del Trabajo, el recurso de apelación sólo a tres hipótesis, a saber, las sentencias*

70 LANATA (2011), p. 29.

71 Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol N° 518-2019, de 11 de noviembre de 2019.

72 Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 205-2015, de 10 de abril de 2015; Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 132-2016, de 22 de marzo de 2016; Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 1908-2013, de 05 de marzo de 2014; Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 826-2020, de 27 de julio de 2020; Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 2224-2019, de 26 de septiembre de 2019, existiendo un voto disidente que estima que la materia al no estar regulada expresamente en el C. del Trabajo, debiera ser recurrible de apelación.

*interlocutorias que pongan término al juicio o hagan imposible su continuación; las que se pronuncien sobre medidas cautelares; y las que fijen el monto de las liquidaciones o reliquidaciones de beneficios de seguridad social por la parte demandada. Que la resolución que resuelve una incidencia de nulidad de todo lo obrado por falta de emplazamiento no comparte ninguna de las categorías reseñadas en el fundamento precedente, razón por la cual no era procedente el recurso de apelación que en su oportunidad se dedujera*<sup>73</sup>. Incluso ese criterio se ha mantenido al momento de desestimar recursos de quejas considerando la naturaleza de tal resolución<sup>74</sup>.

La Corte de Apelaciones de Concepción con el mismo razonamiento ha explicado<sup>75</sup> que *“la resolución que falla un incidente de nulidad de lo obrado por falta de emplazamiento, indudablemente es una sentencia interlocutoria, pero no pone término al juicio laboral ni hace imposible su continuación”*, precisando en otra causa<sup>76</sup> que *“en realidad, lo que puso término al procedimiento monitorio, fue la inactividad de la demandada, al no reclamar de la resolución que acogió provisionalmente la demanda, dentro del plazo de 10 días que dispone el inciso 2° del artículo 500 del C. del Trabajo”*. Ante éste último argumento, surge la inquietud ¿cómo es posible reclamar en la oportunidad procesal de una “sentencia anticipada” de la cual se alega desconocimiento ya que no fue notificada legalmente?

Con ello, la tendencia jurisprudencial en la materia es de no admitir la apelación ante el rechazo del incidente en razón que el citado art. 476 que no lo permitiría.

## **7. CRÍTICAS A LA ACTUAL SOLUCIÓN DADA POR EL LEGISLADOR Y LA JURISPRUDENCIA PREDOMINANTE**

### **7.1. Del incidente de nulidad en comento ¿única instancia e infalibilidad del juez?**

Lo primero a señalar es que ante la aplicación literal del art. 476 del C. del Trabajo y el criterio predominante de los tribunales de asumir que es inapelable la resolución que niega el incidente de nulidad de todo lo obrado por falta de emplazamiento, nos presenta que el análisis a la validez de la notificación en el monitorio laboral es un debate de única instancia.

Sí el monitorio laboral ya genera reparos producto de la “inversión del contradictorio” y siendo la notificación fehaciente del demandado el elemento tranquilizador a fin de asegurar el debido proceso, llama poderosamente la atención que la controversia a su validez no pueda ser materia de control recursivo ante el superior jerárquico.

73 Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 173-2012, de 05 de abril de 2012.

74 Por todas, Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol N° 5-2012, de 09 de abril de 2012.

75 Corte de Apelaciones de Concepción, Rol N° 18556-2016, de 05 de octubre de 2016.

76 Corte de Apelaciones de Concepción, Rol N° 112-2020, de 28 de mayo de 2020.

Se podrá sostener que si el incidente de nulidad se somete a debate y eventual término probatorio ante el juez de la causa, éste deberá hacerse cargo de todos los argumentos y probanzas al momento de resolver la incidencia<sup>77</sup>, garantizándose el control judicial sobre la cuestión, pero lo cierto es que no basta “con que el sistema procesal establezca limitaciones o exigencias a las decisiones adoptadas por el sentenciador (ya que dicho control judicial sólo) se completa cuando es posible que dichas decisiones sean revisadas suficiente y adecuadamente por el superior jerárquico”<sup>78</sup>.

En ése sentido, si velando por el debido proceso se admite la necesidad de disminuir la posibilidad de errores en fallos, se debe otorgar a los litigantes la facultad de reclamar las resoluciones judiciales por diversos medios de impugnación<sup>79</sup> y que éstos sean efectivos. Es cuestionable desentendernos de la posibilidad de admitir una apelación que permita volver a conocer sobre la validez de la notificación, más aun ante una resolución *inaudita altera parte*. Por ello, siempre será preferible su examen por un tribunal superior evitando el debate en única instancia, que por lo demás hace suponer que el juez al resolver sería infalible<sup>80</sup>.

Además, el sistema recursivo no se impone con un fin primordialmente revisor, sino para brindar una nueva respuesta a concretas pretensiones de tutela jurisdiccional, y si se detectan errores, su revisión es en función de la respuesta dada a esta tutela judicial<sup>81</sup>.

77 Exigencia que posiblemente no se cumpla si consideramos que estamos en un proceso donde ya la “sentencia anticipada” no exige motivación ni mucho menos cumplir con exigencias propias de una sentencia definitiva por no serlo; unido a que la sentencia definitiva que pudiera dictarse tras una audiencia única, conforme al art. 501 inc. 3° del C. del Trabajo, admite prescindir además de la síntesis de los hechos y de las alegaciones de las partes, del análisis de toda la prueba rendida, de los hechos que se estiman probados y el razonamiento que conduce a ello.

78 CONTRERAS (2011), p. 279.

79 VÁSQUEZ (2011), p. 171. En mismo sentido, “*El derecho al recurso ha tenido su principal fuente en el Debido Proceso. Este concepto, de gran amplitud doctrinal, se refiere principalmente a un conjunto de garantías mínimas que deben gozar las partes en medio del proceso*” LORCA (2015), p. 305.

80 “*La inclusión de recursos en un procedimiento implica reconocer que las decisiones adoptadas por un tribunal respecto de las controversias, no son infalibles puesto que emanan de personas que están expuestas a cometer yerros. De esta manera, es crucial contar con un mecanismo que permita enmendar dichas equivocaciones*” VÁSQUEZ (2011), p. 175. Por lo demás un reflejo de ésta falibilidad se desprende considerando que en ciertos casos en que se logró superar la tendencia jurisprudencial que niega la apelación, la respectiva Corte dio lugar a la apelación, revocando lo resuelto en primer grado y anuló la notificación que era cuestionada, ordenando retrotraer el estado de la causa monitoria a volver a notificar. Corte de Apelaciones de Copiapó, Rol N° 194-2019, de 28 de octubre de 2019; en otro caso la infalibilidad del juez no fue un criterio unánime, pues tras conocerse un recurso de hecho que fue rechazado (Corte de Apelaciones de Valparaíso Rol N° 780-2017, de 9 de enero de 2018), al resolverse finalmente la apelación propiamente tal, se confirmó la resolución de primer grado que rechazó el incidente de nulidad por falta de emplazamiento, pese a un voto disidente que estaba por revocar la resolución recurrida y dar lugar al incidente de nulidad por vicio de notificación. Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N°770-2017, de 26 de febrero de 2018.

81 Citando a De la Oliva Santos. PALOMO (2010), p. 487. En igual sentido, “*una de las aspiraciones más profundas que tiene una persona que ha sido agraviada con alguna resolución judicial dictada en un proceso del que es parte es aquella que se materializa cuando dicha decisión es revisada por un tribunal superior del que resolvió el asunto por primera vez*”. LORCA (2015), p. 307.

## 7.2. Existe un reconocimiento implícito del constituyente al derecho al recurso

Así como el art. 476 del C. del Trabajo se presenta de modo bastante restrictivo, podríamos considerar que ello no puede criticarse al legislador como una falencia si la propia Constitución no otorga un reconocimiento expreso al derecho a recurso. Lo anterior, pues la Comisión de Estudio que elaboró la Carta Fundamental al referirse al “racional y justo procedimiento” no hizo una enumeración de las garantías reales que la integraban, evitándose tal dificultad<sup>82</sup>. En efecto, al revisar el art. 19 N° 3 de la Carta Fundamental, a propósito de la igualdad ante la justicia, se aprecia que “*la Constitución no asegura el derecho al recurso per se, remitiendo su regulación al legislador, quien soberanamente podrá establecerlo*”<sup>83</sup>. Esto, pues los recursos procesales dependen en gran medida de la índole del proceso, del asunto de que se trata y de la naturaleza del procedimiento<sup>84</sup>.

Tal argumento se desecha, pues pese a que la Constitución no estable explícitamente el derecho al recurso, ello se debe a que en su art. 19 N° 3 en todo momento se entendió implícito como parte del justo y racional procedimiento<sup>85</sup>, ello pues son parte integrante del mismo diversos elementos, entre ellos la posibilidad de revisión de lo fallado por una instancia superior igualmente imparcial y objetiva, y su omisión expresa fue únicamente para evitar incurrir en una errada enumeración que se pudiera entender como taxativa y excluyente de otras<sup>86</sup>. Así, el derecho al recurso es parte integrante del debido proceso, pues siendo éste un mecanismo de resolución de conflictos que otorga un control en las acciones procesales al obrar de las partes<sup>87</sup>, esto no significa una actividad monopólica del tribunal quien igualmente se somete a un control mutuo con los litigantes<sup>88</sup>.

## 7.3. El derecho al recurso tiene aceptación supraconstitucional en toda judicatura

Se ha indicado que el criterio supranacional del derecho al recurso como parte del debido proceso acorde al artículo 8.2 letra “h” de la Convención Americana de los Derechos Humanos, tiene una aplicación restrictiva sólo a sede penal, y sólo para quien es condenado, lo que se justifica ante la contienda desigual entre un ciudadano y el Estado que pretende aplicarle una sanción penal; por ello, el derecho a recurrir no

82 VERDUGO et al (1997), p. 223

83 Tribunal Constitucional, 3 de septiembre de 2015, Rol N° 2723-2014, INA, c. 26°.

84 CEA (2019), p. 177

85 PALOMO (2016), p. 9

86 VERDUGO et al (1997), p. 223

87 DAMASKA (2000), p. 190

88 Citando a Pérez-Cruz. PALOMO (2016), p. 4

necesariamente se recoge ni tiene sentido en otras materias donde la carga procesal es diversa<sup>89</sup>.

En igual sentido se advierte que mientras en el proceso penal no hay duda que el derecho a recurso es integrante al debido proceso y particularmente al acusado con sentencia condenatoria, se afirma que ello no se puede extender a otros procesos máxime si de la revisión de los tratados internacionales no hay texto expreso como sí ocurre con materia penal, de modo que alegar el reconocimiento internacional de éste derecho a otros procesos ajenos al punitivo carece de raigambre normativa y jurisprudencial<sup>90</sup>. Así, no habría exigencia supranacional acorde al art. 5 inciso segundo de la Constitución que obligue a imponer a un derecho al recurso en sede laboral.

Tales argumentos se refutan considerando que a propósito del art. 5 inciso segundo de la Constitución que hace exigible la normativa supranacional, existe un compromiso del Estado a garantizar que la autoridad competente prevista por su sistema legal decidirá sobre los derechos de toda persona que interpongan un recurso judicial, así como la forma de concederla y garantizar su cumplimiento por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso<sup>91</sup>.

Luego, asumir que el derecho al recurso sólo admite su aplicación al proceso penal es errado, pues existe una regulación y jurisprudencia supranacional al tenor de los artículos 8.2 letra "h" de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que admite una interpretación abierta<sup>92</sup>. Una interpretación restrictiva a sede penal haría concluir que no hay derecho a recurrir en juicios de diversa índole, lo que no es acertado pues no existen razones para discriminar entre las distintas materias que se ventilan en los procesos, considerando que existen otros bienes jurídicos además de los penales, como los laborales, que justifican una doble revisión de lo decidido<sup>93</sup>.

No obstante ello, un argumento adicional surge de seguir el mismo fundamento para la interpretación restrictiva de sede penal: si el recurso es el mecanismo idóneo para nivelar el obrar del Estado en contra del ciudadano, la apelación que se le niega actualmente al demandado en el monitorio laboral al desestimar su intención de anular una notificación judicial se ubica en un plano similar, del momento que acorde a los arts. 437 y siguientes del C. del Trabajo en relación con el art. 430 del mismo cuerpo legal, lo que se pretende revisar recursivamente es lo obrado por un ministro de fe o agente del propio tribunal que, para tales fines, igualmente representa al Estado. Así, el

89 FUENTES y RIEGO (2017), p. 305

90 NÚÑEZ y BRAVO (2017), pp. 96 a 99.

91 INFANTE y OPAZO (2012), p. 206

92 PALOMO (2016), pp. 9 a 16

93 PALOMO y LORCA (2017), p. 46. *"Un proceso debe ser debido o justo independiente de si lo que se discute ha sido definido como penal, laboral, familiar o comercial"*. PALOMO (2016), p. 15.

fundamento de esta apelación laboral es el mismo: un particular reclamando en todo momento del obrar estatal.

#### 7.4. Del deber del legislador de dar garantías en el proceso

Se ha planteado que el derecho al recurso sólo puede comprenderse como una técnica legislativa<sup>94</sup> pues, obviando la sede penal, *“la exigencia constitucional del derecho al recurso como componente del debido proceso, depende de múltiples circunstancias sistemáticas y de contexto procesal, o incluso concretas, y no configura un requisito de validez del juicio per se (...), siendo un asunto que se remite a la competencia del legislador nacional”*<sup>95</sup>, ello en atención a que *“establecida la posibilidad de revisión, el legislador es libre de determinar el modo y los procedimientos para lograrla”*<sup>96</sup>. Lo anterior permitiría asumir el reconocimiento del derecho al recurso sólo en el ámbito del debido procesal legal, no significando la consagración a la doble instancia o el derecho a recursos específicos, como la apelación<sup>97</sup>, a nivel superior.

Tales ideas se rechazan considerando que al tenor del art. 19 N° 3 inciso sexto en su segunda parte de la Constitución se advierte que *“corresponderá al legislador establecer siempre las garantías del procedimiento y una investigación racionales y justos”*, siendo ésta una cláusula abierta para la constante e incesante labor de perfeccionamiento procesal que la Carta Fundamental le impone a la ley, siendo una tarea de bien común inacabable<sup>98</sup>. Con ello, del mencionado mandato constitucional se desprende – acorde a la expresión *“siempre”*– que la ley procesal tiene un deber irrestricto de brindar un criterio de tutela judicial a las personas que concurren a tribunales, recibiendo su protección tanto en la tramitación del proceso como del fallo, otorgándoles la posibilidad de revisarlos<sup>99</sup>. La propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional lo advierte al sostener que a propósito de la revisión *“siempre que se garantice ello, el legislador es libre para configurar las modalidades de ejercicio, sea en procedimientos con única instancia y la posibilidad de obtener un pronunciamiento de nulidad, sea en procedimientos de doble instancia”*<sup>100</sup>.

Así, no basta calificar como una cuestión de resorte legislativo el derecho al recurso en fuero extra penal, para excluirlo como opción para lograr revisión de fallos, cuando existe un imperativo constitucional de brindar una tutela judicial efectiva al legislador. El acceso a la justicia (o a la jurisdicción) *“constituye un instrumento de defensa que*

94 VIEYRIA (2021), p. 48

95 Tribunal Constitucional, 12 de junio de 2018, Rol N° 3054-2016, INA, c. 10°.

96 Tribunal Constitucional, 20 de junio de 2017, Rol N° 3175-2016, INA, c. 10°.

97 VIEYRIA (2021), pp. 52 y 53.

98 CEA (2019), p. 179.

99 PALOMO (2016), p. 10

100 Tribunal Constitucional, 5 de julio 2012, Rol N° 2034-2011, INA, c. 13°.

*el Estado pone en manos de las personas en reemplazo de la autotutela, esta última inaceptable dentro del Estado Constitucional y del Estado de Derecho, lo que obliga a configurarlo de manera que se establezca en su favor el mayor grado de garantías posibles*<sup>101</sup>, todo lo que se concretiza por medio de un debido proceso, entendiéndolo como aquel derecho que *“permite que el proceso se desarrolle con todas las garantías esenciales, racionales y justas que contribuyan a un procedimiento equitativo y no arbitrario”*<sup>102</sup>.

Ante el consenso sobre aquellas garantías integrantes mínimas del debido proceso que se nos presentan como coincidentes, y por ende, indubitables<sup>103</sup>, nos encontraremos tanto con el derecho a la defensa que además exige de una notificación previa, así como la existencia de una sentencia fundamentada, todo lo que no pueden estar ausente en ningún caso.

Luego, como ya se explicó previamente, las críticas a las que se somete el monitorio laboral versan precisamente sobre la supuesta ausencia de los elementos más básicos de rango constitucional que componen el debido proceso, los que inclusive van de la mano con aquellos reparos sobre un juez imparcial producto de la “inversión del contradictorio”, todo lo que desaparece con la notificación del demandado, es decir, la garantía elemental del monitorio. Por ende, así como el juez está obligado a brindar certeza de estar correctamente realizado el emplazamiento al tenor del art. 429 del C. del Trabajo, es deber del legislador brindar caución de tal obligación que el proceso laboral debe otorgar acorde a esa actuación procesal, no teniendo lógica la negativa de no conocer una apelación de ese vicio procesal, por estar presente su deber de tutela efectiva que la Constitución le impone, sin que éste puede justificar su omisión en que era un tema técnico y además opcional.

## **7.5. No existen otras medidas correctivas a aplicar**

Se ha planteado que no siempre el recurso de apelación con miras correctivas es indispensable considerando que un diseño eficiente de los recursos procesales también toma en cuenta los costos de oportunidad, especialmente cuando no son el único

101 NOGUEIRA (2007), p. 32.

102 GARCÍA y CONTRERAS (2013), p. 257.

103 A modo de ejemplo: La Comisión de Estudio de la Constitución de 1980 mencionó, sin agotarlos, como elementos mayores y esenciales de un racional y justo procedimiento: que se deduzca y notifique la acción a la partes, brindándoles un plazo para preparar su defensa y responder adecuadamente; que exista real e igual oportunidad entre litigantes tanto en prueba como bilateralidad de audiencia; y la dictación de una sentencia con respeto a la Constitución y las leyes, siendo como regla general, sometida a doble instancia. CEA (2019), p. 179; Asimismo, se ha indicado que hablar de un “racional y justo procedimiento” importa 1.- Notificación y audiencia del afectado, pudiendo procederse en su rebeldía si no comparece una vez notificado, 2.- Presentación de las pruebas, recepción de ellas y su examen; 3.- Sentencia dictada en un plazo razonable, 4.- Sentencia dictada por un tribunal u órgano imparcial y objetivo; y 5.- Posibilidad de revisión de lo fallado por una instancia superior igualmente imparcial y objetiva. VERDUGO et al. (1997), p. 223.



medio para minimizar los errores judiciales si existen otras medidas a considerar<sup>104</sup>. De ahí que no todos los procedimientos del C. del Trabajo pueden acceder a todo tipo de recursos para la revisión de lo decidido por un tribunal superior<sup>105</sup>. Lo anterior, en atención a la existencia del recurso de reposición del art. 475 del C. del Trabajo, unido a que el juez laboral además tiene facultades oficiosas acorde al art. 429 del C. del Trabajo que le exigen imperativamente corregir los vicios procesales que se detecten y dictar la nulidad procesal respectiva, siendo un verdadero deber procesal para el tribunal laboral, quien no sólo debe corregir los equívocos que observe en el proceso, sino también adoptar las medidas que tiendan a evitarlos<sup>106</sup>.

No obstante lo anterior, en la especie cuando se deduce el incidente de nulidad por falta de emplazamiento, lo cierto es que se le estaría indicando al juez laboral – a propósito de su deber de examen procesal acorde al citado art. 429 - que cometió un errado control en evitar la existencia de vicios procesales, razón por la que asumir que la reposición sería un mecanismo correctivo al caso resulta altamente complejo pues *“la experiencia nos ha enseñado que son escasas las ocasiones en que un juez revalúa en distinto sentido su criterio”*<sup>107</sup>.

De igual modo, pese a que el art. 429 del C. del Trabajo dispone que el juez laboral tiene facultades correctivas oficiosas para subsanar vicios en la tramitación de la causa, del momento que éste desecha el incidente de nulidad por falta de emplazamiento, ya efectúa un pronunciamiento que descarta la corrección oficiosa, agotando todo mecanismo correctivo.

## **7.6. La seguridad jurídica pretendida no puede respaldarse en un error judicial**

Si asumimos que el demandado en el monitorio laboral pretende apelar en contra de la resolución que niega el incidente de nulidad la falta de emplazamiento, dicho recurso al ejercerse con un juicio ya concluido, afectaría la seguridad jurídica que brinda tal proceso.

Luego, bajo esa lógica ciertos conflictos jurídicos -acorde al nivel de exigencia y desarrollo- admitirían restricciones recursivas (limitando tanto el número como su oportunidad) a fin de ser resueltos de una vez y para siempre, brindando seguridad jurídica<sup>108</sup>. Por ello, las reformas procesales potenciaron el primer grado mediante una modificación orgánica profunda, pretendiendo una tutela judicial efectiva a favor de los

104 NÚÑEZ y BRAVO (2017), p. 95

105 INFANTE y OPAZO (2012), p. 211

106 LANATA (2011), p. 292

107 DELGADO y VALLESPIN (2016), p. 279

108 FIGUEROA (2014), p. 6

litigantes a fin de entregar una justicia rápida, efectiva y de calidad<sup>109</sup>. De seguir esta tendencia, la procedencia de un recurso exige que además de estar previsto legalmente deba existir un agravio o perjuicio al recurrente conforme a una resolución dictada preferentemente en un proceso que no debe estar ejecutoriado<sup>110</sup>, ello pues para que el recurso sea eficaz se debe ejercer contra una resolución que se haya dictado en un proceso no concluido, pues en caso contrario, pierde oportunidad y ataca la certeza jurídica<sup>111</sup>.

Todas esas ideas de igual modo se rechazan pues la apelación en contra del fallo que niega el incidente de nulidad busca precisamente agotar la certeza y la verdad jurídica de la notificación en que descansa el monitorio. Concebir la existencia del recurso como un medio para permitir el segundo grado jurisdiccional constituye una medida necesaria en aras a la seguridad jurídica, la economía procesal, y la coherencia funcional en la intervención de los órganos jurisdiccionales<sup>112</sup>.

Además, al estar ante un tribunal unipersonal, la posibilidad de error aumenta tanto en lo fáctico como jurídico<sup>113</sup>, lo que no es menor cuando sus efectos pueden ser devastadores si los justiciables se convencen de que existió un error judicial en su caso, generando una desconfianza tanto del sistema jurisdiccional como de la sociedad; de ahí, que para lograr tal seguridad jurídica los recursos procesales evitan el error judicial en cuanto sea posible<sup>114</sup>.

## **8. PROPUESTA DE SOLUCIÓN ACORDE A LA *LEGE LATA* Y LA JURISPRUDENCIA MINORITARIA.**

Una primera solución a ésta restricción recursiva, se desprende de aquel criterio minoritario jurisprudencial que reconoce la procedencia de la apelación al tenor de advertir que los propios argumentos dados por la jurisprudencia predominante merecen reparos, en especial al estimar que la cuestión no se estima superada con sólo

109 CONTRERAS (2017), p. 265.

110 MOSQUERA y MATURANA (2017), p. 30.

111 Situación distinta es el mal llamado “recurso de revisión”, por ser una acción judicial independiente, que se configura como un remedio excepcional (medio de impugnación en sentido amplio). PALOMO (2016), p. 7.

112 MOSQUERA y MATURANA (2017), p. 97. Se ha indicado que la ventaja que brinda la doble instancia, es evitar hasta donde es posible el error judicial, considerando que se lograría un control por un tribunal superior colegiado de mayor experiencia. FIGUEROA (2014), p. 28; en igual sentido, CONTRERAS (2017), p. 272.

113 INFANTE y OPAZO (2012), p. 204. Lo anterior sin desconocer que el juez laboral está más propenso a ello, por ser un tribunal unipersonal, quien aislado de la posibilidad de debatir con pares, y más aun con facultades oficiosas fortalecido por la celeridad que le exige el proceso laboral, amén de exigencias internas de gestión y administración es más propenso a errores. PALOMO y LORCA (2017), pp. 67 a 69.

114 FIGUEROA (2014), p. 6. Mientras más ajustada a la verdad es la sentencia, más justa es la decisión, por lo que idealmente la revisión de los hechos no debe quedar supeditada a la opinión de un solo tribunal y menos si este es unipersonal y de grado inferior por el mayor margen de error en que es posible incurrir. INFANTE y OPAZO (2012), p. 205.

apoyar la motivación del art. 476 del C. del Trabajo, por ser una norma aparentemente cerrada, todo lo que mediante una reinterpretación admite perfectamente otra lectura conforme al actual marco normativo, en atención a la importancia del acto jurídico que es cuestionado.

### **8.1. Si la resolución recurrida no pone fin al monitorio laboral, ¿qué lo hace?**

La jurisprudencia mayoritaria afirma que la naturaleza jurídica de la resolución que niega el incidente de nulidad de todo lo obrado no se configura dentro del art. 476 del C. del Trabajo, pues no pone fin a la instancia ni hace imposible la prosecución de ella, no obstante que dentro de éste criterio mayoritario no hay certeza si lo que pone fin a la instancia es la “sentencia anticipada” firme<sup>115</sup> o, la inactividad del demandado posterior a ella<sup>116</sup>.

Así como la jurisprudencia mayoritaria no es uniforme en determinar sobre que pone fin a la instancia en el monitorio laboral, tampoco es pacífica la afirmación que la resolución que rechaza el incidente no se enmarca dentro del art. 476. A la fecha existen criterios minoritarios<sup>117</sup> que sostienen que la resolución que rechaza el incidente de nulidad si pone fin a la instancia o hace imposible su continuación, por lo que se ajustaría al art 476.

Aun asumiendo que el rechazo de la nulidad no pone fin al monitorio laboral, surge la inquietud ¿Qué pone fin a la instancia o hace imposible el curso progresivo del monitorio una vez dictada la “sentencia anticipada”? Si es la “sentencia anticipada” esta se condiciona al comportamiento del demandado una vez emplazado, y si es la inactividad de éste ello también queda condicionado a su notificación. Luego, si en la primera actuación fehaciente del demandado ante el tribunal, éste alega un vicio de

115 Sólo a modo de ejemplo, Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 132-2016, de 22 de marzo de 2016.

116 Sólo a modo de ejemplo, Corte de Apelaciones de Concepción, Rol N° 112-2020, de 28 de mayo de 2020.

117 Corte de Apelaciones de Copiapó, Rol N° 24-2008, N° 25-2008, N° 26-2008 y N° 27-2008 todos de 24 de octubre de 2008, al desestimar recursos de quejas advierte que la resolución que rechaza la nulidad por vicio de emplazamiento si es apelable; Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 1908-2013, de 05 de marzo de 2014, el voto disidente fue de acoger el recurso de hecho y admitir a trámite la apelación, argumentando que la resolución que rechaza el incidente de nulidad es una interlocutoria que sí pone fin a la instancia o hace imposible su prosecución; Corte de Apelaciones de Concepción, Rol N° 112-2020, de 28 de mayo de 2020, el voto disidente fue de parecer de acoger el recurso de hecho y conceder la apelación, a fin de conocer del vicio de nulidad considerando que la resolución apelada si hizo imposible la prosecución del juicio, toda vez que el fundamento de la nulidad era precisamente que no se tuvo conocimiento del juicio, lo que impidió al recurrente ejercer el derecho de reclamación del monitorio, quedando así en indefensión; Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 1386-2015, de 30 de octubre de 2015, pese a que existe un voto disidente que niega la susceptibilidad de la resolución por estimar que no se ajusta a lo dispuesto en el art. 476 del C. del Trabajo; finalmente, y aun cuando ello guardaba relación con una causa ordinaria laboral, la Corte de Apelaciones de Talca, Rol N° 155-2020, de 28 de julio de 2020, al conocer del fondo a propósito de una apelación deducida en contra de una resolución que rechazo un incidente de nulidad por falta de emplazamiento, no cuestionó la procedencia del recurso.

nulidad resulta complejo insistir que la causa ya estaba concluida, sin someterlo a una exhaustiva revisión.

Con ello, ese argumento dado por la tendencia predominante se desestima.

## **8.2. De la redacción ambigua del C. del Trabajo al reforzar la restricción recursiva**

Si el mencionado art. 476 restringe las resoluciones apelables no se entiende la necesidad que el art. 472 del C. del Trabajo a propósito del procedimiento de cobranza judicial recalque que, salvo la resolución del art. 470, las demás resoluciones son inapelables si éstas no se ajustan a la naturaleza del citado art. 476.

Por ende, si la ley hace ese reforzamiento argumentativo se debe a que el art. 476 admite la existencia supletoria por el art. 432 de resoluciones reguladas en el C. de Procedimiento Civil que podrían ser apelables en sede laboral. Lo anterior, en atención a que se ha sostenido que el art 476 contiene una enumeración general que aparentemente resulta excluyente<sup>118</sup>, pues el mismo C. del Trabajo admite además otras resoluciones apelables como las del art. 453 N° 1 inciso sexto, a propósito de la resolución que acoge la incompetencia, caducidad y prescripción, así como la sentencia definitiva del citado art. 470 que se dicta en etapa de cumplimiento sobre las excepciones de pago, remisión, novación y transacción.

De seguir la misma lógica, el art. 502 del C. del Trabajo que sólo excluye el recurso de unificación de jurisprudencia, no plantea que las resoluciones dictadas en el monitorio que no se ajusten al art. 476 son inapelables, por lo que no se excluye la remisión del art. 432.

## **8.3. Naturaleza jurídica de la resolución apelada y de la supletoriedad del C. de Procedimiento Civil**

Tal como advierte el criterio jurisprudencial minoritario adoptado por la Corte de Apelaciones de Copiapó<sup>119</sup> el incidente de nulidad de todo lo obrado por falta de emplazamiento no ésta regulado expresamente en el C. del Trabajo, a saber, ni en el monitorio, ni en el proceso de aplicación general ni en las reglas comunes, lo que obliga a dar aplicación por remisión supletoria del art. 432 del mismo cuerpo legal, a los arts. 80 y siguientes del C. de Procedimiento Civil que sí lo regulan.

Ello genera que en el evento de rechazarse el incidente si sería posible apelar por aplicación a los arts. 158 y 187 del C. de Procedimiento Civil, por ser una resolución interlocutoria que resolviendo un incidente establece derechos permanentes en favor

118 LANATA (2011), p. 52.

119 Corte de Apelaciones de Copiapó, Rol N° 193-2019 y en Rol N° 194-2019 ambos de 28 de octubre de 2019, en ambos casos, dicha Corte conoció en razón de la apelación que sí fue concedida por el juzgado laboral, no obstante que el tribunal de alzada igualmente se hizo cargo de la naturaleza de la resolución recurrida.

de las partes, en atención a que el C. del Trabajo no lo regula expresamente. Con ello, su aplicación es preferente por ésta remisión en razón que existe una especialidad en la cobertura de la incidencia que el C. del Trabajo no contiene, quedando relegados sus arts. 474 y siguientes. Por lo demás, la aplicación supletoria de normas generales en la judicatura laboral al conocer cuestiones procesales no reguladas expresamente no sería ninguna innovación en dichos juzgados<sup>120</sup>.

Siguiendo ese razonamiento la Corte de Apelaciones de Concepción ha añadido<sup>121</sup> que al ser un incidente regulado en los arts. 83 y siguientes del C. de Procedimiento Civil y no estando regulado en ningún procedimiento laboral, ello impide aplicar las disposiciones sobre recursos laborales de los arts. 474 y siguientes del C. del Trabajo pues no se trata de materia contenida en el texto laboral, de forma que la resolución que desecha el incidente de nulidad de la notificación admite ser susceptible de apelación, dándose aplicación a los arts. 158 y 187 del C. de Procedimiento Civil, por ser una resolución interlocutoria que resolviendo un incidente establece derechos permanentes en favor de las partes. En igual sentido, la Corte de Apelaciones de Valparaíso lo ha argumentado<sup>122</sup> al rechazar un falso recurso de hecho.

Ante ese argumento dado por la minoría, la tendencia mayoritaria de las Cortes advierte que *“la alegación formulada respecto de la aplicación supletoria del Código de Procedimiento Civil ha de ser rechazada toda vez que para que ello suceda deben darse dos presupuestos básicos y copulativos, el primero dice relación con que la situación procesal no se encuentre expresamente normada, y el segundo, que su aplicación no vaya en contra de los principios que rigen el procedimiento”*<sup>123</sup>.

De lo anterior, ésta solución impuesta tiene como barrera a superar los “principios formativos” que presenta el C. del Trabajo.

#### **8.4. Los “principios formativos” laborales no impiden esta solución jurisprudencial**

Ante la posibilidad de aplicar el criterio minoritario jurisprudencial como solución, recurriendo a la aplicación supletoria del art. 432 del C. del Trabajo a fin de concurrir a

120 A propósito de acciones laborales de docentes en contra de municipios por cobro de bonos proporcionales de la ley N° 19.933 adeudados, ello generó que los demandados entre sus diversas defensas plantearan la excepción de prescripción extintiva argumentando el art. 510 del C. del Trabajo, que disponía plazos fatales de 6 meses y 2 años desde su exigibilidad. Ante ello, los criterios mayoritarios de la jurisprudencia laboral han referido que tales bonos no están regulados en el C. del Trabajo, de manera que no es factible aplicar disposiciones especialísimas laborales, debiendo aplicarse normas comunes con plazos de mayor extensión. A modo de ejemplo, Corte de Apelaciones de Talca, Rol N° 208-2019, de 15 de enero de 2020. Otro ejemplo, es que pese a la falta de regulación expresa en el C. del Trabajo igualmente se admiten en los procesos laborales los recursos de aclaración, rectificación o enmiendas de los litigantes conforme al art. 182 del C. de Procedimiento Civil.

121 Corte de Apelaciones de Concepción, Rol N° 332-2019, de 20 de diciembre de 2019.

122 Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N° 780-2017, de 09 de enero de 2018.

123 Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 173-2012, de 05 de abril de 2012.

las disposiciones del C. de Procedimiento Civil, y conceder la apelación, la jurisprudencia predominante indica que se infringirían los principios formativos del proceso laboral del art. 425<sup>124</sup>. Es más, se ha sostenido que pretender la revisión de las cuestiones de hecho por parte de los tribunales de segunda instancia comprometería principios tales como la inmediatez, la oralidad, la concentración y la continuidad que deban regirse en primera instancia<sup>125</sup>.

Ante todo ello, es necesario indicar que siendo el proceso una realidad artificial establecida por ley que acude a distintos elementos que la moldean, algunos de éstos deben forzosamente estar siempre presentes y cuya omisión impedirá hablar de un proceso como tal (debido proceso) mientras que otros son elementos opcionales en su utilización, de entre otros existentes, y por ende, serán optativos para construir ésta realidad, de forma que su utilización u otra elección, no compromete la existencia misma del proceso. En el primer caso, nos encontramos ante los “principios” y en el segundo caso ante “reglas técnicas”<sup>126</sup>.

Así, verdaderos principios del proceso son la igualdad de partes, de contradicción, de imparcialidad, de moralidad del debate y el debido proceso, y la denominación legal del art. 425 del C. del Trabajo a ciertos “principios” formativos no los transforma en tales<sup>127</sup>, por ser reglas técnicas a las que se optó para dar estructura a esta realidad artificial del proceso laboral (incluyendo el monitorio), y como tal, admiten moderación en su empleo debiéndosele dar el mejor uso posible.

Aclarado ello, invocar éstas reglas técnicas, que admiten ponderación, como limitante al derecho al recurso -que integra el debido proceso- no se estima acertado<sup>128</sup>, considerando que negar la apelación ante la aparente incompatibilidad con los “principios formativos” no es un argumento convincente, máxime si éstos siendo inspiradores de la reforma laboral en ocasiones pueden resultar incompatibles con el espíritu de la norma<sup>129</sup>.

124 En recurso de queja, el juez recurrido en su informe plantea que la resolución cuestionada no admite aplicación supletoria del art. 432 por alterar principios laborales y texto legal. Corte de Apelaciones de Iquique, Rol N° 612-2019, 13 de enero de 2020. De igual modo, se negó la admisibilidad de la apelación por ser contraria a principios laborales. Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 173-2012, de 05 de abril de 2012.

125 MOSQUERA y MATORANA (2017), p. 146. En igual sentido, INFANTE y OPAZO (2012), p. 207.

126 PALOMO (2010), pp. 471 y 472.

127 Cuando a todo criterio general al que se opta para reglar un proceso o parte de él, se le llama “principio” genera que nada es principio. Citando a De la Oliva Santos. PALOMO (2010), p. 473.

128 Siendo las reglas técnicas opcionales para el legislador y flexibles en su utilización por el juez, no pueden ser una razón para negar el derecho al recurso. Se debe evitar la utilización imprecisa y abusiva por el legislador de hablar de “principios procesales” con escasa prolijidad o confusión poniendo en riesgo postulados indispensables como el derecho de defensa, el contradictorio, la imparcialidad y el derecho al recurso, ya que se termina priorizando reglas inferiores en categoría, contingencia y opcionales para el legislador al diseñar un procedimiento. PALOMO y LORCA (2017), p. 33. En igual sentido se ha señalado que la oralidad, celeridad e inmediatez no constituyen en sí principios procesales sino sólo técnicos del debate procesal (citando a Alvarado). CONTRERAS (2017), p. 272.

129 DELGADO (2008), p. 63.

### **8.4.1. Concentración e inmediación**

Si entendemos que mediante la concentración e inmediación, nos encontramos con que el contacto directo del juez con las partes y sus pruebas, de llegar a rendirse en ésta incidencia, no le otorgará una particular visión sobre el conflicto que no pueda ser reproducido en el tribunal de alzada.

En efecto, en éste incidente surgido con una “sentencia anticipada” firme se tiende a resolver de plano, o en el mejor de los casos con debate y prueba que nuevamente por supletoriedad se someterá a las normas del C. de Procedimiento Civil. Con ello, pese a que en la reforma laboral la apelación se reduce a casos muy puntuales en los “*que no sea imprescindible haber presenciado lo ocurrido en audiencias para poder decidir acertadamente el asunto cuya enmienda se solicita*”<sup>130</sup>, éste es una cuestión que puede ser perfectamente conocida en segunda instancia sin vulnerar el espíritu de tales “principios”.

### **8.4.2. De la oficialidad**

A su vez, respecto del impuso procesal de oficio conforme al art. 429 inc. segundo del C. del Trabajo, el juez ésta llamado a corregir los errores que pueda apreciar, con miras a la adecuada sustanciación del juicio monitorio, y no debe limitarse sólo a dictar la “sentencia anticipada” y esperar la actuación posterior de un auxiliar de la administración de justicia encargado de la notificación. Con ello, esta regla es más coherente con un doble control judicial.

### **8.4.3. Bilateralidad de la audiencia y gratuidad**

La posibilidad de la doble instancia en éste incidente resulta más acorde a la bilateralidad o principio de audiencia, producto que la lógica monitoria alteró la “contradicción” y para el caso que nos interesa, en la especie nos encontramos con que la primera actuación concreta y efectiva del demandado ante el juez laboral -estando ya condenado por “sentencia anticipada”- será aquella en que referirá la existencia de un vicio en la notificación que afecta su derecho a ser oído, motivo por el cual acudir al art. 432 parece más razonable conforme a éste “principio”.

A su vez, aun cuando se ha advertido que la interposición de recursos deriva en juicios más largos retrasando su conclusión, lo que económicamente genera un costo para el litigante y reduce la demanda por justicia<sup>131</sup>, plantear que la apelación afecta la gratuidad no merece mayores reparos, del momento que no se compromete

130 VÁSQUEZ (2011), p. 178.

131 NÚÑEZ y BRAVO (2017), p. 105, p. 93. Considerando que los tribunales superiores hoy en día están sobrecargados, cualquier cuestión que se someta a su conocimiento se demorara, y ello es igual a su denegación por una justicia retardada. MOSQUERA y MATURANA (2017), p. 97.



en absoluto ello, al no mediar carga ni costas personales ni procesales con la actual regulación, al admitir esta solución jurisprudencial minoritaria, considerando que la gratuidad acorde al art. 431 del C. del Trabajo conlleva que toda actuación, trámite o diligencia del juicio que sea realizada por el tribunal no importará gastos para los intervinientes.

#### **8.4.4. Celeridad y la buena fe procesal**

Repudiar la doble instancia de éste incidente aplicando el art. 430 del C. del Trabajo, ya que la celeridad y la buena fe se afectarían ante una dilación del proceso monitorio<sup>132</sup> no es motivo suficiente para ello. Nótese que lo exigido es evitar una dilación “innecesaria”, y si el perjuicio sufrido no se puede impetrar por acciones ordinarias en un nuevo juicio<sup>133</sup>, al hablar de un vicio en el emplazamiento se deberá incidentar en el juicio que lo motiva, donde el debate no es menor o innecesario ya que el vicio alegado versa sobre un antecedente que involucra una alteración grave en el ordenamiento jurídico cuya protección interesa a la sociedad<sup>134</sup>.

Por lo demás, no admitir recursos para evitar los excesos a que puede dar lugar la tardanza judicial es errado, ya que a la justicia hay que respetarle ciertos plazos en el proceso que resultan imprescindibles, en especial, por la eventual falibilidad del juez debiendo optar en lugar de decisiones instantáneas por un punto de inflexión entre la espera y la corrección<sup>135</sup>.

Además, si consideramos que el inciso final del art. 430 del c. del Trabajo advierte que las actuaciones dilatorias son aquellas destinadas a demorar la prosecución del juicio, siguiendo la misma lógica de la jurisprudencia que niega la apelación por no poner fin a la instancia, no se podría dilatar una causa ya concluida y de aplicarse supletoriamente las normas del C. de Procedimiento Civil la apelación se concederá en el sólo efecto devolutivo conforme a su art. 194, de modo que no interrumpirá la causa de cobranza que derive del juicio monitorio. Así, la Corte de Apelaciones de Concepción al desestimar un falso recurso de hecho advierte<sup>136</sup> que pese al carácter restrictivo de los recursos en sede laboral, al dictarse la resolución apelada “*con posterioridad a la*

---

132 La justificación que se da en las reformas para limitar los recursos es supuestamente evitar actos dilatorios así como el abuso procesal, para lo cual apuestan por el trabajo de los tribunales y respuestas eficaces. PALOMO (2016), p. 24. En igual sentido, se ha indicado que admitir esta apelación daría lugar a una segunda instancia que prolongaría indebidamente los juicios. FIGUEROA (2014), p. 28. No obstante lo anterior, para calificar si un recurso es dilatorio o no, éste requiere ser conocido y examinado por el tribunal siendo un error apriorístico calificarlo de mal intencionado. Voto de prevención. Tribunal Constitucional, Rol N° 8695-20 INA; de 03 de septiembre de 2020.

133 BENAVENTE (1997), p. 277.

134 GORIGOITÍA (2013), p. 596.

135 TAVOLARI (2017), p. 3.

136 Corte de Apelaciones de Concepción, Rol N° 88-2015, de 21 de enero de 2015.

*sentencia definitiva, (...) no producía el efecto de dilatar su curso y que, de acuerdo a las reglas generales, supletoriamente aplicables por reenvío efectuado en el artículo 432 del Código del Trabajo, es apelable al tratarse de una sentencia interlocutoria tal como lo consigna el art. 187 del C. de Procedimiento Civil.”*

Por lo demás, éste incidente no recae sobre cualquier cuestión accesoria al juicio, sino sobre la notificación fehaciente del demandado, cuyo perjuicio es de la mayor magnitud al causar indefensión, siendo difícil verlo como un mero incidente dilatorio<sup>137</sup>.

Atribuir al demandado, el querer entorpecer el juicio monitorio mediante el recurso, si bien no se niega pues es posible, si reflejaría una estrategia muy arriesgada del demandado considerando ya el criterio mayoritario de los tribunales sobre la única instancia en estos cuestionamientos. Más viable para lograr la supuesta demora en el mismo monitorio, sería reclamar conforme al art. 500 del C. del Trabajo, asistir a audiencia única, recurrir de nulidad de la sentencia definitiva, con los retrasos que ello conlleva.

Es más, al obviar el éxito del monitorio en la notificación fehaciente del demandado, se corre más riesgo de convertirse en una vía de fraude a la que podrían acudir sujetos desaprensivos para provocar un mandato de pago incondicional ante el que nada podría hacer el supuesto deudor si no es informado legalmente<sup>138</sup>, con lo cual una eventual infracción a la buena fe no sería exclusivamente una opción sólo imputable al demandado<sup>139</sup>, considerando que en Chile es posible la notificación ficta como ocurre con los avisos.

No olvidemos que la celeridad impuesta en las reformas a los sistemas procesales buscan una tutela jurisdiccional rápida pero sin mermar los derechos de los justiciables<sup>140</sup>, máxime si la rapidez que se pretende nunca debe entrar en conflicto con principios de rango superior o derechos constitucionales<sup>141</sup>. Con ello, tales “principios” no impiden la remisión supletoria a las normas del C. de Procedimiento Civil, y por ello admitir la procedencia de la apelación.

137 Pese a ser un concepto jurídico indeterminado, un perjuicio suficiente para producir nulidad es un tema que debe ser abordado a partir del caso concreto, al tipo de incidente y considerando la dinámica del proceso en cuestión. GORIGOITÍA (2013), p. 597.

138 SILVOSA (2008), p. 42

139 En el monitorio laboral la notificación efectiva del demandado supera el fraude procesal. Así, se podría dar el caso que una persona demande a otra, mintiendo sobre la supuesta existencia de una relación laboral entre ellos, sin contar con un contrato de trabajo escriturado. Con ello, bastaría que dicha persona indicara domicilios inexactos del supuesto empleador, de forma que en sede administrativa la Inspección del Trabajo lo citaría por carta certificada al tenor del art. 497 inc. tercero del C. del Trabajo, y ya en sede judicial al no lograr producir la notificación personal o conforme al art. 437 del C. del Trabajo, se podría llegar a notificar mediante avisos conforme al art. 439 del mismo código, produciendo una indefensión evidente. Luego, si el demandado comparece posteriormente a reclamar por su falta de emplazamiento legal, limitar le la posibilidad de revisar el mérito de la notificación en doble instancia resulta altamente cuestionable.

140 CEDEÑO (2007) p. 430.

141 DELGADO (2008), p. 73.

## 9. PROPUESTA DE SOLUCIÓN DEFINITIVA ACORDE A *LEGE FERENDA*

Así, al haber consenso que el actual sistema recursivo laboral genera distintas líneas de interpretación que impiden criterios jurisprudenciales homogéneos a la hora de resolver, tanto en la forma como en orden sustantivo que plantean estos recursos<sup>142</sup>, para el caso que nos convoca el mismo legislador en principio nos presenta una aparente regla cerrada como el art. 476, que al relacionarlo con los arts. 472 y 502, permite más de un criterio interpretativo a aplicar. Así, ante distintas decisiones posibles para casos iguales, debe surgir la lógica conclusión que la seguridad jurídica sólo puede ser garantizada al imponer la igualdad ante decisiones judiciales<sup>143</sup>, lo que se lograría con esta modificación legal: que se admitiese como susceptible de apelación dentro del art. 476 del C. del Trabajo la resolución que desestime el incidente de nulidad por falta de emplazamiento en el monitorio laboral.

Ante esta solución, es viable advertir que nuevamente los principios formativos laborales aparentan una barrera, que como se vio a propósito del remedio jurisprudencial no es tal, aun cuando se advierte que precisamente al impetrarse una modificación legal, si se obligaría en ciertos casos a condicionar la solución definitiva propuesta, ello considerando que ante la posibilidad de ampliar el art. 476 del C. del Trabajo se debe respetar tanto el art. 474 como el art. 432 del C. el Trabajo; por ello, resulta determinante que el derecho al recurso no vulnere las “reglas técnicas” laborales que menciona el art. 425 del citado código.

### 9.1. “Principios” condicionantes a ésta reforma legal: celeridad, gratuidad y buena fe

Asumiendo que se pueda ampliar el art. 476 del C. del Trabajo, e incluir las resoluciones que niegan la nulidad por falta de emplazamiento, lo cierto es que las reglas técnicas no son un impedimento al sistema recursivo, pero si pueden condicionar la forma en la cual deben ejercerse dentro de un procedimiento<sup>144</sup>.

De ahí, que existen tres reglas técnicas a ponderar para tales fines: la celeridad, la gratuidad y la buena fe procesal.

#### 9.1.1. *Celeridad y la concesión en ambos efectos*

Pese a la celeridad que el legislador laboral promueve, la regla general frente a un recurso deducido en contra de una resolución, es que su cumplimiento queda en suspenso en función de la seguridad jurídica que se busca, máxime cuando la

142 INFANTE y OPAZO (2012), p. 197

143 MARINONI (2009), p. 116

144 MOSQUERA y MATURANA (2017), p. 27. En éste punto se debe aclarar que dichos autores utilizan la expresión “principios” pese a que se dé su lectura se comprende su referencia a reglas técnicas.

mayor rapidez que se presenta en un procedimiento genera proporcionalmente mayor desconfianza o reticencia respecto del recurrente<sup>145</sup>, de lo que no escapa de la naturaleza del objeto del recurso de apelación que se promueve en éste trabajo. Nótese que el mismo art. 476 del C. del Trabajo nos advierte que sólo las apelaciones que recaen sobre medidas cautelares se conceden en el sólo efecto devolutivo, de modo tal que las restantes apelaciones se deben conceder en ambos efectos.

Unido a ello, si bien se podría por aplicación del art. 432 del C. del Trabajo invocar el art. 194 N° 2 del C. de Procedimiento Civil para instar por el sólo efecto devolutivo, ello no se aprecia prudente pues podría llevarnos al escenario que la Corte de Apelaciones revocase la resolución apelada, y ordenase retrotraer el estado de la causa (en este caso, ello debería traer como consecuencia, por aplicación de los arts. 432 del C. del Trabajo y art. 55 inciso final del C. Procedimiento Civil el dar por notificado al demandado de la demanda y de la “sentencia anticipada” con el “cúmplase”), que al no haberse suspendido, difícilmente podría el trabajador restituir lo que finalmente le fue indebidamente pagado.

### **9.1.2. La buena fe procesal, gratuidad y la exigencia de fianza el recurrente**

Asumiendo que el recurso no tendría un fin dilatorio, siempre es ventajoso aplicar filtros cuando la litigiosidad excesiva genera un abuso que debe controlarse<sup>146</sup>, más cuando la administración de justicia genera que el Estado debe evitar procesos innecesarios que frustren la intervención estatal<sup>147</sup>. Si entendemos que la celeridad no es un principio que permita negar el derecho al recurso, en su calidad de regla técnica ésta si puede moderarlo y condicionarlo al relacionarlo a otro principio superior, como la moralidad del debate (buena fe procesal).

Mientras que en sede civil, se ha permitido exigir al litigante vencedor y recurrido, que para el cumplimiento a su favor de una sentencia que no está firme (lo que sería excepcional<sup>148</sup>) rinda fianza de resultas –tal como lo regula a propósito de la casación el art. 773 del C. de Procedimiento Civil-, ello es en función de lograr una garantía efectiva, acorde a una cuantía proporcional y suficiente para asegurar la responsabilidad de los posibles perjuicios que surjan con la ejecución de una resolución en caso de que se altere total o parcialmente lo ejecutado en forma provisional. Esta hipótesis en sede laboral se debe desechar.

145 FIGUEROA (2014), p. 6

146 VERDE (2008), p. 80. Por lo demás se ha indicado que “*el derecho al recurso admite matices y precisiones*”. Tribunal Constitucional, Rol N° 7652-2019 INA, c. 3°; de 19 de marzo de 2020. En el mismo sentido, se ha advertido que la existencia de más de una instancia, por el mayor tiempo para la solución del conflicto que ello importa y sus mayores gastos, desincentiva a los justiciables de acudir a los órganos jurisdiccionales para obtener una pronta y efectiva tutela de sus derechos, en especial, en los asuntos de menor cuantía. MOSQUERA y MATURANA (2017), p. 147

147 DAMASKA (2000), p. 265.

148 FIGUEROA (2014), p. 138.

En efecto, las acciones que se conocen en el monitorio laboral son deducidas por trabajadores en contra de empleadores de quienes dependen económicamente. De aplicar el razonamiento civilista, estaríamos asumiendo que ambas partes están en idénticas condiciones -incluso económicas- lo que no es efectivo. Por ello, cuando el proceso impone tasas judiciales- como ésta fianza- redirige la desigualdad sustantiva de las partes, asistiendo al más débil llevando el caso de modo eficaz<sup>149</sup>, lo que se condice al principio protector laboral<sup>150</sup>.

Si el proceso laboral goza de celeridad y buena fe, debe ser la parte que insta por suspenderlo quien debe garantizar las consecuencias de ello. En este caso, si la apelación permite revisar en segundo grado la validez de la notificación cuestionada, ello no altera la existencia ya de una “sentencia anticipada” previa que no se modifica con el recurso, salvo que el demandado posteriormente reclame acorde al art. 500 del C. del Trabajo. Esto es relevante, pues ya existiría un pronunciamiento judicial favorable y previo de la demanda monitoria, lo que es consecuencia de la lógica de éste proceso raudo que pretende el máximo resultado en la aplicación de la ley pero con el menor desgaste del proceso judicial<sup>151</sup>.

Así, el empleador que ya tiene una “sentencia anticipada” dictada en su contra y un incidente de nulidad de emplazamiento rechazado en el primer grado, presenta menor motivo plausible en la causa, por lo que debe ser dicha parte la que debe soportar ésta carga procesal, motivación que sigue la orden de no innovar del art. 192 del C. de Procedimiento Civil que exige motivos fundados para otorgarla. Ésta lógica no es ajena a la actual realidad laboral, pues esta obligación de consignar -pese a que no es bien recibida debido a que atenta contra el derecho a recurrir- si se ha mantenido exigible en el art. 8 de la ley N° 17.322<sup>152</sup>.

## 10. CONCLUSIONES

La finalidad de la reforma procesal laboral de acercar la justicia a las personas con celeridad en las contiendas, evitando prolongar procesos por años, no puede llevarnos al extremo de sostener que otorgar mayor rapidez en la solución de conflictos jurídicos es un bien de mayor importancia que arribar a una solución justa de los mismos<sup>153</sup>.

149 DAMASKA (2000), p. 186

150 “... el derecho laboral tiene una clara vocación de tutela y protección del más débil, el trabajador. De esta manera, en él se dan vínculos de poder y uno de los más intensos es probablemente el de las relaciones de trabajo. Se observa así, en el contrato de trabajo un ámbito donde la personalidad del trabajador y su interés moral y extrapatrimonial se encuentran especialmente comprometidos y, por ello, se requiere de una intervención legislativa de protección” C. de Ap. de Talca, Rol N° 273-2014 (c. 6°), de 02 de abril de 2015.

151 ORELLANA (2008) p. 80.

152 LANATA (2011), p. 91

153 VÁSQUEZ (2011), p. 190. Así se ha señalado que la técnica monitoria implica eventualidad tanto de la notificación como esperar la reacción del demandado ante el requerimiento, y “de ese modo se permite alcanzar su máxima eficiencia: en caso de oposición, sin merma de garantías; en caso de pasividad, sin pérdidas de tiempo ni esfuerzos declarativos” BONET (2008), p. 484.

En ese sentido, la reforma procesal laboral al admitir la “inversión de contradictorio” en el monitorio laboral no ha relegado el exigir una notificación que debe ser consumada legal y rigurosamente en atención a las graves consecuencias a su desatención<sup>154</sup>, pues ello asegura que las partes tengan pleno conocimiento de resoluciones judiciales oportunamente, garantizando el adecuado ejercicio al derecho de defensa, bilateralidad de audiencia y debido proceso<sup>155</sup>.

Así, ante una respuesta insatisfactoria al alegarse un incidente de nulidad por falta de emplazamiento, no siendo admisible la idea de restringir el sistema recursivo sustentado en favorecer respuestas rápidas, sencillas y económicas aliviando la carga del tribunal<sup>156</sup>, siempre debe permitirse la apelación por ser reflejo del derecho al recurso, pues forma parte del debido proceso; máxime si no existe ni texto legal ni “principios formativos” (reglas técnicas) del proceso que se vean contrariados con ello.

De ahí que hablar de recursos procesales es admitir tanto la falibilidad del juzgador como la urgencia de corregirlo, ya que la actividad jurisdiccional tiene su base en actuaciones humanas<sup>157</sup>. Si a ello, unimos que existen riesgos de errores en la decisión cuando se nos presenta una justicia acelerada que a ratos prioriza tiempo a calidad<sup>158</sup>, no podemos invocar reglas técnicas para negar el derecho a recurrir. Ello, pues la falta de celeridad impone recordar que ciertas formas constituyen precisamente el precio de los ciudadanos de cara a la custodia de sus libertades y de derechos<sup>159</sup>. Así, el derecho al recurso debe primar.

Luego, conforme a las tendencias jurisprudenciales que surgen de las interpretaciones al art. 476 y ante la ausencia de precedentes aplicables en la materia por aplicación del citado art. 502 del C. del Trabajo ya que en materia de monitorio laboral no admite pronunciamientos en unificación de jurisprudencia, es indispensable que la jurisdicción contemporánea otorgue seguridad a las partes a fin que tengan claridad que como es la solución dada por los tribunales a reglas que puedan admitir más de una interpretación<sup>160</sup>.

Para tales fines, se han propuesto dos soluciones: la más inmediata por parte de tribunales y litigantes, acorde a *lege lata*, mediante la reinterpretación de la actual norma y superar la predominante interpretación jurisprudencial restrictiva a este doble control que conculca dicha garantía, especialmente por el acceso a la justicia, a fin de otorgar al litigante un justo y racional procedimiento. La otra, en miras a *lege ferenda*,

154 “En el monitorio la inactividad del deudor se paga a un precio muy caro: la inmediata ejecución en su contra” CEDEÑO (2007) p. 432.

155 SILVA (2009), p. 21.

156 PALOMO (2010), p. 488.

157 CONTRERAS (2017), pp. 266 y 267

158 PALOMO y LORCA (2017), p. 34

159 TAVOLARI (2017), p. 3.

160 MARINONI (2009), p. 112.

de carácter legislativo, admitiendo una reforma al art. 476 del C. de Trabajo para incorporar expresamente la apelación de la resolución que niega el vicio de nulidad de la notificación en el monitorio laboral.

Ello, en todo caso, no impide a propósito de la solución legislativa exigir ciertos requisitos al recurrente - como rendir fianza- si el escenario procesal ya le es negativo (“sentencia anticipada” y fallo de primer grado que niega el incidente), al aparentar un menor motivo plausible para litigar. Lo anterior, por congruencia a la moralidad del debate y evitar, a su vez, excesos recursivos infundados.

## BIBLIOGRAFIA CITADA

- BENAVENTE, Darío (1997): *“Derecho Procesal. Juicio Ordinario y Recursos Procesales”*, Cuarta edición; Editorial Jurídica de Chile; Santiago.
- BONET NAVARRO, José (2008): “Eficiente implementación del procedimiento monitorio en Iberoamérica” en CABEZÓN, Andrea (coord.) *“Justicia Civil: Perspectiva para una reforma en América Latina”*; Centro de Estudios de Justicia de las Américas-CEJA, Santiago; pp. 479-500.
- CALAMANDREI, Piero (1953): *“El procedimiento monitorio”*; Ediciones Jurídicas Europa-América; Buenos Aires.
- CARRASCO POBLETE, Jaime (2010): *“La rebeldía en el proceso civil y laboral chileno. Análisis de la rebeldía en los procedimientos ordinarios, sumario, ejecutivo y laboral”*; Editorial Legal Publishing Chile, Santiago.
- CEA EGAÑA, José Luis (2019): *“Derecho Constitucional Chileno. Tomo II. Derechos, deberes y garantías”*; Tercera edición revisada, actualizada y ampliada; Ediciones Universidad Católica de Chile; Santiago.
- CEDEÑO HERNÁN, Marina. (2007): “El proceso monitorio en el ordenamiento español. Un cauce para la eficaz protección del crédito”, en DE LA OLIVA, Andrés y PALOMO VÉLEZ, Diego (coord.), *“Proceso civil. Hacia una nueva justicia civil”*; Editorial Jurídica de Chile, Santiago; pp. 429-454.
- COLOMBO CAMPBELL, Juan (1997): *“Los Actos Procesales”*, Tomo II; Editorial Jurídica de Chile; Santiago.
- CONTRERAS ROJAS, Cristian (2011): “El recurso de nulidad laboral como herramienta de control de las exigencias impuestas por la sana crítica” en *“Revista de Derecho”*; Universidad Católica del Norte; Año 18, N° 1, año 2011; pp. 269-280.
- CONTRERAS ROJAS, Cristian (2017): “La pervivencia del recurso de apelación en el proceso civil: más allá de los eslóganes”; en PALOMO VÉLEZ, Diego (director); DELGADO CASTRO, Jordi y NUÑEZ OJEDA, Raúl (coord.), *“Recursos procesales. Problemas actuales”*; Der Ediciones Limitada; Santiago; pp. 265-293.
- CORTEZ MATCOVICH, Gonzalo (2016): “Recurso de apelación” en *“Los recursos y otros medios de impugnación”*; BORDALÍ SALAMANCA, Andrés; CORTÉZ MATCOVICH, Gonzalo y PALO-



- MO VELEZ, Diego (coord.); Colección Tratados y Manuales; Editorial Thompson Reuters; Santiago; pp. 71- 183.
- COUTURE, Eduardo: (2010): *“Obras. Fundamentos del Derecho Procesal Civil”*, Tomo I; Editorial Puntotex SA; Santiago.
- CHIOVENDA, Giuseppe (1922): *“Principios de Derecho Procesal Civil”*; Tomo I; Traducción española de la tercera edición italiana; Editorial Reus (SA); Cañizares.
- DAMASKA, (2000): Mirjan R. (2000): *“Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal”*; Editorial Jurídica de Chile; Santiago.
- DELGADO CASTRO, Jordi (2008): *“Principios del Nuevo Procedimiento Laboral Chileno”* en *“Revista de Derecho”*, Universidad Católica de Temuco, Escuela de Derecho, Año 9, Número 9, 2008; pp. 63-76.
- DELGADO CASTRO, Jordi y VALLESPÍN PÉREZ, David (2016): *“Problemas de diseño del procedimiento monitorio civil chileno”* en *“Revista de Derecho”*; Universidad Católica del Norte, Sección: Ensayos, Año 23, N° 2; pp. 265-295.
- DELGADO CASTRO, Jordi y PALOMO VÉLEZ, Diego (2019): *“El rol del juez laboral en la admisibilidad del procedimiento monitorio”*; en *“Revista de Derecho”*; Valdivia, Vol. XXXII, N° 1, Julio 2019; pp. 237-254.
- FIGUEROA YÁVAR, Juan Agustín (2014): *“Recursos procesales civiles y cosa juzgada”*; Colección Tratados y Manuales; Editorial Thomson Reuters; Santiago.
- FUENTES MAUREIRA, Claudio y RIEGO RAMÍREZ, Cristian (2017): *“El debate sobre los recursos en materia civil y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”* en PALOMO VÉLEZ, Diego (director), DELGADO CASTRO, Jordi y NUÑEZ OJEDA, Raúl (coord.), *“Recursos procesales. Problemas actuales”*; Der Ediciones Limitada; Santiago; pp. 295-314.
- GARCÍA, Gonzalo y CONTRERAS, Pablo (2013): *“El derecho a la tutela judicial y al debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno”*; Estudios constitucionales, año 11, N°2; Santiago.
- GORIGOITÍA ABBOTT, Felipe (2013): *“El perjuicio reparable solo por la declaración de nulidad como estándar de invalidez de las actuaciones procesales civiles”* en *“Revista de Derecho”*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XL; Valparaíso, 2013, 1er Semestre; pp. 575 – 599.
- HERNÁNDEZ JARA, Patricio (2012): *“Procedimiento monitorio laboral. Estudio crítico a la luz del debido proceso y del derecho comparado”*; Editorial Librotecnia; Santiago.
- INFANTE CAFFI, Horacio y OPAZO MULACK, Raimundo (2012): *“Régimen de recursos en materia laboral: Una opinión”*, en *“Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”*; Vol. 3. N° 6; Santiago; pp. 197-212.
- LANATA FUENZALIDA, Gabriela (2010): *“Manual de Proceso Laboral”*; Editorial Abeledo Perrot, Legal Publishing; Santiago.
- LANATA FUENZALIDA, Gabriela (2011): *“El sistema de recursos en el proceso laboral chileno”*; Segunda edición; Editorial Thomson Reuters La Ley; Santiago.

- LÓPEZ SÁNCHEZ, Javier (2000): *“El proceso monitorio”*; Editorial La Ley – Actualidad SA; Madrid.
- LORCA POBLETE, Nelson (2015): “El Recurso de Nulidad Laboral y su falta de correspondencia con la garantía del derecho al recurso”, en PALOMO VELEZ, Diego (coord.), *“Proceso y Justicia laboral: Lecturas a contracorriente”*; Ediciones Jurídicas de Santiago; Santiago; pp. 273-301.
- MARINONI, Luiz Guilherme (2009): “Aproximación crítica de las jurisdicciones del Civil Law y del Common Law y la necesidad de respeto a los precedentes en Brasil” en *“Constitución y Proceso. Actas del Seminario Internacional del Derecho Procesal, Constitución y Proceso, llevado a cabo en el Campus de la Pontificia Universidad Católica del Perú entre el 22 y 25 de septiembre de 2009”*; Ara Editores; Lima; pp. 57-117.
- MOSQUERA RUIZ, Mario y MATURANA MIQUEL, Cristián (2017): *“Los recursos procesales”*; Tercera edición actualizada; Editorial Jurídica de Chile; Santiago.
- NIEVA FENOLL; Jordi (2019): *“Derecho Procesal I. Introducción”*; Editorial Tirant Lo Blanc; Valencia.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2007): *“El debido proceso en la Constitución y en el sistema interamericano”*; Editorial Librotecnia, Santiago.
- NÚÑEZ OJEDA, Raúl y BRAVO HURTADO, Pablo (2017): “Hacia una reforma global del sistema de recursos ante las Cortes de Apelaciones: una primera aproximación” en PALOMO VÉLEZ, Diego (director), DELGADO CASTRO, Jordi y NUÑEZ OJEDA, Raúl (coord.), *“Recursos procesales. Problemas actuales”*; Der Ediciones Limitada; Santiago; pp. 89-105.
- ORELLANA, Fernando (2008): *“Comentarios al Nuevo Proceso Laboral”*; Editorial Librotecnia; Santiago.
- ORTELLS RAMOS, Manuel (2005): *“Derecho Procesal Civil”*, Sexta Edición; Editorial Thomson Aranzadi; Navarra.
- PALAVECINO CÁCERES, Claudio y RAMIREZ SOTO, Cristian Pablo (2010): “Examen Crítico de la Sentencia Anticipada en el Procedimiento Monitorio Laboral” en *“Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”*, Vol. 1, N° 2, 2010; pp. 71-80.
- PALAVECINO CÁCERES, Claudio (2012): “La Reforma Procesal Laboral. Una visión crítica desde el garantismo procesal” chilena” en *“Revista Laboral Chilena”*, Julio 2012; pp. 59-68.
- PALOMO VÉLEZ, Diego (2010): “Apelación, doble instancia y proceso civil oral. A propósito de la reforma en trámite” en *“Estudios Constitucionales”*; Año 8, N° 2, 2010; pp. 465-524.
- PALOMO VÉLEZ, Diego (2016): “Conceptos fundamentales sobre los recursos” en BORDALÍ SALAMANCA, Andrés; CORTÉZ MATCOVICH, Gonzalo y PALOMO VÉLEZ, Diego (coord.), *“Proceso Civil: Los Recursos y otros medios de Impugnación”*; Editorial Thomson Reuters; Santiago; pp. 3-49.
- PALOMO VÉLEZ, Diego y LORCA POBLETE, Nelson (2017): “Sistema recursivo en los modelos reformados de la justicia chilena. ¿Un avance o un retroceso?” en PALOMO VÉLEZ, Diego (director), DELGADO CASTRO, Jordi y NUÑEZ OJEDA, Raúl (coord.), *“Recursos procesales. Problemas actuales”*; Der Ediciones Limitada; Santiago; pp. 25-87.

- PEREIRA LAGOS, RAFAEL (2010): “*El procedimiento monitorio laboral*”; Editorial Legal Publishing Chile SA.; Santiago.
- PÉREZ RAGONE, Álvaro J. (2006): “En torno al procedimiento monitorio desde el derecho procesal comparado europeo: caracterización, elementos esenciales y accidentales” en “*Revista de Derecho*”, Vol. XIX, N° 1, Julio 2006; Valdivia; pp. 205-235.
- ROJAS MIÑO, Irene (2015): “*Derecho del Trabajo. Derecho individual del trabajo*”, Colección Tratados y Manuales; Editorial Legal Publishing Chile; Santiago.
- SILVA MONTES, Rodrigo (2009): “*Manual de Procedimiento Laboral*”; Segunda edición actualizada; Edit. Jurídica de Chile; Santiago.
- SILVOSA TALLÓN, José Manuel (2008): “La respuesta jurisprudencial ante los problemas surgidos en el proceso monitorio” en “*Revista Internauta de Práctica Jurídica*”; Núm. 21, año 2008, pp. 31-70. Disponible en: [https://www.uv.es/ajv/art\\_jcos/art\\_jcos/num21/21respuetamon.pdf](https://www.uv.es/ajv/art_jcos/art_jcos/num21/21respuetamon.pdf) (fecha de la última consulta el 22 de agosto de 2021).
- TAVOLARI OLIVARES, Raúl (2017): “Prólogo” en PALOMO VÉLEZ, Diego (director), DELGADO CASTRO, Jordi y NUÑEZ OJEDA, Raúl (coord.), “*Recursos procesales. Problemas actuales*”; Der Ediciones Limitada; Santiago; pp. 1-20.
- THAYER ARTEAGA, William y NOVOA FUENZALIDA (2009): “*Manual de Derecho del Trabajo. Derecho individual del trabajo (continuación) y Derecho procesal del Trabajo*”, Tomo IV; Cuarta edición; Editorial Jurídica de Chile; Santiago.
- VÁSQUEZ GOERLT, Cristian (2011): “¿Cumple nuestro sistema recursivo laboral con asegurar el debido proceso?” en “*Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*”; Vol 2, N° 4, año 2011; pp. 171-192.
- VERDE, Giuseppe (2008): “Las ideologías del proceso en un reciente ensayo” en MONTERO AROCA, Juan (coord.), “*Proceso Civil e Ideología. Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*”; Editorial Metropolitana; Santiago; pp. 67-80.
- VERDUGO MARINKOVIC, Mario; PFEFFER URQUIAGA, Emilio; y NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (1997): “*Derecho Constitucional*”, Tomo I, Segunda edición; Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
- VIEYRA LUNA, Evelyn (2021): “El derecho a recurso como derecho fundamental en los procesos civiles chilenos, a la luz de la jurisprudencia”, en “*Revista de Derecho*”, Facultad de Derecho UCSC; N° 38; 2021; pp. 33-63.

## JURISPRUDENCIA CITADA

### TRIBUNAL CONSTITUCIONAL:

- “*ORPI S.A. Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 768, inciso segundo, del Código de Procedimiento Civil*” (2012): Tribunal Constitucional, sentencia de 5 de julio 2012, Rol N° 2034-2011; requerimiento de inaplicabilidad.

*“Pirotecnia Igual Chile SA. Requerimiento de inaplicabilidad del art. 768 del C. de P. Civil.”* (2015): Tribunal Constitucional, sentencia de 3 de septiembre de 2015, Rol N° 2723-2014; requerimiento de inaplicabilidad.

*“Cencosud Retail S.A. Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del inciso segundo del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil”* (2017): Tribunal Constitucional, sentencia de 20 de junio de 2017, Rol N° 3175-2016; requerimiento de inaplicabilidad .

*“Cardoen, Nicolás. Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado respecto de los artículos 768, inciso segundo, del Código de Procedimiento Civil; 58, inciso final, de la Ley N° 18.045; 46, inciso final, y 133, inciso primero, de la Ley N° 18.046; 20 del Código Penal, y 27 del Decreto Ley N° 3.538; todos ellos en relación con los artículos 59, letras a) y f), 60, letra a), en relación a los artículos 166 y 165, incisos primero y segundo, de la Ley N° 18.045”* (2018): Tribunal Constitucional, sentencia de 12 de junio de 2018, Rol N° 3054-2016; requerimiento de inaplicabilidad.

#### CORTES DE APELACIONES:

*“Cortés con Juez del Trabajo”* (2008): Corte de Apelaciones de Copiapó, de 24 de octubre de 2008; Rol N° 24-2008; recurso de queja.

*“Cortés con Juez del Trabajo”* (2008): Corte de Apelaciones de Copiapó, de 24 de octubre de 2008; Rol N° 25-2008; recurso de queja.

*“Cortés con Juez del Trabajo”* (2008): Corte de Apelaciones de Copiapó, de 24 de octubre de 2008; Rol N° 26-2008; recurso de queja.

*“Cortés con Juez del Trabajo”* (2008): Corte de Apelaciones de Copiapó, de 24 de octubre de 2008; Rol N° 27-2008; recurso de queja.

*“Díaz con Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago”* (2012): Corte de Apelaciones de Santiago, de 05 de abril de 2012; Rol N° 173-2012; recurso de hecho laboral.

*“León con Juez de Letras de Peñaflores”* (2012): Corte de Apelaciones de San Miguel, de 09 de abril de 2012; Rol N° 5-2012; recurso de queja.

*“Jeréz con López”* (2014): Corte de Apelaciones de Santiago, de 05 de marzo de 2014; Rol N° 1908-2013; recurso de hecho laboral.

*Cerda con Desarrollo Forestal S.A.* (2015): Corte de Apelaciones de Talca, 02 de abril de 2015; Rol N° 273-2014; recurso de nulidad por despido injustificado y régimen de subcontratación.

*“Hidalgo con Juzgado de Letras del Trabajo de Los Ángeles”* (2015): Corte de Apelaciones de Concepción, de 21 de enero de 2015; Rol N° 88-2015; falso recurso de hecho laboral.

*“Zapata con Empresa de Servicios Educativos Aurora Irene Villablanca”* (2015): Corte de Apelaciones de Santiago, de 10 de abril de 2015; Rol N° 205-2015; recurso de hecho laboral.

*“Atento Chile SA con Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago”* (2015): Corte de Apelaciones de Santiago, de 30 de octubre de 2015; Rol N° 1386-2015; recurso de hecho laboral.

*“Vidal con Constructora Antártida Ltda.”* (2016): Corte de Apelaciones de Santiago, de 22 de marzo de 2016; Rol N° 132-2016; recurso de hecho laboral.

*“Sociedad AVC Builder SpA con Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción”* (2016): Corte de Apelaciones de Concepción, de 05 de octubre de 2016; Rol N° 18556-2016; recurso de hecho laboral.

*“Pérez con Inmobiliaria Las Rocas SA”* (2018): Corte de Apelaciones de Valparaíso, de 09 de enero de 2018; Rol N° 780-17; recurso de hecho laboral.

*“Pérez con Inmobiliaria Las Rocas SA”* (2018): Corte de Apelaciones de Valparaíso, de 26 de febrero de 2018; Rol N° 770-17; recurso de apelación laboral.

*“González con Bravo”* (2019): Corte de Apelaciones de Santiago, de 26 de septiembre de 2019; Rol N° 2224-2019; recurso de hecho laboral.

*“Moreira con Inv. Petrohue Ltda”* (2019): Corte de Apelaciones de Copiapó, de 28 de octubre de 2019; Rol N° 193-2019; recurso de apelación laboral.

*“Tapia con Inv. Petrohue Ltda”* (2019): Corte de Apelaciones de Copiapó, de 28 de octubre de 2019; Rol N° 194-2019; recurso de apelación laboral.

*“Ajimoto del Perú SA con Juzgado de Letras del Trabajo de San Bernardo”* (2019): Corte de Apelaciones de San Miguel, 11 de noviembre de 2019; Rol N° 518-2019; recurso de hecho laboral.

*“Soc. Buses Expreso Concepción-Chiguayante SA con Juzgado de Letras del Trabajo y Cobranza de Concepción”* (2019): Corte de Apelaciones de Concepción, de 20 de diciembre de 2019; Rol N° 332-2019; recurso de hecho laboral.

*“Ilustre Municipalidad de Camiña con Santander”* (2020), Corte de Apelaciones de Iquique, 13 de enero de 2020; Rol N° 612-2019; recurso de queja.

*“Díaz y otros con Municipalidad de Curicó”* (2020): Corte de Apelaciones de Talca, de 15 de enero de 2020; Rol N° 208-2019; recurso de nulidad laboral.

*“COPEC con Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción”* (2020): Corte de Apelaciones de Concepción, de 28 de mayo de 2020; Rol N° 112-2020; recurso de hecho laboral.

*“Siete Panes Ltda. con Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago”* (2020): Corte de Apelaciones de Santiago, de 27 de julio de 2020; Rol N° 826-2020; recurso de hecho laboral.

*“Hospital San Juan de Dios de Curicó con Hevia”* (2020): Corte de Apelaciones de Talca, de 28 de julio de 2020, Rol N° 155-2020; recurso de apelación laboral.

#### JUZGADOS DE LETRAS Y JUZGADOS DE LETRAS DEL TRABAJO:

*“Niето con Scopa Chile Aseos Industriales SpA”* (2019): Juzgado de Letras del Trabajo de Curicó, resolución de 8 de enero de 2019; RIT M-3-2019; despido injustificado, nulidad de despido y cobro de prestaciones.

- “Santiesteban con Agroforestal Nahuelbuta Limitada”* (2019): Juzgado de Letras del Trabajo de Talca, resolución de 10 de enero de 2019; RIT M-5-2019; despido indirecto, nulidad de despido y cobro de prestaciones.
- “Hernández con Servicios de Seguridad Integral Fernando Augusto Maldonado Machuca”* (2019): Juzgado de Letras de Licantén, resolución de 15 de enero de 2019; RIT M-1-2019; despido injustificado, nulidad de despido y cobro de prestaciones
- “Ponce con Servicios de Recursos Humanos Abarca Asociados”* (2019): Primer Juzgado de Letras de Linares, resolución de 15 de enero de 2019, RIT M-1-2019; despido injustificado, nulidad de despido, y cobro de prestaciones.
- “Millar con Eulén Chile SA”* (2019): Juzgado de Letras de Parral, resolución de 17 de enero de 2019, RIT M-2-2019; despido injustificado y cobro de prestaciones.
- “Villagrán con Golden Services Aseo y Jardines Limitada”* (2019): Juzgado de Letras del Trabajo de Curicó, resolución de 18 de enero de 2019, RIT M-2-2019; nulidad de despido y cobro de indemnizaciones y prestaciones.
- “Suarez con Sima Protects Limitada y otros”* (2019): Primer Juzgado de Letras de Linares, resolución de 21 de enero de 2019, RIT M-3-2019; despido injustificado, nulidad de despido, y cobro de prestaciones.
- “Osse con Lorca”* (2019): Juzgado de Letras de Constitución, resolución de 24 de enero de 2019, RIT M-1-2019; despido injustificado y cobro de prestaciones.
- “Macaya con Inversiones GYLS”* (2019): Juzgado de Letras de Cauquenes, resolución de 25 de enero de 2019, RIT M-2-2019; cobro de prestaciones.
- “Garrido con Villagra”* (2019): Juzgado de Letras de Constitución, resolución de 12 de marzo de 2019, audiencia única de 29 de marzo de 2019 y sentencia definitiva de 2 de abril de 2019, RIT M-8-2019; despido injustificado.
- “González con Bignotti”* (2019): Primer Juzgado de Letras de Linares, resolución de 15 de marzo de 2019, RIT M-8-2019; despido injustificado, nulidad de despido, y cobro de prestaciones.
- “Villa con Villar”* (2019): Primer Juzgado de Letras de Linares, resolución de 19 de marzo de 2019, RIT M-9-2019; despido injustificado, nulidad de despido, y cobro de prestaciones.
- “Garrido con Sociedad Transportes y Servicios Forestales Retamales Limitada”* (2019): Segundo Juzgado de Letras de Linares, resolución de 22 de marzo de 2019, RIT M-10-2019; nulidad de despido y cobro de prestaciones.
- “Barros con Vallejos”* (2019): Segundo Juzgado de Letras de Linares, resolución de 27 de marzo de 2019, RIT M-12-2019; nulidad de despido.
- “Gutiérrez con WM Group SpA”* (2019): Segundo Juzgado de Letras de Linares, resolución de 20 de mayo de 2019, RIT M-19-2019; cobro de prestaciones.
- “Mibel con Traru SpA”* (2019): Juzgado de Letras de Cauquenes, resolución de 20 de mayo de 2019, RIT M-7-2019; cobro de prestaciones.

- “Timaza con Traru SpA”* (2019): Juzgado de Letras de Cauquenes, resolución de 20 de mayo de 2019, RIT M-8-2019; cobro de prestaciones.
- “Suazo con Agrícolas Dunas Chanco SpA”* (2019): Juzgado de Letras de Chanco, resolución de 20 de junio de 2019, RIT M-7-2019; despido injustificado, nulidad de despido y cobro de prestaciones.
- “Blanc con Agrícolas Dunas Chanco SpA”* (2019): Juzgado de Letras de Chanco, resolución de 21 de junio de 2019, RIT M-12-2019; cobro de prestaciones.
- “Gutiérrez con Valdés”* (2019): Juzgado de Letras de Chanco, resolución de 21 de junio de 2019, audiencia y sentencia de 29 de noviembre de 2019, RIT M-9-2019; cobro de prestaciones.
- “Aguirre con Recicladora Jorge Millas Arrieta EIRL”* (2019): Juzgado de Letras del Trabajo Curicó, resolución de 15 de enero de 2019, RIT M-8-2019; despido injustificado, nulidad de despido y cobro de prestaciones.
- “Georges con Sociedad Agrícola y Ganadera San Jorge Limitada”* (2020): Juzgado de Letras de Licantén, resolución de 17 de enero de 2020, RIT M-2-2020; despido injustificado y cobro de prestaciones.
- “Romeus con Sociedad Agrícola y Ganadera San Jorge Limitada”* (2020): Juzgado de Letras de Licantén, resolución de 17 de enero de 2020, RIT M-1-2020; despido injustificado y cobro de prestaciones.
- “Valdés con Servicios Industriales GVL Comao SpA”* (2020): Juzgado de Letras de Licantén, resolución de 4 de febrero de 2020, RIT M-3-2020; despido injustificado y cobro de prestaciones.

## **NORMAS JURÍDICAS CITADAS**

- Constitución Política del Estado; Decreto 100 del Ministerio Secretaría Regional de la Presidencia, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile; Diario Oficial, 17 de septiembre de 2005.
- Código de Procedimiento Civil; Ley 1552 del Ministerio de Justicia, que fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Código de Procedimiento Civil; Diario Oficial, 14 de mayo de 2019.
- Código del Trabajo; Decreto con Fuerza de Ley N° 1 del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Código del Trabajo; Diario Oficial, 31 de julio de 2002.
- Historia de la Ley N° 20.260 en Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, disponible en: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5211/> (consultado el 14 de agosto de 2021).
- Ley 20.940 del Ministerio del Trabajo y Previsión Social; que moderniza el sistema de relaciones laborales; Diario Oficial, 8 de septiembre de 2016.