Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Paulo Cezar Pinheiro Carneiro Filho

O controle judicial e o devido processo arbitral com atenção especial na prova e na fundamentação das decisões

Rio de Janeiro

2021

Paulo Cezar Pinheiro Carneiro Filho

O controle judicial e o devido processo arbitral
com atenção especial na prova e na fundamentação das decisões

Tese apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito Processual Civil.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Cezar Pinheiro Carneiro

Rio de Janeiro

2021

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

C289 Carneiro Filho, Paulo Cezar Pinheiro.

O controle judicial e o devido processo arbitral com atenção especial na prova e na fundamentação das decisões / Paulo Cezar Pinheiro Carneiro Filho. - 2021.
442 f.
Orientador: Prof. Dr. Paulo Cezar Pinheiro Carneiro
.

Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Prova (Direito) - Teses. 2. Arbitragem e sentença –Teses. 3.Processo civil – Teses. I. Carneiro, Paulo Cezar Pinheiro. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 347.91/.95

Bibliotecária: Marcela Rodrigues de Souza CRB7/5906

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

_____ _____

Assinatura Data

Paulo Cezar Pinheiro Carneiro Filho

O controle judicial e o devido processo arbitral
com atenção especial na prova e na fundamentação das decisões

Tese apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito Processual Civil

Aprovado em 26 de outubro de 2021.

Banca Examinadora:

_____
Prof. Dr. Paulo Cezar Pinheiro Carneiro (Orientador)
Faculdade de Direito – UERJ

_____
Prof. Dr. Aluisio Gonçalves de Castro Mendes
Faculdade de Direito – UERJ

_____
Prof. Dr. Humberto Dalla Bernardina de Pinho
Faculdade de Direito – UERJ

_____
Prof. Dr. Cândido Rangel Dinamarco
Universidade de São Paulo

_____
Prof. Dr. Teresa Celina de Arruda Alvim
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Rio de Janeiro

2021

Dedico esta tese a minha esposa Ana Cecilia,

e a minha mãe Elizabeth.

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Leonardo Greco, que agiu como um verdadeiro coorientador, não só sugerindo o tema a ser examinado, como também fomentando o trabalho com rica bibliografia e diversas sugestões.

Ao Professor Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, meu orientador, fundamental na estruturação do trabalho, por meio de importantíssimas ideias e sugestões.

A minha secretária Rozana Mourão, pela inserção das notas de rodapé no texto.

Aos meus então estagiários, Vanderson Otoni Ferreira e Dominique Eusébio, pela ajuda na pesquisa da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Por fim, não poderia deixar de lembrar do trabalho das advogadas Bruna Silveira e Bianca de Siqueira Barros, que me ajudaram com a revisão do texto.

RESUMO

CARNEIRO FILHO, Paulo Cezar Pinheiro. **O controle judicial e o devido processo arbitral com atenção especial na prova e na fundamentação das decisões**. 2022. 442 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2021.

A tese examina a sobreposição de atividade entre os tribunais arbitrais e a justiça estatal com atenção especial à prova e ao livre convencimento motivado. As causas para a ocorrência dessa sobreposição de atividades, as fissuras jurídicas, são diversas, destacando-se o aspecto histórico-cultural e a ausência de regras sobre os temas a serem observadas pelos tribunais arbitrais. Antes da busca pela solução aos questionamentos propostos ao longo da pesquisa, faz-se necessário examinar o conceito de prova e a interação das regras de direito material e processual para o tema. É a partir deste conceito, como solução para preencher o vácuo legislativo sobre o assunto, que será possível aplicar o Código de Processo Civil (CPC/2015) nas arbitragens, com a observância da lei brasileira no tocante ao direito probatório e ao livre convencimento (ao invés apenas da utilização da regra referente à distribuição do ônus da prova como se esta regra pudesse resolver todos os casos). Como metodologia de trabalho, a fim de demostrar a sobreposição de atividades dos tribunais, será examinada a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no tocante à homologação de sentença e à aplicação do conceito de 'ordem pública'. Em relação à imprestabilidade de se utilizar apenas as regras referentes à distribuição do ônus da prova no tocante à prova e à formação do livre convencimento, a pesquisa não só examina o ônus da prova como um conceito impróprio, como também analisa 16 casos a fim de demostrar o que se busca sustentar. Ainda, quanto à formação do livre convencimento do julgador, são estudadas individualmente as regras do CPC/2015 para concluir que são regras que servem para motivar a própria decisão e, portanto, não podem ser afastadas pela vontade das partes.

Palavras-chave: Tribunal arbitral. Sobreposição de atividades jurisdicionais. Arbitragem. Prova. Livre convencimento. Aplicação do CPC/2015.

ABSTRACT

CARNEIRO FILHO, Paulo Cezar Pinheiro. **Judicial control and due process of arbitration with special attention to the evidence and reasoning of decisions**. 2022. 442 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2021.

This thesis examines the overlap of practices between arbitral tribunals and the state court with the focal point on proof and freedom of judgement for cause. The reason for this overlap of practices, the legal gaps, are of diverse nature, in special considering the historical-cultural aspect and the absence of rules on topics that should have to be observed by arbitral tribunals. Before seeking a solution for the discussions brought up throughout this research, it is necessary to consider the concept of proof and the interaction of the rules of substantive and adjective law on the matter. Based on that concept as a solution to fill the legislative gap on the matter, it will be possible to apply the Code of Civil Procedure (CPC/2015) in arbitrations, in compliance with Brazil's law on rules of evidence and on freedom of judgment (instead of just using the rule regarding the placement of the burden of proof as if this rule could solve all cases). As a working methodology, in order to show the overlapping of court activities, the precedents of the Superior Court of Justice will be examined with regard to the ratification of the judgement and the application of the concept of 'public policy'. Regarding the ineffectiveness of using only the rules regarding the placement of the burden of proof in relation to the proof and the development of freedom of judgement, the research not only goes over the burden of proof as an inappropriate concept, but also analyzes sixteen cases in order to set forth what it seeks to sustain. Furthermore, regarding the development of judge's freedom of judgement, the rules of CPC / 2015 were studied separately, thus leading to the conclusion that they only serve to motivate the ruling itself and, therefore, cannot be dismissed by the will of the parties.

Keywords: Arbitral Tribunal. Jurisdictional Practice Overlapping. Arbitration. Proof. Freedom of Judgement. Application of CPC/2015.

RIASSUNTO

CARNEIRO FILHO, Paulo Cezar Pinheiro. **Controllo giudiziario e giusto processo arbitrale con particolare attenzione all'evidenza e alla motivazione delle decisioni**. 2022. 442 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2021.

Questa tesi di dottorato studia la sovrapposizione di attività tra tribunali arbitrali e giustizia statale, soffermandosi specificatamente sulla prova e sul libero convincimento motivato. Le cause di questa sovrapposizione di attività, le cosiddette violazioni legali, sono molteplici, tra le quale figurano principalmente l'aspetto storico-culturale e l'assenza di norme sulle tematiche che devono essere osservate dai tribunali arbitrali. Anteriormente alla ricerca di misure atte a risolvere la messa in discussione nel prosieguo della ricerca, bisogna valutare la nozione di prova e l'interazione delle norme di diritto sostanziale e processuale per il tema in causa. Sulla scorta di questa nozione, intesa come soluzione per colmare la lacuna legislativa in materia, sarà possibile applicare il Codice di Procedura Civile (CPC/2015) agli arbitrati, rispettando nel contempo la legge brasiliana sul diritto probatorio e sul libero convincimento (invece di utilizzare delle regole riguardanti la distribuzione dell'onere della prova come se tale regola potesse risolvere tutti i casi). Al fine di dimostrare la sovrapposizione delle attività giudiziarie, nella metodologia eseguita la giurisprudenza della Corte Superiore di Giustizia è sottoposta ad esame per l'omologazione di sentenza e l'attuazione della nozione di "ordine pubblico". Per quanto riguarda l'inutilità di utilizzare solo le norme della distribuzione dell'onere della prova alla prova e alla formazione del libero convincimento, allo scopo di dimostrare la tesi che si vuole sostenere, questo studio non solo prende in esame l'onere della prova come un concetto inappropriato, ma anche analizza 16 casi. Inoltre, sulla formazione del libero convincimento dell'arbitro, le singole norme del CPC/2015 vengono analizzate ed è stato concluso che servono a motivare la decisione stessa e, quindi, non possono essere escluse per volontà delle parti.

Parole chiave: Tribunale arbitrale. Sovrapposizione delle attività giurisdizionali. Arbitrato. Prova. Libero convincimento. Applicazione del CPC/2015.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....09

1 **AS SOBREPOSIÇÕES DE ATIVIDADES DOS TRIBUNAIS**.....12
1.1 **Sociedade e cultura – c*ommon law e civil law* – a justiça privada – a justiça estatal – as sobreposições de atividades dos tribunais**.....12
1.2 **O conflito e a necessidade de uma resolução – a justiça privada no Brasil – a jurisdição e a relação jurídica processual – a arbitragem no Brasil**.....71
1.3 **Como é possível evitar fissuras entre as atividades da justiça privada e da justiça estatal**.....125
1.4 **A ordem pública – Cavalo de Tróia a permitir o reexame do mérito da controvérsia**..... 164
1.5 **A ordem pública e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**....196

2 **O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, NO TOCANTE ÀS REGRAS DE DIREITO PROBATÓRIO, DEVERIA SER APLICADO NO PROCEDIMENTO ARBITRAL?**.....221
2.1 **A prova como direito natural**.....221
2.2 **O conceito de prova**.....230
2.3 **A prova como direito material**.....242
2.4 **Ônus da prova – tábua de salvação do magistrado**.....253
2.5 **A prova e o contraditório**.....288

3 **O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, QUANTO ÀS REGRAS DO LIVRE CONVENCIMENTO, DEVERIA SER APLICADO NO PROCEDIMENTO ARBITRAL?**.....343
3.1 **A interpretação do juiz – ato abstrato e ininteligível – regras acerca do livre convencimento motivado**.....343
3.2 **Problemas**.....380

CONCLUSÃO.....409

REFERÊNCIAS.....413

INTRODUÇÃO

O problema

Não é incomum, no Brasil, a justiça estatal rever as decisões arbitrais, havendo uma sobreposição de atividade entre os tribunais judiciais e arbitrais. Essas fissuras jurídicas ficam bem ilustradas quando se examinam os pedidos de homologação de sentença arbitral estrangeira junto ao Superior Tribunal de Justiça e a chamada ordem pública.

O conceito juridicamente indeterminado, ordem pública, permite que os tribunais estatais examinem o próprio mérito da decisão da justiça arbitral, havendo nítida interferência na atividade da justiça privada pelos juízes, servidores do Estado.

Na realidade, a sobreposição de atividades dos tribunais passa a apresentar alguns temas recorrentes, como a suspeição do árbitro, a violação ao contraditório e, consequentemente, ao direito à prova ou a ausência de fundamentação do laudo arbitral.

Considerando esse influxo, com a constante interferência da justiça estatal na justiça privada, a preocupação acerca das regras que cuidam do sistema probatório nos procedimentos arbitrais merece atenção redobrada, assim como as regras relativas ao livre convencimento motivado.

A atenção redobrada no processo arbitral no tocante à prova decorre da completa ausência de um arcabouço legal acerca do tema. Parece-nos que os operadores deste procedimento de resolução de conflito, especialmente os árbitros, preferem valer-se da regra de distribuição do ônus da prova, um ônus impróprio, como a única aplicável. Assim, há um grande vácuo legislativo sobre tema extremamente importante, já que o direito à prova significa o exercício do direito ao contraditório efetivo e concreto.

Quanto à preocupação acerca do exercício do livre convencimento pelos árbitros, chama atenção o fato de que as normas relacionadas à matéria no CPC/2015 são normas que funcionam como instrumento para o julgador fundamentar sua decisão. Assim, nesta linha de ideias, parece-nos também que as normas relativas ao livre convencimento do julgador devem ser obrigatoriamente aplicáveis ao procedimento arbitral por força da Lei n. 9.307/1996, art. 21, § 2º, que garante a observância dos princípios do contraditório, da

igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento, ou seja, a observância da ordem pública processual – expressão com a qual preferimos não trabalha.

A fim de preencher esse espaço decorrente do suposto vácuo legislativo no tocante à prova, assim como garantir o exercício do livre convencimento devidamente motivado pelo árbitro, o CPC/2015 nestes pontos deveria ser observado pelo tribunal arbitral.

A tese

No segundo capítulo, logo após a Introdução, buscaremos apontar que as arbitragens praticadas nos países do *common law* funcionam como meio de resolução de conflito mais estáveis que as arbitragens desenvolvidas pelo sistema da *civil law* porque não há a usual interferência da justiça estatal na justiça privada, logo, não ocorre a sobreposição de atividades dos tribunais, as fissuras do corpo jurídico.

A arbitragem como meio de resolução de conflito no Brasil teve que transpor inúmeros obstáculos para atingir sua maturidade. Todavia, as fissuras entre a justiça estatal e a justiça privada são profundas até hoje. Um bom exemplo disso é a chamada ordem pública.

A fim de comprovarmos a interferência da justiça estatal na justiça privada, após desenvolvermos algumas sugestões visando evitar a sobreposição de atividades dos tribunais, analisaremos a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no tocante ao conceito de ordem pública e buscaremos demonstrar que o referido conceito, diga-se, um conceito jurídico indeterminado, permite a ingerência dos tribunais na atividade da justiça privada como uma prática usual e rotineira.

A partir deste quadro, ciente das fissuras e objetivando evitá-las, os operadores do direito precisam estar atentos à produção e à valoração da prova no curso da relação jurídica para não transpor os limites estabelecidos pela Lei n. 9.307/1996, art. 21, § 2º.

Conforme buscaremos desenvolver no terceiro capítulo, a prova tem importância central para o processo. Sem prova, não há direito. A prova se confunde com o próprio direito em inúmeros casos. E não é só. As regras que cuidam da prova no CPC/2015 são

regras que ora se apresentam como de direito material, ora como de direito processual. Muitas delas são extraídas do senso comum, da observância de fatos corriqueiros.

Por outro lado, conforme demonstraremos, no tocante à prova, não faz sentido os operadores do direito nos procedimentos arbitrais desconsiderarem todas as regras do CPC/2015 no tocante à produção e à valoração da prova, e trabalharem apenas com o chamado ônus impróprio da prova, até porque inúmeras regras que cuidam da prova no CPC/2015 são normas de direito material. Assim, o CPC/2015 será aplicado aos procedimentos arbitrais se as partes optarem pela lei brasileira como a lei aplicável ao procedimento arbitral.

No quarto capítulo, analisaremos as regras que cuidam do livre convencimento do julgador. Como buscaremos desenvolver ao analisarmos individualmente os artigos que cuidam da matéria no CPC/2015, as referidas normas são regras relacionadas à fundamentação da própria decisão, são normas que não podem ser afastadas pela vontade das partes.

Ainda no quarto capitulo, a fim de demonstrar a importância da prova e do livre convencimento para o sistema, analisaremos 16 problemas com o objetivo de demonstrar que a regra do ônus da prova somada ao livre convencimento sofrem inúmeras limitações mesmo nos processos judiciais, portanto, não servindo de critério a solucionar todos eles.

Na ausência de manifestação das partes contrárias, e ocorrendo omissão dos regulamentos das instituições arbitrais sobre a matéria – o que acaba ocorrendo –, o CPC/2015, no tocante aos artigos que cuidam das regras de direito probatório com cunho de direito material, se aplica aos procedimentos arbitrais. Assim como as regras acerca do livre convencimento devidamente motivado que não poderão deixar de ser observadas. Com outras palavras, no tocante à prova, o CPC/2015 se aplica aos procedimentos arbitrais.

1 AS SOBREPOSIÇÕES DE ATIVIDADES DOS TRIBUNAIS

1.1 Sociedade e cultura – c*ommon law e civil law* – a justiça privada – a justiça estatal – as sobreposições de atividades dos tribunais

A cultura é um produto da história, ou a história é um produto da cultura? Para tentarmos responder à pergunta, lançamos o desafio: “quem veio primeiro, a galinha ou o ovo?” Brincadeiras à parte, conforme sustentam os historiadores, o conteúdo da história não passa só por batalhas e guerras, assinaturas de tratados, promulgações de leis ou golpes e motins, tudo alimentado por algozes e heróis no jogo do poder. A história da humanidade é representada no registro de todas as atividades do homem nas esferas política, social, econômica e intelectual, em suma, em toda a cultura produzida pelo homem.

No outro canto da equação, a cultura faz a história. Dentre os inúmeros exemplos, cabe relembrarmos o estopim da Segunda Guerra Mundial. Com a formação dos Estados nacionais e o fortalecimento do conflito entre o nacionalismo e o liberalismo, em 1848, um pequeno grupo que provinha da classe de profissionais, como advogados, professores e administradores, redigiu uma Constituição para uma Alemanha liberal e unificada. Todavia, o liberalismo foi posto à prova quando forças imperiais prussianas esmagaram movimentos similares na Áustria e na Hungria. Somado a estes fatos, lutas internas levaram ao enfraquecimento do movimento expansionista alemão, fazendo com que a Constituição promulgada em 1849 subjugasse a Alemanha – que até então era uma monarquia constitucional – a Frederico Guilherme, da Prússia. Em seguida, a Alemanha foi posta sob o domínio da Prússia, pelas mãos de Otto Von Bismarck (1815-1898). Já no século XX, a mesma cultura nacionalista, então totalitarista, levou a Alemanha a tentar reencontrar seu espaço vital como um dos fundamentos para a Segunda Guerra Mundial. A guerra serviu para pintar o mundo, ou com cores americanas, ou soviéticas, por mais de quarenta anos, levando o homem a conhecer o direito socialista então empregado na Grande Rússia e nos países influenciados pela sua

ideologia[1] [2].

Desdobrando e abrindo um pouco mais a pergunta ora formulada, poderíamos afirmar que a jurisdição é produto da história? Poderíamos afirmar, utilizando as palavras de Humberto Theodoro Júnior, que o "direito anglo-americano, mais próximo das raízes históricas do direito romano, sempre reconheceu a força dos precedentes jurisdicionais como genuína fonte do direito, e com isso tem logrado proporcionar aos jurisdicionados igualdade e segurança jurídica"[3]. Encerrando o questionamento: Quem surgiu primeiro? O Estado ou o direito e, em seguida, a ciência do direito, como conjunto de regras escritas ou não escritas que devem ser observadas pelos indivíduos inseridos em grupo social sob pena de aplicação de uma sanção? Poderíamos sustentar a existência de uma simbiose entre o direito e a ciência do direito – e, aqui, voltamos a falar de *civil law* e de *common law* – permitindo à sociedade, influenciada pela sua cultura, criar e desenvolver o seu próprio sistema jurídico?

Qualquer meio de resolução de conflito em uma sociedade é resultado consciente ou inconsciente de opções feitas pelos indivíduos então inseridos naquele grupo e é reflexo de contrastes, comportamentos, valores e crenças deste grupo de pessoas. Na África Central, a fim de se apurar a veracidade da narrativa formulada pelo então requerente, uma pequena porção de veneno era ministrada a um filhote de galinha. Se o autor tivesse falado a verdade, o oráculo permitiria a morte do animal. A resolução do conflito é reflexo da cultura na qual ele emergiu. Quanto mais simples for a sociedade, mais rudimentar será o acesso à justiça. Sob outro prisma pelo qual examinemos a simbiose entre as duas figuras, são inúmeros os exemplos em que as elites passam a

---

[1] BURNS, Edward McNall. **História da civilização ocidental** – do homem das cavernas às naves espaciais. v. 1. São Paulo: Globo, 1986, p. 3; BURNS, Edward McNall. **História da civilização ocidental** – do homem das cavernas às naves espaciais. v. 2. São Paulo: Globo, 1986, p. 586-587.

[2] Margaret MacMIlan, bisneta de Lloyd George, barão e político conservador, que governou a Índia entre 1918 e 1923, em 1919, aborda com cuidado a conferência realizada naquela cidade e seu mister de encerrar a Grande Guerra: "Embora os historiadores cada vez mais cheguem à conclusão de que a carga jamais foi tão grande quanto a Alemanha e seus simpatizantes fizeram supor, as indenizações continuam o símbolo mais destacado na paz feita em Paris. Se a maior parte das 440 cláusulas do Tratado de Versalhes já foi esquecida há muito tempo, os poucos referentes às indenizações permanecem numa opinião padronizada, como prova de um documento vingativo, imprudente e venenoso. A nova democracia de Weimar começou sua vida com uma carga esmagadora, e os nazistas souberam capitalizar muito bem o ressentimento alemão". MACMILLAN, Margaret. **Paz em Paris, 1919** – a conferência de Paris e seu mister de encerrar a Grande Guerra. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2004, p. 203.

[3] THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo em jornadas** – *common law* e *civil law*. Aproximação. Papel da jurisprudência e precedentes vinculantes no novo Código de Processo Civil. Demandas repetitivas. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 454.

restringir o acesso à Corte, na medida em que a sala de sessão se torna uma arena de mudanças sociais. Hoje, os movimentos socioculturais falam em globalização. Neste mesmo sentido, “as globalization has led to homogenization of substantive law, it is no surprise that a move toward uniformity in dispute processing has followed” [4]. Em suma, atualmente, a globalização pede uniformização dos sistemas jurídicos e de suas leis materiais.

Como os influxos da cultura acabam modelando os meios de resolução de conflito, como não existe uma noção, um conceito perpétuo de cultura, tampouco poder-se-ia afirmar a existência de um meio imutável de resolução de conflito. Soma-se a esse quadro o incremento do número de indivíduos na sociedade, o que torna cada dia mais presentes os meios de resolução de conflito. E não é só. Em países que têm uma cultura jurídica mais talhada e desenvolvida, o acesso às Cortes, ou seja, o acesso aos meios de resolução de conflito, estabiliza a democracia, “o melhor dos piores regimes”, nas palavras de Winston Churchill[5].

Gastão Grossê Saraiva, examinando a história do processo, ao comparar o direito à religião, afirma que ambos não são valores objetivos, tampouco estranhos à natureza humana, até porque tanto o direito como a religião passam a ser pressupostos para que determinado grupo de pessoas possa ser classificado como um povo civilizado. Nos tempos mais primitivos da humanidade, o rito, a cerimônia, a forma, eram preponderantes na vida em sociedade. A instituição da *couvade* pelos índios, que se deitavam por semanas com suas esposas quando do nascimento dos filhos, ou a transmissão do Totem, ou seja, do símbolo da família do pai para o filho, são exemplos de um mundo antigo em que o formalismo, a cultura, a religião e, assim, os meios de resolução de conflito, caminhavam de forma inseparável, já que “naquele tempo, a distribuição de justiça estava impregnada fortemente do sentimento religioso oriundo de tempos mais remotos”. Quando se fala em tempos mais remotos, o notável comercialista faz referência

---

[4] O advogado e professor americano Oscar Chase examina a relação entre o direito e a cultura. CHASE, Oscar G. **Law, culture and ritual**. New York University Press, 2005, p. 5. Tradução livre: “como a globalização levou à homogeneização do direito substantivo, não é de se surpreender que se tenha seguido um movimento em direção à uniformidade no processamento de lides”.

[5] Oscar Chase traz um bom exemplo para ilustrar suas palavras, ao citar a participação do jurado nos Estados Unidos como um símbolo de recolocação da autoridade do Estado no cidadão. CHASE, Oscar G. **Law, culture and ritual**. New York University Press, 2005, p. 6-10.

ao direito romano para compará-lo ao sistema revogado pelo CPC/1939, no qual “o réu era chamado para ver-se-lhe propor a ação, em audiência solene, em que o autor acusava o chamamento feito com formalidades de verdadeiro ritual, presente o juiz com sua beca, o escrivão de capa, o porteiro fazendo soar a campainha e apregoando as partes” conforme crítica já lançada em 1948[6].

Todavia, antes de tratar sobre o direito romano, no período entre 10.000 a.C. e 5.000 a.C., conhecido como o período da cultura neolítica (porque os instrumentos de pedra passaram a ser feitos pelo método de polimento através do atrito), a instituição compreendida “como uma combinação de crenças e atividade grupais, organizada de maneira mais ou menos permanente, visando a consecução de algum objetivo comum”, apresentava um código de normas e regras com processo de punição. Em outras palavras, havendo grupo de pessoas reunidas, vivendo em sociedade, como uma instituição, haverá regras escritas ou não, cuja observância se dá mediante uma imperatividade, uma coação (ainda que moral) que obriga os indivíduos inseridos naquela instituição a observar os comandos imperativos, sob pena de uma sanção de parte daquele grupo, que é o dono da força e do poder[7] [8].

Partindo dos primórdios da nossa história, passando assim pela civilização egípcia, persa, pelas civilizações menores, como os fenícios – responsáveis pelo desenvolvimento do comércio e das regras aplicadas pelos comerciantes oriundos de diferentes regiões – pela cultura helênica, chegamos ao sistema jurídico romano. Após a queda de Roma e o esfacelamento da cultura bizantina, passou-se pelo sistema feudal, quando a cultura era transmitida pela Igreja. Ou melhor, o acesso à cultura era símbolo do poder, senão o próprio poder, em um mundo conhecido como Idade das Trevas ou Idade Média, compreendido entre 600 d.C e 1500 d.C.

Durante esse período, a cultura era monopolizada pela Igreja e, quando da

---

[6] SARAIVA, Gastão Grossê. Histórico do processo, até o atual Código de Processo Civil – fundamentos sociológicos do direito processual. **Revista dos Tribunais**, n. 172, mar. 1948, p. 473-476.

[7] BURNS, Edward McNall. **História da civilização ocidental** – do homem das cavernas às naves espaciais. v. 2. São Paulo: Globo, 1986, p. 11-12.

[8] Jônatas Milhomens sublinha: “Na solução do primeiro conflito por intermédio de terceira pessoa esboça-se uma forma de fazer justiça que vai ser o gérmen do direito processual. Assim como onde está a sociedade está o direito, assim onde está o processo está a prova, um e outra intimamente ligados à religião e à moral. Os processos de adaptação social só ao final de longa evolução se tornaram independentes”. MILHOMENS, Jônatas. **A prova no processo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 29.

constituição das primeiras universidades na Europa, felizmente, toda a cultura greco-romana foi redistribuída ao mundo então em renascimento pelos universitários.

Parênteses necessários: as cinco primeiras universidades voltaram-se ao estudo de dois sistemas jurídicos distintos desenvolvidos à época. Duas delas em países que seguiram a tradição do *common law* (Oxford, em 1096 e Cambridge, em 1209), e as três restantes em países os quais a história e a cultura os levaram a seguir a tradição do *civil law* (Karaouine, em 859; Bolonha, em 1088 e Salamanca, em 1134)[9] [10].

Com a queda da realeza e o início da República, em 510 a.C, os dois cônsules, os quais detinham atribuições militares, administrativas e judiciárias, eram dois magistrados. Aos poucos, novas magistraturas, então exclusivas dos patrícios, surgiram em decorrência dos anseios da plebe na redistribuição do poder.

Conforme ensina José Carlos Moreira Alves, os patrícios aceitaram transigir, criando duas magistraturas: o tribunato e a edilidade da plebe. Assim, os plebeus foram protegidos das arbitrariedades dos magistrados patrícios. A luta dos plebeus por um sistema mais justo de resolução de conflitos levou à obtenção de leis escritas, "o que acabaria com a incerteza do direito e daria mais segurança aos plebeus. O resultado foi a Lei das XII Tábuas, elaborada de 450 a 449 a.C". Os atributos fundamentais dos magistrados republicanos eram a temporariedade, a colegialidade, a gratuidade e a irresponsabilidade pelos seus atos no exercício da sua função. Ainda, destacando as particularidades da magistratura durante a fase da República, os magistrados eram eleitos e seus poderes estariam resumidos na *potestas* e no *imperium*. A *potestas* seria a competência do magistrado para expressar a sua vontade e, ao falar pelo Estado, sua manifestação de vontade passava a gerar direitos e obrigações. O *imperium* "é a personificação, no magistrado, da supremacia do Estado, supremacia que exige a

---

[9] "Embora sujeito a novas interpretações, o direito dos grandes juristas tornou-se parte importante do Código de Justiniano e, assim, comunicou-se posteriormente à Idade Média e aos tempos modernos. Os juízes de nossa época citam, amiúde, máximas criadas por Gaio ou Ulpiano. Além disso, os sistemas jurídicos de quase todos os países contemporâneos do continente europeu incorporaram muito do direito romano. Tal direito foi uma das supremas realizações dos romanos e refletiu seu gênio para o governo de um vasto e multifacetário império". BURNS, Edward McNall. **História da civilização ocidental** – do homem das cavernas às naves espaciais. v. 1. São Paulo: Globo, 1986, p. 169.

[10] O filme intitulado O Nome da Rosa, com o ator Sean Connery, retrata como uma foto muito bem nítida o domínio da cultura pela Igreja, seus rituais, seus dogmas, sua força ao monopolizar o conhecimento humano. O NOME DA ROSA. Título original: **Le Nom de la Rose**. Data de lançamento desconhecida/ 2h11min/ Aventura, Drama, Suspense. Direção: Jean-Jacques Annaud. Elenco: Sean Connery, Christian Slater, Elya Baskin. Nacionalidades Itália, França, Alemanha. Ano de produção: 1986. Tipo de filme: longa-metragem.

obediência de todo o cidadão ou súdito, mas que está limitada pelos direitos essenciais do cidadão ou pelas garantias individuais concedidas por *lex publica*"[11]. Os magistrados também legislavam por meio dos éditos judiciários, conforme destaca Ebert Chamoun. Éditos esses que eram transmitidos oralmente ao público e, em seguida, por escrito a todo o vasto império "pelo pretor urbano e peregrino, pelo *edis curuis* e pelos governadores e questores provinciais"[12].

Possivelmente, o momento mais marcante para a história da humanidade no estudo do direito romano foi deparar-se com uma vasta compilação de todas as fontes daquele direito, tornando-as consonantes ao direito vigente à época, por meio da publicação do conjunto de recolhas, ou seja, ao conjunto de regras jurídicas observadas em Roma e, em seguida, ao corpo de direito aplicado a todo o império romano, conhecido mais tarde como *corpus juris civilis*[13].

Ao nos debruçarmos sobre alguns traços da magistratura no curso do Império Romano, agora, com olhos nos sistemas jurídicos conhecidos como *civil law* e *common law*, observamos com clareza a importação de inúmeros caracteres da magistratura dos romanos pelos dois sistemas. O magistrado romano era eleito, detinha vitaliciedade em seu cargo e editava leis, tal como fazem os magistrados ingleses, que legislam pelos seus precedentes. Por outro lado, o *corpus juris civilis* foi a origem do sistema da *civil law*[14].

---

[11] "Por outro lado, os poderes dos magistrados se resumem na *potestas* e no *imperium*. A *potestas*, como ensina Arangio Ruiz, é a competência de o magistrado expressar com sua própria vontade a do Estado, gerando para estes direitos e obrigações. Já o *imperium* é a personificação, no magistrado, da supremacia do Estado, supremacia que exige a obediência de todo cidadão ou pelas garantias individuais concedidas por *lex publica*. O *imperium* compreende o poder de levantar tropas e de comandá-las, o direito de apresentar proposta aos comícios, a faculdade de deter e punir os cidadãos culpados e a administração da justiça nos assuntos privados". ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano** – história do direito romano. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.13-16.

[12] CHAMOUN, Ebert. **Instituições de direito romano**. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 34.

[13] Essa compilação dividia-se em quatro partes conforme explica John Gilissen: "a) o Código (Codex Justiniani), recolha de leis imperiais, que visava substituir o Código Teodosiano; ao primeiro código de Justiniano, publicado em 529 (texto pedido), sucedeu um segundo código, em 534; b) o Digesto (Digesta ou Pandectas), vasta compilação de extractos de mais de 1500 livros escritos por jurisconsultos da época clássica. Ao todo, forma um texto de mais de 150 000 linhas. O Digesto continuou a ser a principal fonte para o estudo aprofundado do direito romano. Um terço do Digesto é tirado das obras de Ulpiano e Modestino; c) as Instituições (Institutiones Justiniani) formam um manual elementar destinado ao ensino do direito. Obra muito mais clara e sistemática que o Digesto, foi redigida por dois professores, Doroteu e Teófilo, sob a direção de Triboniano. Justiniano aprovou o texto e deu-lhe força de lei, em 533; d) as Novelas (*novellae* ou lei novas): Justiniano continua a promulgar numerosas constituições – mais de 150 – depois da publicação do seu Codex. Se não existem recolhas oficiais, possuem-se em contrapartida três coleções reunidas por particulares: o *Epítome* do professor Juliano, o *Authenticum* e uma recolha do tempo de Tibério II". GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Portugal: Fundação Calouste Gulbenkian, 1979, p. 92.

[14] Fabíola Utzig Haselof, em sua dissertação de mestrado, examina a interação dos dois sistemas, as chamadas "jurisdições mistas": "O *civil law* ou sistema romano-germânico tem sua origem no direito romano compilado no

Quando passamos a falar em *common law* e *civil law*, novamente, a história se revela essencial para compreendermos o funcionamento do relógio. Aqui, fazemos alusão à obra de Piero Calamandrei, *Processo como juego*, na qual o professor italiano compara o funcionamento da justiça na resolução do conflito por meio do processo ao mecanismo de um relógio. O autor questiona se a busca da perfeição no curso do procedimento, o escopo científico do processo, poderia ser comparado ao relógio, que marcará a hora da morte com precisão, sem que o seu operador se preocupe com a hora da vida[15].

A história da *civil law* tem sua raiz mais próxima no Código de Napoleão. O direito civil francês foi "o feliz resultado da combinação do *droit écrit* do sul da França, de origem romanista, com o *droit coutumier* no norte francês, baseado nos costumes germânicos". Nesse contexto, Eugênio Facchini Neto destaca:

> mesmo após a queda do Império Romano (que abrangia também a Gália, atual França), em 476, o direito romano permaneceu vigendo, em razão do princípio da personalidade das leis então vigorante como direito aplicável aos súditos de origem não germânica, especialmente nos reinos visigodos e dos burgúndios, na parte meridional europeia[16].

Corpus Iuris Civilis, que reúne a produção legislativa do século VI, do reinado do Imperador bizantino Justiniano I (527-565). Posteriormente, no século XI, os antigos textos romanos foram redescobertos, interpretados e organizados pelos glosadores, que eram estudiosos do direito que anotavam interpretações e comentários nas entrelinhas ou margens dos textos antigos (glosas interlineares ou marginais) e deram origem, na Itália, à fundação da Escola de Bolonha ou Escola de Glosadores, tornando a cidade de Bolonha o centro dos esforços para organização, interpretação e sistematização do direito romano, onde também surge a que foi considerada uma das primeiras e mais importantes universidades de Direito da Europa". HASELOF, Fabíola Utzig. **Jurisdições mistas** – um novo conceito de jurisdição. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 25.

[15] CALAMANDREI, Piero. **Derecho procesal civil**. Buenos Aires: Ediciones juridicas Europa-America, 1962, p. 259-293.

[16] Assim, o autor continua a explicação da influência do direito costumeiro no Código Napoleônico: "Em 506, o rei visigodo Alarico II promulgou a famosa *Lex Romana Wisigothorum*, também conhecida como *Breviarium Alaricianum*. Essa "lei" retomava substancialmente o *Codex Theodosianus* e era destinado a reger as relações jurídicas dos ex-súditos romanos que habitavam o reino visigodo, no sul da França. Assim, a partir do final do século XI e ao longo do século XII, quando os estudos jurídicos foram retomados na Itália setentrional, com a fundação das primeiras universidades (com a primazia de Bologna), aplicando-se o método escolástico para a análise do texto do Digesto justinianeu, rapidamente esse novo método acadêmico de ensino do direito romano pode se espalhar também pelo sul da França (conhecida como Le Midi), que abrangia cerca de duas quintas partes do território francês, passou então a ser conhecida como *pays de droit écrit*, em razão dos textos escritos do antigo direito romano que ali ainda eram conhecidos e aplicados [...] Ao longo do século XIII, vários desses costumes locais ou regionais foram reduzidos a escrito, em forma de compilações. Referimo-nos aos Coutumes de Orléans, Coutumes de Beauvaisis (redigido pelo célebre Philippe de Beaumanoir), o Grand Coutumier de la Normandie (compilação de costumes normandos), dentre outros. Mas tal obra de compilação, normalmente feita de forma particular por algum jurista ou magistrado da região, não afasta o fato de que a maioria dos costumes permanecia sob tradição oral [...] Na ausência de um "poder legislativo", ao longo de toda a Idade Média e a Moderna, os reis franceses ocasionalmente assumiam o papel de legisladores, editando Ordonnances (ordenações). Até o século XVI, tais ordenações disciplinavam substancialmente aspectos do sistema feudal, questões procedimentais e administrativas. A partir do século XVI (com a Ordonnance de Moulins, de 1566, exigindo prova escrita para os contratos e criando a figura da hipoteca jurídiciária) e, principalmente do século XVII, houve uma mais incisiva intervenção legislativa em áreas do

Já no Norte da França, espaço geográfico que corresponde a dois terços da área daquele país, “vigia o direito costumeiro de origem germânica (especialmente o dos francos), fundado substancialmente no direito dos contratos”[17].

A história e o curso da humanidade explicam a dicotomia do direito francês, que influenciou o Código Napoleônico, levando a comissão de quatro juristas nomeados pelo imperador a redigir o maior feito deste grande estadista, a ser conhecida como “reunião dos contrários”. Portalis e Maleville eram provenientes do Sul, onde se aplicava o direito escrito; Tronchet e Bigot de Préameneu, oriundos do norte da França, onde se trabalhava

que hoje se denominaria direito material”. FACCHINI NETO, Eugênio. **Code Civil francês** – gênese e difusão de um modelo, ano 50, n. 198 abr.-jun. 2013, p. 61-62.

[17] Caio Mário da Silva Pereira, em palestra dada na Universidade Federal de Minas Gerais, em comemoração aos 200 anos da Revolução Francesa, destaca a influência do direito romano no código napoleônico: “Para situar a feitura do Código Civil como expressão do direito privado francês, que no dizer do mesmo historiador “il est encore la base de notre droit privé et la plupart des nations modernes l’ ont pris pour patron” (p. 67), é preciso recuar no tempo. Não é necessário retroceder à divisão da Galia nas três partes a que alude Julio César; nem há mister enfocar o Direito Gallo-Romano que sobreviveu ao Edito do Imperador Caracalla do Ano 212. Da fusão entre Gallo Romanos e Árabe, passando pela invasão árabe e pelas incursões normandas, resultou uma divisão da França, do ponto de vista jurídico, em duas regiões: os chamados “pays de droit écrit” no sul, em que predominava o Direito Romano, não o da Codificação Justinianéia do século VI, porém o do Código Teodosiano, devido a Teodósio II, que foi Imperador do Oriente de 408 a 450; no norte, os denominados “pays des coutumes”, em que prevaleciam os costumes notadamente de inspiração germânica”. PEREIRA, Caio Mário da Silva. Código Napoleão – influência nos sistemas jurídicos ocidentais. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, Belo Horizonte, n. 32, 1989, p. 4-5.

com o direito costumeiro (*droit coutumier*)[18] [19].

A codificação e as reformas educacionais foram os maiores empreendimentos de Napoleão Bonaparte. O código tornou o direito francês uniforme, declarando para sempre abolidos os costumes e os privilégios do passado. Por outro lado, essa reforma, ocorrida no auge da burguesia, com a efetiva tomada de poder em resposta ao Antigo Regime, veio marcada por muito derramamento de sangue. Na primeira fase da Revolução Francesa, ainda havia moderação, já que os nobres liberais e os membros da burguesia do Terceiro Estado estavam no comando.

A segunda fase, conhecida como a Revolução Radical ou Período do Terror, teve início no verão de 1792, e foi uma resposta das classes mais pobres que não tiveram qualquer benefício com a Revolução, que já havia matado muitos dos seus irmãos

[18] A expressão 'reunião dos contrários' foi pintada por Savatier. Neste sentido, Sylvio Capanema de Souza se manifesta em artigo que examina a influência do Código Napoleão para o direito brasileiro: "A comissão, nomeada por Napoleão, já exprimia o desejo conciliador da unidade. Tronchet, Presidente da Cour de Cassation, antigo e respeitado processualista e Bigot de Préameneu, Comissário do Governo junto àquela Corte, representavam o Norte, onde imperava o direito costumeiro, enquanto Portalis, do Tribunal de Presos e Malleville, Juiz da Cour de Cassation lutavam pela prevalência do direito escrito, de inspiração romanística. Era uma espécie de "reunião dos contrários", como observou, com lucidez, Savatier, da qual emergiu o Código, promulgado em 21 de março de 1804. No Discurso Preliminar sobre o Projeto, que embora assinado pelos quatro membros da Comissão, se atribui exclusivamente a Portalis, afirmava-se: "o legislador não deve perder de vista que as leis são elaboradas para os homens, e não os homens para as leis e que estas devem ser adaptadas ao caráter, aos hábitos, à situação do povo, para o qual elas se detinam". SOUZA, Sylvio Capanema de. O Código Napoleão e sua influência no direito brasileiro. **Revista EMERJ**, v. 7, n. 26, 2004, p. 38. A influência de Portalis e sua preponderância de vontade sobre os outros componentes da comissão também é destaca por Eugênio Facchini Neto: "Jean- Étienne-Marie Portalis (1746-1807), conselheiro do Conseil d'État, brilhante orador e escritor, foi o mais influente dos quatro redatores, autor do célebre Discours préliminaire au premier projet de Code Civil, em que fixou suas características principais, seu espírito e o papel dos intérpretes. Disse ele, no Discours (espécie de exposição de motivos do código): "l'office de la loi est de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit [...]. C'est au, agistrat et au jurisconsulte, pénétré del'esprit génerale de lois, à em diriger l'application[...] La Science du législateurs consiste à trouver dans chaque matière les príncipes les plus favorables au bien commun; la Science du magistrat est de mettre ces príncipes em action, de les ramifer, de les étendre, par une application sage et raisonnable [...] C'est à l'expérience à combler successivement les vides que nous laissons. Les codes des peuples se font avec le temps; mais, à proprement parler, on ne les fait pas" – "A tarefa da lei é fixar, por meio de grande vias, as máximas [princípios] gerais do direito [...] Cabe ao magistrado e ao jurisconsulto, imbuídos do espírito geral das leis, dirigir-lhes a aplicação [...] A ciência do legislador consiste em encontrar, em cada matéria, os princípios mais favoráveis ao bem comum; a ciência do magistrado é colocar esses princípios em ação, ramificá-los, estendê-los, por uma aplicação sábia e racional, às hipóteses privadas" [...] Deixamos para a jurisprudência os casos raros e extraordinários que não devem entrar no projeto de uma legislação racional [...] Cabe à experiência preencher, sucessivamente, as lacunas que nós deixamos. Os códigos dos povos fazem-se com o tempo; para dizer a verdade, nós os fazemos". FACCHINI NETO, Eugênio. **Code Civil francês** – gênese e difusão de um modelo, ano 50, n. 198 abr.-jun. 2013, p. 66-67.

[19] Napoleão Bonaparte participou ativamente de 57 sessões das 102 realizadas pela comissão. Caio Mário da Silva Pereira, em texto já citado, lembra que o imperador se lisonjeava de ter promulgado o código, já ter vencido 40 batalhas, era um fato de menor importância: "Mais tarde, no exílio em Santa Helena, teria ele exclamado; "Ma vraie gloire, ce n'est pas gagner quarante batailles; Waterloo effacera le souvenir de tant de victoires. Ce qui rien n'effacera, ce qui vivra éternellement, c'est mon Code Civil". Tomando de amores pelo que considerava "son Code", lamentou Napoleão amargamente quando surgiram os primeiros comentários: "Mon Code est perdu". E SAVATIER acrescenta: "Toucher à la loi c'est um sacrilège". PEREIRA, Caio Mário da Silva. Código Napoleão – influência nos sistemas jurídicos ocidentais. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, Belo Horizonte, n. 32, 1989, p. 7.

compatriotas. Os líderes radicais e extremistas formavam o Comitê de Salvação Pública, cabendo destacar Marat, Danton e Robespierre. “Chegou mesmo a justificar a crueldade como necessária e, portanto, como um expediente louvável para promover o progresso da Revolução. Nas últimas seis semanas de sua ditadura virtual, rolaram no cadafalso de Paris nada menos de 1.285 cabeças”[20].

A terceira fase da Revolução Francesa teve Napoleão Bonaparte como protagonista, o que acabou por alimentar mais mortes, guerras e conquistas. Para demonstrar que o germe da *civil law* foi imposto à sociedade mediante derramamento de sangue, a fim de legitimar sua ditadura, o admirável estrategista procurou Roma e assinou, em 1801, os termos da concordata, por meio da qual ganhava “o direito de depor os bispos franceses e disciplinar o clero. Ao mesmo tempo, o Vaticano concordava em arquivar quaisquer queixas contra a expropriação de terras da Igreja”. Em suma, a Igreja ajudou o Imperador a consolidar seu poder[21].

> A Revolução Francesa, conforme apontado por qualquer bom manual de história, foi a resposta de “certos animais ferozes, machos e fêmeas, espalhados pelos campos, negros, lívidos e todos queimados pelo sol, agarrados à terra que revolvem e remexem com incrível obstinação”. “À noite retiram-se para covis onde vivem de pão negro, água e raízes; poupam aos outros homens a canseira de semear, lavrar e recolher para viver e, assim, merecem que não lhes falte esse pão que semearam”[22].

---

[20] BURNS, Edward McNall. **História da civilização ocidental** – do homem das cavernas às naves espaciais. v. 1. São Paulo: Globo, 1986, p. 498-509.

[21] Na biografia da Napoleão escrita por Steven Englund, encontramos algumas boas passagens que ilustram bem como a nova codificação se sobrepôs às regras do antigo regime e a importância que passou a ter em detrimento à Constituição: “Muito pouca gente, ao acordar na manhã do dia 20, concluiu que pelo fato de um general estar no poder, passara-se a viver num Estado militar. O aparato de repressão – de tribunais especiais e justiça sumária a eleições forjadas e governo por decreto – já era bastante visível desde 1797. Além disso, Bonaparte era, literal e metaforicamente, um general à paisana. Como ele disse a um colega: “Se morresse dentro de três ou quatro dias deixaria uma advertência à nação, acautelando-a contra um governo militar, aconselhando-a a nomear um civil para a chefia do Estado”. [...] O Código parece enunciar pomposamente banalidades do tipo “a família é a base da sociedade”, ou “lei se aplica a toda a nação” ou “Estado é a única fonte dessa lei”. Quando consideradas em seu tempo, porém, essas formulações são relevantes: por exemplo, o casamento e a família não são mais “alianças” no sentido aristocrático, mas células no tecido da pátria; Deus e a Igreja não são mais fonte de lei. Por outro lado, para o francês médio, o Código parecia perfeitamente “natural”. [...] O primeiro-cônsul tinha grande apreço pelo Código; ordenou que um exemplar fosse posto à disposição de cada cidadão da República. Tinha mais estima por ele do que por qualquer Constituição, e não é difícil ver por quê: o Código tornou-se de fato a Constituição da França, muito mais que o pastiche do Ano VIII (ou seus sucessores) jamais foram. O Código foi recebido por uma população cansada de lutas como a libertação da vida pública francesa da “política” de elaboração de constituições e confecção de leis por um poder legislativo movido por partidos. Com ele, a sociedade foi confiada às mãos de juízes nomeados pelo Estado, que aplicavam o “direito público”, e a prefeitos de departamento, que o administravam”. ENGLUND, Steven. **Napoleão** – uma biografia política. São Paulo: Zahar, 2005, p. 190-213.

[22] Neste sentido, Jean de La Bruyère, escritor francês do Antigo Regime, se manifestou: “Vêem-se certos animais ferozes, machos e fêmeas, espalhados pelos campos, negros, lívidos e todos queimados pelo sol, agarrados à terra que revolvem e remexem com incrível obstinação; possuem algo como uma voz articulada e quando se equilibram sobre os pés, mostram um rosto humano e, com efeito, são homens. À noite, retiram-se para covis, onde vivem de

Conforme observa Caio Mário da Silva Pereira, a ruptura se deu de tal forma que a reunião dos Estados Gerais, transformada em Assembleia Constituinte, cujo objetivo era restringir os direitos da realeza sem, contudo, aboli-la, acabou guilhotinando o rei da França Luís XVI, e decapitando a rainha Maria Antonieta. Outro episódio marcante foi o 9 de Termidor do ano II, com a execução de Robespierre, "o Incorruptível", guilhotinado já agonizante, atingido por um tiro na boca, após sua prisão[23].

A revolução em curso (palavra que deriva do latim *revolvere*, *revolutio*) significou uma reviravolta literal no Antigo Regime, fazendo com que todas as suas estruturas fossem arrebentadas e postas ao chão. Esse evento político levou à abolição da monarquia absoluta, ao fim do sistema feudal e da divisão territorial em províncias, encerrando as relações de poder existentes entre o rei, os aristocratas, o clero e o Poder Judiciário. Não só o sistema fiscal foi extinto, como também o sistema judiciário foi suprimido. "Buscou-se a eliminação do próprio direito, fechando-se as faculdades de direito". Segundo Voltaire, "Voulez-vous avoir de bonnes lois? Brúlez les vôtres, et faites-en de nouvelles"[24]. Concluindo sua explicação sobre o ponto, Eugênio Facchini Neto afirma: "pretendia-se que os cidadãos, naturalmente honestos, deveriam coexistir com base em prescrições morais e não mais jurídicas, ao passo que eventuais litígios deveriam ser resolvidos pela via amigável"[25] [26].

A Revolução Francesa que, para muitos, foi o maior acontecimento da

---

pão negro, água e raízes; poupam aos outros homens a canseira de semear, lavrar e recolher para viver, e assim, merecerem que não lhes falte esse pão que semearam". AQUINO, Rubi Santos Leão de. **História das sociedades** – das sociedades modernas às sociedades atuais. 24. ed. Rio de Janeiro: Editora do livro técnico, 1992, p. 132.

[23] PEREIRA, Caio Mário da Silva. Código Napoleão – influência nos sistemas jurídicos ocidentais. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, Belo Horizonte, n. 32, 1989, p. 2-3.

[24] Tradução livre: "Você quer ter boas leis? Queime as suas e faça novas".

[25] FACCHINI NETO, Eugênio. **Code Civil francês** – gênese e difusão de um modelo, ano 50, n. 198, abr.-jun. 2013, p. 63-65.

[26] O exame da questão não fugiu aos olhos de Caio Mário da Silva Pereira, em texto já citado: "Os Enciclopedistas do século XVIII, sob a direção principalmente de DIDEROT e D'ALEMBERT, reunindo os sábios, os filósofos, os especialistas de todas as disciplinas, congregaram as ideias de VOLTAIRE, de MONTESQUIEU, de ROUSSEAU, de JANCOURT, de tantos mais; semearam uma nova concepção, que a um só tempo criou um modelo político e despertou nas classes a noção das desigualdades existentes; e excitou a pequena burguesia. Despertou nas massas o sentimento de revolta. Enfocou os gastos excessivos de uma Corte insensível e pôs a descoberto o luxo de uma nobreza perdulária e corrupta, que conduzia à ruína das finanças públicas. Dentro desse ambiente, que inicialmente não era governado por qualquer programação pré-estabelecida, eclodiu a Revolução Francesa. Em pouco tempo assumiu as características de movimento político e social de profundidade. Extinguiu a monarquia. Proclamou a República. Instaurou o Terror". PEREIRA, Caio Mário da Silva. Código Napoleão – influência nos sistemas jurídicos ocidentais. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, Belo Horizonte, n. 32, 1989.

humanidade, foi produto das mudanças extremas pelas quais a raça humana passava, notadamente após a Revolução Gloriosa, a Revolução Industrial, a abolição da escravatura, a Guerra de Secessão e a Independência dos EUA, dentre outros episódios marcantes na história da civilização. Esse movimento político veio como forma de cristalizar as ideias do Iluminismo. Com o Renascimento, quando o homem conseguiu sair “das trevas” na qual a humanidade viu-se submersa ao final do Império Romano, a humanidade não só foi premiada com obras de artistas como Rafael, Michelangelo e Leonardo da Vinci, como também foi agraciada com um movimento de liberdade política e econômica apto a saciar os anseios da burguesia à época. Dentre os pensadores do movimento destacou-se Jean-Jacques Rousseau, cuja obra intitulada Contrato Social analisaremos brevemente.

Segundo o iluminista Jean-Jacques Rousseau, incumbido da missão de redigir o projeto de Constituição para a Córsega, “o ser humano nasce livre e em toda parte está a ferros”. Em outras palavras, o cidadão estabelecerá, ou “estabeleço contigo uma convenção cujos encargos são todos teus e toda ela em meu benefício e que eu observarei enquanto me agradar e que tu observarás enquanto me agradar”. Por outro lado, “dominando o território, ficam bem seguros de dominar seus habitantes”. “Passando, então, os possuidores a serem considerados como depositário do bem público”. A presença do Estado torna-se imperiosa, impositiva e obrigatória, legitimando, hoje, por exemplo, uma desapropriação, até porque “de qualquer maneira que se realize essa aquisição, o direito que cada particular tem sobre seu próprio bem está sempre subordinado ao direito que a comunidade tem sobre todos, sem o que não haveria nem solidez no vínculo social, nem força real no exercício da soberania”.

Consequentemente, para que o Estado possa se fazer presente, até porque o homem é egoísta, “aquilo que esse homem quererá amanhã, eu o quererei”, o cidadão deverá renunciar a sua soberania, para que o soberano possa, através da vontade geral, governar à luz dos anseios, desejos e sonhos de determinada comunidade. A renúncia à soberania pelo homem se efetiva por meio do Contrato Social, outorgando ao Leviatã a sua soberania por meio deste contrato[27].

[27] ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Coleção Folha de S. Paulo – Livros que mudaram o mundo, 2010, p. 23; 28; 30; 32; 33; 37.

O *Code Civil des Français* foi promulgado em 21 de março de 1804. Como Napoleão era 'filho e produto' de uma revolução e, ao mesmo tempo, 'pai' de uma codificação de leis que, a partir de então, emergiu em vários cantos do mundo, a legislação serviu para

> traduzir a Revolução em princípios, conservar seus resultados, moderando ao mesmo tempo os seus excessos e, com a clarividência de um espírito que penetra em tudo, e com a energia tenaz que faz a França, resolvida e esfacelada pelos partidos, um Estado poderoso, quando o Código submete os costumes a formas rígidas porém humanas[28].

O Código apresenta introito – *titre prêliminaire* – composto por seis artigos, e outros 2.281 artigos, os quais foram divididos em três livros. "O Código Civil francês exerceu, durante muito tempo, uma função semiconstitucional, pois as estruturas jurídicas mais caras à sociedade burguesa estavam previstas e reguladas mais naquele código do que nas inúmeras constituições que a França teve". Eugênio Facchini Neto conclui o exame da questão:

> no que se refere aos contratos, além do princípio consensualístico, abre-se largo espaço para a autonomia privada, limitada apenas pela lei, ordem pública e bons costumes (art 1.133). O princípio geral do *pacta sunt servanda*, enunciado por Grotius, em 1600, foi transformado em artigo de lei no Código Napoleônico [29] [30].

Apesar de ter sido redigido com o objetivo de ser simples e acessível a todos, o Código Napoleônico é lacunoso e ambíguo. "Ele afirma, por exemplo, que os contratos podem ser invalidados pela ordem pública, mas não define o que seja ordem pública. Baseia toda a responsabilidade civil na culpa, mas não esclarece o que seja a *faute*. O

---

[28] Neste sentido, Caio Mário da Silva Pereira, citando Stefan Zweig: PEREIRA, Caio Mário da Silva. Código Napoleão – influência nos sistemas jurídicos ocidentais. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, Belo Horizonte, n. 32, 1989, p. 7.

[29] FACCHINI NETO, Eugênio. **Code Civil francês** – gênese e difusão de um modelo, ano 50, n. 198, abr.-jun. 2013, p. 70-72.

[30] Como o Código Napoleônico era produto de uma revolução que passou por três fases, a legislação veio a ser renomeada em três oportunidade. Os 36 projetos, aprovados sem qualquer resistência, foram promulgados em 31 de março de 1804 sob o epíteto de *Code Civil Français*. Com a proclamação de Napoleão à Imperador em pouco mais de 45 dias, foi determinada uma segunda edição, introduzindo mudanças em decorrência da transformação da França de república, agora, para império. A essa segunda versão deu-se o nome de *Code Napoléon*. Com a derrota dos exércitos do general em Waterloo e o retorno da monarquia, em 1816, a legislação retoma sua antiga designação, voltando a ser chamada *Code Civil*. Interessante observar que em 27 de março de 1852, Napoleão III, por meio de decreto, alterou novamente a designação daquela compilação de lei em homenagem ao seu tio. Contudo, o decreto nunca se tornou eficaz. FACCHINI NETO, Eugênio. **Code Civil francês** – gênese e difusão de um modelo, ano 50, n. 198, abr.-jun. 2013, p. 68.

sentido de algumas palavras ou expressões varia, ao longo do texto". Silvio Capanema também aponta a imprecisão do conceito de culpa, "quase transformando a impunidade do autor do dano em regra geral", já que exigiria dele a apresentação da prova impossível, diabólica[31].

Eugênio Facchini Neto conclui com precisão a análise da legislação: "esse código é praticamente uma máquina de calcular jurídica, tamanha a sua precisão; todavia, é de difícil compreensão para os não iniciados". Do ponto de vista estilístico e linguístico, porém, o *Code Civil* é verdadeiramente uma obra prima[32].

Como um dos acontecimentos mais importantes da história da humanidade, cristalizado na filosofia iluminista, o movimento permitiu que uma Assembleia de Estados Gerais tivesse como produto final a decapitação de seus governantes e, de forma concomitante, a "Declaração dos Direitos".

Conforme sustenta Caio Mário da Silva Pereira, a declaração,

> a princípio com caráter local, porém ampliados no seu conteúdo e na sua abrangência, vindo a converter-se em um repositório de princípios de maior projeção na sua universalidade filosófica e na sua exterritorialidade, constituindo a "Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão". A força do lema revolucionário Igualdade, Solidariedade e Fraternidade elevou a legislação a uma espécie de evangelho civil sem conotação teológica, adquirindo feição internacionalizante que a erigiu em *Déclaration Universelle du Droit de L 'Homme et du Citoyen*[33] [34].

O modelo jurídico francês lapidado cuidadosamente por Napoleão Bonaparte, conforme lembrado por Vicente Ráo ao examinar a Declaração Francesa,

---

[31] Sylvio Capanema de Souza destaca que a nova legislação, em seu artigo 11, adotou o princípio da reciprocidade diplomática, assim como desdobrou sua atenção ao direito de propriedade. Influenciando o Código Beviláqua, "quanto à aplicação temporal da norma jurídica, preservamos a regra consagrada no Código Napoleão, segundo a qual a lei dispõe para o futuro, não podendo ter efeitos retroativos". "A grande dificuldade do sistema era a prova da culpa, quando sempre diabólica, provocando a demora no julgamento das ações sobre responsabilidade civil, e quase transformando a impunidade do autor do dano em regra geral". SOUZA, Sylvio Capanema de. O Código Napoleão e sua influência no direito brasileiro, **Revista EMERJ**, v. 7, n. 26, 2004, p. 47.

[32] FACCHINI NETO, Eugênio. **Code Civil francês** – gênese e difusão de um modelo, ano 50, n. 198, abr.-jun. 2013, p. 70.

[33] PEREIRA, Caio Mário da Silva. Código Napoleão – influência nos sistemas jurídicos ocidentais. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, Belo Horizonte, n. 32, 1989.

[34] Eugênio Facchini Neto aponta a influência do Código Napoleônico, indicando a circulação de um modelo jurídico entre Bélgica, Luxemburgo, Holanda, Alemanha, Suíça, Itália, Espanha, América Latina, África e Oriente Médio. FACCHINI NETO, Eugênio. **Code Civil francês** – gênese e difusão de um modelo, ano 50, n. 198, abr.-jun. 2013, p. 73-83.

> baseia-se esse documento na afirmação da existência de direitos naturais, inalienáveis, imprescritíveis e sagrados do homem. E sobre esses direitos que, por um modo geral, resume e subordina aos princípios da liberdade e da igualdade, a Declaração transcrita levanta a estrutura democrática do Estado[35].

Em outras palavras, o Estado emerge com Napoleão Bonaparte e seu modelo jurídico através da Declaração francesa, posteriormente reconhecida como Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, proclamada pela Organização das Nações Unidas (ONU). Conforme resumido por Sylvio Capanema de Souza, "é preciso peregrinar pelas brumas do passado, para entender a sua importância histórica e o divisor de águas que ele representa"[36].

De forma diametralmente oposta ao *civil law* (o qual teve origem em um Código imposto por um general em nome de uma burguesia sedenta por espaço, privilégios, vinganças e desejos), o *common law* foi conquistado pelos seus súditos, milímetro por milímetro, dia após dia, precedente sob precedente, de forma gradativa e jamais imposta.

Considerado por muitos historiadores o maior rei que exerceu o poder na Inglaterra, Henrique II, nascido em 1100, deixou suas maiores contribuições ao sistema jurídico inglês:

> Aumentou em muito a utilização de juízes itinerantes. Iniciou o costume de ordenar aos xerifes, autoridades locais, que levassem a esses juízes, grupos de homens da região, familiarizados com as pessoas e os costumes daquelas terras. Esses homens deveriam informar, sob juramento, todos os casos de homicídio, roubo, incêndios premeditados e outros crimes importantes de que tivessem conhecimento e que houvessem ocorrido desde a última visita dos juízes. Foi essa a origem do *grand jury* (grande júri)[37].

Henrique II permitiu o acesso às partes envolvidas em litígios cíveis aos tribunais reais. "As inovações jurídicas de Henrique II beneficiaram tanto a coroa quanto o país em vários sentidos. O efeito mais óbvio delas foi tornar a justiça mais uniforme e equitativa em todo o reino. Além disto, fizeram que a justiça real tornasse mais popular". A fim de apontar forte indício de não ter havido qualquer imposição daquele sistema jurídico aos

---

[35] RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 4. ed. São Paulo: RT, 1997, p. 55.
[36] SOUZA, Sylvio Capanema de. O Código Napoleão e sua influência no direito brasileiro, **Revista EMERJ**, v. 7, n. 26, 2004, p. 50.
[37] BURNS, Edward McNall. **História da civilização ocidental** – do homem das cavernas às naves espaciais. v. 1. São Paulo: Globo, 1986, p. 262.

seus governados, tal como ocorreu na França revolucionária, novamente a história fala por si. Após a morte de Henrique II, "o governo continuou a funcionar tão bem, que de certa forma dispensava controle"[38].

Com a morte de Henrique II em 1135, aos 35 anos, ocorreu outro fato fundamental para a construção do sistema jurídico inglês. Apesar da segurança advinda desse sistema introduzido na Inglaterra por Henrique II, seu irmão e sucessor, João Sem Terra, viu-se obrigado "a reparar todos os abusos de que os barões se lembravam" e, através da Magna Carta em 1215, limitou o seu próprio poder. Esse documento, germe do constitucionalismo, impedia o exercício do poder absoluto por um déspota, como um Luís XIII ou XIV. Apesar de dissentimentos entre João, o Papa e os barões ingleses acerca das prerrogativas do soberano, o governo passou a se legitimar, com a renúncia de certos direitos pelo rei e, principalmente, pela observância de alguns procedimentos, o que tornou a vontade do soberano limitada às regras do devido processo legal. O soberano já não era absoluto no ano de 1215 na Inglaterra, conforme concessões do próprio rei, sem a necessidade de revoluções e de derramamento de sangue, como ocorreu em Paris 500 anos depois, com a Revolução Francesa[39].

Outro acontecimento na Inglaterra que também modificou o curso da história da humanidade foi a Revolução Gloriosa, entre 1688 e 1689. Este movimento, assim como a promulgação da Magna Carta, permite compreender a concordância e a tolerância do povo com o sistema jurídico negociado, arbitrado, desenvolvido pelo governo e seus súditos paulatinamente. Ou melhor, permite compreender a concordância e a tolerância com um sistema jurídico que não é imposto apenas por armas e mediante o

---

[38] "O filho de Henrique, o famoso Ricardo I Coração de Leão, governou dez anos, de 1189 a 1199, mas durante esse tempo só permaneceu na Inglaterra seis meses, pois estava continuamente envolvido em Cruzadas e na defesa de suas possessões no continente. Durante toda a prolongada ausência de Ricardo, a administração governamental na verdade tornou-se mais eficiente devido ao trabalho de ministros capazes. O país levantou também duas quantias astronômicas para Ricardo, mediante tributação: a primeira para custear sua cruzada na Terra Santa e a outra para pagar seu resgate quando ele foi capturado por um inimigo, ao voltar. No entanto, mais tarde, quando um novo rei precisou de uma soma ainda maior, a maior parte dos ingleses mostrou-se refratária à ideia de pagar". BURNS, Edward McNall. **História da civilização ocidental** – do homem das cavernas às naves espaciais. v. 1. São Paulo: Globo, 1986, p. 262.

[39] "João precisava de dinheiro tanto para governar a Inglaterra como para lutar na França, mas suas derrotas fizeram com que os súditos ingleses se sentissem pouco inclinados a pagar. Sobretudo os barões ressentiam-se com as exigências financeiras do rei, e em 1215 obrigaram-no a renunciar a elas na mais tarde famosa Magna Carta, documento que se destinava também a reparar todos os outros abusos de que os barões se lembravam". BURNS, Edward McNall. **História da civilização ocidental** – do homem das cavernas às naves espaciais. v. 1. São Paulo: Globo, 1986, p. 262-263.

derramamento de sangue.

Oliver Cromwell (1599-1658), um senhor feudal, comandante do exército dos Cabeças-Redondas, aproveitando as derrotas do Rei Carlos, fez aprovar “uma lei que redefinia a traição de modo a aplicar-se aos agravos cometidos pelo rei”. Instalou-se, na sequência, uma alta Corte de justiça, que condenou o rei ao enforcamento. Apesar de batalhas, sangue e mortes, o que é inevitável nas curvas da história, a Revolução Gloriosa, ao remodelar a relação do governo com os seus súditos, serviu para desenhar e constituir um sistema jurídico costurado em uma ponta por quem governa e, na outra, por quem é governado[40].

O direito inglês transpassa por cinco estágios, iniciando-se com o período anglo-saxônico, anterior à conquista normanda em 1066. Em seguida, até 1485, tem-se o período de formação do *common law*. Já de 1485 até 1832, o período da *equity* e da coexistência com o *common law*. O quarto período, conhecido como Reforma (Judicature Acts 1873-1875), levou à fusão do *equity* e ao *common law*. E, por fim, à Reforma Constitucional de 2005 (The Constitucional Reform Act 2005).

A segunda, terceira e quarta fases demonstram, com cores fortes, a interação entre os súditos e o respectivo governo, além da possibilidade de participação destes governados nos procedimentos de resolução de conflitos, que serviram para que “leis negociadas pelas partes”, como demonstra o curso da história, passassem a ser aplicadas.

Durante o desenvolvimento e a formação do *common law*, já se dispunha de mais de um sistema de resolução de conflito. Além de os tribunais reais de Westminster, a jurisdição era prestada pelos senhores feudais, pela Igreja e pelos próprios comerciantes. Ao final da Idade Média, como os poderes dessas outras jurisdições eram limitados, “os Tribunais Reais são os únicos a administrar a justiça. Somente os Tribunais Reais possuíam meios efetivos para assegurar o comparecimento de testemunhas e executar

[40] “No decorrer do ano de 1689, o Parlamento aprovou inúmeras leis destinadas a salvaguardar os direitos dos ingleses e a proteger seu próprio poder contra a intromissão da coroa [...] Por fim, no dia 16 de dezembro, foi aprovada a famosa *Bill of Rights* (lei dos direitos dos cidadãos), que estipulava o julgamento pelo júri e afirmava o direito de recurso ao governo para reparação de injustiças. Condenava a fiança excessiva, as punições cruéis e as multas exorbitantes. Proibia ao rei suspender leis ou lançar impostos sem permissão do Parlamento. Essa lei, mais ampla em suas determinações que a Petição de Direitos de 1628, era sustentada por um Parlamento que tinha, agora, o poder de se fazer obedecido. BURNS, Edward McNall. **História da civilização ocidental** – do homem das cavernas às naves espaciais. v. 1. São Paulo: Globo, 1986, p. 431-434.

suas decisões, por isso eram considerados pelos particulares uma justiça superior". Outro ponto a ser destacado: os "Tribunais de Westminster, na essência e na origem, eram jurisdições com competência restrita somente para os casos excepcionais e cada um tinha a previsão de regras de direito processual que deveriam ser aplicadas no caso particular". Esta peculiaridade do sistema levou à necessidade da elaboração de um direito à luz das particularidades do caso concreto, de acordo com os anseios e as frustações da sociedade, incluindo a participação direta das partes na elaboração da lei, do precedente para o caso em julgamento[41].

Com a terceira fase do *common law* na Inglaterra, a partir de 1485, os súditos, insatisfeitos com a decisão dos Tribunais Reais, poderiam recorrer formulando pedido direcionado ao rei. Por delegação, a chamada *equity* era decidida pelo chanceler. Como o chanceler era escolhido entre os religiosos de alta posição na hierarquia eclesiástica, a justiça era prestada em decisões discricionárias, às vezes, não vinculadas à lei porque alicerçadas em preceitos morais ou religiosos, em suma, equitativos. Em seguida, quando os advogados passaram a ocupar o cargo de chanceler,

> aos poucos as decisões da Chancelaria foram sendo organizadas de modo mais sistemático, reduzindo o número de intervenções a determinados casos típicos e desenvolvendo conceitos, sendo o *trust* o principal, bem como conceitos mas sempre conservando a discricionariedade do Chanceler[42].

A quarta fase, marcada pela reforma que fundiu o *common law* ao *equity*, ocorreu entre 1873 e 1875 e demonstrou que a arbitragem, sob o sistema jurídico do *common law*, é bem diferente da arbitragem à luz do *civil law*. O sistema dual, que compreendia os tribunais do *common law* e os tribunais de *equity*, foi mantido pela Suprema Corte do Reino Unido segundo a qual, em caso de conflito entre decisões dos respectivos tribunais, a decisão do chanceler deveria prevalecer[43]. Nessa parte da história do

---

[41] Segundo Fabíola Utzig Haselof: "Com o *common law*, que surge para promover certeza e dar consistência aos costumes locais, surge também a doutrina do *stare decisis*, que significa que o que foi decidido é mantido (*the decision stands*), e começa a se desenvolver o sistema do precedente. HASELOF, Fabíola Utzig. **Jurisdições mistas** – um novo conceito de jurisdição. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 40-43.

[42] HASELOF, Fabíola Utzig. **Jurisdições mistas** – um novo conceito de jurisdição. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 44-46.

[43] HASELOF, Fabíola Utzig. **Jurisdições mistas** – um novo conceito de jurisdição. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 47.

desenvolvimento do sistema jurídico inglês, começou a ser importante observar, para melhor compreender as diferenças dos procedimentos arbitrais à luz de cada sistema, o fato de que o *common law* prestigia a decisão de um árbitro, munido de poderes para julgar por equidade, até porque essas decisões se sobrepõem às decisões das Cortes de justiça, que aplicam o direito vigente.

A história de formação dos sistemas jurídicos, obrigatoriamente, segue o curso da história de seus destinatários, daqueles que estão sob o poder de um senhor com poder de sanção. Como exemplo, passou-se a analisar o júri na história norte-americana no início do século XVII.

Os colonizadores tinham, por força dos acordos de exploração (*Elizabethan Patents*), o direito de desfrutar, nas colônias, dos mesmos direitos de um cidadão inglês. Como exposto em tese doutorado desenvolvida sobre a prova no tribunal do júri, Marcella Mascarenhas Nardelli examina "a extensão dos mesmos direitos, liberdades e imunidades dos súditos ingleses a todos os cidadãos das colônias, dentre os quais se inseria o direito ao julgamento pelo júri".

Conforme narrou a autora, essas garantias foram reconhecidas "nas demais cartas editadas, embora o modo de funcionamento da instituição pudesse variar entre as diversas colônias inglesas". O reconhecimento do direito ao julgamento pelo júri iniciou-se em 1623, em New Plymouth e, em 1682, foi adotado pela Pennsylvania, última das treze colônias das Américas que incorporou o direito em sua carta fundadora[44] [45].

A cooperação envolvendo os operadores do sistema é um importante instrumento para o *common law*. Como times adversos, mas em busca de uma decisão "customizada" para as peculiaridades do caso concreto e os interesses de seu cliente, essa metodologia

---

[44] NARDELLI, Marcella Mascarenhas. **A prova no tribunal do júri** – uma abordagem racionalista. Belo Horizonte: Lumen Juris, 2019, p. 276-277.

[45] A Guerra de Secessão, apesar de alimentada pela filosofia iluminista, não passou de uma guerra comercial entre a burguesia agrária, amiga da Inglaterra, colonialista e as colônias do norte, alimentadas por uma burguesia que objetivava a industrialização. Não havendo quebra de estruturas na sociedade, é incorreto até mesmo chamar Revolução Americana: "Ora, isto não ocorreu no processo de libertação das antigas colônias inglesas. Embora elementos norte-americanos, sobretudo sulistas, fossem obrigados a fugir para a Inglaterra e tivessem suas propriedades confiscadas porque permaneceram aliados aos ingleses, o poder político na antiga América Inglesa continuou nas mãos dos aristocratas do Sul e dos comerciantes e pequenos proprietários do norte. Ainda que houvesse a libertação de escravos negros, como prêmio à participação na Guerra da Independência, a escravidão negra não foi abolida. Nas palavras de Moore Jr. (Social Origins of Dictatorship and Democracy), "uma vez que ela merece ser chamada ainda de revolução, no fundo, foi uma luta entre interesses comerciais da Inglaterra e da América". AQUINO, Rubi Santos Leão de. **História das sociedades** – das sociedades modernas às sociedades atuais. 24. ed. Rio de Janeiro: Editora do livro técnico, 1992, p. 126.

acabou permitindo uma participação mais direta não só das partes e dos seus advogados, como também da própria comunidade. Assim, ocorreu maior distribuição e alocação de poder às próprias partes interessadas, o que leva a uma maior solidez do sistema jurídico, com a reiteração de decisões que acabam atendendo melhor aos seus destinatários, já que as peculiaridades do caso concreto foram observadas.

Como sustenta Oscar Chase, as colônias inglesas abraçavam a ideologia comunitária encampada pelo *common law* e, ao fazê-lo, a arbitragem passou a ser utilizada como um meio de resolução de conflito, favorecendo negociantes e comerciantes pela possibilidade de customizar a tutela jurídica ao caso concreto[46].

Conforme ensinam os bons manuais de história, a crescente utilização de máquinas, o desenvolvimento de especializações do trabalho, aliado ao aumento da produção de forma exponencial, levou ao alargamento do mercado e, consequentemente, ao incremento na utilização da justiça privada por meio da arbitragem, já que a decisão para casos com peculiaridades até então não formuladas pelo raciocínio humano precisariam ser decididas, rapidamente, por especialistas, que, em diversas oportunidades, deveriam buscar fundamentos alicerçados na equidade. Caso contrário, o perdedor possivelmente sequer conseguiria adimplir com a sua obrigação, funcionando o terceiro, assim, como um mediador, até porque, em muitos casos, a sua intervenção, substituindo-se à vontade das partes, não atenderá à vontade de uma como do outro demandante[47] [48].

---

[46] Oscar Chase sustenta que a arbitragem nos EUA, genuinamente oriunda das suas origens, ou seja, do sistema do *common law*, se consolidou com a publicação, em 1768, do New York Chamber of Commerce. Com o acréscimo de processos na justiça estatal (no período de 1962 a 1974, dobra a quantidade de casos nas cortes federais), a arbitragem passa a ser uma opção para os negociantes e comerciantes, que preferem evitar o populismo imprevisível do júri e a interferência do governo no trabalho dos seus juízes. Com o *crash* da Bolsa de Valores em 1929, os comerciantes passaram a se interessar mais ainda pela arbitragem como uma atividade judicial com interferência mínima, ao prestigiar o *laisse faire* à regra fria da lei. CHASE, Oscar G. **Law, culture and ritual**. New York University Press, 2005, p. 100-102.

[47] AQUINO, Rubi Santos Leão de. **História das sociedades** – das sociedades modernas às sociedades atuais. 24. ed. Rio de Janeiro: Editora do livro técnico, 1992, p. 121-122.

[48] Em inúmeras situações fáticas, a simples substituição da vontade das partes por um terceiro que desconheça os anseios dos litigantes poderá ser uma grande desgraça. Já que a decisão então proferida não atenderá a qualquer uma das duas. Excelente exemplo é formulado por três professores de Harvard na obra “Como Chegar ao Sim”. Duas irmãs brigavam por uma laranja. Uma dela precisava do sumo da fruta para fazer suco. A outra, precisava da casca da laranja para uma torta. O pai, sem perguntar para que as filhas precisavam da laranja, acabou se metendo no meio da discussão e, desatendendo o interesse das duas, dividiu a laranja em duas. No livro, os autores também destacam a necessidade de o mediador buscar decidir com equidade, até mesmo para não inviabilizar o cumprimento da obrigação, ao tolher o devedor de tal forma, que ele ou não terá como cumpri-la ou preferirá não cumpri-la. “Como negociador, você quase sempre terá que buscar soluções que satisfaçam também ao outro lado. Quando um freguês se sente ludibriado numa compra, o dono da loja também fracassa; ela perde o freguês e pode

Outro aspecto de suma importância a legitimar o procedimento é a distribuição do poder jurisdicional a diversos *players*, que poderão participar da tomada de decisão. Foi em 1670, no precedente Bushell's Case, que restou fixado o entendimento de que os juízes não poderiam interferir na decisão do juri sobre os fatos da causa, já que a avaliação da prova seria competência exclusiva dos jurados[49].

A arbitragem inserida em seu berço, no *common law*, conforme sustenta Oscar Chase, incentiva o *counterculturalism*, ou seja, a tomada de decisão em consonância com as peculiaridades do caso concreto por seus próprios pares, insculpidos da distribuição da justiça. Esse entendimento é inspirado no movimento Woodstock, da década de 1970, que disseminou a ideia de que o poder está nas pessoas. A distribuição de competência entre os *players* da sociedade leva a outro benefício, já que evita a hipertrofia do Estado na atividade de resolução de conflitos, o que, segundo o autor, levaria à *hyperlexis critique*.

A arbitragem, como meio alternativo de resolução de conflitos, passaria a absorver as demandas institucionais de manutenção do poder político em consonância com o movimento cultural. A partir de então, começou a ser vista até mesmo como o meio mais adequado à resolução de conflitos quando comparada à jurisdição estatal[50].

Quando se fala em uma solução mais adequada ao caso concreto, Oscar Chase aponta a substituição da visão individual do juiz (inserida nas formalidades e burocracias das Cortes estatais) e da retórica técnica da Corte por uma justiça personalizada pela própria comunidade. O júri ganhou um significado de símbolo do ritual de poder. A cultura da Corte é criticada, nas palavras de Kafka, na obra *O Processo*. O autor lembra que

---

haver prejuízos para sua reputação. Um resultado em que o outro lado não receba absolutamente nada é pior para você do que outro em que o outro lado seja mitigado. Em quase todas as situações, sua satisfação depende até certo ponto de fazer com que o outro lado fique suficientemente satisfeito com um acordo para desejar mantê-lo. Vale a pena relembrar três aspectos acerca dos interesses comuns. Primeiro, os interesses comuns estão latentes em toda a negociação. Mas podem não ser imediatamente evidentes. Pergunte a si mesmo: será que temos um interesse comum em preservar nosso relacionamento? Quais são as oportunidades de cooperação e benefício mútuo mais adiante? Qual seria o ônus se as negociações fossem interrompidas? Haverá princípios comuns, como um preço justo, que possamos ambos respeitar?" FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Como chegar ao SIM** – negociação de acordos sem concessões. Rio de Janeiro: Imago, 2005, p. 91.

[49] Marcella Mascarenhas Nardelli destaca: "o princípio da independência do júri frente ao juiz parece ter se fundido decisivamente à ideia da independência de seus integrantes face a toda e qualquer circunstância local relacionada aos fatos. Daí a importância dos mecanismos concebidos para assegurar uma escolha justa dos integrantes do júri, como a seleção por votação e o direito do acusado de pessoalmente objetar possíveis jurados". NARDELLI, Marcella Mascarenhas. **A prova no tribunal do júri** – uma abordagem racionalista. Belo Horizonte: Lumen Juris, 2019, p. 270-271.

[50] CHASE, Oscar G. **Law, culture and ritual**. New York University Press, 2005, p. 105-113.

“Kafka´s Fraulein Burstner admits to Josef K – “I´m fascinated with court matters. The court has a strange attraction, doesn´t””[51].

Essas estranhas atrações das Cortes, verdadeiras idiossincrasias dos julgadores, começaram a ser neutralizadas através do sentimento de participação popular na tomada de decisão por meio do júri. O sentimento de igualdade impele a participação do povo na resolução do conflito[52] [53].

A visão individual dos aplicadores do direito, logicamente, gerou importantes diferenças para os sistemas jurídicos. Como exemplo, citemos René David, ao examinar a figura do *trust.* O autor alerta de que esse conceito, desconhecido dos direitos romano-germânicos, é noção fundamental do direito inglês e a criação mais importante da *equity*. O *trust* permite ao constituinte determinar que certos imóveis serão administrados por um ou vários *trustes*, que passaram a ser proprietários, se já não o eram, no interesse de uma ou de várias pessoas. Por outro lado, para o juiz francês, forte no aspecto social, “sua tendência é ver no *trust* uma aplicação do princípio da representação”, parecendo não querer enxergar nele o direito de propriedade[54].

---

[51] CHASE, Oscar G. **Law, culture and ritual**. New York University Press, 2005, p. 105-113. Tradução livre: “Fraulein Burstner, personagem de Kafka, admite a Josef K.: ‘Sou fascinada por questões judiciais. O judiciário possui uma estranha atração, não?’”

[52] CHASE, Oscar G. **Law, culture and ritual**. New York University Press, 2005, p. 129-132.

[53] Oscar G. Chase fornece outro interessante exemplo de interferência da cultura e da história no sistema de resolução de conflito. Apesar de o sistema jurídico japonês ter como raiz o *common law*, considerando a cultura de não litigar do povo, o que leva até à afirmação exagerada de que o caráter do japonês é decidido com a propositura de uma ação, o juiz exercerá sua atividade sob os influxos do princípio inquisitório, a fim de criar e desenvolver uma relação de hierarquia no curso da relação processual. Neste sentido: “Hamilton and Sanders also point to diferences in the procedures in the courts themselves. They adopt the familiar dichotomy of adversarial American litigation as opposed to the relatively inquisitorial system of which Japan is an example. On each of these axes (adjudicative/conciliatory and adversarial/inquisitorial) we are struck by consistency with the observed value differentials. The Japanese procedures “parallel Japanese social structure in the sense that they tend to treat people as connected rather than separated, and to encourage solutions that minimize conflict and reduce the probability that relationships between disputants will be permanently severed by the dispute. Inquisitorial procedures, by the same token, parallel comfort with hierarchy by emphasizing the authoritative role of the judge”. Tradução livre: “Hamilton e Sanders também apontam para diferenças nos procedimentos do judiciário. Eles adotam a conhecida dicotomia de lides entre o sistema contraditório americano que se opõe ao sistema relativamente inquisitorial, que tem como um exemplo, o Japão. Em cada um desses eixos (adjudicativo/conciliatório e contraditório/inquisitório), somos surpreendidos pela consistência aos diferenciais de princípios observados. Os procedimentos judiciais japoneses correspondem à estrutura social japonesa no sentido de que tendem a tratar as pessoas como mais conectadas do que separadas, e por encorajar soluções que minimizem o conflito e reduzam a probabilidade de que as relações entre as partes sejam permanentemente rompidas pela lide. Da mesma forma, os procedimentos inquisitivos se alinham à hierarquia, ao enfatizar o papel autoritário do juiz”. CHASE, Oscar G. **Law, culture and ritual**. New York University Press, 2005, p. 133.

[54] “Como analisar esta instituição do *trust*? O jurista francês, quando vê que por este meio são asseguradas a proteção dos incapazes ou a gestão dos patrimônios do que ele denominaria pessoas morais, é tentado a ver no *trustee* um representante do incapaz ou da pessoa moral, sendo eles, a seus olhos, os verdadeiros proprietários dos bens constituídos em *trust*, que são explorados no seu interesse. Por consequência, sua tendência é ver no *trust* uma aplicação do princípio de representação, uma espécie de mandato conferido pelo constituinte do *trust*, ou então

A visão individual dos aplicadores do direito implica maiores diferenças para os dois sistemas para além do exemplo acima formulado e, no ambiente do *common law*, permite uma maior "customização" da decisão à luz das cores do caso concreto.

Conforme explica René David, "o jurista inglês, herdeiro dos práticos, desconfia daquilo que ele considera, muito naturalmente, como fórmulas ocas: que vale a afirmação de um direito ou de um princípio, se na prática não existe um meio de aplicá-lo?" Como exemplo, o autor menciona, muitas vezes, a estéril discussão no caso de contratos celebrados por ausentes, se seria conveniente aceitar a teoria da emissão, ou da recepção. Já para um jurista inglês, nenhuma das teorias o atenderiam, por se revelarem demasiadamente amplas. Ele iria perquirir as peculiaridades do caso concreto para embasar a *ratio decidendi* e, "para a solução do litígio, o juiz inglês emite opiniões que podem ser sempre postas em causa e discutidas, porque não constituem regras de direito". Segundo o autor, "a *legal rule* inglesa coloca-se ao nível do caso concreto em razão do qual, e para cuja resolução, ela foi emitida"[55].

O sistema do *common law* permite que a decisão seja modelada para o caso. Outro bom exemplo trazido pelo autor envolve a responsabilidade delitual na Inglaterra. Naquele país, o julgador não irá perquirir o conceito indeterminado de culpa. A sua preocupação será encontrar, no caso de negligência, se existe ou não a obrigação de vigilância a ser exercida pelo demandado,

---

pela lei, ao *trustee*. Entretanto, decisões francesas admitiram que uma pessoa, mesmo estranha à família, denominado administrador, ou executor, encarregada de pagar o passivo da herança e de repartir o ativo entre os interessados, era mais que um administrador e tinha, em dado momento, a propriedade dos bens hereditários. [...] O Chanceler, diante da carência do *common law*, foi solicitado para intervir, quando o *trustee* não agia segundo a confiança que nele havia sido depositada pelo constituinte do *trust* e quando, contrariamente à consciência, não explorava os bens no interesse dos *cestuis que trust*. O Chanceler deu, neste caso, ao *trustee* a ordem de respeitar os compromissos previstos no ato constitutivo do *trust* de agir desta ou daquela maneira, prescrita pelo tribunal, sob ameaça de uma sanção: o *trustee* será preso, ou os seus bens serão colocados sob penhora, se não obedecer à ordem que lhe foi dada pelo Chanceler". DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 1986, p. 316.

[55] "A regra de direito inglês é uma regra apta a dar, de forma imediata, a sua solução a um litígio; não a compreendemos verdadeiramente e não podemos apreciar o seu alcance sem conhecer bem todos os elementos do litígio particular [...] Os juristas da família romano-germânica interrogam-se, no caso dos contratos celebrados entre ausentes, se convém aceitar a teoria da emissão ou da recepção: celebrar-se-á o contrato quando a aceitação é enviada ou quando é recebida pelo oferente? Esta maneira de colocar a questão afigura-se, do ponto de vista de um jurista inglês, muito geral; regras diferentes podem parecer justificadas desde que haja a preocupação de fixar a data ou determinar o lugar onde o contrato é concluído ou, ainda, desde que o contrato seja concluído através de recurso a um intermediário (a administração dos correios) ou de modo direto (por telefone ou telex)". DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 1986, p. 324-325.

> ou ao encararem a questão da responsabilidade do proprietário de um prédio, estabelecerão regras distintas, que levem em conta se a vítima do dano tinha ou não o direito de se encontrar no prédio, se aí se encontrava a convite do demandado, se se tratava de um adulto ou se uma criança, se o acidente se deveu ou não à reparação do prédio etc.[56].

Para o juiz inglês, a norma não é imperativa, mas supletiva à sua atividade. Até porque o juiz inglês tem o poder discricionário de criar a lei para o caso concreto. O sistema jurídico inglês é aberto, e não fechado, como o da *civil law* [57] [58].

Outra disfunção do sistema da *civil law* frente ao do *common law* se dá pelo fato de os Códigos serem incapazes de prever exaustivamente todas as hipóteses de litígios, de maneira que a legislação se torna incompleta. Surgem, então, os intérpretes e novas controvérsias neste sistema jurídico, visto que a intepretação é controversa. Caio Mário da Silva Pereira lembra que os intérpretes do Código Napoleônico foram oriundos da Escola Exegética, conhecida também como Escola Filosófica, que propunha a multiplicação de leis e de códigos. Todavia, com o passar do tempo, "abalou-se a ideia da pesquisa da *mens legis*. Surgiu a Escola Livre e, hoje, "veio a ter no que eu considero o estado atual e seguro da escola histórico-evolutiva"[59].

Em suma, conforme buscamos apontar ao analisarmos algumas diferenças entre os dois sistemas, o *common law*, como não foi imposta, reflete a cultura e a história de seu povo. Ao mesmo tempo, esse sistema, alicerçado na participação direta do seu usuário, em busca de uma decisão picotada para a controvérsia resistida de interesses e forte quanto ao respeito e a observância das regras daquela comunidade, legitima a

---

[56] DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 1986, p. 324-325.
[57] DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 1986, p. 324-325.
[58] Ao examinarmos *O problema da justiça*, de Hans Kelsen, o direito natural não pode estar fechado e delimitado como fazem os positivistas em normas gerais, frias e abstratas. Por isto, o direito natural é um sistema dualista, aberto como o sistema do *common law*: "A teoria do direito natural é uma teoria jurídica dualista, pois, segundo ela, ao lado do direito positivo há um direito natural. A *Teoria pura do direito*, porém, é uma teoria jurídica monista. Segundo ela, só existe um direito: o direito positivo. A norma fundamental definida pela teoria pura do direito não é um direito diferente do direito positivo: ela apenas é o seu fundamento de validade, a condição lógico-transcendental da sua validade e, como tal, não tem nenhum caráter ético-político, mas apenas um caráter teórico-gnosiológico". KELSEN, Hans. **O problema da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 117.
[59] "Com o tempo abalou-se a ideia da pesquisa da *mens legis*. Passou-se pela escola da *libre recherche scientifique*, viajou-se através da escola do "direito livre" (*Freiesrecht*), e veio ter no que eu considero o estado atual e seguro da escola histórico-evolutiva, com a figura dos dois juristas – SALEILLES e GENY – que com GEORGES RIPERT eu considero os maiores da França neste século". PEREIRA, Caio Mário da Silva. Código Napoleão – influência nos sistemas jurídicos ocidentais. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, Belo Horizonte, n. 32, 1989, p. 9.

resolução do conflito para todos aqueles ali inseridos. Essa autonomia da vontade começa a ser o valor cardeal do sistema de resolução de conflito então usual.

Edward Brunet, ao escrever sobre os valores cardeais da arbitragem, aponta (i) a autonomia das partes, com a descentralização do poder e a liberdade de opção ao se buscar um outro acesso à justiça que não o estatal; (ii) a autonomia das partes como exercício da liberdade individual; (iii) a autodeterminação, o que beneficia a busca de uma solução conciliatória através de um mediador; (iv) a sofisticação dos litígios, que permite criar regras próprias para solucionar aquele caso, tudo forte na autonomia da vontade, até mesmo sendo possível abdicar da aplicação dos direitos públicos subjetivos – *public legal rights* – e (v) a neutralidade do julgador em respeito e observância à autonomia da vontade[60].

A neutralidade da Corte, possivelmente, é o valor que se destaca no sistema do *common law*, já que ao se manter neutro, o julgador nada mais faz do que não interferir na vontade das partes e ditar o rumo do procedimento. Oscar Chase se utiliza das palavras de Richard L. Abel para definir os efeitos da neutralidade: “neutrality always expresses values and confirm existing advantages”[61].

Na conclusão do seu trabalho, Oscar Chase afirma que a coercibilidade da norma perde espaço quando há consenso e, assim, as pessoas se respeitam. A observância das normas será automática, já que elas são produtos de mudança da estrutura da sociedade, frutos de experiências educacionais, desenvolvendo uma maior independência do Estado. Outro aspecto que retira o Estado e dispersa sua autoridade é a presença de agências e de outros personagens que substituam a vontade do soberano através de uma participação direta no curso do procedimento de resolução de conflito. Por fim, o autor afirma que o sistema de resolução de conflito não precisaria existir, uma vez que ele seria criado pelo comportamento e pela cultura do homem. Ao final, o autor compara o julgamento do júri no sistema do *common law* a uma jogada de *double play* para um italiano. Na *civil law*, não há um evento como o julgamento pelo júri no sistema

---

[60] BRUNET, Edward; SPEIDEL, Richard E; STERNLIGHT, Jean R.; WARE, Stephen J. **Arbitration law in America** – a critical assessment. Cambridge University Press, 2006, p. 3-20.

[61] Tradução livre: “a neutralidade sempre expressa princípios e confirma as vantagens existentes”. CHASE, Oscar G. **Law, culture and ritual**. New York University Press, 2005, p. 136.

do *common law*[62].

A aproximação das partes como um dos valores cardeais do procedimento de resolução de conflito cristalizada no julgamento pelo tribunal do júri foi muito bem exposta por Edward Brunet, ao ilustrar a questão: "arbitration assumes a *common law* approach to litigation and eschews the civil law notion that a dispute can be decided fairly on a paper record and without routinely holding a face-to-face hearing featuring live evidence"[63].

A participação direta das partes durante o curso do procedimento no sistema do *common law* e, consequentemente, na arbitragem, como procedimento usual de resolução de conflito desse sistema, legitima o próprio sistema, conforme escrito na história da humanidade.

Outro acontecimento histórico que marcou o *common law* foi a Revolução Industrial:

> Os membros do Parlamento tinham todos os motivos para promover o sucesso econômico da Inglaterra. Alguns eram negociantes, eles próprios, outros haviam feito grandes investimentos no comércio. Daí provinha a ânsia que demonstravam em incentivar oficialmente a construção de canais, a criação de bancos e o cercamento de campos comuns. E, também, daí sua insistência, durante todo o século XVIII, em que a política exterior da Inglaterra correspondesse às suas necessidades comerciais[64].

A mesma filosofia iluminista que transformou o Código Napoleônico no contrato social celebrado pelos franceses com o seu Estado e, consequentemente, por inúmeros países que seguem o sistema *civil law*, serviu para justificar a política econômica inglesa

---

[62] CHASE, Oscar G. **Law, culture and ritual**. New York University Press, 2005, p. 138-146.

[63] BRUNET, Edward; SPEIDEL, Richard E; STERNLIGHT, Jean R.; WARE, Stephen J. **Arbitration law in America** – a critical assessment. Cambridge University Press, 2006, p. 21. Tradução livre: "a arbitragem assume uma abordagem do *common law* para litígios e rejeita a noção do direito civil de que uma lide possa ser decidida de forma justa através de registro escrito e sem a costumeira realização de uma audiência face a face que se caracteriza por apresentar evidências de modo presencial".

[64] Segundo Edward Mcnall Burns, a revolução industrial só foi possível por força do sistema do *common law*, que limitou o poder do soberano: "Os governantes confiavam em que essa classe de homens lhes proporcionasse os meios com que manter a economia de seus estados, tanto em termos de florescente atividade comercial como de triunfantes exércitos e esquadras. Por sua vez, a maior parte desses homens havia feito com que os governantes entendessem que suas riquezas, investidas em terra, em comércio, ou em ambas as coisas, eram deles e de mais ninguém. Esse entendimento, substanciado pelos contratos escritos que estavam substituindo os costumes tácitos e reconhecidos imemorialmente, ajudava a persuadir os mercadores, os banqueiros, os comerciantes e os empreendedores de que viviam num mundo racional, estável e previsível [...] Os membros do Parlamento tinham todos os motivos para promover o sucesso econômico da Inglaterra. Alguns eram negociantes, eles próprios; outros haviam feito grandes investimentos no comércio. Daí provinha a ânsia que demonstravam em incentivar oficialmente a construção de canais, a criação de bancos e o cercamento de campos comuns. E também daí sua insistência, durante todo o século XVIII, em que a política exterior da Inglaterra correspondesse às suas necessidades comerciais". BURNS, Edward McNall. **História da civilização ocidental** – do homem das cavernas às naves espaciais. v. 2. São Paulo: Globo, 1986, p. 513; 516.

com o fortalecimento dos comerciantes e de seu comércio singular à luz do mundo que surgia. A Escola de Manchester, ou Escola Clássica, desenvolveu a filosofia econômica dominante nesta época. Em 1776, Adam Smith publicou *A riqueza das nações*, cujo objeto era a defesa do liberalismo econômico[65].

As necessidades comerciais inglesas se viram absolutamente atendidas no trabalho de Adam Smith. Naquela curva da história, a economia mercantilista servia aos interesses expansionistas e conspiratórios dos Estados em formação. A indústria deixava o artesanato e começava a produzir com relativa abundância. A máquina permitia o controle mais eficaz do homem sobre as forças da natureza. Em sua obra, o autor afirma que a riqueza das nações dependeria diretamente do seu comércio exterior. Apesar de considerar a economia uma política do Estado, seu liberalismo o obrigava a deixar de aceitar a intervenção reguladora no comércio e na indústria.

As necessidades comerciais, as quais foram impulsionadas com mais força após a Revolução Industrial, funcionaram como o gene do sistema jurídico dual, por meio do qual as partes poderiam criar a lei para o caso concreto. Nos sistemas dualistas – antecipando ponto a ser examinado – as decisões das arbitragens internacionais têm autonomia, deslocando-se das garantias do direito local, e construindo uma ordem

[65] A Escola Clássica, ou Iluminismo Inglês, era formada também por David Ricardo, Thomas Robert Malthus e Jean-Baptiste Say, de outros membros. Como explica Rubi Santos Leão de Aquino: “Na prática, contudo, os países capitalistas, cujo desenvolvimento foi posterior ao da Inglaterra, acabaram não adotando integralmente as ideias da Escola Clássica: para proteger suas indústrias nascentes recorreram ao protecionismo alfandegário. Para Celso Furtado, o advento de núcleo industrial, na Europa no século XVIII, provocou uma ruptura na economia mundial da época e passou a condicionar o desenvolvimento econômico subsequente em quase todas as nações da Terra. O contato das vigorosas economias capitalistas com regiões de antiga colonização não se fez de maneira uniforme. Em alguns casos, o interesse limitou-se à abertura de linhas de comércio. Em outros, houve, desde o início, o desejo de fomentar a produção de matérias-primas, cuja procura crescia nos centros industriais. O efeito do impacto da expansão capitalista sobre as estruturas arcaicas variou de região para região”. AQUINO, Rubi Santos Leão de. **História das sociedades** – das sociedades modernas às sociedades atuais. 24. ed. Rio de Janeiro: Editora do livro técnico, 1992, p. 116.

jurídica internacional autônoma ao direito daquele país[66] [67].

Arnold Wald examina a evolução do direito e a arbitragem para concluir que esse meio de resolução de conflito nasce para ser modelado pelas partes. O autor alicerça-se na literatura para comprovar que estamos vivendo em uma "era de incerteza" ou "descontinuidade", fruto de transformações ocorridas com o fim do segundo milênio e o início do terceiro, e que acabam lembrando "um pouco a situação que existia no momento da Revolução Francesa e às vésperas da elaboração do Código de Napoleão, mas as dimensões atuais são mundiais e o homem do século XXI é um homem necessariamente apressado"[68].

Assim como ocorreu à época da Revolução Industrial, a arbitragem na economia atual atende "à necessidade de maior flexibilidade do direito dos negócios", encorajando as partes a investir. O incremento e a redimensão dos negócios e suas complexidades interdisciplinares levam as partes a buscarem, em um contrato de construção – no exemplo formulado pelo autor –, o acompanhamento das grandes obras, que não podem ser interrompidas por diversos fatores. Por isso, é necessário o acompanhamento por um especialista (no caso, o árbitro), munido do poder de decidir, à luz das regras e do direito mais apropriado para o caso concreto[69].

---

[66] Adam Smith defende o liberalismo como também a formação do Estado: "Quanto maiores forem o número e o rendimento dos habitantes da cidade, mais extenso será o mercado que permite aos do campo; e quanto mais extenso esse mercado, tanto mais é vantajoso para o grande número. O cereal que cresce a uma milha da cidade vende-se nela pelo mesmo preço do que vem de vinte milhas de distância. Mas o preço deste último geralmente não só deve pagar a despesa do cultivo e do transporte até o mercado, mas também deve compensar os lucros ordinários da agricultura para o lavrador [...] O primeiro dever do soberano, o de defender a sociedade da violência e invasão de outras sociedades independentes, pode ser exercido apenas por meio de força militar. Mas a despesa tanto de preparar essa força militar em tempo de paz como de empregá-la em tempo de guerra é muito diferente nos diversos estados da sociedade e nos diferentes períodos de aperfeiçoamento. Entre as nações de caçadores, o estado mais baixo e rude da sociedade, assim como encontramos nas tribos nativas da América do Norte, todo homem é um guerreiro bem como caçador. Quando vai à guerra, para defender sua sociedade ou vingar as injúrias que lhe foram feitas por outra sociedade, pois neste estado de coisas não há soberano nem comunidade, não tem nenhuma despesa, quer para prepará-lo, quer para mantê-lo enquanto está no campo". SMITH, Adam. **Riqueza das nações** (ed. condensada). Coleção Folha – Livros que mudaram o mundo. Folha de S. Paulo, 2010, p. 149; 299.

[67] "Vale lembrar que há sistemas dualistas que pretendem dar um caráter autônomo e independente à arbitragem comercial internacional em relação às arbitragens nacionais, sobretudo quanto à autonomia e independência do direito local, buscando a construção de uma ordem jurídica internacional. Por outro lado, há sistemas nitidamente monistas que tratam as arbitragens domésticas e internacionais por meio de um mesmo estatuto jurídico". ALVES, Marcus Vinícius Armani. **A fazenda pública na arbitragem**. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2016, p. 120.

[68] WALD, Arnoldo. A evolução do direito e a arbitragem. *In*: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (coord.). **Arbitragem**: estudos em homenagem ao prof. Guido Fernando da Silva Soares. São Paulo: Atlas, 2007, p. 457-459.

[69] WALD, Arnoldo. A evolução do direito e a arbitragem. *In*: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (coord.). **Arbitragem**: estudos em homenagem ao prof. Guido Fernando da Silva Soares. São Paulo: Atlas, 2007, p. 457-459.

Nos Estados Unidos, as partes podem optar por cinco regimes legais ao ingressarem com o seu procedimento arbitral. É possível escolher as regras das arbitragens internacionais, *interstàte*, ou optar pelas regras *intrastate*, assim como escolher as regras aplicáveis ao direito do trabalho (labor arbitration, governed in the main by Section 301 of the National Labor Relations Act)[70] [71]. A autonomia da vontade, atrelada ao *affectio contratus*, permite a resolução do conflito exatamente na forma, no modo e no tempo em que as partes desejam, na medida em que está-se diante de um procedimento de resolução de conflito financiado pelos donos do jogo[72].

A história também explica o porquê dessa ideologia de independência da arbitragem frente ao Estado. Ela demonstra que a arbitragem era praticada em 2.550 a.C. Com o andar da civilização, os Estados se desenvolveram, bem como suas constituições ou cartas inaugurais, estabelecendo uma relação direta entre a justiça fora do estado (paraestatal), e os novos direitos, agora, chamados de constitucionais. De qualquer forma, no *common law*, essa relação não é tão intensa como ocorre nos países da *civil*

---

[70] Tradução livre: "arbitragem trabalhista, regida principalmente pela Seção 301 da Lei Nacional de Relações Trabalhistas". BRUNET, Edward; SPEIDEL, Richard E; STERNLIGHT, Jean R.; WARE, Stephen J. **Arbitration law in America** – a critical assessment. Cambridge University Press, 2006, p. 30.

[71] "In the United States this anal is further complicated by the existence of at least four possible legal regimes within which arbitration may occur. These regimes are (1) international commercial arbitration, governed by the United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (the Convention), as implementes by Chapter 2 of Federal Arbitration Act (the Convention Act), (2) interstate arbitration, governed by Chapter 1 of the Federal Arbitration Act, (3) intrastate arbitration, governed by state arbitration law, and (4) labor arbitration, governed in the main by Section 301 of the National Labor Relations Act. Although the importance of private autonomy cannot be denied, the extent of permissible legal intervention in to the arbitration system may vary within these fragmented lega regimes". Tradução livre: "Nos Estados Unidos, esse anal é ainda mais complicado pela existência de pelo menos quatro regimes jurídicos possíveis dentre os quais a arbitragem pode se apresentar. Esses regimes são (1) arbitragem comercial internacional, regida pela Convenção das Nações Unidas sobre o Reconhecimento e Execução de Decisões Arbitrais Estrangeiras (a Convenção), conforme implementado pelo Capítulo 2 da Lei de Arbitragem Federal (a Lei de Convenção); (2) arbitragem interestadual, regida pelo Capítulo 1 da Lei de Arbitragem Federal; (3) arbitragem intra-estadual, regida pela lei de arbitragem estadual; e (4) arbitragem trabalhista, regida, principalmente, pela Seção 301 da Lei Nacional de Relações de Trabalho. Embora a importância da autonomia das partes não possa ser negada, o alcance da intervenção legal permissível no sistema de arbitragem pode variar no âmbito desses regimes legais fragmentados". BRUNET, Edward; SPEIDEL, Richard E; STERNLIGHT, Jean R.; WARE, Stephen J. **Arbitration law in America** – a critical assessment. Cambridge University Press, 2006, p. 30.

[72] Segundo Arnold Wald: "As partes devem então recorrer à arbitragem, que é procedimento sob medida, para garantir não somente a interpretação e a aplicação das regras estabelecidas, como também a manutenção e a gestão do contrato, que, muitas vezes, não pode ser interrompido em razão das perdas imensuráveis que isso representaria, como é o caso da execução dos grandes projetos de longa duração. Deve-se, simultaneamente, resolver os conflitos que surgiram no passado e, por outro lado, garantir a continuidade da gestão do contrato, através de medidas eficazes, equilibradas e éticas, que permitam, inclusive, a continuação de um diálogo harmônico entre os contratantes. Estas exigências obrigam o árbitro a estabelecer novos procedimentos, totalmente diferentes daqueles previstos pela lei para garantir o bom funcionamento dos processos judiciais". WALD, Arnoldo. A evolução do direito e a arbitragem. *In*: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (coord.). **Arbitragem**: estudos em homenagem ao prof. Guido Fernando da Silva Soares. São Paulo: Atlas, 2007, p. 457.

law[73]. A história e a cultura dos povos e do seu sistema jurídico explicam essa relação, ora minimamente intervencionista (como no *common law*, no qual o sistema jurídico foi construído sem rupturas, ou como os historiadores preferem chamar, sem revoluções), ora muito intervencionista (como em um colégio, com inspetor em recreio ginasial, fiscalizando tudo nos moldes da Revolução Francesa).

No caso dos EUA, a democracia representativa se fundou na distribuição do poder para o povo. Um bom exemplo é o valor e a importância do tribunal do júri para o sistema do *common law*, com destaque especial para os EUA. A história desse país, com sua Guerra de Secessão, também conhecida como Guerra Civil, explica a razão pela qual o direito local, o federalismo e as liberdades individuais obtidas através do curso da própria história ajudaram a modular o procedimento de resolução de conflitos e, assim, o procedimento arbitral, que nasce antes da constituição do Estado. Até porque, havendo

[73] "The relationship between arbitration law and constitutional law therefore raises many puzzles. Some are historical, such as trying to explain the rising and falling popularity of arbitration within and across societies (some historical research dates its earliest use back 2550 B.C.5). Others are jurisprudential, as we try to unpack how legal systems navigate the relationships between these two seemingly disparate fields. This book focuses on that latter set of puzzles. At the advent of the twetieth century, these two regimes – arbitration and constitutional law – indeed would have been strange bedfellows. They comfortably occupied separate spheres. Constitutional law did not influence the design of arbitration systems, and arbitration cases had little influence on the development of constitutional law. Several forces contributed to the "wall" separating the two fields. For much of the nineteenth century, the division was traceable to courts' refusal to enforce pre-dispute arbitration agreements at all, viewing them as ilgal contracts that sought to divest courts of jurisdiction. Even as countries began to soften their resistance to arbitration as na effective formo f dispute resolution (na acceptance symbolized through treaties such as the Geneva Convention of 1927 and) statutory enactments such as the Federal Arbitration Act of 1925), the non – arbitrability doctrine helped to ensure that arbitration would occupy only a relatively narrow field, largely limited to private comercial disputes between businesspersons. Finally, although arbitrantion between states enjoyed a relatively rich historical tradition, arbitration between private companies (or individual investors) and those states had not. Consequently, arbitration did not implicate any serious constitutional values". RUTLEDGE, Peter B. **Arbitration and the Constitution**. Cambridge University Press, 2014, p. 3. Tradução livre: "A relação entre a lei de arbitragem e o direito constitucional, portanto, leva a muitos enigmas. Alguns são históricos, como tentar explicar a popularidade crescente e decrescente da arbitragem dentro e entre as sociedades (algumas pesquisas históricas têm seu uso mais antigo datado de 2550 a.C.). Outros são jurisprudenciais, na medida em que tentamos desvendar como os sistemas jurídicos navegam nas relações entre esses dois campos aparentemente díspares. Este livro concentra-se nesse último conjunto de enigmas. No advento do século XX, esses dois regimes – arbitragem e direito constitucional – de fato deveriam ter sido companheiros incomuns. Eles ocupavam, tranquilamente, esferas separadas. O direito constitucional não influenciou o desenho dos sistemas de arbitragem, e os processos de arbitragem tiveram pouca influência no desenvolvimento do direito constitucional. Diversas forças contribuíram para o "muro" que separa esses dois campos. Durante grande parte do século XIX, a divisão foi atribuída à recusa do judiciário em executar acordos de arbitragem pré-litígio, considerando-os como contratos ilegais que buscavam dispensar os órgãos jurisdicionais. Mesmo quando os países começaram a abrandar sua resistência à arbitragem como uma forma de resolução de litígios (uma aceitação simbolizada por tratados como a Convenção de Genebra de 1927 e decretos como a Lei de Arbitragem Federal de 1925), a doutrina de não arbitrabilidade ajudou a garantir que a arbitragem ocupasse apenas um campo relativamente limitado, em grande parte restrito a lides comerciais privadas entre empresários. Finalmente, embora a arbitragem entre estados desfrutasse de uma tradição histórica relativamente forte, a arbitragem entre empresas privadas (ou investidores individuais) e aqueles estados não a tinham. Consequentemente, a arbitragem não implicou em quaisquer princípios constitucionais substanciais".

sociedade, teremos os conflitos e a consequente necessidade de solucioná-los[74] [75].

A doutrina italiana, país que foi testemunha do estabelecimento de um comércio entre Estados monárquicos e outras nações na África e na Ásia, o que permitiu a instituição do primeiro banco em Florença, destaca que na origem da justiça, alicerça-se a arbitragem. Não era incomum a participação dos "sacerdoti per dirimere le

[74] "Yet the federalismo story – the one area where constitutional law has worked a direct doctrinal effect on arbitration law – is more complex one than the mere displacement of state law by federal law. As Chapter 3 explained, state law stil plays an important role throught the development of generally applicable contract principles that apply, at least, in domestic arbitrations. That residual role has na importnat impacton the horizontal allocation of power at the state level, argualy making state judge more importante policemen of arbitration agreements than elected state representatives. Just as state courts can influence the impact of state law on the FAA preemption analysis, so too can parties. Although heavily criticed, the Supreme Court's decision in Volt remains good law, creating the possibility that, through state choice of-law clauses, parties may be able to invoque some mechanisms under state arbitration law unavailable under federal law [...] My instincts are that the answer lies in some combination of two powerful influences – namely a strong desire for a uniform national arbitration scheme dating back to the FAA's enactment in 1925, coupled with a strong conception of freedom-of-contract principles in the United States making individuals (even when they occupy inferior bargaining positions) masters of their agreements. This combination of ideas may well explain the desire to leave many doctrinal matters on a nonconstitutional level (to leave the maximum flexibility by Congress), a strong anti-federalism jurisprudence (to avoid a circumvention of the uniform system by the states) and a weak individual rights jurisprudence (to avoid watering down the sanctity of contract) Yet that account does not adequately explain why precisely the horizontal separation-of-powers issues tend to be resolved at the level os statutory or treaty interpretation whereas the individual liberties issues tend to be resolved through private norm development. A fuller explanation must, regrettably, await another Project". RUTLEDGE, Peter B. **Arbitration and the Constitution**. Cambridge University Press, 2014, p. 204; 208-209. Tradução livre: "No entanto, a história do federalismo – a única área em que o direito constitucional exerceu um efeito doutrinário direto sobre o direito da arbitragem – é mais complexa do que o mero deslocamento da lei estadual pela lei federal. Conforme explicado no Capítulo 3, a lei estadual ainda desempenha um papel importante no desenvolvimento de princípios contratuais, comumente aplicáveis, que são adotados, pelo menos, em arbitragens nacionais. Esse papel residual tem um impacto importante na alocação horizontal de poder em nível estadual, seguramente tornando o juiz estadual mais importante vigilante de convenções arbitrais do que deputados estaduais eleitos. Assim como o judiciário estadual pode influenciar o impacto da lei estadual na análise de preferências do FAA (Lei de Arbitragem Federal), as partes também o podem. Embora fortemente criticada, a decisão da Suprema Corte em Volt continua sendo uma boa lei, criando a possibilidade de que, através da escolha do foro pelos estados, as partes pudessem invocar alguns mecanismos sob a lei de arbitragem estadual indisponíveis sob a lei federal [...] Minha intuição diz que a resposta está em alguma combinação de duas influências poderosas – a saber, um forte desejo de um esquema de arbitragem nacional uniforme que remonta à promulgação da FAA em 1925, juntamente com uma forte concepção de princípios de liberdade contratual nos Estados Unidos, tornando os indivíduos (mesmo quando ocupam posições de negociação inferiores) senhores de seus acordos. Essa combinação de ideias pode muito bem explicar o desejo de deixar muitos assuntos doutrinários em um nível não constitucional (permitir o máximo de flexibilidade pelo Congresso), a forte jurisprudência antifederalismo (para evitar burla de um regime único pelos estados), uma frágil jurisprudência de direitos individuais (para evitar a diluição da inviolabilidade do contrato). No entanto, essa explicação não esclarece adequadamente porque precisamente as questões de separação horizontal de poderes tendem a ser resolvidas no âmbito da interpretação legal ou de tratado, enquanto as questões de liberdade individual tendem a ser resolvidas através do desenvolvimento de normas privadas. Uma explicação mais completa deve, lamentavelmente, aguardar outro Projeto".

[75] Sobre o desenvolvimento da arbitragem nos EUA, o primeiro capítulo de *A pratical approach to arbitration law*, de Keren Tweeddale & Andrew Tweeddale, destaca 6 fases deste amadurecimento: "(a) Common law until statute 9&10 Will 3,c.15 (1698). (b) From the statute 9 &10 Will 3, c 15, to the Common law Procedure Act 1854. (c) From the Common law Procedure Act 1854 to the Arbitration Act (AA) 1889. (d) The Arbitration Acts 1889 to 1934. (e) The Arbitration Acts 1950 to 1979. (f) The Arbitration Act (AA) 1996". TWEEDDALE, Keren; TWEEDDALE, Andrew. **A practical approach to arbitration law**. Hasmpshire: British Library, 1999, p. 1. Tradução livre: "(a) *Common law* até os estatutos 9 e 10 Will 3, c. 15 (1698). (b) Do estatuto 9 e 10 Will 3, c 15, até a Lei de Processos da *Common Law* de 1854. (c) Da Lei de Processos da *Common Law* de 1854 à Lei de Arbitragem (AA) de 1889. (d) Das Leis de Arbitragem de 1889 a 1934. (e) As Leis de Arbitragem de 1950 a 1979. (f) a Lei de Arbitragem (AA) de 1996".

controversie"[76]. Já o respeito ao juiz adviria do seu poder de império. Por outro lado, diversamente do ocorrido com o sistema do *common law*, os países da *civil law* avocaram para si o poder, fazendo com que a arbitragem como *giustizia alternativa*, passasse a ter contornos próprios, com as peculiaridades desse sistema jurídico[77].

Giovanni Marani, professor da Universidade di Modena, examina a história da arbitragem na França. Cabe lembrarmos que, dentre os objetivos burgueses com o Código de Napoleão, estava a limitação dos poderes dos juízes, a quem cabia apenas pronunciar o texto claro da lei. A limitação pretendida pelo Código era vista, à época, como uma fórmula através da qual se impediria a repetição do terror do passado, marcada por abusos e por arbitrariedades perpetradas pelas forças estatais. Até porque ao juiz, na qualidade de agente daquele Estado, caberia, tão somente, pronunciar as palavras claras da lei, então já prefixadas e determinadas pela burguesia em um código exauriente para uma classe média. Contudo, jamais talhado e costurado para um negociante de maior envergadura e quilate, disposto a assumir risco em um dos momentos de maior transformação da civilização humana, com a Guerra de

---

[76] Tradução livre: "sacerdotes para dirimir as controvérsias"

[77] "In origine la giustizia fu affidata agli arbitri, ossia a persone che nelle comunità primitive godevano di fidúcia e di prestigio. Non infrequente dovette essere, in epoche in cui faz e ius apparivano mescolati e confusi fra loro, il ricorso ai sacerdote per dirimere le controversie. Si comincia a distinguere l' arbitro dal giudice mano mano che la collettività si organiza e impone la própria giustizia. Mentre quella degli arbitri era fondata sull' auctorias, quella dei giudici trovava base sull' imperium. Il processo evolutivo è lento e accompagna quello della sovranità dello Stato e della completeza della sua organizzazione. È così possible trovate epoche e luoghi – si pensi all' época del processo formule in Roma – in cui l' imperium dello Stato è a base dell' erogazione della giustizia (fase in ius), che si concretiza attraverso l'opera di cittadini dotati di auctorias (fase apud iudicem) [...] La questione si complica per l'abitudine a guardar ele cose attraverso le lenti della mostra impalcatura concettuale. Ed infantti, essendo abituari all'idea che lo Stato abbia il monopólio della giurisdizione, siamo portari a ritenere che l'atto giurisdizionale debba essere necessariamente espressione dell'imperatività própria degli atti dello Stato e che, ove l'atto ne sai privo, lo stesso possa valere come parere o consiglio, persuasivo (ma non autoritário) nella misura in cui chi l'há reso sai autorevole, o possa essere il contenuto che le parti fanno próprio, trasfondendolo in um autônomo atto negoziale. Queste premesse ci aiuteranno a comprendere le ragioni che sono alla base di molte questioni che vengono sollevate in matéria di arbitrato". VERDE, Giovanni. **Lineamenti di dirito dell' arbitrato**. Torino: G. Giappichelli, 2000, p. 1-2. Tradução livre: "Originalmente, a justiça era confiada a árbitros, ou seja, a pessoas que gozavam de confiança e prestígio nas comunidades primitivas. Frequentemente, quando *fas* e *ius* confundiam-se um com o outro, recorria-se aos sacerdotes para dirimir as controvérsias. Passa-se a distinguir o árbitro do juiz à medida que a comunidade se organiza e impõe sua própria justiça. Aquela dos árbitros era fundada na *auctoritas*, ao passo que a dos juízes, no *imperium*. O processo evolutivo é lento e acompanha o da soberania do Estado e a integralidade de sua organização. Encontra-se, assim, tempos e lugares – considerando a época do processo formular em Roma – em que o *imperium* do Estado serve como base para a concretização da justiça (fase *ius*), concretizada por meio do trabalho de cidadãos dotados de *auctoritas* (fase *apud iudicem*) [...] Complica-se a questão com o hábito de olhar os fatos pelas lentes de nossa estrutura conceitual. Uma vez acostumados à ideia de que o Estado detém o monopólio da jurisdição, há a tendência na crença de que o ato jurisdicional deva ser obrigatoriamente a expressão da imperatividade dos atos do Estado; caso não o detenha, o ato possa valer como parecer ou recomendação, persuasiva (mas não autoritária), desde que aquele que a proferiu tenha autoridade para tanto. Em última instância, o conteúdo pode ser adotado pelas partes, transformando-o em ato de conciliação autônomo. Tais premissas ajudarão a entender as razões dos questionamentos levantados no âmbito da arbitragem".

Independência nos EUA, a Revolução Industrial, a Revolução Inglesa e a Revolução Francesa. As antigas estruturas estavam ruindo, uma após a outra. Chegávamos à época das grandes descobertas, da puberdade da humanidade, que àquela época estava se tornando uma jovem[78].

Em sua análise, o professor italiano Giovanni Marani sublinha a natureza híbrida da arbitragem na França, porque seria o exercício da jurisdição estabelecido por meio de um contrato:

> Secondo l'opinione assolutamente dominante nella dottrina e nella giurisprudenza francesi del XIX secolo, l arbitrato del codice napoleonico non è suscettibile di essere inquadrato entro uno schema solo privato o solo pubblico, poiché la sua natura è sia contrattuale (fino alla pronuncia del lodo) che giurisdizionale (dopo l **intervento del giudice omologante**). Há cioè natura mista[79].

A história novamente explica a razão pela qual a homologação do laudo arbitral nasceu na França, com a ascensão de Napoleão Bonaparte ao poder, patrocinado pela burguesia. Assim como os revolucionários franceses buscavam controlar a atividade do juiz, evitando os excessos do Antigo Regime, a obrigatoriedade de homologação do laudo permitiria o controle estatal de uma justiça até então vista como uma parte separada do sistema estatal, e que não teria qualquer elo, ligação ou contato com o sistema jurídico de um Estado em franco desenvolvimento. Giovanni Marani destaca o ponto:

---

[78] "A desconfiança relacionada à figura do juiz de *civil law* e a necessidade histórica na França do século XVIII, nos movimentos e conspirações que culminaram na Revolução Francesa de 1789 [...] Na França pré-revolucionária, o juiz era integrante da nobreza, titular de privilégios e integrante da classe considerada responsável pela opressão do povo. O cargo de juiz era adquirido por compra ou doação e poderia ser transmitido aos sucessores. Seus ocupantes o consideravam como algo que lhes pudesse render vantagens pessoais. Sob essa ótica, era natural que o cargo de juiz pudesse ser utilizado para manejar interesses pessoais do nobre que o ocupava ou de outros integrantes da nobreza, sem qualquer compromisso com a realização da justiça [...] A Corte de Cassação surge com o intuito de reprimir a atuação judicial e teve por objetivo limitar o poder dos juízes mediante cassação das decisões judiciais que desbordassem da previsão legal. Foi a forma encontrada pela Revolução Francesa para controlar o Judiciário, sobre o qual pesava desconfiança. Portanto, poderia cassar a interpretação considerada incorreta, ou seja, que de alguma forma contrariasse a lei produzida pelo Legislativo. Em 1799, surge o Conselho de Estado (*Conseil d'Etat*), órgão integrante da estrutura governamental e última instância para julgamento dos casos envolvendo interesses da Administração Pública". HASELOF, Fabíola Utzig. **Jurisdições mistas** – um novo conceito de jurisdição. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 30-31.

[79] MARANI, Giovanni. **Aspetti negoziali e aspetti processuali dell' arbitrato**. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1966, p. 92. Tradução livre: "Segundo a posição absolutamente dominante na doutrina e na jurisprudência francesas do século XIX, a arbitragem do código napoleônico não pode ser enquadrada em um regime apenas privado ou apenas público, já que sua natureza é contratual (até a homologação do laudo) e jurisdicional (após a intervenção do juiz homologador). Apresenta, portanto, natureza mista".

> Il procedimento di omologazione nasce nel diritto francese delle ordonnances e dérecepito nel codice napoleonico come strumento di controllo formale della pronuncia degli arbitri (da parte dell´autorità giudiziaria presso la quale viene depositata), avente l`unico scopo di conferire a tale pronuncia la forza esecutiva[80] [81].

A justiça privada exercida pela comunidade face às peculiaridades do caso foi tomada por um terceiro, que passou a dispor da forma e do modo pelos quais essa justiça privada, como meio alternativo de resolução de conflito, deveria se apresentar. Com a Revolução Francesa, no sentido histórico da palavra, ou seja, um movimento de revolta contra um poder estabelecido, e que visou promover mudanças profundas nas instituições políticas, econômicas e culturais, houve a quebra das estruturas e a imposição de novos modelos. A partir de então, com a construção de uma França democrática, mas imposta pela força, a justiça privada foi absorvida, sugada e subjugada pela justiça estatal.

A justiça privada como meio alternativo de resolução de conflitos era exercida por pessoas da comunidade local, ou seja, que tinham a confiança das partes envolvidas, portanto, nada mais lógico que classificar a arbitragem como uma justiça privada. Segundo Edoardo Ricci, “La funzione degli arbitri rituali può essere definita a mio parere como giurisdizione privata”[82].

---

[80] Tradução livre: “O procedimento de homologação surge na lei francesa de portarias e deriva do código napoleônico como um instrumento de controle formal da decisão dos árbitros (pela autoridade judiciária à qual é apresentado), com o único propósito de dar força a essa decisão executiva”. MARANI, Giovanni. **Aspetti negoziali e aspetti processuali dell’ arbitrato**. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1966, p. 182.

[81] Giovanni Marani prossegue: “[...] l’arbitrato nell’àmbito dell’amministrazione statale della giusstizia. Entrambi i fenomeni mostrano i loro limiti intrinseci se valutati al banco di prova della prospettiva storica. L’ imposizione all’arbitrato di norme procedural codificate, alla stregua di giudizio ordinário, appare infatti fruto di uma situazione contingente, e cioè dell’estensione dell’ arbitrato obbligatorio a um grande numero di controversie attuata per motivi soprattuto politicinel corso della rivoluzione del 1789. Estensione che induce poi il legislatore napoleônico – e quelli italiani sulle sue orme – nell’ errore di considerare anche l’arbitrato volontario come um sostituto del giudizio ordinário, sicché, in certi limiti, i due istituti vengono disciplinati com le stesse norme. Il che accade però dopo che l’ amministrazione statale della giustizia era stata restarata nella sua pienezza, ed erano perciò venute meno le condizioni oggettive che tale (processualizzazione) potevano giustificare almento in parte”. MARANI, Giovanni. **Aspetti negoziali e aspetti processuali dell’ arbitrato**. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1966, p. 182. Tradução livre: “a arbitragem no âmbito da administração estadual de justiça. Ambos os fenômenos mostram seus limites intrínsecos quando mensurados pelo banco de ensaios da perspectiva histórica. Com efeito, imposição de regras processuais codificadas à arbitragem, como uma ação ordinária, parece fruto de uma situação contingente, ou seja, da ampliação da arbitragem obrigatória a um grande número de controvérsias com motivações sobretudo políticas durante a revolução de 1789. Tal ampliação leva o legislador napoleônico – assim como os italianos – ao erro de considerar a arbitragem voluntária uma substituta da ação ordinária, razão pela qual, em certa medida, as mesmas regras regem as duas instituições. Porém, tal fato ocorre após a plena restauração da administração estadual da justiça. Consequentemente, os critérios objetivos (processualização) justificáveis já não existiam, ao menos em parte”.

[82] RICCI, Edoardo F. **Studi in onore di Modestino Acone**, v. 3. Napoli: Jovene, 2010, p. 1.724. Tradução livre: “A função dos árbitros rituais, a meu ver, pode ser definida como uma jurisdição privada”.

A justiça privada no sistema do *common law* não sofre interferência estatal direta, como ocorreu com a justiça privada no sistema *civil law,* por uma razão evidente. Com a construção gradual do seu sistema jurídico, não surge uma terceira pessoa – o Estado – para quem é outorgada a competência para eleger aquilo que seus juízes passarão a chamar de devido processo legal, até então modelado pelos comerciantes no âmbito de sua justiça privada.

José Alfredo de Oliveira Baracho, ao examinar o devido processo legal na vigência da Constituição de 1968 (imposta pelos anos de chumbo – 1968-1974), o compara com o devido processo legal no sistema do *common law*, afirmando que a "doutrina do *due process of law* na Inglaterra e nos Estados Unidos serviu de base para a construção de uma jurisprudência de proteção aos direitos individuais, principalmente, em matéria de garantias processuais".

Por outro lado, na *civil law*, com o surgimento e a imposição de novas estruturas, as "constituições passaram a inscrever garantias e princípios de ordem processual que surgem como meios eficazes das garantias dos direitos do homem"[83].

A construção do devido processo legal no sistema do *common law* pode ser comparada ao desenvolvimento da arbitragem dos EUA pela doutrina. Os valores culturais, novamente, foram determinantes. Considerando que as disputas comerciais, normalmente, ocorrem entre membros inseridos no mesmo patamar social de determinado ramo (por exemplo, controvérsia entre dois destacados negociantes de diamantes), é natural que os envolvidos busquem sigilo e privacidade nesse procedimento privado. O costume das partes em solucionar os seus problemas acaba preenchendo o espaço público de um terceiro para solucionar o conflito, através de um manual outrora intitulado devido processo legal, hoje, conhecido por palavras indeterminadas como o devido processo legal constitucional. Neste sentido, a ausência

[83] "A doutrina do *due process of law*, na Inglaterra e nos Estados Unidos, serviu de base para a construção de uma jurisprudência de proteção aos direitos do indivíduo, principalmente, em matéria de garantias processuais. É um *standard* que guia os tribunais, encarregados de aplicá-lo. As garantias do processo penal deram saliência sobre o direito de liberdade e o direito de defesa, a princípio com forte conotação política, pelo que foram consagrados pelos regimes constitucionais instaurados pelo Estado de Direito. A tutela constitucional do processo, por meios das garantias constitucionais determina o devido processo legal. As constituições passaram a inscrever garantias e princípios de ordem processual que surgem como meios eficazes das garantias dos direitos do homem". BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Processo e Constituição: o devido processo legal. **Revista de Direito Público**, v. 68/55, out.-dez. 1983, p. 145.

de um controle e de revisão dos laudos arbitrais pelas Cortes estatais “reinforces the creation of private law in a privatized arbitration system”[84] [85].

Na *civil law*, o devido processo legal constitucional influenciou diretamente a justiça como serviço público de resolução de conflitos. Com a estatização da justiça privada, no Brasil, passou-se a falar em escopo político e social do processo, conforme defendido por Cândido Rangel Dinamarco. Em outras palavras, a justiça privada se desenvolveu para uma relação pública, protagonizada pelo novo dono do poder. Conforme sustenta Gustavo Tepedino, o julgador deverá se preocupar com “as novas tecnologias e seus impactos na tutela da pessoa humana; (ii) a contratação em massa e as situações de vulnerabilidade; e (iii) a proteção aos direitos fundamentais”. E conclui sinalizando sua preocupação com a “construção de uma nova dogmática do direito privado, com coerência axiológica em torno da unidade do ordenamento”[86] [87].

Na Itália, a relação entre Constituição e justiça privada, com a intervenção do Estado nas relações das partes e na sua justiça privada, também foi marcada pela história. Até 1848, pequenos estados ainda não estavam unificados como um Estado

---

[84] Tradução livre: “reforça a criação do direito privado em um sistema de arbitragem privatizado”. BRUNET, Edward; SPEIDEL, Richard E; STERNLIGHT, Jean R.; WARE, Stephen J. **Arbitration law in America** – a critical assessment. Cambridge University Press, 2006, p. 10-23-27.

[85] “The process privatization occurs as well in arbitration’s lawmaking and law-application contexto. Professor Ware noted that when parties agree to arbitrate, they often are opting out of a system of government-created rights and obligations in to na arbitration system in wich privately created rights and duties are substituted. Professor Ware describes this process as filling contractual gaps with the arbitrator’s discretion; Professor Bernstein explains this as a Horizontal system of competing de fault regimes. Arbitrators often fill gaps by interposing their own sense of equity, but this gap filling is more party-intended and industry focused; it is, thus consistent with the contract modelo f arbitration and the notion of privatization. The frequente practice of arbitrators failing to apply the law furthers the creation of new private norms that replace public substantive legal principles. The absence of significant judicial review of arbitration awards reinforces the creation of private law in a privatized arbitration system”. BRUNET, Edward; SPEIDEL, Richard E; STERNLIGHT, Jean R.; WARE, Stephen J. **Arbitration law in America** – a critical assessment. Cambridge University Press, 2006, p. 10-23-27. Tradução livre: “O processo de privatização ocorre também no contexto da legislação de arbitragem e da aplicação da lei. O professor Ware observou que, quando as partes concordam em arbitrar, frequentemente optam por sair de um sistema de direitos e obrigações criados pelo governo para um sistema de arbitragem em que direitos e deveres estabelecidos de forma privada são substituídos. O professor Ware descreve este processo como uma forma de preenchimento de brechas contratuais, a critério do árbitro; o professor Bernstein explica isso como “um sistema horizontal de regimes padrão concorrenciais”. Os árbitros frequentemente preenchem esses hiatos interpondo seu próprio senso de equidade, mas isso é mais voltado às partes e com foco na indústria; é, portanto, consistente com o modelo de contrato de arbitragem e com a noção de privatização. A prática frequente de árbitros que deixam de aplicar a lei favorece a criação de novas normas privadas que substituam os princípios jurídicos substantivos públicos. A ausência de um significativo reexame judicial de sentenças arbitrais reforça a criação do direito privado em um sistema de arbitragem privatizado”.

[86] DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. **Participação e processo**. São Paulo: RT, 1988; PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Democracia, participação e processo**. Belo Horizonte: Ciência Jurídica, 1997, p. 83-97; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Escopo político do processo**. São Paulo: RT, 1988, p. 114-127.

[87] TEPEDINO, Gustavo. **Direito civil contemporâneo** – novos problemas à luz da legalidade constitucional. São Paulo: Atlas, 2008, p. 356-371.

nacional. Após a península ser quase varrida por um fervor revolucionário, Carlos Alberto, da Sardenha, tentou acalmar os ânimos, concedendo direitos civis e estabelecendo uma forma parlamentar de governo.

Os patriotas românticos que sonhavam com o *Risorgimento*, recolocando a nação na liderança exercida nos tempos de Roma, formavam o grupo político predominante e, assim, constituíram uma monarquia constitucional. A formação do Estado italiano, além de ter sido tardia, capitaneada por nacionalistas, sofreu com a presença do Papa no Vaticano. Inclusive, “Patriotas de orientação religiosa acreditavam que a solução mais viável seria tornar a Itália uma federação, sob a presidência do papa”.

Para complicar a relação entre os personagens, a ocupação de Roma por Napoleão III, em 1870, colocou o reino da Itália em conflito com o Vaticano. Em 1871, a Igreja rompeu com o Estado italiano. O parlamento promulgou a Lei das Garantias Pontifícias, por meio da qual se concedia determinadas honras e privilégios ao Papa, similares às concedidas ao rei da Itália, incluindo o direito de receber e de enviar embaixadores que teriam imunidade diplomática completa (como se o Papa ainda tivesse o poder temporal como governante de um Estado). O imbróglio só se resolveu quando Pio XI, que havia rejeitado a lei, chegou a um acordo com a Itália, por meio da assinatura do Tratado de Latrão[88].

As rupturas institucionais da Itália, com suas guerras e disputas, a cobrar maior intervenção do Estado na atividade das partes em busca da resolução do seu conflito, também fica evidente com a ascensão do fascismo em 28 de outubro de 1922. Com sua política totalitarista (“nada deve haver acima do estado, nada fora do estado, nada contra o estado), nacionalista (“a nação é a mais alta forma de sociedade que a raça humana pôde criar”) e militarista (“a luta é a origem de todas as coisas”), a intervenção constante do Estado na justiça privada através de um devido processo legal imposto pelo legislador, com muitas rupturas institucionais, explica o porquê dos percalços que a arbitragem na Itália se viu obrigada a transpor[89].

O Código de Processo Civil italiano de 1865, assim como o Código de 1942,

---

[88] BURNS, Edward McNall. **História da civilização ocidental** – do homem das cavernas às naves espaciais. v. 2. São Paulo: Globo, 1986, p. 591-595.
[89] BURNS, Edward McNall. **História da civilização ocidental** – do homem das cavernas às naves espaciais. v. 1. São Paulo: Globo, 1986, p. 699-701.

estabeleceu que o laudo arbitral da justiça privada somente seria válido e eficaz se fosse homologado pelo Estado, já que não era possível,

> in tale sistema normativo, riscontrare teorie secondo cui l´arbitrato sarebbe stato un fenomeno pubblicistico e sostanzialmente giurisdizionale, ove il giudicante, pur essendo un privato non appartenente alla magistratura, in virtù della funzione svolta, si sarebbe presentato come incaricato di pubblico servizio[90].

A reforma do Código de Processo Civil italiano, em 1983, ao dispor, em seu art. 823, a desnecessidade de homologação do laudo para efeitos de validade e eficácia, mostrou-se, para parte da doutrina italiana, como "primo tentativo di apertura dell'ordinamento nei confronti della giustizia privada"[91]. Todavia, a modificação da lei não surtiu efeitos, já que remanesceu na doutrina e na jurisprudência da Corte di Cassazione a discussão sobre os efeitos da nova lei, já que para os defensores da ala publicista, o laudo arbitral não poderia ser equiparado a uma sentença estatal. Assim, o entendimento do tribunal era no sentido de que "il lodo potesse conseguire gli effetti del giudicato solo in seguito all'exequatur statale"[92]. Referida controvérsia acabou apaziguada com a reforma de 2006 que, em seu art. 824, reconheceu expressamente os mesmos efeitos da *sentenza del giudice statale* para o laudo arbitral, equiparando-os expressamente[93].

Ainda acerca dos percalços da arbitragem como meio de resolução de conflito na Itália, a doutrina italiana vem se preocupando com os resultados de uma atividade humana globalizada há tempos. A globalização como aspecto peculiar dos negócios dos homens do mercado digital gera maior preocupação em relação à autonomia privada, sustentando-se uma *delocalizzazione*, ou seja, a ausência de delimitação territorial para que aquela decisão possa ser aplicada e produzir efeitos.

Michele Angelo Lupoi, ao examinar a arbitragem na Itália com enfoque na arbitragem internacional, sem se esquecer do conceito de *delocalizzazione*, ressalta o

---

[90] TIZI, Francesca. **L'imparzialità dell'arbitro e del tribunale arbitrale**. Santarcangelo di Romana: Maggioli Editore, 2015, p. 16. Tradução livre: "era possível, em tal sistema regulamentar, detectar teorias segundo as quais a arbitragem tivesse sido um fenômeno público e substancialmente jurisdicional, em que o juiz, mesmo sendo pessoa não pertencente ao sistema judiciário, em virtude da função desempenhada, teria se apresentado como agente de função pública".

[91] Tradução livre: "primeira tentativa de abertura do ordenamento em relação à justiça privada".

[92] Tradução livre: "o laudo pudesse alcançar os efeitos do caso julgado somente após o 'cumpra-se' estatal".

[93] TIZI, Francesca. **L'imparzialità dell'arbitro e del tribunale arbitrale**. Santarcangelo di Romana: Maggioli, 2015, p. 24-25.

art. 816 do Código de Processo Civil italiano, que permite às partes estabelecerem a sede da arbitragem mas, se não o fizerem, será o local em que fora estipulada a convenção de arbitragem. O autor conclui que a justiça privada deverá seguir as regras do Estado em que será executada, ou seja, a *lex fori.*

A política totalitarista também teve influência na história alemã e na formação do seu direito. A política oficial de alguns países europeus assumiu um viés autoritário, com economia controlada, produção limitada, preços congelados e política armamentista. Essa política pública serviu como uma luva para um povo derrotado e humilhado. A Liga das Nações, constituída pelos países vencedores da Primeira Guerra Mundial, e que pela ótica dos vencidos, tinha como fundamento manter os domínios territoriais dos países vencedores e seus aliados, sofre o primeiro golpe com a assinatura do Tratado de Rapalho pela Alemanha e a URSS em 1922. “Os diplomatas fizeram várias tentativas para preservar ou restaurar a concórdia internacional nas décadas de 1920 e 1930”, já que a assinatura desse tratado aproximava economicamente os dois países. Em 1923, Adolph Hitler chefiou, em Munique, a tentativa dos camisas-pardas, o exército privado alemão, para acenar um movimento, o *putsch*, com a derrubada do governo. Com a expansão da ideologia nazista cristalizada, tudo patrocinado pelas condições econômicas devastadoras decorrentes da derrota na Primeira Guerra Mundial, as consequências eram irrespondíveis: “na eleição de 1928, os nazistas conquistaram 12 cadeiras no Reichstag; em 1930, passaram a controlar 107 cadeiras. Em 1928, haviam recebido 800.000 votos; em 1930 tiveram 6.5000.000. Durante o verão de 1932, o sistema parlamentar entrou em falência”[94].

O apogeu alemão, que só foi derrotado pelo inverno russo, somado à prepotência de Adolph Hilter, que preferiu não ouvir seus generais e recuar suas tropas, levou a um novo desenho do mundo com o fim da Segunda Guerra Mundial, em 1945. Não se pode esquecer da corrida dos exércitos americano e russo para chegar a Berlim. Através da Conferência de Postdam, em 1945, podemos não só afirmar que a Alemanha foi repartida pelas potências vencedoras, como também constatar que a Alemanha ocidental se manteve capitalista, enquanto a Alemanha oriental transformou-se em um país socialista.

[94] BURNS, Edward McNall. **História da civilização ocidental** – do homem das cavernas às naves espaciais. v. 2. São Paulo: Globo, 1986, p. 703-706.

Em janeiro de 1946, o Conselho de Controle Aliado dividiu a Alemanha em quatro zonas de ocupação, controladas por Estados Unidos, União Soviética, Inglaterra e França. Estes países ocuparam a Alemanha derrotada de 1945 até 1948[95].

A Alemanha, apesar de ser um país em que a ideologia totalitarista sempre foi muito bem recepcionada, com a derrota em 1945, teve seu sistema jurídico atingido por várias influências. Diversamente do ocorrido na Itália, a Alemanha apresenta um sistema dualista, discussão jurídica que tem grande importância no direito internacional.

A teoria dualista admite uma divisão radical entre a ordem interna e a ordem internacional. As duas ordens situam-se em patamares equivalentes, porém incomunicáveis. Uma não interfere na outra. Os defensores do monismo alegam que os dois ramos do direito de uma nação deveriam compor um sistema único, já que não se poderia admitir a validade de uma norma internacional em desacordo com o direito interno, já que o sistema jurídico seria único. Assim, partindo dessa premissa, não seria possível admitir que uma norma pudesse ter validade internacional sem ter sido incorporada ao ordenamento jurídico do Estado. Os monistas nacionalistas – talvez se esquecendo de que a justiça nasce como justiça privada em decorrência das relações em sociedade – defendem haver submissão do direito internacional ao direito interno[96].

O debate entre o monismo e o dualismo tem relação direta com a forma de intervenção do Estado na sociedade. A Itália, país com características históricas que levaram a abraçar uma política nacionalista até a constituição da União Europeia, era monista. A Alemanha não seguiu o mesmo caminho em decorrência da derrota para os

---

[95] Sobre a Conferência de Potsdam, o livro *Paz em Berlim* é leitura obrigatória. MEE JUNIOR, Charles L. **Paz em Berlim** – a Conferência de Potsdam em 1945 e seu mister de encerrar a Segunda Guerra Mundial. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2007.

[96] Segundo Valerio de Oliveira Mazzuoli, o dualismo consiste em corrente segundo a qual o Direito interno de cada Estado e o Direito Internacional são dois sistemas independentes e distintos, ou seja, constituem círculos que não se interceptam, embora sejam igualmente válidos. Para essa corrente, as fontes e normas do Direito Internacional não têm qualquer influência sobre questões relativas ao âmbito do Direito interno, e vice-versa, de sorte que entre ambos os ordenamentos jamais poderia haver conflitos. Assim, sendo o Direito Internacional e o Direito interno dois sistemas de normas diferentes, independentes um do outro, impossível seria existir qualquer antinomia entre eles. Noutro giro, o autor explica que, para a corrente monista, o Direito Internacional e o Direito interno são dois ramos do Direito dentro de um só sistema jurídico, de modo que o Direito Internacional se aplica diretamente na ordem jurídica dos Estados, independentemente de qualquer "transformação". Para os monistas, o Direito Internacional e o Direito interno convergem para um mesmo todo harmônico, em uma situação de superposição em que o Direito interno integra o Direito Internacional, retirando deste a sua validade lógica. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 6. ed. São Paulo: RT, 2012, p. 78-85.

Aliados, em 1945, e da sua divisão em dois países[97].

Segundo a teoria monista, como as normas internas e internacionais integram um mesmo ordenamento jurídico, a lei do estado soberano, em caso de conflito de regras, prevalecerá, segundo boa parte da doutrina. Todavia, para o direito internacional, com a Convenção de Viena de 1969, em seu art. 27, há prevalência do monismo internacionalista, já que "uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado".

No sistema jurídico alemão, a ação é distribuída ao juiz com jurisdição para o direito interno. O magistrado será o competente para determinar a competência da jurisdição internacional (*Rechtswegzustandigkeit*), já que integram a mesma justiça. Na linha do princípio *kompetenz-kompetenz*, caberá ao juiz redistribuir a ação para o tribunal com competência internacional, segundo nos informa obra escrita por três advogados alemães, dois deles, Gerhard Rutzel e Gerhard Wegen, com experiência na advocacia norte-americana.

Ao se debruçar sobre as resoluções de conflitos comerciais na Alemanha, a obra destaca os princípios da arbitragem como a publicidade, a oralidade e o direito de ser ouvido[98]. Os juízes são selecionados por uma comissão independente à luz da sua

---

[97] Segundo Noberto Bobbio, o positivismo jurídico como ciência pode ser estudado como um método para o estudo do direito, como teoria do direito e como ideologia do direito. Os positivistas sustentam que a norma e sua interpretação fecham o sistema, não havendo uma dualidade de sistemas, como sustenta a Escola do Direito Jusnatural. A norma encerra o sistema por si só. Nas palavras do autor, em o seu *O positivismo jurídico*: "Estas três distinções são importantes porque a primeira acepção do positivismo jurídico não implica na segunda, a primeira e a segunda não implicam na terceira. Com efeito, a assunção do método positivista não implica também na assunção da teoria juspositivista. A relação de conexão entre o primeiro e a segunda é uma relação puramente histórica, não lógica, pois os primeiros estudiosos que aplicaram o método positivista viveram num contexto histórico-social (a Europa continental do século passado) no qual o direito era produzido exclusivamente pelo Estado, e com base em tal dado elaboraram a teoria juspositivista. Em outros ambientes, ao contrário (como no mundo anglo-saxônico), a visão jurídica apresenta caracteres diferentes (criação do direito por parte do juiz, etc.) e, portanto, a aplicação do método positivista conduz a resultados teóricos diversos: o contraste entre teoria juspositivista e teoria realista do direito não se funda numa diversidade de método, mas na aplicação do mesmo método – o positivista – a realidades jurídicas diferentes". BOBBIO, Norberto, **O positivismo jurídico** – lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1996, p. 234.

[98] Neste ponto, cabe sublinhar as garantias constitucionais destacadas pelos autores: "The federal constitution, the GG, confers some fundamental procedural guarantees, i.e. (i) The right to be heard by the court (art.103 (1) GG); (ii) The right to legal recourse; (iii) The right to be heard by the lawful judge (art. 101 (1) sentence 2, art. 20 (3) and art. 19 GG); (iv) The right to a fair trial according to the rule of law; (v) The right to be treated equally by the court (art. 3(1) GG); and (vi) The commitment of the courts to follow the law (art. 20(1) GG)". RÜTZEL, Stefan; WEGEN, Gerhard; WILSKE, Stephan. **Commercial Dispute Resolution in Germany**, Alemanha: CHBeck, 2005, p. 3. Tradução livre: "A Constituição Federal, o GG, confere algumas garantias processuais fundamentais, ou seja, (i) O direito de ser ouvido pelo tribunal (art.103 (1) GG); (ii) O direito de recurso legal; (iii) O direito de ser ouvido pelo juiz legítimo (art. 101 (1) sentença 2, art. 20 (3) e art. 19 GG); (iv) O direito a um julgamento justo de acordo com o Estado de Direito; (v) O direito de ser tratado de forma igual pelo tribunal (art. 3 (1) GG); e (vi) O compromisso dos tribunais de seguir a lei (art. 20 (1) GG).

academic qualifications e, em seguida, escolhidos pelo Parlamento. Esses mesmos juízes, outrora competentes para examinar se aquela ação deveria ser remetida para um tribunal com competência internacional, terão competência para remeter o conflito à arbitragem, a requerimento dos interessados. Tudo integra um mesmo sistema jurídico, com legítimas opções aos seus destinatários para tutelar com mais eficiência a resolução do conflito[99].

Na Alemanha, o acesso à justiça por meio da resolução do conflito por um terceiro imparcial ganhou mais de uma porta, sem que essa opção prejudicasse, em tese, o seu beneficiário, destinatário do serviço público essencial. Como essas portas estão acopladas a um só corpo, inexistem fissuras, então, o acesso à justiça acaba garantido, sem a sobreposição de atividades dos tribunais[100].

As sobreposições de atividades dos tribunais decorrentes dos choques e desencontros entre a arbitragem como justiça privada e a justiça estatal na Itália, Alemanha, EUA e Inglaterra são bem expostas por Peter Rutledge, em trabalho que examina as fissuras entre os tribunais estatais e paraestatais. O professor titular da Universidade de Georgia, ao sublinhar que “Arbitration takes forms beyond the private

---

[99] “A party has the choice between a court and the arbitral tribunal at all stages of the arbitral proceedings. In some cases, the court proceedings might be advantageous as the court proceedings, unlike in arbitration proceedings do not necessarily require that the opposing party be heard before issuing an order for interim measures [...] The German arbtiration law provides for a dual system for parties to an arbitration to seek interim measures fo protection. That is, both the local courts as well as the arbitral tribunal are vested with the power to order interim measures, unless otherwise agreed by the parties. A party has the choice between a court and the arbitral tribunal at all stages of the abitral proceedings. In some cases, the court proceedings might be advantageous as the court proceedings, unlike in arbitration proceedings, do not necessarily require that the opposing party be heard before issuing an order for interim measures”. RÜTZEL, Stefan; WEGEN, Gerhard; WILSKE, Stephan. **Commercial Dispute Resolution in Germany**, Alemanha: CHBeck, 2005, p. 3;128-129. Tradução livre: “Uma parte pode escolher entre o judiciário ou o tribunal arbitral em todas as fases do processo arbitral. Em alguns casos, os processos judiciais podem ser vantajosos, pois esses, ao contrário dos processos de arbitragem, não exigem necessariamente que a parte contrária seja ouvida antes de emitir um pedido de medidas provisórias [...] A lei de arbitragem alemã propicia um sistema bifacetado para que as partes em uma arbitragem busquem medidas provisórias de proteção. Ou seja, tanto o judiciário quanto o tribunal arbitral são investidos com poder de ordenar medidas provisórias, a menos que acordado de outra forma pelas partes. A parte pode escolher entre o judiciário ou um tribunal arbitral em todas as fases do processo arbitral. Em alguns casos, o processo judicial pode ser vantajoso, uma vez que este, ao contrário do processo de arbitragem, não exige necessariamente que a parte contrária tome conhecimento antes de emitir um pedido de medidas provisórias”.

[100] Leonardo Greco, em *O acesso ao direito e à justiça*, ao analisar as barreiras do acesso econômico, geográficas e burocráticas, já em 2001, defendia o diálogo humano, “se necessário, entrevistar-se pessoalmente com o juiz, não apenas para ser ouvido sobre o que lhe for perguntado, mas para travar com o magistrado um diálogo humano”, como também defendia a apliação do cabimento da arbitragem para as relações de consumo e trabalhistas como instrumentos para se efetivar esse tão sonhado acesso. GRECO, Leonardo. O acesso ao direito e à justiça. *In*: GRECO, Leonardo. **Estudos de direito processual** (Coleção José do Patrocínio). Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 209; 216.

commercial setting"[101], destaca que a arbitragem, ou melhor, as partes envolvidas, pela natureza do conflito, querem privacidade e sigilo. E, ainda, que objetivam estabelecer seus próprios procedimentos. Neste ponto, segundo o autor, o desenvolvimento de procedimentos próprios pelas partes pode produzir "fissures in the wall that traditionally separated arbitration law from constituciconal law"[102].

A fim de evitar que as fissuras promovam o aleijamento do corpo do sistema jurídico, o professor americano destaca a importância da comunicação entre as Cortes, através de um diálogo de influências:

> Although a arbitration law has largely immune from aplication of express constitutional limits (excepting federalism) the absence of express doctrinal incorporation does not mean that constitucional values have been missing from the development of arbitral institutions. Rather, they have influenced the development of those institutions in softer, more subtle ways[103].

As fissuras entre a justiça privada e a estatal não são criadas, são evitadas, porque o Estado deixa de interferir naquele campo de atuação dos árbitros, já que suas garantias podem ser afastadas pelas partes. Ou seja, não há sobreposição de atividade dos tribunais. Assim, ao mencionar o caso *Mastrobuono and Preston*, o autor conclui que as Cortes não têm boa vontade em rever os laudos produzidos pela justiça privada, até porque são procedimentos modelados e talhados pelas partes. Por que eles então, agora, precisariam se substituir ao decidido pelos árbitros? O pedido de reexame pela parte derrotada não poderia ser interpretado como *venire contra factum proprium*?[104]

---

[101] Tradução livre: "A arbitragem assume formas que vão além do cenário comercial privado".

[102] RUTLEDGE, Peter B. **Arbitration and the Constitution**. Cambridge University Press, 2013, p. 6-7. Tradução livre: "Fissuras na barreira que tradicionalmente separava o direito de arbitragem do direito constitucional".

[103] RUTLEDGE, Peter B. **Arbitration and the Constitution**. Cambridge University Press, 2013, p. 6. Tradução livre: Embora uma lei de arbitragem seja amplamente imune à aplicação de limites constitucionais expressos (exceto o federalismo), a ausência de uma integração doutrinária expressa não significa que os princípios constitucionais estejam ausentes no desenvolvimento das instituições arbitrais. Em vez disso, eles influenciam o desenvolvimento daquelas instituições de maneira mais suave e sutil.

[104] "The development was the increasing popularity of arbtiration asa a mechanism for resolving disputes between companies and individuals (such as employer/ employee relationships, company/consumer relationsshios, and broker/investor relationships). Critics of arbitration attacked these inroads by arbitration and, among other things decried the apparent lack of procedural protections for the individual in these sttings. This led to attempts to import principles of "due process" in to arbitration – initially through litigation attempting to impose the requirements of procedural due processo on to arbitration, and later (after these efforts largely failed), the development of private "due process protocols [...] While the doctrine continues to leave a role for state rights in the preemption analysis, that role may well be declining. The Supreme Court's decision in Concepcion trimmed even the ability of state courts to influence the regulation of arbitration agréments. Its policies puported applicantions of state contract law in order to ensure that they are not simply repackaged anti-arbitration doctrines that the FAA was designed to eliminate. So too has the Court shown greater skepticism toward party efforts to reinvigorate state law through party choice. Both the

O diálogo de influências entre as Cortes, quer seja pelo seu aspecto horizontal, ou seja, entre tribunais estatal e arbitral com jurisdição sob o mesmo território, quer seja pelo seu aspecto vertical, se considerarmos a prevalência das normas de direito internacional sobre o direito interno, rendeu interessantíssimo artigo de Remo Caponi, por meio do qual o professor italiano examina o fenômeno com foco no conflito horizontal. Ao avaliar o crescimento das arbitragens internacionais em 2012, se comparado com o período dos então últimos anos, os conflitos saltaram de 4000 para 37000, ou seja, um acréscimo exponencial de praticamente 1000%. O professor titular da Faculdade de Florença destaca que a visão de uma Corte internacional incumbida de solucionar problemas entre países ficou ultrapassada porque o direito internacional passou a ter outro significado: "transnazionale, ultrastatale, o globale"[105].

Segundo informa Remo Caponi, as Cortes constitucionais dos Estados, juntamente com a Corte Europeia dos Direitos Humanos e a Corte de Justiça da União Europeia trabalham em conjunto. O trabalho de cooperação é implementado através da interação entre os juízes, os tribunais e sua jurisprudência. Os juízes não só passam a buscar a melhor solução através da jurisprudência, como também o conjunto de seus julgados começa a funcionar como um "circuito de aprendizagem". Para fundamentar seu raciocínio e, assim justificar a jurisprudência como instrumento útil de análise e de reconstrução de uma comunidade transnacional, o autor utiliza as palavras do ex-

---

Supreme Court's decisions in Mastrobuono and Preston, although not expressly overruling Volt, have largely cabined the decision and limited parties' ability to rely on general choice-of-law clauses to invole provisions of state arbitration laws at odds with the FAA". RUTLEDGE, Peter B. **Arbitration and the Constitution**. Cambridge University Press, 2013, p. 4; 204. Tradução livre: "O desenvolvimento foi a crescente popularidade da arbitragem como um mecanismo para resolver lides entre empresas e indivíduos (tais como relações empregador/ empregado, empresa/ consumidor e corretor/ investidor). Os críticos da arbitragem atacaram essas incursões pela arbitragem e, dentre outras coisas, condenaram a aparente falta de proteções processuais para o indivíduo nesse cenário. Isso levou a tentativas de importar os princípios do "processo equitativo" para a arbitragem – inicialmente por meio de litígios que tentavam impor os requisitos do processo equitativo processual à arbitragem e, posteriormente (depois que esses esforços falharam em grande parte), ao desenvolvimento de "protocolos de processo equitativo privado" [...]. Enquanto a doutrina continuar a deixar essa função para o direito estadual na análise de preferência, esse papel pode estar em declínio. A decisão da Suprema Corte reduziu até mesmo a capacidade dos tribunais estaduais de influenciar a regulamentação dos acordos de arbitragem. Suas políticas objetivavam a aplicação do direito contratual estadual a fim de garantir que elas não fossem simplesmente doutrinas anti-arbitragem reformuladas as quais a Lei de Arbitragem Federal (FAA) poderia eliminar. Da mesma forma, o judiciário mostrou maior ceticismo em relação aos esforços da parte para revigorar a lei estadual por meio da escolha da parte. Ambas as decisões da Suprema Corte em Mastrobuono e Preston, embora não anulassem expressamente a de Volt, em grande parte restringiram a decisão e limitaram a capacidade das partes de confiar em cláusulas gerais de escolha de foro ao invocar disposições de leis de arbitragem estaduais em conflito com a FAA".

[105] CAPONI, Remo. **Dialogo tra corti**: alcune ragioni di um sucesso. Studi in onore di Modestino Acone. v. 3. Napoli: Jovene, 2010. Tradução livre: "transnacional, ultraestatal ou global".

presidente da Corte constitucional alemã, Andre Verbund:

> contribuire a descrivere il funzionamneto di un complesso sistema plurilivello, senza che così siano previamente definite le precise tecniche di interzione. Tale concetto permette di rinunciare ad immagini spaziali, fortemente semplificanti, come equidinazione, sovraordinazione e sottoordinazione[106] [107].

O diálogo entre as Cortes, tanto pelo prisma horizontal, como vertical, começa a ser inevitável a partir da crescente internacionalização das relações sociais e econômicas e, que até então era "il monopólio dello Stato nazionale sulla giurisdizione"[108]. A aproximação das Cortes por força da globalização, da transnacionalização, tudo porque as relações comerciais não estão mais comportadas em um único Estado, acaba não só aproximando o direito interno do direito internacional, como reaproximando o *common law* e a *civil law*[109].

---

[106] Tradução livre: "contribuir para descrever o funcionamento de um sistema complexo de vários níveis, sem a prévia definição de técnicas precisas de interação. Tal conceito permite renunciar a imagens espaciais demasiadamente simplificadoras, como equiparação, superioridade e inferioridade". CAPONI, Remo. **Dialogo tra corti**: alcune ragioni di um sucesso. Studi in onore di Modestino Acone. v. 3. Napoli: Jovene, 2010, p. 1.328-1.329.

[107] O autor prossegue: "Il concetto di Verbund può rivelarsi in effetti um utile strumento di analisi di ricostruzione di quella "global community of transnacional adjudication in cui i giudici si sentono progressivamente inseriti, caratterizzala da scambi culturali e di esperienze, da interazioni personali, al di là dei recinti ancora eretti sulla base dei confini nazionali e dele partizioni tra le scienze [...] Cosi, A. Vosskuhle, Der europaische Verfassungsgerichtsverbund, in NVwZ, 2010, p. 1, p. 4, ove si può leggere: "Taluni osservatori possono rammaricarsi che il Bundesverfassungsgericht non occupi piú uma posizione solitária dal punto di vista giuridico-costituzionale, perchè in conseguenza della progressiva internazionalizzazione ed europeizzazione ad esso non spetta piú l'esclusiva nella verifica del diritto vigente in Germania. Proprio per il Bundesverfassungsgericht si dischiude uma significativa possibilità di compensazione, di cooperare nel sistema plurilivello europeo alla creazionedi um vincolante ordine costituzionale comune europeo com standard di tutela dididritti fondamentali per tutta Europa, e quindi di accompagnare com cgnizione di causa il processo di cooperazione e di coerenziazione nel circuito (Verbund) giurisprudenziale della Corte di giustizia dell'Unione europea e della Corte europea dei diritti dell'uomo. Conepitain questi termini, la suddivisione di responsabilità giudziale non conduce ad uma diminuzione, bensi ad una triplicazione della tutela dei diritti fondamentali nel circuito della giurisdizione costituzionale di Karlsruhe, Strasburgo eLussemburgo". CAPONI, Remo. **Dialogo tra corti**: alcune ragioni di um sucesso. Studi in onore di Modestino Acone. v. 3. Napoli: Jovene, 2010, p. 1.328-1.329. Tradução livre: [Efetivamente, o conceito "Verbund"pode se revelar um instrumento de análise útil para a reconstrução daquela "global community of transnacional adjudication" na qual os juízes notam sua inserção progressiva, caracterizada por trocas culturais e de experiências, por interações pessoais, para além dos muros ainda firmes e sustentados em fronteiras nacionais e divisórias entre ciências [...] Assim, lê-se em Vosskuhle, Der europaische Verfassungsgerichtsverbund, in NVwZ, 2010, p. 1, p. 4: "Alguns observadores podem lastimar que o Bundesverfassungsgericht não ocupe mais uma posição solitária do ponto de vista jurídico-constitucional, já que, devido à progressiva internacionalização e europeização, ele não possui mais a exclusividade na verificação da legislação vigente na Alemanha. A razão pela qual o Bundesverfassungsgericht abre-se para uma possibilidade significativa de compensação, de cooperar no sistema europeu pluriníveis para a criação de uma ordem constitucional europeia comum vinculativa de padrões para a tutela dos direitos fundamentais para toda a Europa e, consequentemente, para acompanhar com conhecimento de causa o processo de cooperação e coerenciação no circuito (Verbund) jurisprudencial do Tribunal de Justiça da União Europeia e do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. Assim compreendida, a demarcação da responsabilidade judicial não conduz a uma diminuição, mas sim a uma triplicação da tutela dos direitos fundamentais para o tribunal constitucional de Karlsruhe, Estrasburgo e Luxemburgo".

[108] Tradução livre: "o monopólio do Estado nacional na jurisdição".

[109] Remo Caponi critica a cultura jurídica da *civil law*, já que ela não nasce com a lei ou com a sentença do juiz. A cultura jurídica tampouco nasce de uma faculdade americana. A cultura jurídica nasce da vida: "È probabile che la

Já pelo prisma horizontal, o Estado, ao reconhecer, segundo Nicoló Trocker, “che non esiste una forma di tutela giurisdizionale, un processo unico, idoneo a garantire adeguatamente qualsiasi situazione di diritto sostanziale”[110], começa a oferecer como opção à justiça estatal, “differenziazione dell’ offerta di giustizia”[111], ou seja, outras portas de saída.

Essas portas são necessárias, principalmente nos países da *civil law*, visto que com a Revolução Francesa houve uma ruptura institucional, quando os novos donos do poder avocaram a soberania dos seus governados, aqui incluindo a justiça privada. Agora, eles não querem mais parcela daquilo que assumiram. Até porque, a justiça estatal não é apta a se substituir à justiça privada. A nossa história comprova a afirmativa[112].

---

cultura giuridica di *civil law* non sai ancora suficientemente attrezzata per apprezzare la diversità tra formazione legislativa e formazione giurisprudenziale del diritto. Nel passaggio dall’assolutismo giuridico, in cui la legge statale era tutto il diritto, ad um forte assetto pluralístico, com il moltiplicarsi e l’intrecciarsi dei piani di legalità (regionale, statale, costituzionale, sovranazionale, Internazionale), sono venute meno le ragioni storiche che hanno sostenuto la negazione del carattere di fonte del diritto dele pronuncie giudiziali. Passerà ancora del tempo prima che se rendano conto tutti, ma la direzione di marcia è segnata. Com uma notevole semplificazione si può dire che, mentre la legge è unaprevisione normativa (se x, allora y) e nasce (dovrebbe nascere) in esecusione di un disegno político, la sentenza è um accertamento normativo (poichè x allora y), che nasce letteralmente “per caso” e “ per processo” (giurisdizionale), perchè si è già vericato um caso, uma controvérsia che richeiede di essere risolta”. CAPONI, Remo. **Dialogo tra corti**: alcune ragioni di um sucesso. Studi in onore di Modestino Acone. v. 3. Napoli: Jovene, 2010, p. 1.332-1.333. Tradução livre: “Provavelmente, a cultura jurídica de *civil law* ainda não disponha de preparo para apreciar a diversidade entre a formação legislativa e a formação jurisprudencial do direito. Durante a transição do absolutismo jurídico, em que a lei do Estado totalizava o direito, para uma estrutura fortemente pluralista, caracterizada pelo multiplicar-se e entrelaçar-se dos planos de legalidade (regional, estadual, constitucional, supranacional, internacional), as razões históricas fundantes da negação da natureza do direito das decisões judiciais desapareceram. Ainda é preciso tempo para o seu reconhecimento, mas o caminho já está traçado. Simplificadamente, pode-se afirmar que, se por um lado a lei é uma disposição legal (se x, logo y) que nasce (ou deveria nascer) na aspiração política, por outro, a sentença é uma determinação legal (dado que x, logo y), originando-se literalmente “por caso” e “com base em processo” (jurisdicional), pois um caso já foi verificado, uma controvérsia que necessita de resolução”.

[110] Tradução livre: “que não existe uma forma de tutela jurisdicional, um processo único, idôneo para garantir sempre e de forma adequada o direito material”.

[111] Tradução livre: “distinção da oferta de justiça”.

[112] Nicoló Trocker, ao examinar a tutela jurisdicional diferenciada e as diferentes ofertas de justiça, destaca que, assim como no Brasil, “i principi supremi del nostro ordenamento costituzionale, nel quale è intimamente connesso com lo stesso principio di democrazia assicurare a tutti e sempre, per ogni controvérsia, um giudice e um giudizio”. Tradução livre: “princípios supremos da nossa ordem constitucional, intimamente relacionada ao mesmo princípio da democracia que garante a todos e sempre, para cada controvérsia, um juiz e um julgamento”. Essa política pública de acesso à justiça, garantindo irrestritamente o acesso às Cortes de justiça, até porque não poderia ser diferente, se consideramos a avocação da justiça privada com a tomada pelo Estado da incumbência de solucionar o conflito, no Brasil gerou uma verdadeira Torre de Babel, até porque somos o país com o maior número de processos distribuídos ao Estado. O ápice desta política pública, uma das ondas defendidas por Mauro Cappelletti em seu *Acesso à Justiça*, no Brasil, foi a isenção de custa para os trabalhadores processarem seus empregadores sem qualquer custo ou risco. Como advogado militante, posso testemunhar que a isenção de custas a serem pagas pela parte que busca o Estado para resolver seu conflito ao invés de garantir o acesso dos litigantes à Corte, por força de inúmeras decisões dos tribunais passa a servir como instrumento para se denegar a justiça com menos trabalho para os juízes”. RICCI, Gian Franco. Prove penali e processo civile. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, 1947, p. 1.732-1.733.

Os conceitos “outras portas” e “portas de saída” são utilizados como meios de resolução de conflitos prestados por um terceiro. Conforme sustenta Nicoló Trocker, a conciliação jamais será imposta como as decisões da justiça privada ou estatal. Quando examinarmos a arbitragem no Brasil, procuraremos demostrar que essas figuras não se confundem:

> [...] la obbligatorietà é imposta per il ricorso al l’aarbitrato che, a differenza della conciliazione – la quale si presenta come un <filtro> per l´acesso alle o lo svolgimento delle forme di giustizia ordinaria – è strumento <alternativo> di composizione della lite in senso pieno e si pone in diretta concorrenza con il processo giudiziale[113].

Ao reexaminarmos a história da humanidade, compreendemos a necessidade de o Estado devolver a resolução do conflito aos interessados, que, junto aos membros da comunidade na qual o conflito implodiu, assumem ser os melhores senhores do destino de suas pretensões.

António Hespanha, ao estudar a lei e a justiça sob a perspectiva histórica, aponta a incidência de um centralismo legislativo – expressão cunhada por J. Griffith – decorrente do “uso do legalismo”, como peça incapaz de se substituir ao “direito visto através de origem privada”[114].

Antes de tudo, o acesso à justiça vem do cumprimento espontâneo da norma. O povo se respeita e mantém o seu sistema com o simples cumprimento da lei. Assim, conforme explica o autor, “o direito espontâneo” (*indigenous law*), ou a ordem espontânea (*indigenous orderings*), se traduz num importante instrumento de acesso à justiça. Até porque os

> homens não fazem apenas (nem principalmente) a experiência da justiça (ou da injustiça) quando recorrem às instituições patrocinadas pelo Estado; justiça ou injustiça encontram-se igualmente ao nível das instituições primárias onde se exerce a sua actividade; em casa, no local em que vivem, onde trabalham, no meio de negócios, e nos organismos particulares de controlo que esses meios podem ter[115].

---

[113] Tradução livre: “a obrigatoriedade é imposta pelo recurso à arbitragem que, ao contrário da conciliação – a qual se apresenta como um <filtro> para acesso às ou o desenvolvimento das formas de justiça comum – é um instrumento <alternativo> para a resolução do litígio em sua plenitude e compete diretamente com o processo judicial”. TROCKER, Nicoló. Dalla tutela giurisdizionale differenziata ala differenziazione dell oferta di giustizia obiettivi e limiti degli strumenti alternativi di composizione dele liti. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, 1947, p. 1.743.

[114] HESPANHA, António. **Justiça e litigiosidade**: história e prospectiva. Lisboa: Fundação Calauste Gulbenkian, 1993, p. 29.

[115] HESPANHA, António. **Justiça e litigiosidade**: história e prospectiva. Lisboa: Fundação Calauste Gulbenkian, 1993, p. 77-78.

Segundo António Hespanha, o cumprimento do direito espontâneo, conceito oriundo da cultura indígena americana, ganha força quando há coesão do grupo social, já que todos estão inseridos na mesma atmosfera cultural. Neste ponto, a sociedade americana fundada e alicerçada nos grupos sociais com o seu sistema jurídico modulado pela cultura de todos esses grupos é lembrada como exemplo a ser observado, ou melhor, respeitado pelo Estado: “Por direito não entendo o sentimento difuso, que se pode ter aqui ou ali, da justiça, mas os modelos concretos de comportamento social que se impõem numa variedade de contextos sociais na sociedade americana”[116].

O autor encerra sustentando que esse modelo de comportamento social se impõe dos contextos sociais da vida: “universidades, associações desportivas, locais de habitação, hospitais, etc. [...] O centralismo jurídico fez-nos perder consciência de toda a importância que tem este “direito espontâneo”[117].

O centralismo jurídico, em determinadas oportunidades, acabou levando as partes a dialogarem às sombras, à margem do Estado. Ora buscando o modo mais eficiente de solucionar o conflito, ora buscando solucionar o que o Estado proibia ao permitir que a sua regulamentação viesse a colidir com valores fundamentais e irrenunciáveis do indivíduo. Por exemplo, o Estado não permitia o divórcio no Brasil[118].

António Hespanha destaca a importância dos tribunais em otimizarem suas tarefas, ou melhor, de exercerem com mais eficiência parcela da sua jurisdição”, “até porque os homens colocam difíceis problemas para instalar um tribunal que esteja em plena harmonia com os desejos da comunidade”. O jurista cita a experiência das Comissões Sociais de Conciliação na Polônia (C.S.S), como “exemplo sedutor de um tribunal que emana de um grupo social, ao qual recorrem os membros desse grupo, que não usa da coacção e que decide em conformidade com os valores reconhecidos por esse grupo”. Este modelo de “autogestão da justiça” poderia ser designado pelo nome de justiça privada, o que, na maior parte da história da civilização, foi exercida por terceiros que possuíam a confiança das partes, ou de pessoas da comunidade,

---

[116] HESPANHA, António. **Justiça e litigiosidade**: história e prospectiva. Lisboa: Fundação Calauste Gulbenkian, 1993, p. 78.
[117] HESPANHA, António. **Justiça e litigiosidade**: história e prospectiva. Lisboa: Fundação Calauste Gulbenkian, 1993, p. 78.
[118] Até porque, a legislação do Estado não pode se chocar com os direitos inalienáveis do homem, segundo o Contrato Social. Para Jean-Jacques Rousseu, esses direitos são irrenunciáveis pelo homem.

conhecidas como árbitros[119].

A anomalia que gera efeitos mais deletérios para o sistema jurídico na absorção da justiça privada pelo Estado é o possível e provável desconhecimento do juiz acerca da cultura e da vida dos litigantes. Novamente, António Hespanha nos auxilia a exposição:

> Um bom ponto de partida para esse estudo poderia ser o de analisar como é que os juízes se comportam em relação aos esforços de conciliação tentados pelos adversários perante eles quando tiver sido iniciado um processo. A preocupação do autor se encaixa muito bem nesta parte do texto: estudar os diferentes domínios que comporta o direito espontâneo leva a perguntar qual irá ser o seu respeito e reacção dos tribunais estaduais[120] [121].

O retorno da justiça privada para seus confins, suas origens, é chamado privatização do processo. As partes retornam à condição de senhores do destino das suas pretensões. Assim, considerando a impossibilidade de o Estado solucionar todos os conflitos para os quais é chamado, como também pela inviabilidade cultural de o juiz estatal, ao desconhecer os personagens envolvidos, suas histórias e seus valores, julgar o caso em observância aos princípios sociais, empresariais e culturais das partes envolvidas. Para António Hespanha, "vivemos num mundo em que uma corrente

---

[119] HESPANHA, António. **Justiça e litigiosidade**: história e prospectiva. Lisboa: Fundação Calauste Gulbenkian, 1993, p. 78; 85; 87.

[120] "Estudar os diferentes domínios que comporta o direito espontâneo leva a perguntar qual irá ser a seu respeito a reação dos tribunais estaduais. Como é que estes (e os outros organismos públicos) exercem a sua fiscalização e como é que impõem o respeito de certos princípios àqueles que concluem acordos ou que estabelecem regras nas várias comunidades? Um bom ponto de partida para esse estudo poderia ser o de analisar como é que os juízes se comportam em relação aos esforços de conciliação tentados pelos adversários perante eles quando tiver sido iniciado um processo". HESPANHA, António. **Justiça e litigiosidade**: história e prospectiva. Lisboa: Fundação Calauste Gulbenkian, 1993, p. 93.

[121] António Hespanha, ao examinar as instituições senhoriais da Catalunha entre 1751 a 1808, apresenta excelentes exemplos de fatos culturais e sociais, todos ultrapassados, que eram os objetos litigiosos frequentes à época: "Apesar de o número de senhores jurisdicionais laicos ser superior ao dos senhorios jurisdicionais eclesiásticos, estes últimos são mais afectados pelos conflitos do que os primeiros: [...] Na documentação não se encontram muitas informações sobre as motivações concretas dos conflitos; nos poucos casos em que estas se encontram, o leque de causas que aparecem também é amplo. Umas vezes, é o intento dos senhores de perceberem de forma mais favorável certos direitos (por exemplo, o dízimo ou alguma prestação) ou auto-outorgar-se novos direitos (como a nomeação dos cargos da comunidade ou competências inovadoras dos procuradores jurisdicionais); outras vezes, são os próprios vizinhos que se negam a pagar ou a aceitar velhos direitos que, se as informações estão certas, tinham estado vigentes há muitas gerações". HESPANHA, António. **Justiça e litigiosidade**: história e prospectiva. Lisboa: Fundação Calauste Gulbenkian, 1993, p. 277-280. O professor português também examina os crimes contra a ordem religiosa, contra a ordem moral, contra a ordem política, os chamados crimes a lesa majestade, os crimes contra a ordem pública, os crimes contra as pessoas, o crime contra a verdade e contra o patrimônio, a fim de demonstrar a cultura da sociedade regendo o sistema jurídico de um povo. HESPANHA, António. **Justiça e litigiosidade**: história e prospectiva. Lisboa: Fundação Calauste Gulbenkian, 1993, p. 335-358.

centrífuga afasta dos tribunais as partes”[122].

O distanciamento das partes da Corte estatal decorre do cumprimento espontâneo do direito, como ocorre no *common law* com mais frequência que nos países da *civil law*. O cumprimento e a observância deste direito são melhor exercidos na medida em que a regra de conduta estiver em consonância com as peculiaridades do caso, com a realidade daquela comunidade e das partes envolvidas. Este ambiente, com esta atmosfera, propicia maior segurança jurídica, uma vez que todos são tratados de forma isonômica e previsível, levando as partes a preferirem manter distância dos tribunais estatais.

José Carlos Barbosa Moreira, em seu artigo *Privatização do processo*, esclarece que a expressão é utilizada com mais frequência em países estrangeiros, como um meio alternativo de resolução de conflito – *Alternative Dispute Resolution* (ADR). O exercício de atividades públicas pela sociedade, como ocorre por meio da resolução de conflito a cargo dos interessados, é usual no direito do *common law*; “Não é à toa que se fala, nos Estados Unidos, de *Private Attorney General* para designar o particular que toma a iniciativa de propor ação destinada a proteger direito ou interesse supra-individual”[123].

Em seu artigo, o professor da Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ), apesar de reconhecer que as regras do § 1º do art. 327, do Código Penal, e as dos arts. 437 e 438 da mesma lei se aplicam tanto aos árbitros quanto aos funcionários públicos, já que os primeiros são equiparados aos funcionários públicos para fins penais (Lei n. 9.307, art. 17), sustenta a impossibilidade de se privatizar a relação jurídica processual: “seria totalmente impróprio, no entanto, cogitar ao propósito de privatização da Justiça estatal, que continua a ser o que é”. O autor, inclusive, aponta “o perigo de que espíritos desprevenidos ou mal-intencionados tomem o mote ao pé da letra e, ao embalo de ondas ideológicas hoje em alta, se ponham a contrabandear para o território da Justiça propostas econômicas da chamada modernidade”. Até porque, prossegue: “o litígio será talvez privado, mas daí não se segue que seja igualmente privado o processo a ele relativo. Tenho consciência de estar proclamando obviedade, digna do Conselheiro Acácio: o óbvio, entretanto, é às vezes a coisa mais difícil de enxergar com nitidez”.

---

[122] HESPANHA, António. **Justiça e litigiosidade**: história e prospectiva. Lisboa: Fundação Calauste Gulbenkian, 1993, p. 335.

[123] MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de Direito Processual**. Privatização do processo (sétima série). Rio de Janeiro: Forense, 1998,

Encerrando suas críticas, talvez o ponto alto dos seus artigos, com humor elegante, o articulista compara a privatização do processo e da relação jurídica a “invenções do demônio, ao lado das assembleias de condomínio, dos formulários de declaração de renda (melhor: dos formulários em geral) e da maioria dos programas de televisão” e, encerra seus artigos demonstrando preocupação: “Os julgamentos de hoje serão realizados num oferecimento de Coca-Cola”[124].

A fim de nos aventurarmos divergir do mestre neste capítulo, agora, apenas lançamos o repto: se a resolução do conflito era de competência do particular, no âmbito da justiça privada e, se o Estado passou a tornar pública essa justiça por meio do processo de estatização, assumindo o monopólio da jurisdição, agora, que o Estado resolve devolver aos particulares a sua justiça privada, não seria mais apropriado falar em desestatização à privatização? E, em que moldes, ocorrerá essa devolução? Como será implementada a desestatização da justiça?

Examinando o fenômeno sob outro prisma, com a estatização da justiça privada, os Estados assumem o exercício de função pública: resolver o conflito entre as partes. Os tribunais são chamados a intervir, substituindo a vontade dos litigantes, e fiscalizando a administração de interesses particulares.

Como informa António Hespanha, “no primeiro caso são estabelecidos processos formalistas (audiências prévias, disposições que garantem a lealdade das discussões, possibilidade de recurso); estes processos desaparecem no segundo caso, em que se tem em vista a rapidez”. Lança-se outro desafio: com a desestatização e a privatização do meio de resolução do conflito, o que faremos com a ciência processual, à luz do escopo científico do processo, objetivando que o meio de resolução passe a marcar a hora do nascimento e não da morte? Jogaremos ao vento conceitos como a relação jurídica processual?[125]

---

[124] MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de Direito Processual**. Privatização do processo (sétima série). Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 10.

[125] António Hespanha destaca o atuar dos tribunais americanos: “Estudar os diferentes domínios que comporta o direito espontâneo leva a perguntar qual irá ser a seu respeito a reação dos tribunais estaduais. Como é que estes (e os outros organismos públicos) exercem a sua fiscalização e como é que impõem o respeito de certos princípios àqueles que concluem acordos ou que estabelecem regras nas várias comunidades? Um bom ponto de partida para esse estudo poderia ser o de analisar como é que os juízes se comportam em relação aos esforços de conciliação tentados pelos adversários perante eles quando tiver sido iniciado um processo”. HESPANHA, António. **Justiça e litigiosidade**: história e prospectiva. Lisboa: Fundação Calauste Gulbenkian, 1993, p. 93-94.

Francesca Tizi, em seu denso trabalho acerca da imparcialidade do árbitro, destaca a arbitragem como fenômeno jurisdicional e sublinha a diferença entre a justiça estatal e a justiça privada como um "dialogo tra coloro che non si capiscono"[126]. Em seu trabalho apresentado à Faculdade de Perugia, aponta o poder jurisdicional como atributo do Estado. Consequentemente, o Estado se desincumbe desta função através do exercício da jurisdição, ou através da delegação desta função. Nada mais elementar e lógico[127].

A desestatização da justiça privada nos países da *civil law*, nos quais tivemos a ruptura das estruturas sociais com a tomada pelo Estado do protagonismo das relações

---

[126] Tradução livre: "diálogo entre aqueles que não se compreendem".

[127] "In particolare, da quanto sin qui indicato ci è data constatare che coloro i quali, seppur in modi assolutamente differenti, riconducono l'attività dell'arbitro rituale ad attività di carattere negoziale/privatistico lo fanno essenzialmente sul pressuposto che l'esercizio dello jus dicere costituisca un atributo próprio dello Stato non esercitabile se non dagli organi appartenenti al suo apparto, dotati d' imperium ed autorità. Lo Stato, in altre parole, viene visto como l'único detenore del potere di rendere giustizia nel caso concreto, com la conseguenza, celata e tra le righe, ma effettiva, di qualificarela funzione in relazione alle qualità soggettive o meglio agli organi che la esercitano. Tuttavia, esprimendo fin d'ora considerazioni che verrano trattate piú ampiamente nei seguenti paragrafi, si ritiene ingiusto ed incompleto giungere ad uma qualificazione della funzione in base ai soggetti che la esercitano, i quali, nell'esercizio della, funzione loro delegata, giammai manifestano uma própria volontà, limitandosi, piuttosto, all'adempimento dell' attività chegli viene conferita. La funzione è, invero come meglio di segurito indicato, um prius nel senso che deve essere individuata, astraendo totalmente dal soggetto delegato al suo esercizio ed analizzando solamente l'attività efetivamente svolta". TIZI, Francesca. **L'imparzialità dell'arbitro e del tribunale arbitrale**. Santarcangelo di Romana: Maggioli Editore, 2015, p. 34. A autora também cita precedente da Corte Constitucional Italiana que reconheceu o exercício da função jurisdicional pelos árbitros: "Nella stessa sentenza n.376/2001 la Corte Costituzionale richiama alcuni suoi precedenti relativi all' individuazione dei soggetti legittimati all'incidente di costituzionalità e, in quanto tali, svolgenti attività giurisdizionale in senso materiale. In particolare, la Corte afferma che, per aversi giudizio a quo, è suficiente che sussista esercizio «di funzioni giudicanti per l'obbiettiva applicazione della legge» da parte di soggetti che, pur estranhei all'organizzazione della giurusdizione, si trovino in posizione super partes (Cfr.: Corte cost., 5 novembre 1996, n.387, in Giust. Civ., 1997, I 595; Corte Cost., 18 novembre 1976, n.226, in Giust Cost., 1976, I, 1985; Corte Cost., 2 luglio 1966, n.83, in Giust. Civ., 1966, III, 214)". Tradução livre: "Particularmente, constata-se a partir do exposto que, embora em modos absolutamente distintos, aqueles que reduzem a atividade do árbitro a uma atividade de caráter de conciliação/privado, assim o fazem com base no pressuposto de que a prática do *jus dicere* constitui um atributo típico do Estado exercido apenas pelos órgãos a ele pertencentes, dotados de *imperium* e autoridade. Dito de outro modo, é o Estado o único detentor do poder de fazer justiça no caso específico, resultando, de forma velada e nas entrelinhas, porém efetiva, na qualificação da função em relação às qualidades subjetivas ou, mais especificamente, aos órgãos responsáveis pelo seu exercício. No entanto, expressando desde já considerações a serem tratadas mais amplamente nos parágrafos seguintes, é injusto e incompleto chegar a uma qualificação da função com base nos indivíduos que a praticam, os quais, no exercício da função a eles delegada, jamais manifestam sua própria vontade, limitando-se, preferencialmente, ao cumprimento da atividade atribuída. De fato, como melhor explicado posteriormente, a função é um *prius* no sentido em que deve ser identificada, sendo abstraída totalmente do indivíduo cuja execução foi delegada e analisada apenas a atividade efetivamente desempenhada". A autora também cita precedente da Corte Constitucional Italiana que reconheceu o exercício da função jurisdicional pelos árbitros: "Ainda na sentença n. 376/2001, o Tribunal Constitucional faz referência a precedentes relativos à identificação de pessoas elegíveis à constitucionalidade e, como tal, à atividade jurisdicional no sentido material. Em especial, a Corte afirma que, para uma causa principal basta haver o exercício "do ato de julgar para a aplicação objetiva da lei" por sujeitos que, embora estranhos à organização da jurisdição, estão em uma posição imparcial (Cf.: Corte Const., 5 de novembro de 1996, n. 3 87, em Direito Civil, 1997, I 595; Corte Const., 18 de novembro de 1976, n. 226, em Dirieito Const., 1976, I, 1985; Corte Const., 2 de julho de 1966, n. 83, em Direito Civil, 1966, III, 214)". TIZI, Francesca. **L'imparzialità dell'arbitro e del tribunale arbitrale**. Santarcangelo di Romana: Maggioli Editore, 2015, p. 52.

sociais e, consequentemente, a assunção da relação jurídica processual, é assunto complexo. Não é fácil evitar as fissuras dos tribunais com o exercício de suas competências concorrentes, quando se apresentam como portas de um mesmo sistema. Cabe ao consumidor optar pela abertura de uma delas. Não havendo diálogo entre as Cortes, o corpo jurídico, possivelmente, cairá doente.

Já nos EUA e na Inglaterra, a questão perde complexidade, conforme sustenta Edward Brunet: "they are two different policies that individually support arbitration: party autonomy and privatization are unique but related"[128]. Segundo outra forma de enxergar o fenômeno, como os dois países que modelam o sistema do *common law* ora citados tiveram a oportunidade de desenhar o seu sistema jurídico de acordo com a sua história, sem transferir a justiça privada para o Estado, o movimento de desestatização e as consequentes fissuras entre os tribunais perdem força, elas deixam de existir. Até porque "private adjudicatory system, it would not be possible to imagine the aplicability of public legal rights or resource to courts following private awards"[129]. Esta ideologia dos juízes, forte na autonomia do indivíduo em estabelecer acordos em seus grupos sociais, a autogestão, é um fato cultural no sistema do *common law*, que alimenta diretamente a autonomia da arbitragem frente às Cortes estatais, como uma metodologia de trabalho dos operadores daquele sistema jurídico[130] [131].

---

[128] Tradução livre: "são duas políticas diferentes que apoiam individualmente a arbitragem: a autonomia das partes e a privatização são singulares, mas relacionadas".

[129] Tradução livre: "[...] sistema adjudicatório privado, não seria possível imaginar a aplicabilidade de direitos ou recursos legais públicos ao judiciário decorrentes de adjudicações privadas".

[130] BRUNET, Edward; SPEIDEL, Richard E; STERNLIGHT, Jean R.; WARE, Stephen J. **Arbitration law in America** – a critical assessment. Cambridge University Press, 2006, p. 11-25.

[131] CAPPELLETTI, Mauro. **Proceso, ideologias, sociedad**. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1974. O autor sustenta que o processo tem uma dimensão ideológica, o que passa a ser impensável para os valores incrustados pela sociedade americana ou inglesa em seu procedimento de resolução de conflito, ou seja, a arbitragem aponta que uma das causas da crise do sistema jurídico do Antigo Regime foi a competência concorrente de inúmeros tribunais: "Tal era pues, vista de escorzo, la situación todavia prevaleciente em el continente europeo em vísperas de la Revolución francesa, situación que, si em ciertos aspectos había ido mejorando aqui y allá, se había tornado ulteriormente más pesada em otros aspectos tales como: a) la multiplicidade de las jurisdicciones – reales, feudales, eclesiásticas, etc. – basada em privilégios y las estructuras desigualitarias típicas de la sociedade del ancien régime; b) el carácter patrimonial y venal de la administratción de la justicia, la cual, especialmente em Francia, no era um servicio público em el sentido moderno del término, sino más bien um derecho de propiedad de cada juez, que había heredado o comprado el oficio judicial y para ejercerlo se hacía pagar por las partes". CAPPELLETTI, Mauro. **Proceso, ideologias, sociedad**. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1974, p. 39. Tradução livre: "Tal era, pois, de forma reduzida, a situação que ainda prevalecia no continente europeu às vésperas da Revolução Francesa, situação que, se em certos aspectos havia melhorado aqui e ali, se havia tornado ulteriormente mais pesada em outros aspectos, tais como: a) a multiplicidade das jurisdições – reais, feudais, eclesiásticas etc. – baseada em privilégios e nas estruturas desiguais típicas da sociedade do *ancien régime;* b) o caráter patrimonial e venal da administração da justiça, a qual, especialmente na França, não era um serviço público no sentido moderno do termo, senão um direito de propriedade de cada juiz, que havia herdado ou comprado o ofício

A autogestão do processo, naturalmente, privada, ao não dimensionar o conflito, especialmente aos membros da própria comunidade, pode facilitar a resolução do problema, já que o fará sem os influxos da opinião pública. As partes e um membro, ou alguns membros da comunidade, se reúnem e, a portas fechadas, eventualmente com a participação de terceiros, os então auxiliares da justiça, em um trabalho de cooperação, elucidarão os fatos ao árbitro, permitindo desta forma que a resolução do conflito parta dessa verdade. O sigilo, a privacidade, o secreto tornam-se mais um benefício para o sistema do *common law*[132].

judicial e, para exercer este oficio, era remunerado pelas partes." Em seguida, o professor italiano aponta as inúmeras inovações do Código de Napoleão em consonância com os princípios da revolução: "El desmantelamento de semejante sistema fue iniciado, pero no concluído, por la Revolución francesa. Después de 1789, fueron prohibidas la sucesión hereditariay la venta de los ofícios judiciales. La loi del 16-24 de agosto de 1790 abolió las jurisdiciones privilegiadas, por cuanto estaban em pugna com la idea revolucionaria de la égalité em el nuevo Estado burguês. La misma loi proclamo el carácter gratuito dela función judicial ("gratuité de la justice"), siendo los nuevos jueces remunerados por el Estado y no por las partes. Laloi del 7 de Fructidor del año III (1795) abolió además el secreto en la Asunción de la prueba testifical ("príncipe du secret de l'enquête"), disponiendo que por el contrario los testigos debían ser escuchados por el órgano juzgador em audiência pública y em presencia de las partes. Em fin, el sistema de la prueba legal fue atacado radicalmente, com la afirmación em su lugar de la nueva Concepción de la libre apreciación de las pruebas por parte del juez, aunque es menester añadir prestamente que muchos restos arcaicos del viejo sistema cobrevivieron al huracán renovador". CAPPELLETTI, Mauro. **Proceso, ideologias, sociedad**. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1974, p. 40. Tradução livre: "O desmantelamento de semelhante sistema foi iniciado, mas não concluído, pela Revolução Francesa. Depois de 1789, foram proibidas a sucessão hereditária e a venda dos ofícios judiciais. A lei de 16-24 de agosto de 1790 aboliu as jurisdições privilegiadas, uma vez que estavam em conflito com a ideia revolucionária da *égalité* no novo Estado burguês. A mesma lei proclamou o caráter gratuito da função judicial (*gratuité de la justice*), sendo os novos juízes remunerados pelo Estado e não mais pelas partes. A lei de 5 de Frutidor do ano III (1795) aboliu, ademais, o segredo na Assunção da prova testemunhal (*príncipe du secret de l'enquête*), dispondo que, ao contrário, as testemunhas deveriam ser ouvidas pelo órgão julgador em audiência pública e em presença das partes. Enfim, o sistema de prova legal foi radicalmente atacado, com a afirmação em seu lugar da nova concepção da livre apreciação das provas por parte do juiz, embora seja necessário acrescentar rapidamente que muitos restos arcaicos do velho sistema sobreviveram ao furacão renovador".

[132] A influência da opinião pública, naturalmente do grupo do qual integra o magistrado, atua em todas as áreas do Estado. Examinando a vida de Napoleão, é interessante observar que a opinião pública, em 1815, foi usada como um dos instrumentos políticos desse brilhante homem, permitindo-lhe "se coroar" Imperador com mais de três milhões e meio de votos: "Medir ou mesmo definir 'opinião pública' nessa época é difícil. As fontes que tratam de maneira um pouco mais direta dos sentimentos e pensamentos de uma população em grande parte analfabeta de 30 milhões de pessoas não são amplas nem confiáveis. Prefeitos de departamento sucederam-se nas declarações de que sua região estava "encantada" com a ideia de transformar Bonaparte em imperador, mas não temos como saber se dizia a verdade, se tentava agradar seus superiores (talvez uma coisa e outra), ou se o consenso em questão não era algo escorregadio, efêmero, fomentado pelo *fonctionnaire* para a ocasião. Resta aos historiadores, portanto, especular sobre a opinião nacional com base nos resultados verificados e nas muitas referências feitas à opinião nacional com base nos resultados e nas muitas referências feitas à opinião pública nas fontes mais "sérias". Nesse caso, parece que realmente houve em toda França uma onda persistente e generalizada de apoio ao que estava sendo proclamado na legislatura, nos ministérios, nos quartéis-generais do exército, nas prefeituras de departamento, nos jornais e em toda parte. Parece que havia uma preocupação genuína com a "segurança" do primeiro-cônsul e com sua glória – e, através dele, com as da França – juntamente com a ira ante os ataques que haviam sido feitos a ele (e, portanto, à "República" ou à "França") por inimigos jurados do país e da Revolução. Sem dúvida, as questões do Império e da hereditariedade suscitaram certa ambivalência, mas o que predominou na mente popular foram sentimentos fortemente positivos por Napoleão Bonaparte e a preocupação com sua segurança, felicidade e glória". ENGLUND, Steven. **Napoleão** – uma biografia política. São Paulo: Zahar, 2005, p. 263.

Um bom exemplo de que a opinião pública, ao influenciar a decisão do tribunal, afetará o meio de resolução de conflito, fazendo com que a prestação jurisdicional possa ajudar a desestabilizar um Estado já enfraquecido, é fornecido por José Carlos Barbosa Moreira. Por força da derrota da Alemanha na Primeira Grande Guerra, o país viu-se assolado pela inflação,

> tão violenta foi a depreciação monetária, que um dólar chegou a valer 4 milhões de marcos! Liberava-se uma hipoteca entregando quantidade de papel-moeda insuficiente para comprar um pedaço de pão. Esse quadro econômico, somado aos influxos sociais levaram o "Tribunal do Império (*Reichsgericht*)" a reajustar – corrigir, dir-se-ia em tempos mais recentes – uma dívida hipotecária, depois outra, e mais outra, revolucionando, por assim dizer, a história jurídico-monetária do país[133].

O desequilíbrio da economia de um país acabou levando os magistrados a atenderem a opinião pública, através de decisões, acertadas ou não, que impulsionaram o nazismo, contribuindo para levar o mundo à Segunda Guerra Mundial[134].

Agora, caminhando para a conclusão do capítulo, podemos concordar com Humberto Theodoro Júnior, quando afirma que o sistema jurídico anglo-saxônico seria melhor porque produz maior segurança jurídica e, assim, igualdade entre seus súditos, ora jurisdicionados.[135]

O sistema da *civil law*, forte na ideologia burguesa com o cerceamento de liberdade do juiz, "contribui para a formação de um sistema indiferente à importância do precedente. Como o juiz sequer poderia interpretar a lei, eles acabam se sentido menos responsáveis pelas suas decisões", conforme destaca Fabíola Haselof. Até porque, essa decisão era fruto de uma solução predisposta pelo legislador, e o trabalho do julgador foi explicitar o seu raciocínio lógico por meio da fundamentação da decisão à luz de uma

---

[133] MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de Direito Processual**. Privatização do processo (sétima série). Rio de Janeiro: Forense, 1998.

[134] José Carlos Barbosa Moreira conclui seu raciocínio: "Fossem quais fossem as objeções técnicas cabíveis, deu-se solução a gravíssimo problema social e ético, que afligia toda a nação, a partir de simples contenda entre um devedor e um credor – hoje, para nós, anônimos". MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de Direito Processual**. Privatização do processo (sétima série). Rio de Janeiro: Forense, 1998.

[135] Quando analisamos os sistemas jurídico de forma isoloda, não podemos deixar de apontar que nos últimos anos, cada vez mais os sistemas passam a ter similitudes, passando a ocorrer uma maior aproximação entre eles. Como exemplo, poder-se-ia apontar o Código de Processo Civil inglês – *Civil Procedure Rules* ou o sistema de precedentes encampado pelo nosso Código de Processo Civil.

operação praticamente matemática. Essa suposta segurança jurídica gerava outra difusão para o corpo jurídico. Como não é possível ao legislador estipular todas as variantes imagináveis, tampouco inimagináveis, ao regular a atividade humana, a aplicação mecânica da lei causava anomalias, pois tratava casos diferentes com a mesma solução jurídica[136].

O sistema do *common law*, alicerçado na observância do costume e do direito local daquele povo, já que a autonomia da vontade das partes é o ponto cardeal do sistema (e esse dogma não sofreu cortes e rupturas no curso da história da Inglaterra), parece ser o modelo ideal de justiça. A observância das peculiaridades do caso concreto por pessoas da própria região e, assim, já havendo uma relação mínima de aproximação, permite a elaboração de uma decisão mais adequada porque personalizada e customizada para os litigantes. A distribuição de justiça, costurada para aquele caso, ao tratar os desiguais na exata medida de suas desigualdades, passa a trazer maior segurança jurídica às partes envolvidas[137].

Quando se fala em modelo ideal de justiça, é necessário revisitar o direito natural e o direito romano, ambos modelos jurídicos dualistas[138]. O direito privado romano da Antiguidade já previa a figura do Estado diretamente no procedimento de resolução de

---

136 "O ideário da Revolução Francesa (de que a segurança jurídica seria alcançada mediante o cerceamento de liberdade do Juiz e sua submissão ao Parlamento) contribuiu para a formação de um sistema indiferente à importância dos precedentes. Na utopia revolucionária que talhou o juiz do *civil law* não se concebia a possibilidade de ele interpretar a lei. Portanto, a previsão genérica e abstrata era bastante e nela seria encontrada a solução para todas as situações, à semelhança do que ocorre numa operação matemática [...] E nesse ponto reside o que se mostrou o ponto mais vulnerável e que provoca o que vem sendo considerada a crise do *civil law*. Especialmente a partir da superação do positivismo, ficou mais evidenciado que o mesmo fato, subsumido à mesma lei, pode chegar com mais frequência a resultados diferentes, e assim de fato ocorre nos juízos e tribunais do *civil law*, já que tal tradição assenta na lei a garantia da segurança jurídica. Ficou mais evidente a distinção entre igualdade formal, assegurada na lei, ou seja, a norma jurídica, e que decisões judiciais discrepantes para casos que contenham semelhança no seu núcleo essencial se contrapõem à ideia de segurança jurídica". HASELOF, Fabíola Utzig. **Jurisdições mistas** – um novo conceito de jurisdição. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 55-58.

137 "E nesse ponto reside o que se mostrou mais vulnerável, que provoca o que vem sendo considerada a crise do *civil law*. Especialmente a partir da superação do positivismo, ficou mais evidenciado que o mesmo fato, subsumido à mesma lei, pode chegar com mais frequência a resultados diferentes, e assim de fato ocorre nos juízos e tribunais do *civil law*, já que tal tradição assenta na lei a garantia da segurança jurídica. Ficou mais evidente a distinção entre igualdade formal, assegurada na lei, ou seja, a norma jurídica, e que decisões judiciais discrepantes para casos que contenham semelhança no seu núcleo essencial se contrapõem à ideia de segurança jurídica". HASELOF, Fabíola Utzig. **Jurisdições mistas** – um novo conceito de jurisdição. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 58.

138 Rogério Lauria Tucci aponta que o direito penal primitivo romano já diferenciava entre o público e o privado: "Em suma, e como, em parte, sugere GROSSO, o Direito Penal primitivo mostra, de um lado, radical e absorvente ação dos elementos religiosos e sacros, e de outro, com a projeção do respectivo desembaraço, o delinear-se, apenas, da distinção entre o público e o privado, fundamental, em Direito Romano, para estabelecer-se a diferença entre delitos privados e crimes públicos". TUCCI, Rogério Lauria. **Lineamentos do processo penal romano**. São Paulo: Edusp, 1976, p. 16.

conflito. Como sustenta Max Kaser, o processo cognitório

> desenvolve-se desde Augusto como um processo Imperial, que o príncipe introduz no âmbito da sua autonomia. Essencial neste processo é que a fase da prova e da sentença não se confia a um juiz privado, mas TODO o processo até a sentença é conduzido por juízes funcionários[139].

Francesco de Martino, ao examinar a jurisdição no direito romano, aponta que a unidade do Império sustentou e fomentou o poder jurisdicional romano. Por outro lado, explica que apesar da presença dos Estados nas relações privadas, a sombra não se fazia presente na justiça privada; "il processolotta si sia transformato in arbitrato, cui si rimettevano les gentes o le familiae, o addiritturai membri di una medesima gens"[140]. A história também aponta que o Estado romano, tão poderoso naquele quadrante da história, só chegou ali porque respeitou os direitos de seus povos, trabalhando com um sistema jurídico dual, respeitando assim, a vontade das partes, dos seus povos[141].

Caio Mário da Silva Pereira, ao investigar a unificação do direto privado em Roma, relembra que o direito romano era dividido em razão da história de seus povos e, assim, "o direito da cidade, destinado a reger a vida dos cidadãos independentes e, rigorosamente, correspondia a direito quiritário, *ius quiritium*". Partindo desta premissa, "qualquer povo tinha o seu direito civil [...] abrangendo de todo o direito vigente, mesmo

---

[139] Max Kaser conclui: "O PROCESSO COGNITÓRIO (a '*cognitio* burocrática') desenvolve-se desde Augusto como um processo IMPERIAL, que o príncipe introduz no âmbito da sua autonomia. Essencial neste processo é que a fase da prova e a sentença não se confiam a um juiz privado, mas TODO o processo até à sentença é conduzido por juízes FUNCIONÁRIOS. A BIPARTIÇÃO nas fases *in iure* e *apud iudicem* é, em princípio, ALHEIA à cognição. Todos os juízes do processo cognitório (direta ou indirectamente) são DELEGADOS do Imperador". KASER, Max. **Direito privado romano**. Portugal: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999, p. 465.

[140] Tradução livre: "o processo de luta tenha se transformado em arbitragem, ao qual se reportavam *les gentes* ou *le familiae*, ou mesmo os membros de um *gens*".

[141] "Questa tesi merita la mostra attenzione. Movendo dall'idea dell'unità dell'imperium, Leifer há sostenuto che anche dopo l'istituzione della pretura giurisdizionale, i consoli mantennero latente la iurisdictio. Ma l'eminente romanista era costretto a riconoscere che non vi. Sono esempi di concrete manifestazioni di questo latente imperium [...] Il carattere piú eminente del processo arcaico romano, sempre piú vivo a misura che si risale nei secoli, è il carattere privato e volontario degli atti che lo costituiscono. È molto probabile quindi che nell'età pre-statuale il processo-lotta si sai trasformato in arbitrato, cui si rimettevano le gentes o le familiae, o addirittura i membri di uma medesima gens". MARTINO, Francesco de. **La giurisdizione nel diritto romano**. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1937-XV, p. 21; 35. Tradução livre: "Tal tese merece atenção. Partindo do princípio da unidade do *imperium*, Leifer sustenta que, mesmo após a constituição do juizado de primeira instância, os cônsules conservaram latente a *iurisdictio*. Mas o romanista teve que reconhecer que não há exemplos de manifestações concretas desse *imperium* latente […] O caráter distintivo do processo arcaico romano, cada vez mais presente à medida que é retomado ao longo dos séculos, é o caráter privado e voluntário dos atos que o constituem. É bem provável, assim, que no período pré-estatal o processo-luta se transformasse em arbitragem, ao qual se reportavam *les gentes* ou *le familiae*, ou mesmo os membros de um *gens*".

estranho ao direito privado, pois abraçava o direito penal, o administrativo, o judiciário etc". A política tolerante em administrar o seu império foi um dos grandes méritos de Roma. O sistema dualista permitiu a manutenção da paz entre os romanos e os povos conquistados[142]. A tolerância para se manter a ordem, respeitando as peculiaridades de cada comunidade, de cada povo conquistado[143].

A dualidade na aplicação e na interpretação da lei, quer seja por tribunais com competências territoriais concorrentes que não criem fissuras entre si, quer seja pela não ocorrência de sobreposição do direito internacional ao interno ou vice-versa, acaba permitindo a melhor distribuição de justiça.

Hans Kelsen, ao observar o direito natural em *Teoria pura do direito*, prega que a norma serviria como método de estudo do direito. A norma seria tudo para um sistema jurídico, a solucionar todas as interpretações. O positivismo jurídico "é uma teoria jurídica monista. Segundo sua doutrina, só existe um direito: o direito positivo". Por outro lado, de forma bem mais lógica, coerente e justa, já que vai ao encontro com nossos sentimentos inalienáveis de justiça, "a Teoria do direito natural é uma teoria jurídica dualista, pois, segundo ela, ao lado do direito positivo há um direito natural". Apesar de a Inglaterra ser um país monista por razões próprias, ou melhor, porque o seu sistema jurídico foi construído paulatinamente, a dualidade de seu sistema jurídico interno se aproxima do direito romano, assim como do direito natural e, consequentemente, se aproxima do

---

142 PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. v. I. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 15-16.

143 Segundo a posição dos iluministas, na Enciclopédia, assim poderíamos definir o conceito de tolerância: "A tolerância é, em geral, a virtude de todo ser frágil destinado a viver com seus semelhantes. O homem, tão grande por sua inteligência, é, ao mesmo tempo, tão limitado pelos seus erros e por suas paixões, que não seria muito inspirar-lhe essa tolerância para com os outros e esse suporte dos quais ele tem tanta necessidade para si mesmo e sem os quais só veríamos sobre a terra desordens e dissensões. De fato, foi por ter proscrito essas doces e conciliadoras virtudes que tantos séculos, de certa forma, causaram o opróbio e a infelicidade dos homens. Não esperemos que sem elas possamos restabelecer para sempre entre nós o repouso e a prosperidade". DIDEROT, Denis; D'ALEMBERT, Jean-Baptiste le Ronde. **Enciclopédia, ou dicionário razoado das ciências das artes e dos ofícios**. v. 4. São Paulo: Unesp, 2015, p. 351-352.

conceito de justiça de Kelsen[144] [145] [146].

Por fim, não se pode deixar de notar que a segurança jurídica, decorrente da estabilidade e da isonomia como características marcantes da jurisprudência do tribunal, tem origem na história da justiça privada na Inglaterra e nos EUA. Lá, o sistema multiportas, ora a porta da justiça estatal, ora a porta da justiça privada, sempre funcionou igualmente.

Ao compararmos os dois sistemas jurídicos, como se ambos pudessem ser uma grande casa, poderíamos afirmar que o sistema do *common law* sempre manteve a mesma casa, no mesmo local, realizando obras necessárias para sua manutenção, sem, contudo, a necessidade de intervir com a demolição do bem. Já no sistema da *civil law*, a depender do país em que o sistema estiver instalado, os operadores do direito já tiveram que demolir a casa não só uma vez, como em algumas oportunidades. Todavia, infelizmente, com a sua reconstrução, muitas vezes as portas de acesso não foram recolocadas nos mesmos lugares, trazendo problemas aos moradores, que acabam se confundido e, muitas vezes, perdendo o acesso ao cômodo mais efetivo, adequado e

---

144 KELSEN, Hans. **O problema da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 117.

145 Em 'Teoria pura do direito', Hans Kelsen, apesar de defender a posição monista do sistema, sublinha, como fato inafastável e natural, a convivência harmônica de dois sistemas jurídicos, o internacional e o interno: "O mesmo vale dizer das duas construções jurídicas das relações entre Direito internacional e Direito estadual. A sua oposição baseia-se na diferença de dois sistemas de referência diversos. Um está solidamente vinculado com a ordem jurídica do nosso próprio Estado, o outro com a ordem jurídica internacional. Os dois sistemas são igualmente corretos e igualmente justificados. É impossível, com base numa consideração de ciência jurídica, decidir jurídico-cientificamente por um deles. A ciência jurídica apenas pode apresentar as duas e verificar que um ou outro dos sistemas de referência tem de ser aceito quando se pretenda definir a relação entre Direito internacional e Direito estadual". KELSEN, Hans. **O problema da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 385.

146 Noberto Bobbio em 'A era dos direitos' define precisamente o que seria o direito natural, ao examinar a existência de direitos naturais absolutos e concluir pela inexistência dos mesmos: "O jusnaturalista objetará que existem direitos naturais ou morais absolutos, direitos que – enquanto tais – são direitos. É a era dos direitos também em relação a qualquer outro sistema normativo, histórico ou positivo. Mas uma afirmação desse tipo é contraditada pela variedade dos códigos naturais e morais propostos, bem como pelo próprio uso corrente da linguagem, que não permite chamar de "direitos" a maior parte das exigências ou pretensões validadas doutrinariamente, ou até mesmo apoiadas por uma forte e autorizada opinião pública, enquanto elas não forem acolhidas num ordenamento jurídico positivo. Para dar alguns exemplos: antes que as mulheres obtivessem, nas várias legislações positivas, o direito de votar, será que se podia corretamente falar de um direito natural ou moral das mulheres a votar, quando as razões pelas quais não se reconhecia esse direito sejam naturais (as mulheres não são, por natureza, independentes), sejam morais (as mulheres são muito passionais para poderem expressar sua opinião sobre uma lei que deve ser motivada racionalmente)? Será que se pode dizer que existia um direito à objeção de consciência antes que esta fosse reconhecida? Nas legislações onde ela não é reconhecida, que sentido tem afirmar que existe, apesar de tudo, um direito natural ou moral à objeção de consciência. O que se pode dizer, apenas, é que há boas razões para que essa exigência seja reconhecida. Que sentido tem afirmar que existia um direito à liberdade de abortar antes que essa aspiração das mulheres fosse acolhida e reconhecida por uma legislação civil, com razões fundadas, de resto, em argumentos históricos e sociais (e, portanto, que não têm validade absoluta), tais como o crescente número de mulheres que trabalham ou o perigo de um excesso populacional que ameaça a humanidade?" BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 9. ed. São Paulo: Campus, 1992, p. 81.

justo à satisfação de seu interesse.

1.2 O conflito e a necessidade de uma resolução – a justiça privada no Brasil – a jurisdição e a relação jurídica processual – a arbitragem no Brasil

A finalidade do direito é garantir a harmonia da vida em sociedade, mantendo-se assim a paz do grupo social, forte em valores como segurança jurídica e igualdade. A convivência em sociedade pede sacrifícios, restrições e abnegações. Estaríamos diante de um "sistema natural de contenções", constituindo um sistema de "atos de solidariedade social". Todavia, como a natureza humana "não reprime a vontade de satisfazer os seus interesses, mesmo quando eles se incompatibilizem com a convivência", "surgem determinadas regras, que ditam a conduta dos seus integrantes", com o objetivo de manter o grupo coeso no exercício da paz social. Nas palavras de Sergio Bermudes, "esse sistema de normas reguladoras da vida social é a mais prodigiosa das criações do homem. Chama-se direito, a palavra equívoca, porque utilizada em mais de um sentido. O direito é, pois, o conjunto das normas que regulam a conduta do homem na sociedade"[147].

"A organização da finalidade do Estado caracteriza-se pela extensa aplicação do direito". Rudolf Von Ihering, em *A finalidade do direito*, ao examinar o comportamento humano, destacando a dificuldade de abnegação decorrente do egoísmo do homem, infere "quatro espécies de imperativos sociais, de normas que a sociedade prescreve a

---

[147] Sergio Bermudes explica a etimologia da palavra direito, quando examina no primeiro capítulo da sua obra *Introdução ao Processo Civil*, a sociedade, o direito e o conflito: "A etimologia, ciência que trata da origem das palavras (do grego *etymon*, verdadeiro, e *logos*, estudo, tratado), para determinar-lhes o significado, contribuiu, consideravelmente, para a compreensão dos vocábulos. Dela me servirei, ao longo destas páginas, com o intuito de melhor explicar as figuras jurídicas apresentadas. É curioso que, em Roma, se designasse o fenômeno agora tratado por *jus* (de *jubere*, ordenar, dar ordem), enquanto nas línguas românicas e também nas germânicas seja ele identificado por outra palavra. Direito, visivelmente, não procede de *jus*. Tem outra formação, que merece atenção especial. De *rego*, presente do indicativo de *regere* (conduzir em linha reta, guiar), veio o adjetivo *rectus*, reto, indicando, num sentido mais moral que jurídico, o que é certo, correto, justo. No processo de autonomia das línguas germânicas, entra essa palavra substituindo o latim *jus*. Assim, direito, em alemão, é *recht*; em holandês, *regt*; *right*, em inglês. No processo de formação das línguas neolatinas, a palavra direito assume o mesmo significado, substituindo *jus*. Procede, entretanto, de *directus*, particípio de *dirigere* (colocar na direção reta), verbo formado de *regere* com prefixo *di*, ou *dis*, indicando aumento, alinhamento numa certa direção. *Directus* significa o que é colocado no sentido reto. Eis como aparece *droit*, em francês; *diritto*, em italiano; *drept*, em romeno; *derecho*, em espanhol, e, em português (língua de formação tardia, coincidente com a fundação do reino de Portugal, no século XII), direito. Pode-se dizer, portanto, que a palavra direito toma, nas línguas germânicas e românicas, durante o processo da autonomia desses idiomas, ocorrido entre os séculos V e VIII, o lugar do latim *jus*". BERMUDES, Sergio. **Introdução ao processo civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 1-5.

seus membros: a moda, o costume, a moral e o direito", que desenharia e modelaria a conduta a ser observada em sociedade pelos seus membros[148].

Poderíamos afirmar que o direito espontâneo, emergente dos "imperativos sociais", demandaria o cumprimento não só das regras do direito, como também das normas morais e dos costumes. O respeito ao outro como valor irrenunciável é a base do direito do homem em sociedade. Dentre os 10 mandamentos, seis voltaram-se ao tema[149]. O respeito, conforme destacado por Rudolf Von Ihering, é óleo lubrificante para o bom funcionamento da máquina que administra a justiça. A esse respeito, óleo lubrificante da justiça como poder constituído pelo Príncipe, é obtido por meio da não perturbação ao outro, e "se esgota na interdição do *laedere*: o convívio não deve ser perturbado", através do cumprimento do "direito espontâneo"[150].

O conflito entre os homens surge com a perda da normalidade do convívio social, com a quebra da paz social. A regra inobservada pode ser um costume, uma regra de índole moral ou um tipo então previsto pelo legislador. Sergio Bermudes apresenta três exemplos do cotidiano das relações sociais que podem ou não gerar o conflito de vontades resistidas:

> a) famintos diante de uma árvore, de colheita permitida aos passantes, José e João encontram nela um único fruto, capaz de saciar a fome de apenas um deles, e cada um quer colhê-lo somente para si; b) famintos diante de uma árvore, pertencentes a ambos os dois, José e João descobrem nela apenas dois frutos maduros, um maior e mais apetitoso, menor e menos atraente o outro, cada um deles bastante para alimentar um homem, mas ambos desejam para si o fruto mais vistoso; c) finalmente, famintos, diante de uma árvore, plantada em terreno de Pedro, da qual pende um só fruto, José e João saltam ambos a cerca, e José tenta arrebatar da mão de João, que o alcançou primeiro, o fruto por este colhido[151].

---

148 IHERING, Rudolf Von. **A finalidade do direito**. Rio: Rio, 1979, p. 22-121.

149 "5 – honra teu pai e tua mãe, a fim de que tenhas vida longa na terra que o Senhor, o teu Deus, te dá. 6 – Não matarás. 7 – Não adulterarás. 8 – Não furtarás. 9 – Não darás falso testemunho. 10 – Não cobiçarás a casa do teu próximo – Não cobiçarás a mulher do teu próximo, nem seus servos ou servas, nem seu boi ou jumento, nem coisa alguma que lhe pertença". A primeira aparição dos mandamentos na Bíblia é em Êxodo 20:1-17, em que Deus os dita diretamente a Moisés no Monte Sinai. Na segunda, em Deuteronômio 5:5-21, Moisés, depois de ter com Deus no Monte Horebe, retransmite os mandamentos aos hebreus. De acordo com a narrativa bíblica, os mandamentos foram escritos em duas tábuas de pedra pelo dedo de Deus (Ex 31:18). Mais tarde, Moisés quebra as tábuas ao ver o povo adorando o Bezerro de Ouro (Ex 32:1-19), mas um par reserva é fornecido (Ex 34:1). Em nenhuma dessas ocasiões, a expressão "dez mandamentos" é utilizada; isso ocorre apenas em outras passagens (Ex 34:28, Dt 4:13, Dt 10:4).

150 "A proteção que o costume e o direito oferecem à personalidade – respectivamente, através da imposição dos bons modos e da tutela à personalidade – se esgota na interdição do *laedere*: o convívio não deve ser perturbado. E essa perturbação ocorre, na esfera do costume, através dos atos escandalosos e, na esfera do direito, através da injúria". IHERING, Rudolf Von. **A finalidade do direito**. Rio: Rio, 1979, p. 225.

151 BERMUDES, Sergio. **Introdução ao processo civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 1-5.

Ao analisarmos os três exemplos formulados, será possível observar, nas três hipóteses, o conflito de interesses existente entre José e João. Apesar de as três situações envolverem uma disputa pelo fruto, a última hipótese potencializa e redimensiona o conflito de vontades, já que o proprietário do fruto, o dono do terreno, poderá ou não se ver envolvido, exercendo a faculdade de manifestar a sua vontade ao exercer seu direito. A segunda hipótese é a mais simples de todas, já que as duas partes são proprietárias de dois frutos, e qualquer um dos alimentos atende à fome tanto de José, como a de João. O primeiro caso, por força das suas peculiaridades (um único fruto a ser dividido entre dois homens famintos), parece não comportar acordo entre José e João. Ou o fruto ficará com um, ou ficará com outro, ou haveria a possibilidade de composição das vontades dos envolvidos? Ou os homens miseráveis poderiam dividir sua fome com um fruto, irmãmente, mordida por mordida?

Já a terceira situação, apesar de indicar maior dificuldade para sua resolução, caso o eventual conflito não se concretize, mantendo-se assim abstrato, no mundo hipotético, não haverá sobreposição de vontades. O dono do terreno pode não ter presenciado o furto ou, se estava presente, preferiu não se chatear. Assim como, com o seu insucesso na corrida ao fruto, José se desculpa a João que, ainda, lhe concede uma mordida do fruto tão disputado. Neste terceiro exemplo, com potencial abstrato de maior litigiosidade, já que Pedro e José prefeririam conter seus desejos e vontades, não há conflito de interesses ou pretensão resistida.

A necessidade de solução do conflito só emerge com a sobreposição de interesses das partes no mesmo sentido. A inércia de Pedro possibilitou que outros lhe tirassem o fruto. Destacamos que a inércia de Pedro poderia decorrer da “solidariedade social”. Pouco importa. O que importa é que não haverá conflito. Também não haverá conflito se Pedro e Paulo decidirem, respeitando um a vontade do outro, a quem caberá ficar com o fruto mais apetitoso. Um, talvez, tenha que ceder. Quem sabe, os dois frutos comportem divisão em que cada uma das partes envolvidas poderá ficar com uma metade de cada uma das frutas? Dando concretude aos exemplos formulados, salta aos olhos a possibilidade de as partes solucionarem o eventual conflito sem que a solução embasada nas normas de direito precise ser tomada por um terceiro. As partes podem resolver o conflito à luz do exercício do direito espontâneo, ou seja, autor e réu chegarão a um

acordo, quer seja através do uso de princípios naturais, dos costumes, das regras morais e jurídicas, ou até mesmo pela equidade, através de concessões mútuas – o que é o mais lógico e comum.

Quando as partes solucionam o choque de suas vontades, com ou sem a participação de um terceiro, elas não estão buscando aplicar as regras jurídicas daquela sociedade por uma terceira pessoa que, por meio da vontade dos donos do poder, se substituirá às vontades contrapostas das partes. As partes resolverão seu conflito exercendo sua vontade, mesmo que limitada e parcial. E essa solução sequer demandará o uso da coerção, já que tudo se passará à margem da participação do Estado. As partes poderão decidir as regras do jogo, as cores e a forma que preferirem para solucionar o conflito. A autonomia da vontade, alicerçada na disponibilidade do direito, torna-se o motor desta engrenagem. Contudo, considerando que a resolução do conflito se passou ao largo do Estado, as partes envolvidas não poderão cobrar do poder constituído o uso da coerção para que as regras decorrentes do acordo possam ser cumpridas e não mais discutidas, acaso sejam inadimplidas. Como o Estado não se substituiu à vontade das partes, consequentemente, ele não precisará exigir que a sua vontade soberana seja seguida e cumprida[152] [153].

Os meios de resolução de conflitos sem a participação do Estado são conhecidos como meios alternativos de resolução de conflito, justamente porque tudo ocorre fora do Estado. O conceito de alternatividade surge como uma das três ondas do acesso à justiça, como ideologia desenvolvida por Mauro Cappelletti, exatamente pela inaptidão e pela impossibilidade de a justiça estatal solver todos os conflitos da sociedade. Os países da *civil law*, ao avocarem a competência da justiça privada, como ocorreu com a Revolução Francesa, tiveram que fomentar justiça gratuita para as pessoas sem

---

[152] "Eles são chamados de "alternativos", pois são outro caminho frente ao poder jurisdicional do Estado? De acordo com João Luiz Lessa Neto, sim: "A noção de alternatividade está vinculada à concepção de que o processo adjudicatório estatal é o meio de resolução de disputas, os outros são alternativas a este". Essa visão é própria da identificação paradigmática entre direito e lei, o paradigma racionalista, próprio da modernidade, de um direito ideal(izado), a ser aplicado enquanto abstração". LESSA NETO, João Luiz. O novo CPC adotou o modelo multiportas! E agora? **Revista de Processo**, v. 244, p. 427-441, jun. 2015, p. 8.

[153] O acordo obtido no processo em curso não é uma exceção à regra exposta porque já havia processo abrangendo a lide. De forma oposta, como exceção ao ora sustentado, temos a possiblidade de as partes chegarem a um acordo e comporem um título executivo extrajudicial. Neste caso, tudo se deu à margem do Estado, mas as partes buscaram a proteção do Poder Constituído ao compor o título.

recursos, tornando a estrada da justiça estatal absolutamente engarrafada e esburacada para carros mais valiosos, como aqueles que andam pelas estradas das arbitragens[154].

A expressão *Altenative Dispute Resolution*, como explica Irineu Strenger, desenvolveu-se

> nos Estados Unidos, principalmente nos desentendimentos de negócios, esses procedimentos alternativos, seja qual for sua denominação (*mini-trial*, mediação ou conciliação) e seu grau de regulamentação, se desenvolveram nas relações internacionais, mais como complemento do que como concorrente da arbitragem[155] [156].

A arbitragem nos Estados Unidos sempre foi o instrumento utilizado pela justiça privada e, consequentemente, se desenvolveu ao largo do Estado, sem rupturas, como também ocorreu no sistema inglês. Não há praticamente fraturas entre os tribunais estatais e arbitrais, porque não há sobreposição de atividades, com o apoderamento da justiça estatal, alimentada por um código.

---

[154] José Francisco Cahali, ao buscar definir o que seria meio alternativo de resolução de conflito, aponta essa relação: "Além da autotutela, existem meios heterocompositivos e autocompositivos de resolução de litígios. As principais formas heterocompositivas de solução de conflito são promovidas através do processo judicial, desenvolvido perante o Poder Judiciário, e pelos procedimentos de arbitragem. As principais formas autocompositivas de solução de conflito são a negociação, a conciliação e a mediação". CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem**: mediação, conciliação. Resolução CNJ 125/2010. 5. ed. rev. e atual. de acordo com a Lei 13.129/2015 (reforma da Lei da Arbitragem), com a Lei 13.140/2015 (Marco Legal da Mediação) e com o Novo CPC. São Paulo: RT, 2015, p. 45.

[155] STRENGER, Irineu. Alternative dispute resolution (ADR). *In*: **Aspectos atuais da arbitragem**: coletânea de artigos sobre arbitragem [s.l: s.n.], 2001, p. 135.

[156] Conforme as palavras do autor, descrevemos os quatro modos alternativos de resolução de conflito no rodapé, a fim de não perdermos o nosso caminho: "b) Conciliação: Esta é similar à mediação, mas com a diferença de que o conciliador adotará o ponto de vista que melhor lhe parecer para resolver a disputa. Sua opinião será levada ao conhecimento das partes, como recomendação, a qual poderá ser aceita pelas mesmas, ou poderá tornar-se a base para subsequentes negociações. A recomendação não cria obrigação ou vínculo entre as partes. c) Mini-*trial*: Esta envolve os representantes das partes, fazendo uma apresentação do caso em painel o qual é composto por um executivo sênior de cada parte, tendo poder para submeter a parte à uma decisão de acordo, às vezes juntamente com um presidente neutro. A apresentação é feita dentro de um limite de tempo estrito, frequentemente uma manhã ou uma tarde. O objeto do exercício é prover os executivos com uma breve visão do que ambas as partes consideram como mais importante nos seus casos, e o que é frágil no caso do oponente. A fragilidade do caso de uma das partes pode, previamente, ter sido sonegada do conhecimento dos executivos *seniors* pelo *staff* visando proteger sua própria posição ou a de seus subordinados. Os executivos estarão, então, habilitados a formar seus próprios pontos de vista, relativamente ao mérito da pendência, divorciados das emoções daqueles distantemente envolvidos na disputa, e prosseguir nas negociações para chegar a um acordo em consonância com bases estabelecidas. d) Arbitragem não vinculativa ou *expertise*: As partes podem apontar uma pessoa neutra (não estritamente um árbitro) para fazer uma razoável investigação a respeito de fatos ou fato particulares, ou na base de uma muito restrita evidência. Isto pode ser bastante útil, se a principal questão entre as partes é vinculativa das partes. Com a recomendação do conciliador, as partes podem aceitar a averiguação, usá-la como base de subsequentes negociações. Onde a averiguação corresponde, a somente algumas das questões na disputa em seu todo. Devido ao amplo conceito de mediação, e graças à enorme flexibilidade de seu processo, ela terá qualquer extensão e numerosas formas, dependendo da natureza da disputa do contexto social das alternativas ou procedimentos utilizáveis pelas partes". STRENGER, Irineu. Alternative dispute resolution (ADR). *In*: **Aspectos atuais da arbitragem**: coletânea de artigos sobre arbitragem [s.l: s.n.], 2001, p. 139.

Em artigo publicado quando exercia a presidência do Centro de Conciliação e Arbitragem da Câmara de Comércio Argentino-Brasileira de São Paulo, Irineu Strenger, analisando ponto nevrálgico da diferença entre esses meios de resolução de conflito, explica que "o procedimento ADR não é adotado para resultar numa inevitável determinação vinculante das partes, em relação aos seus direitos e obrigações, como ocorre na arbitragem ou nas decisões da justiça". Outra diferença da jurisdição e da arbitragem para os meios alternativos de resolução de conflito é que "diferentemente da arbitragem, ADR não é um processo autônomo. Se falhar na busca do entendimento, as partes podem optar pela arbitragem, ou justiça comum para resolver sua pendência"[157]. O meio alternativo de resolução de conflito obedecerá à vontade das partes, ou seja, não há vontade de um terceiro substituindo à vontade das partes, se necessário, com o uso da coação.

Quando se sustenta que os meios alternativos de resolução de conflito nas relações internacionais se desenvolveram como um complemento à arbitragem, tem-se como foco as arbitragens internacionais. Como as práticas comerciais passaram a exigir "*standards* de atuação para o litígio comercial, faz sentido restringir a expressão *Alternative Dispute Resolution* a procedimentos que são diferentes das formas convencionais de arbitragem comercial internacional". Conforme explica o autor, a mediação e a conciliação, como técnica de resolução de conflito, "têm pequena relevância para a solução das disputas comerciais". Por outro lado, por força da cultura de determinados povos e ramos do comércio, funcionam como instrumentos eficazes de acesso à justiça. "Na Alemanha, no setor energético, disputas surgidas de contratos a longo termo são tradicionalmente resolvidas por órgãos de mediação". Também em outro continente, o autor lembra que "o Japão é parecido com a China na marcada tendência da comunidade de negócios, de recusar procedimentos vinculantes sendo fortemente favorável a soluções amigáveis"[158] [159].

---

[157] STRENGER, Irineu. Alternative dispute resolution (ADR). *In*: **Aspectos atuais da arbitragem**: coletânea de artigos sobre arbitragem [s.l: s.n.], 2001, p. 136.

[158] STRENGER, Irineu. Alternative dispute resolution (ADR). *In*: **Aspectos atuais da arbitragem**: coletânea de artigos sobre arbitragem [s.l: s.n.], 2001, p. 136-137.

[159] Diogo Assumpção Almeida, ao analisar o posicionamento de Humberto Dalla Bernardina Pinho e Michele Pedrosa Paumgartten sobre a conexão entre jurisdição e arbitragem, apresenta um ponto que merece ser debatido: "De início, aponta-se que para os autores há uma conexão entre a jurisdição e a arbitragem. No entanto, é dissecado posteriormente que a evolução do sistema extrajudicial para a resolução de conflitos tem adquirido notoriedade pela

Os meios alternativos de resolução de conflito, sem a inserção de um terceiro para substituir a vontade das partes envolvidas, como têm o mesmo gene da arbitragem, ou seja, a autonomia da vontade e a disponibilidade do direito, alicerçam-se em uma relação contratual e apresentam várias semelhanças aos procedimentos arbitrais. Conforme sustenta parte da doutrina, as qualidades e características das partes tornam possível dimensionar a lide, buscando a negociação e o arbitramento do bem jurídico em jogo à luz da cultura e do interesse das partes envolvidas, como também das peculiaridades do caso concreto. Não é incomum que os meios autocompositivos de resolução de conflito, como ocorre com as arbitragens, sejam suscitados antes das partes iniciarem o processo. Fala-se em mediações pré-processuais[160].

Quando falamos em cultura, novamente, a história se revela um importante instrumento para compreendermos as diferenças dos meios alternativos, quando empregados em sistemas jurídicos distintos. Lembremos de que, com a Revolução Francesa, a regra era a solução amigável do conflito. Os revolucionários haviam fechado as faculdades de direito. Kazuo Watanabe destaca bem esse ponto, ao comparar os sistemas do *common law* e da *civil law*. Ele aponta que a via Poder Judiciário da resolução do conflito seria a regra na tradição do *common law,* com a observância do devido processo legal. Já a intervenção estatal seria a exceção no sistema da *civil law*[161].

---

adequação para resolver conflitos intersubjetivos a partir de técnicas mais consensuais, formuladas na esteira da *justice de proximité* francesa, voltada a uma percepção coexistencial e cooperativa baseada, sobretudo, no conciliar, que caminha ao encontro de uma **nova concepção de jurisdição**, não mais compreendida a partir do monopólio do Estado, mas concebida como uma entre as várias formas de solucionar as disputas surgidas na sociedade". Ademais, "essa concepção permitirá que a **noção contemporânea de jurisdição** deixe de ser tão centrada no poder, para conectar a ideia de soberania à possibilidade de busca do meio mais adequado para resolver aquele litígio, a fim de que o jurisdicionado possa obter a justa solução para a sua controvérsia, em seu sentido pleno, com uma tutela adequada, pelo mecanismo adequado, num tempo razoável". PINHO, Humberto Dalla Bernardina; PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. Os desafios para a integração entre o sistema juridicional e a mediação a partir do novo Código de Processo Civil. Quais as perspectivas para a justiça brasileira? *In*: ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de; PANTOJA, Fernanda Medina; PELAJO, Samantha (coord.) **A mediação no novo Código de Processo Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 1-32. Discordamos do conceito de que a arbitragem possa ser uma nova concepção de jurisdição. Na verdade, conforme expusemos no segundo capítulo desta tese, o meio normal, usual de resolução de conflito para o homem sempre foi o exercício da justiça privada. Ou melhor, era até que o Estado resolveu estatizar a justiça privada. Há notícias atualmente de que o processo de desestatização da justiça privada em determinados países da *civil law* anda a todo o vapor.

[160] Célia Regina Zapparolli destaca a aproximação dos meios alternativos de resolução de conflitos e a arbitragem. ZAPPAROLLI, Célia Regina. **Negociação, mediação, conciliação e arbitragem** – curso de métodos adequados de solução de controvérsias. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 91-124.

[161] WATANABE, Kazuo. Modalidades de mediação. **Série Cadernos do CEJ**, Brasília, Conselho da Justiça Federal n. 22, 2001, p. 43-50.

Contudo, conforme as histórias americana, francesa e inglesa desenharam seus sistemas jurídicos, com uma França revolucionária que tomou para si a justiça privada e garantiu o acesso aos tribunais estatais aos seus súditos, sem qualquer custo para aqueles que não podem pagar, a exceção se tornou regra. O sistema jurídico ficou preso no caos do seu trânsito. Os processos se multiplicaram, o Estado se revelou inapto para julgar tudo aquilo que havia avocado, cenário que motivou o surgimento de ideias viabilizadoras do acesso à justiça, as quais foram desenvolvidas por Mauro Cappelletti.

Nos EUA e na Inglaterra, a justiça estatal nunca foi a porta principal, porque a justiça privada sempre se mostrou como a primeira opção dos comerciantes e das comunidades, até por ser anterior ao Estado. Como a justiça privada nunca foi tomada pelo poder constituído ela sempre continuou a ajudar com o fluxo de processos na estrada da justiça. A história do seu povo explica o porquê de a justiça dos países da *civil law* enxergarem na arbitragem um simples meio alternativo de resolução de conflito – expressão com a qual não concordamos – capaz de "desafogar" o Poder Judiciário, e não como um meio que possui características próprias, logo, um importante instrumento para resolver espécies determinadas de conflito.

Welber Barral entende que a arbitragem poderia ser inserida "na atual desmontagem do Estado social. Nesta visão, a arbitragem constituiria a privatização da justiça". Por outro lado, o autor relembra que "a existência da solução de litígios pela intervenção de particulares constitui um dos pilares do direito processual, desde seus primórdios, não sendo inovação do liberalismo econômico". De qualquer forma, o autor reconhece que a arbitragem inserida no sistema jurídico brasileiro não nasce como uma justiça própria, mas como alternativa, "incentivada pela lentidão do Estado em responder demandas colmatadas, mas esbarra não raramente em restrições criadas pelos próprios agentes estatais, em compreensível tentativa de manutenção de poder e prestígio social". Em suma, a sobreposição de atividades dos tribunais[162].

Por força das fissuras do sistema jurídico brasileiro em decorrência de todas as espécies de enfermidades, a arbitragem ressurgiu como um meio alternativo de resolução de conflito, conforme sustenta Carlos Alberto Carmona, um dos autores da Lei

[162] BARRAL, Welber. **Arbitragem** – Lei brasileira e praxe internacional. 2. ed. São Paulo: LTr., 1999, p. 167.

de Arbitragem. O autor ressalta, ainda, o aspecto da cultura de assimilação dos brasileiros ao meio de resolução de conflito. Em artigo publicado em 1999, três anos após a entrada em vigor da Lei n. 9.307/1996, Carlos Alberto Carmona perguntava se os brasileiros estariam prontos "para fazer valer a autonomia da vontade". Como as garantias constitucionais foram baixadas por uma Constituição que tirava o país do exército e o entregava novamente aos legítimos detentores do poder, poderia faltar maturidade para se assimilar essa nova filosofia. Nada mais brusco. Sem sedimentação, sem a participação do povo na formação do devido processo legal, em suma, sem que o destinatário do sistema pudesse contribuir para a sua formação[163].

A arbitragem foi desenvolvida no Brasil com a chegada dos portugueses e a instalação do seu governo. Como a função da colônia era atender à política mercantilista das metrópoles, que vivia das riquezas de suas colônias para pagar as contas dos seus desejos, extravagâncias e luxos, o "quadro econômico da época também revela um dado importante para o estudo da arbitragem: a função basilar da colônia era fomentar o comércio europeu com insumos e recursos naturais, principalmente minerais, do Brasil". Conforme explica Alberto Jonathas Maia, "a íntima relação do direito da arbitragem com a economia" é evidente, até porque "são mundos científicos e práticos que se cruzam nos processos arbitrais com uma intensidade e evidência que nem sempre surge no mundo". E conclui: "a arbitragem é geneticamente uma justiça de comerciantes, que pretende que a resolução de litígios da vida empresarial provoque a pacificação das tensões de um modo que prevaleça a dimensão micro sobre a vertente macro"[164].

É interessante observar, segundo o autor, que apesar de não se ter um Poder Judiciário constituído até a promulgação da independência em 1822 (assim, o direito aplicado na colônia era o direito português), a

---

[163] "Estando em curso o terceiro ano de vigência da Lei de Arbitragem, que balanço se pode fazer quanto ao preenchimento das expectativas geradas pelo diploma legal em questão? Terá a Lei sido suficientemente eloquente para cativar os brasileiros que nunca nutriram grande simpatia pela arbitragem? Terá a Lei propiciado garantias suficientes para que os interessados se sintam confiantes em renunciar às conhecidas e tradicionais garantias oferecidas pelo Código de Processo Civil, que se convencionou chamar de "devido processo legal", para aceitarem uma flexibilização considerável do processo e do procedimento? Estariam prontos os brasileiros para fazer valer a autonomia da vontade, bandeira maior da Lei n. 9.307/1996, concedendo ao árbitro poderes para escolher a lei aplicável ao caso concreto, poderes para instruir a causa com maior liberdade, poder de escolher o procedimento mais adequado à causa e até mesmo poderes para julgar por equidade?" CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo** – um comentário à Lei n. 9.307/96. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 46.

[164] MAIA, Alberto Jonathas. **História do processo**. São Paulo: Exegese, 2018, p. 14.

> resolução dos conflitos entre os comerciantes não era o direito ordinário, mas outro que existia há muito entre os mercadores – a *lex mercatoria* – o que, por consequência, nos leva a concluir que a arbitragem era a principal forma de resolução de conflitos decorrentes dessas relações de trocas[165] [166].

O ordenamento jurídico da colônia era formado, até a independência do Brasil, pelas Ordenações Manuelinas (1514-1603) e Filipinas que vigoraram até 1916. Conforme observa Alberto Jonathas Maia, o direito processual civil no país nasceu com o livro 3º nas Ordenações Manuelinas. Já no final do século XII, os operadores do direito trabalhavam com os "compromissos arbitrais"[167].

O autor informa que os "alvidros" "equiparavam-se à figura dos árbitros, e sua escolha, o seu número e a determinação do objeto da arbitragem dependiam única e exclusivamente da vontade das partes". Os demandantes eram chamados de "avenidadores "ou "convenidores". A autonomia da vontade "era considerado o núcleo duro da arbitragem". Assim, como havia a possibilidade do cabimento de recurso de apelação, caso as partes não pactuassem ao contrário, o processo poderia comportar uma nova instrução probatória. No caso das provas testemunhais, não era incomum serem produzidas novamente aos "juízes de apelação", forte no princípio da oralidade[168].

Com a intensificação das políticas econômicas portuguesa e espanhola neste quadrante da história, por força da exploração das colônias, ou seja, comércio novo entre a colônia e a metrópole, era necessário criar "um sistema que resolvesse os eventuais conflitos". Assim, a arbitragem surgia como meio de resolução de conflito, como verdadeira justiça privada, costurada sob medida para aquela época da história. Uma vez "que os árbitros eram homens do comércio, escolhidos pelos próprios negociantes marítimos, estes eleitos, por sua vez, eram conhecedores da prática e da dinâmica da mercancia, assim, suas decisões detinham maior credibilidade e confiança, em suma, autoridade junto aos comerciantes". Segundo o autor, a arbitragem apresentaria um "elevado grau de execução voluntária de suas decisões, que se deve muito às

---

[165] MAIA, Alberto Jonathas. **História do processo**. São Paulo: Exegese, 2018, p. 14.

[166] A *lex mercatoria*, nas palavras de Francesco Galgano, "é direito criado pelos *mercatores*, que nasce dos estatutos das corporações mercantis, do costume mercantil, da jurisprudência da Corte dos mercadores. É *ius mercatorum*, diretamente criado pela classe mercantil sem mediação da sociedade política, imposto a todos em nome de uma classe, não já em nome da inteira comunidade". GALGANO, Francesco. Lex Mercatoria. **Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro**, jan.-mar. 2003, p. 224.

[167] MAIA, Alberto Jonathas. **História do processo**. São Paulo: Exegese, 2018, p. 15.

[168] MAIA, Alberto Jonathas. **História do processo**. São Paulo: Exegese, 2018, p. 15.

consequências gravosas que poderiam advir do descumprimento para as partes inseridas em determinados círculos comerciais". Neste curso da história, a arbitragem não era vista como um meio de "desafogar" os tribunais, já que a justiça privada era a justiça comum, ordinária, usual dos comerciantes[169].

A autonomia da justiça privada desses comerciantes, que iniciaram o comércio no Brasil no final do século XVI, apresentava-se com muita força e cor intensa. Primeiro, porque não havia sequer o conceito de um Estado naquele pobre cantão: "não se tinha um Poder Judiciário Brasileiro, o direito aplicável na colônia era aquele existente em Portugal". Segundo, porque os comerciantes, vivendo um comércio de tamanha escala, até então, imprevisto entre oceanos, necessitavam a partir dali de leis próprias, a chamada *lex mercatoria*, visto que o direito e a economia "são mundos científicos que se cruzam nos processos arbitrais com uma intensidade e evidência que nem sempre surge no mundo da justiça estatal"[170] [171].

O acórdão do Recurso Especial n. 238.174/SP, relatado pelo ministro Pádua Ribeiro, sublinha que a Constituição de 1824, "por sua vez, já consagrava meios conciliatórios privados", e dispunha, no seu art. 160 que "nas causas cíveis e penais, civilmente intentadas, poderão as partes nomear juízes árbitros, cujas sentenças serão executadas sem recurso, se assim convencionarem as partes"[172].

---

169 MAIA, Alberto Jonathas. **História do processo**. São Paulo: Exegese, 2018, p. 16.

170 Conforme ensina Francisco Galgano, o *ius mercatorium* era diretamente criado pela classe mercantil, sem mediação da sociedade política, de modo que, na época moderna, que é a época da codificação do direito privado e da mediação do Estado na regulação de todas as relações sociais, o antigo particularismo jurídico – que distinguia a regulação normativa das relações sociais – se reapresentou em formas mudadas, na medida em que o direito comercial foi tornado autônomo do direito civil. GALGANO, Francesco. Lex Mercatoria. **Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro**, jan.-mar. 2003, p. 225.

171 "O quadro econômico da época também revela um dado importante para o estudo da arbitragem: a função basilar da colônia era de fomentar o comércio europeu com insumos e recursos naturais, principalmente minerais, do Brasil. De fato, as colônias contribuíam para a autossuficiência da metrópole. A postura dos administradores portugueses com relação à terra recém descoberta era puramente comercial, fundada sobretudo na exportação em grande escala, com vistas à acumulação de riqueza. Além disso, não se tinha um "Poder Judiciário Brasileiro", o direito aplicável na colônia era aquele existente em Portugal. A resolução dos conflitos entre os comerciantes não era o direito ordinário, mas outro que existia há muito tempo entre os mercadores – *a lex mercatoria* – o que via de consequência, nos leva a concluir que a arbitragem era a principal forma de resolução de conflitos decorrentes dessas relações de trocas. Daí a íntima relação do direito da arbitragem com a economia. Conforme explica JÚDICE "o Direito e a Economia são mundos científicos e práticos que se cruzam nos processos arbitrais com uma intensidade e evidência que nem sempre surge no mundo da justiça estatal" [...] "a arbitragem é geneticamente uma justiça de comerciantes, que se pretende que a resolução de litígios da vida empresarial provoque a pacificação das tensões de um modo que prevaleça a dimensão micro sobre a vertente macro". MAIA, Alberto Jonathas. **História do processo**. São Paulo: Exegese, 2018, p. 14.

172 BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial n. 238.174/SP (1999/0102895-7), Relator: Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, Brasília, j. 06-05-2003, p. 5.

"Apesar de não se encontrar nenhuma instrução pertinente nas Constituições seguintes", como informa Jurgen Samtleben, "a competência dos tribunais de arbitragem se mantinha incontestável". Todavia, a Constituição de 1934, forte na defesa do Estado e do governo varguista, se referia à arbitragem apenas como objeto a ser tratado por lei federal. Somente a Constituição de 1946, como o fez a de 1988, veio a prever a arbitragem como "uma garantia expressa da via judicial"[173].

O Regulamento n. 737/1850 regulava a arbitragem no país e, influenciado pelas ideias napoleônicas, previa, no seu art. 23, que "nenhuma causa comercial será proposta em Juízo contencioso, sem que previamente se tenha tentado o meio de conciliação, ou por ato judicial, ou pelo comparecimento voluntário das partes". Conforme explica Alberto Jonathas Maia, o Regulamento n. 737 exigia, em seu art. 465, a homologação da sentença arbitral, quando executada. Essa conduta no sistema jurídico brasileiro "nos leva a concluir que a arbitragem não era considerada pelo legislador, como jurisdicional"[174].

O CPC/1939, assim como ocorreu com o Código Civil de 1916 (posto em vigor em fase histórica na qual o Estado buscava introduzir-se em todos os campos da atividade econômica, social e cultural de seu povo), foi influenciado "de forte instabilidade política no que tange à legitimação do novo regime implantado no país". O legislador processual da época, na exposição dos motivos da lei, buscou evidenciar a preponderância do fator político sobre o técnico-jurídico, até porque o Código se inspirava em um Estado Forte (no caso, o Estado Novo) O CPC/1939 apresentava disposições idênticas às do Código de Processo Civil e Comercial do Estado de São Paulo, além disso, "houve um evidente

[173] SAMTLEBEN, Jurgen. Histórico da arbitragem no Brasil. *In*: CASELLA, Paulo Borba. **Arbitragem** – Lei brasileira e praxe internacional. 2. ed. São Paulo: LTr., jan. 1999, p. 39-40.
[174] MAIA, Alberto Jonathas. **História do processo**. São Paulo: Exegese, 2018, p. 20-21.

retrocesso em vários aspectos relativos à arbitragem, algo que só viria ser corrigido com a edição da lei específica em 1996”[175] [176].

O sistema jurídico brasileiro sempre se apresentou distante da arbitragem como meio de resolução de conflito desde o fim do comércio com a metrópole. Conforme aponta Alberto Jonathas Maia, os tratados internacionais e regionais que regulavam a arbitragem “enfrentaram grandes embaraços para serem internalizados no nosso país e a arbitragem passaria décadas enfraquecida e esquecida no Brasil”[177] [178].

---

[175] Alberto Jonathas Maia descreve o tratamento da arbitragem no Código Civil de 1916, destacando que a matéria ficou fatiada entre aquela legislação e o Código de 1939: “A citada Lei trazia diversas disposições do Decreto n. 737/1850, tais como: i) distinção de compromisso judicial e extrajudicial (art. 1.038); ii) cláusula do “não recurso” e a multa convencional em caso de descumprimento (art.1.046); iii) exceção à necessidade de homologação caso o juiz ordinário funcionasse como árbitro. Ainda de acordo com o diploma, os árbitros eram considerados juízes de fato e de direito, e sua decisão não estava sujeita a recurso, exceto convenção em contrário das partes (art.1.041). Como se observa nesse período da história, a arbitragem ficou com sua matéria fatiada em dois Códigos: Civil de 1916 e o de Processo Civil de 1939, fazendo com que a tese da natureza contratual da arbitragem ganhasse força e possua adeptos até hoje”. MAIA, Alberto Jonathas. **História do processo**. São Paulo: Exegese, 2018, p. 27.

[176] Alberto Jonathas Maia enumera alguns retrocessos do CPC/1939: “O CPC de 1939 dividia “o juízo arbitral” em três capítulos: “I – Disposições gerais; II – Do andamento da causa e do julgamento; e III – Da homologação”. O capítulo I era específico para a figura do árbitro. Havia restrições para o exercício dessa atividade, os considerados incapazes pela lei civil, os analfabetos e os estrangeiros (art. 1.031). Essa última restrição nos parece estranha e retrógada, principalmente tratando-se de arbitragens internacionais, além de não encontrar dispositivo correspondente no código processual paulista. Em nenhuma das disposições anteriores já expostas havia esse tipo de impedimento. Ademais, os casos de suspeição dos juízes aplicavam-se também aos árbitros nos termos do art. 1.033) mantendo-se a competência dessa exceção ao juiz estatal a quem competia executar o futuro laudo. Sobre esse aspecto, outra involução do CPC/1939 era a extinção do termo “sentença” para “laudo”, algo que só viria a ser corrigido depois de décadas com a Lei de Arbitragem. Outro problema a ser enfrentado para os interessados em escolher a arbitragem para dirimir seus litígios era a proibição de instauração do juízo arbitral caso já houvesse sido proferida qualquer decisão em qualquer instância (art. 1.035 parágrafo único)”. MAIA, Alberto Jonathas. **História do processo**. São Paulo: Exegese, 2018, p. 25.

[177] Neste sentido, Alberto Jonathas Maia examina: “Com o fim da Segunda Guerra veio o renascimento econômico, o sistema de trocas comerciais transnacionais gerou o advento da sociedade pós-industrial. Os regulamentos em âmbito internacional e regional que tratavam de arbitragem avançavam, com o advento de inúmeros tratados dos quais se destaca o Protocolo de Genebra de 1923, o Tratado de Direito Processual Internacional de Montevidéu de 1940, a Convenção de Nova Iorque de 1956 e a Convenção de Genebra sobre Arbitragem Comercial Internacional de 1961. No entanto, esses tratados enfrentaram grandes embaraços para serem internalizados no nosso país e a arbitragem passaria décadas enfraquecida e esquecida no Brasil”. MAIA, Alberto Jonathas. **História do processo**. São Paulo: Exegese, 2018, p. 27.

[178] “Apesar de o Protocolo de Genebra com isto ter-se tornado internacionalmente vinculativo para o Brasil, podem, ainda assim, continuar a existir dúvidas quanto à sua validade nacional. Neste particular, o Protocolo tem o mesmo destino de outros acordos ratificados pelo Brasil entre 1930 e 1945, e cuja validade nacional se apresenta problemática por falta de participação do Parlamento. Assim, três das Convenções de Bruxelas sobre direito marítimo de 1924/26 foram ratificadas pelo Brasil em dezembro de 1930, respectivamente em abril de 1931, e somente alguns anos mais tarde foram promulgadas no Brasil, com base em uma disposição da Constituição de 1934, que homologava expressamente todos os atos do “governo provisório”. A validade nacional destes tratados permaneceu igualmente duvidosa, sendo, porém, em princípio, confirmada pela jurisprudência. No ano de 1942, o Brasil declarou a sua adesão às convenções de Genebra sobre o direito cambial e de cheques de 1930/31. Neste caso, a execução e publicação em território nacional só se realizou vinte anos mais tarde, já sob o Governo de Castello Branco. Este procedimento gerou também uma discussão violenta sobre a aplicabilidade interna dos tratados, principalmente por causa da falta de uma lei especial de execução. Vencendo uma insegurança inicial na jurisprudência, o Supremo Tribunal Federal decidiu este conflito ao determinar que os referidos tratados valem no Brasil como direito diretamente aplicável”. SAMTLEBEN, Jurgen. Histórico da arbitragem no Brasil. *In*: CASELLA, Paulo Borba. **Arbitragem** – Lei brasileira e praxe internacional. 2. ed. São Paulo: LTr., jan. 1999, p. 34-36.

O CPC/1973, conforme adiantado, foi infeliz ao tratar da justiça privada, ou seja, da arbitragem. Na verdade, segundo sublinha Carlos Alberto Carmona, após o fim da política colonialista, a arbitragem, então existente com o comércio entre colônia e metrópole, se extinguiu. Segundo o autor, a falta de cultura de uma nação semianalfabeta não dava ensejo ao desenvolvimento de uma justiça privada, "customizada" ao gosto dos mais complexos interesses, o que acabou por criar "entre nós a sensação de que a falta de tradição no manejo da arbitragem como meio alternativo de solução de controvérsias no Brasil fadaria o juízo arbitral ao total abandono"[179].

Quando se afirma que o CPC/1973 foi infeliz ao regular a arbitragem, para avaliar essa consideração, examinaremos apenas dois pontos da lei. O primeiro problema de grande monta estava na obrigatoriedade de celebração do compromisso arbitral. Conforme estipulava a legislação revogada, independentemente da incidência da cláusula compromissória no contrato, na ausência do compromisso, caso uma parte optasse pela via judicial, a arbitragem ficaria esvaziada. O outro problema era a imposição da homologação, a fim de que o laudo tivesse eficácia, conforme previsto no CPC/1973[180].

E não era só. O CPC/1973 apresentava-se absolutamente formalista no trato da matéria. Bom exemplo dessa afirmativa encontra-se no acórdão do Recurso Especial n. 16.231. O ministro Sálvio de Figueiredo, apesar de reconhecer a nulidade do laudo, entendeu que não se deve declarar a invalidade do laudo arbitral quando ele alcança o seu objetivo, apesar da ocorrência de irregularidades formais. O ministro fundamentou sua decisão no sentido de que o formalismo do CPC/2015 no tocante à matéria levaria obrigatoriamente à nulidade de inúmeras outras decisões. Nas palavras do ministro, "o pior é a possibilidade, quase a certeza, de que o sucumbente irá na fase da homologação judicial, impugnar a própria validade do juízo arbitral, tantos são os motivos pelos quais é nulo o laudo arbitral"[181].

---

[179] CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo** – um comentário à Lei n. 9.307/96. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 19.
[180] CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo** – um comentário à Lei n. 9.307/96. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 22.
[181] "A exemplo do que se dá em relação ao processo jurisdicionalizado, não se deve declarar a invalidade do juízo arbitral quando ele alcança o seu objetivo não obstante a ocorrência de irregularidades formais". BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial n. 15231/RS (91.0016671-5), Ministro Sávio de Figueiredo, p. 1.

Conforme sustenta parte da doutrina, a Lei n. 9.307/1996 foi promulgada justamente porque o CPC/1973 e seus artigos, que regulavam a matéria, "desencorajavam possíveis interessados, em razão de mecanismos ineficientes e morosos que inviabilizavam a efetivação desses processos alternativos". Segundo a nova filosofia da lei, com ênfase na iniciativa das partes e a possibilidade de abertura da competência da justiça privada com a simples assinatura da cláusula compromissória, conforme escreve André Gomma de Azevedo, em um país absolutamente imaturo para esse meio privado de resolução de conflito, a nova legislação passou a garantir um maior afastamento entre os tribunais, com o início do processo de independência da arbitragem dos tribunais estatais[182] [183].

A Lei n. 9.307/1996 tem 7 capítulos e 44 artigos. Em síntese, destaca a autonomia da vontade e a desnecessidade de preencher o compromisso arbitral, caso haja cláusula compromissória no contrato, com a possibilidade de execução específica. A possibilidade de o árbitro decidir sobre a sua competência fica expressa no art. 8º da Lei. O compromisso arbitral, que funciona como pressuposto de existência, validade e eficácia da relação processual, apresenta elementos indispensáveis e facultativos. As hipóteses de extinção do compromisso arbitral ficaram reduzidas "à sua expressão mínima", nas

---

[182] "(i) estabeleceu que o processo arbitral pode ser instituído por intermédio de uma convenção de arbitragem, emprestando assim nova força à cláusula arbitral que até então possuía natureza jurídica de *pactum de compromittendo*; (ii) estipulou que não é mais necessário que a sentença seja homologada pelo judiciário; (iii) assegurou ampla efetividade às sentenças arbitrais na medida em que emprestou a essas sentenças a força de título executivo judicial; (iv) garantiu jurisdição ao árbitro e delimitou a cognição da demanda anulatória de sentença arbitral a um rol de motivos de caráter essencialmente processual, visando, mais uma vez, garantir a efetividade do processo arbitral; e (v) estabeleceu que sentenças arbitrais estrangeiras estão sujeitas a uma única homologação, que ocorrerá perante o Supremo Tribunal Federal. Extinguiu-se, portanto, o antigo sistema da dupla homologação quando se exigia inicialmente uma equiparação de laudo arbitral estrangeiro com sentença (judicial) estrangeira, feita pelos tribunais do país sede da arbitragem, e, em seguida, uma segunda equiparação, a ser feita no Supremo Tribunal Federal, entre laudo estrangeiro (já equiparado à sentença judicial estrangeira) a uma sentença judicial nacional". AZEVEDO, André Gomma. **Estudos em arbitragem, mediação e negociação**. Série Grupos de Pesquisa n. 1, 2004, p. 116-117.

[183] Não só no aspecto procedimental, a lei nos apresentou boas novas para os aplicadores da arbitragem. Conforme sustentado em artigo publicado em 1999, José Augusto Fontoura Costa argumenta: "Como, introdutoriamente, mencionou-se a clareza da lei nova como um dos requisitos de seu sucesso, indispensável neste passo trazer à baila alguns aspectos de sua redação, especificamente aqueles relativos à delimitação do universo dos litígios que podem ser submetidos à arbitragem [...] Assim, na nova Lei de Arbitragem, subtraídos os termos "privado" e "transigível" (por desnecessários), encontramos na locução "direitos patrimoniais disponíveis" todo direito passível de ser submetido ao novo juízo arbitral. Resta conceituar, precisamente, o que são direitos disponíveis e indisponíveis, para então concluir-se se a omissão do vocábulo "transação" trouxe alguma alteração no ordenamento hoje vigente. Para a distinção entre direitos disponíveis e indisponíveis, Gropalli (1968:168-70) serve-se da quantificação do valor social do bem tutelado. Sendo assim, seriam disponíveis direitos que tutelam interesses de alçada meramente individual e indisponíveis os que têm impacto sobre interesses gerais". COSTA, José Augusto Fontoura; TUSA, Gabriele. Expectativas e âmbito de aplicabilidade da Nova Lei de Arbitragem. *In*: CASELLA, Paulo Borba. **Arbitragem** – lei brasileira e praxe internacional. São Paulo: LTr., 1999, p. 331-333.

palavras de Carlos Alberto Carmona. Segundo o autor, quanto ao árbitro, “constituíram-se, acima de tudo, num verdadeiro código de ética, estabelecendo os deveres e obrigações daquele que é instado, por vontade dos litigantes, a decidir uma controvérsia”[184].

O procedimento arbitral previsto pela Lei n. 9.307/1996 fortalece a observância do devido processo legal. Afinal, as partes poderão escolher as regras do seu processo privado, desde que em atenção ao art. 21, § 2º da Lei. Observemos que os princípios do contraditório, isonomia, imparcialidade do árbitro e livre convencimento têm previsão expressa na lei. As medidas coercitivas deverão ser requeridas ao juiz competente para as medidas cautelares, antecipatórias e instrutórias, ou seja, para o juiz que irá julgar a causa se não incidir a competência do tribunal arbitral.

Conforme o art. 26 da Lei n. 9.307/1996, o laudo arbitral deverá conter todos os elementos da sentença: o relatório, a motivação e o dispositivo são elementos essenciais para a existência do ato jurídico. Já os elementos contidos no § 1º do art. 489 do CPC/2015 são elementos necessários à validade e à eficácia da sentença.

O art. 32 da Lei n. 9.307/1996, ao determinar que a decisão final da justiça privada produzirá os efeitos da sentença estatal, constituindo o laudo título executivo, alimentou a doutrina, praticamente de forma unânime, a proclamar a jurisdicionalidade da arbitragem. De acordo com Carlos Alberto Carmona, ao examinar as hipóteses de nulidade da sentença à luz da nova legislação, a Lei não só incluiu todas as hipóteses previstas para o exercício da ação rescisória, como aumentou “a garantia das partes” ao prever, no art. 32, VI, a nulidade da sentença caso venha a ser “comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva”. Segundo o autor, a nova legislação acabou “reforçando a credibilidade da via arbitral como meio eficaz e seguro para a solução de controvérsias”. O prazo decadencial para o exercício da ação anulatória é de 90 dias. Caso contrário, a sentença arbitral ficará coberta pelo manto da coisa julgada. Em outras palavras, a parte vencedora poderá requerer do Estado a

[184] CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo** – um comentário à Lei n. 9.307/96. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 41.

imposição das obrigações determinadas pelo tribunal arbitral, caso o devedor não as cumpra, por meio do uso da força[185].

Por fim, o penúltimo capítulo da Lei tratou do reconhecimento e da execução das sentenças estrangeiras, hoje a cargo do Superior Tribunal de Justiça, conforme exposto no art. 105, i, da Constituição Federal de 1988. A sentença estrangeira não será homologada se ofender a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes, conforme previsto tanto na Lei de Introdução ao Novo Código Civil, em seu art. 17, quanto no CPC/2015, em seu art. 963, VI.

Já as disposições finais adaptaram o CPC/1973 à nova legislação, revogando os dispositivos que tratavam do compromisso arbitral e da competência do juízo arbitral. Agora, cabe ao tribunal arbitral declarar sua competência para julgar a lide. Todavia, essa adaptação não foi fácil para uma justiça estatal com dificuldades em renunciar uma parcela do seu poder, até porque somos um país de rupturas institucionais. Soma-se a esse quadro, a então falta de prática e a cultura dos operadores do direito com esse meio alternativo de resolução de conflitos, fazendo com que os tribunais estatais pouco estivessem familiarizados com a arbitragem.

Para entendermos melhor o processo de choque entre as justiças estatal e privada, ou melhor, para dimensionarmos as fissuras existentes entre os tribunais, mesmo após a entrada em vigor da Lei n. 9.307/1996, é preciso revisitarmos a história e a cultura do Brasil para evitarmos importações cegas. Na verdade, não basta que *queiramos ser ingleses*, se não somos sequer burgueses, de maneira que nada vale o alarde em nome da arbitragem, e da defesa de que este procedimento deve ser absolutamente ausente de controle estatal, quando a própria justiça privada ainda não se uniformizou como um sistema. Quando sustentamos a ausência de cultura para convivermos com institutos como o *discovery*, a afirmativa é feita justamente porque importamos abruptamente um meio de resolução de conflito modelado para atender ao sistema do *common law*, parecendo ou querendo esquecer que a nossa cultura nasce e se desenvolve com a *civil law.* Afinal, qual câmara arbitral brasileira utiliza este instrumento essencial no procedimento inglês ou americano?

---

[185] CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo** – um comentário à Lei n. 9.307/96. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 46.

O *discovery* é um ato de suma importância para os procedimentos arbitrais, tanto no sistema inglês, como no americano. Contudo, considerando nossa cultura imersa na *civil law*, é absolutamente incomum, para não dizer inexistente, a realização desta audiência no sistema arbitral brasileiro. Nesta fase do processo, as partes, dentro de um ambiente comunitário, cooperativo, "olho no olho", irão apresentar suas provas, suas teses jurídicas, em suma, não só fixarão as questões controvertidas, como terão ciência das provas do adversário. Neste ambiente, em inúmeras oportunidades, as partes irão negociar uma saída, através de concessões múltiplas, e, assim, a livre iniciativa do demandante e do demandado irão se sobrepor à intervenção de um terceiro. Como visto, naquela cultura, as pessoas valorizam a participação e o poder de estarem participando do procedimento de resolução de conflito. A cultura brasileira, infelizmente, enxerga a arbitragem como um simples meio alternativo de resolução de conflito para "desafogar" o Poder Judiciário. Além disso, a doutrina nacional sempre viu com muita desconfiança a arbitragem como solução ao Poder Judiciário sobrecarregado[186].

Laurentino Gomes, em sua obra 1808, registra que às "vésperas da chegada da Corte ao Rio de Janeiro, o Brasil era um amontoado de regiões mais ou menos autônomas, sem comércio ou qualquer outra forma de relacionamento, que tinham como pontos de referência apenas o idioma português e a Coroa portuguesa". Para piorar a situação, prejudicado pela concorrência britânica, entre 1796 e 1807, as exportações totalizaram 94 milhões de cruzados. Nos dez anos seguintes, ou seja, entre 1807 até 1817, as exportações caíram para 2 milhões de cruzados[187].

---

[186] Maria Cristina Xavier de Souza destaca o amplo campo de atuação do *discovery* para o sistema, reconhecendo que esse mecanismo poderia ser mais utilizado em nosso sistema jurídico. "Na ótica da doutrina, uma das principais vantagens da *Discovery* é a possibilidade de exploração completa dos fatos que ela traz, eliminando questões "fictícias" constantes dos autos, bem como simplificar a apresentação de provas no julgamento, uma vez que permite melhor sabença dos aspectos cruciais da versão das testemunhas. Em vista do exposto, pode-se dizer que a *Discovery* possui três principais objetos: a) Buscar preservar informações importantes para a lide que, com o decurso do tempo, correm o risco de se perderem até o julgamento; b) Fixar as questões controversas; e c) Descobrir quais evidências estão disponíveis para cada questão controversa da lide". SOUZA, Marcia Cristina Xavier de. Aspectos probatórios na arbitragem: a possibilidade e a efetividade da utilização da *Discovery* sob o ponto de vista da parte brasileira. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 45, abr.-jun. 2015, p. 4.

[187] "Prejudicado pela concorrência britânica, o comércio de Portugal com o Brasil despencou. As exportações para a colônia, que eram de 94 milhões de cruzados entre 1796 e 1807, caíram para apenas 2 milhões de cruzados nos dez anos seguintes. No sentido contrário, as exportações do Brasil para Portugal reduziram de 353 milhões de cruzados para a metade, 189 milhões. Em 1810, 1.214 navios portugueses tinham entrado no porto do Rio de Janeiro. Dez anos mais tarde, em 1820, não passaram de 212, sendo que, desses, somente 57 vinham de Lisboa. Os demais tinham partido da Índia, da África ou de outros portos da América do Sul. "À fome generalizada, à carência de gêneros alimentícios, à desorganização da produção de vinho e azeite, somava-se a paralisação dos portos, de início fechados por Junot e depois desvitalizados e sem movimento por causa do tratado de 1810", observou a historiadora

Infelizmente, nunca fomos países de primeiro mundo, com uma justiça privada aquilatada para atender os ricos burgueses ingleses ou americanos. Para piorar o quadro econômico decorrente da queda vertiginosa das exportações, conforme explica Laurentino Gomes, a Corte portuguesa chegou com cerca de 1000 funcionários. “Ou seja, a Corte portuguesa no Brasil era entre 10 e 15 vezes mais gorda do que a máquina burocrática americana nessa época”. Além da família real, 276 fidalgos e dignatários régios recebiam verba anual de custeio e representação, pagas em moeda de ouro e prata, as quais eram retiradas do tesouro real do Rio de Janeiro. Para completar esse quadro, “nos treze anos em que D. João viveu no Brasil, as despesas da mal administrada e corrupta Ucharia Real mais que triplicou. O déficit crescia sem parar”[188] [189].

O Brasil, que veio a ser saqueado pelos portugueses, jamais teve a oportunidade de desenvolver seu comércio de forma mais complexa e dinâmica. País colônia, escravagista, feudal e, hoje, paupérrimo. Segundo Laurentino Gomes, apesar de o “coração econômico da colônia” pulsar “no triângulo formado por São Paulo, Rio de Janeiro e Minas Gerais”, “ao chegar no Rio de Janeiro, em 1808, o inglês John Luccock identificou de imediato um problema: a falta de moeda corrente”. Os caboclos, querendo ser ingleses, viviam praticamente da troca de bens, “a colônia vivia basicamente de escambo”[190].

O ministro Victor Nunes Leal, em seu livro *Coronelismo, enxada e voto*, aponta a triste política herdada com o sistema de colonização do Brasil: “Completamente analfabeto, ou quase, sem assistência médica, não lendo jornais nem revistas, nas quais

---

Maria Odila Leite da Silva Dias”. GOMES, Laurentino. **1808** – Como uma rainha louca, um príncipe medroso e uma corte corrupta enganaram Napoleão e mudaram a História de Portugal e do Brasil. São Paulo: Planeta do Brasil, 2007, p. 312-313; 120.

[188] GOMES, Laurentino. **1808** – Como uma rainha louca, um príncipe medroso e uma corte corrupta enganaram Napoleão e mudaram a História de Portugal e do Brasil. São Paulo: Planeta do Brasil, 2007, p. 188-190.

[189] Laurentino Gomes retrata com detalhes a qualidade do povo que formou o caráter do povo brasileiro: “Em muitos casos, a liberdade era um mergulho no oceano de pobreza composto por negros libertos, mulatos e mestiços, à margem de todas as oportunidades, incluindo educação, saúde, moradia e segurança – um problema que, 120 anos depois da abolição oficial da escravidão, o Brasil ainda não conseguiu resolver”. GOMES, Laurentino. **1808** – Como uma rainha louca, um príncipe medroso e uma corte corrupta enganaram Napoleão e mudaram a História de Portugal e do Brasil. São Paulo: Planeta do Brasil, 2007, p. 258.

[190] GOMES, Laurentino. **1808** – Como uma rainha louca, um príncipe medroso e uma corte corrupta enganaram Napoleão e mudaram a História de Portugal e do Brasil. São Paulo: Planeta do Brasil, 2007, p. 129-130.

se limita ver as figuras, o trabalhador rural, a não ser em casos esporádicos, tem o patrão na conta de benfeitor"[191].

A partir deste relacionamento desenvolve-se "uma estrutura econômica e social inadequada". O coronelismo "é sobretudo um compromisso, uma troca de proveitos entre o poder público, progressivamente fortalecido, e a decadente influência social dos chefes locais, notadamente dos senhores de terra". Essa relação promíscua permitiu a manutenção de famílias que se mantêm no poder pelo voto de cabresto. E que vivem da mão de obra à moda praticamente da escravidão para impulsionar o seu tosco comércio agrícola[192].

Raymundo Faro, em *Os donos do poder*, aponta exatamente a colonização portuguesa como exemplo de um "primitivo sistema colonial brasileiro" decorrente, portanto, da sua própria natureza de instituição anacrônica, imperfeita e artificialmente implantada em terras de novo mundo. Em suma, somos um país sem a menor cultura industrial, empresarial, um país que, desde a sua origem, sua formação, inculto para o comércio.

A colonização portuguesa, com sua política econômica de exportar para a metrópole, no início deste processo, fomentou um intenso comércio, no qual a *lex mercatoria* era o direito aplicado nas relações comerciais. Os homens utilizavam a justiça privada, ou seja, a arbitragem para dirimir controvérsias. Com a chegada da Corte em 1808 ao Brasil, o comércio entre Portugal e colônia tinha decaído mais de 90% e a arbitragem, consequentemente, tornou-se antiquada, desnecessária. Em seguida, apesar de as leis sobre o tema permitirem a arbitragem como um meio de resolução de conflitos desde a Ordenação Manuelina até o CPC/1973, só a partir da Lei n. 9.307/1996 a arbitragem se tornou um meio um pouco mais eficaz, apto a impedir as fissuras entre os tribunais estatais e os privados com a sobreposição de atividades. Quando, por exemplo, reconhece-se ao tribunal arbitral a possibilidade de fixar a sua competência para o processamento e julgamento da causa[193].

---

[191] LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, enxada e voto** – o município e o regime representativo no Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 43; 44; 47.

[192] LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, enxada e voto** – o município e o regime representativo no Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 43; 44; 47.

[193] "O caráter aristocrático teria decorrido dos donatários, realmente vinculados a pequenas casas nobres de Portugal. A conjunção de todos esses fatores – a forma de colonização, o enriquecimento, o transplante da nobreza,

As fissuras entre os tribunais estatais e privados no Brasil chama atenção. Os fatores são múltiplos e se entrelaçam: históricos, antropológicos, sociológicos e culturais. Podemos resumir o quadro com a seguinte pergunta: por que somos assim? Um povo sem educação e que não se respeita. Infelizmente, esse quadro e essa filosofia acabam sendo refletidos na relação entre os tribunais da justiça estatal e os da justiça privada. .

A própria Lei n. 9.307/1996 teve a sua constitucionalidade discutida através de requerimento formulado pelo Ministério Público, no bojo do procedimento de homologação de sentença estrangeira n. 4.724-2. O pedido de homologação foi indeferido. O requerente interpôs recurso contra a decisão que indeferiu a homologação. O ministro Sepúlveda Pertence, então relator, reconsiderou sua decisão e homologou o laudo estrangeiro. De qualquer forma, essa "independência" da justiça privada frente à justiça estatal é um tema bem delicado e sensível na medida em que nossa história acabou modulando as atividades destes tribunais.

O relator não só reconheceu a constitucionalidade da lei em um pedido de reconsideração, como também, em diversas passagens do acórdão, deixa expresso o entendimento de que "a sustentação da constitucionalidade da arbitragem repousa na voluntariedade do acordo bilateral" mediante o qual as partes submeterão seu conflito ao juiz privado. Por outro lado, o relator entendeu que os arts. 6º e 7º da Lei n. 9.307/1996 seriam inconstitucionais. Na linha de raciocínio do relator, diferente do compromisso, a cláusula compromissória não tem por objeto lides já determinadas e concretizadas. A cláusula aborda lides futuras e eventuais, de caráter indefinido. Portanto, segundo o ministro,

> a renúncia, com força de definitiva, que aí se dividisse à via judicial já não se legitimaria por derivação da disponibilidade do objeto de litígio, que pressupõe sua determinação, mas ao contrário, consubstanciaria a renúncia genérica, de

---

o retrocesso a um modelo gerador da sociedade portuguesa – ativou-se com a dispersão territorial dos capitães e colonos, fixando, nas suas casas senhoriais, a autoridade política, anuladas as mãos do rei pela distância. O primeiro século teria sido "o nosso século feudal de colonização", como o batizou Sílvio Romero, período que, segundo Oliveira Martins, se prolongaria até o século dezoito, com vivas persistências, na forma da generalidade das opiniões, ainda no momento presente. "A conclusão iniludível" – acentua um lúcido representante da corrente feudalizadora – "é que o modo ou o regime de colonização posto em prática no Brasil por D. João III foi real e verdadeiramente de caráter feudal, embora, no momento de ser ele adotado, meio século já se tivesse existido em Portugal, como pretende A. Herculano, embora as leis do reino bafejadas pelo hábito imperialista do direito romano trouxessem expressas nas suas letras a condenação dos privilégios feudais. "A característica jurídica do primeiro sistema colonial brasileiro decorre, portanto, da sua própria natureza de instituição anacrônica, imperfeita e artificialmente implantada em terras do novo mundo". FAORO, Raymundo. **Os donos do poder** – formação do patronato político brasileiro. 11. ed. São Paulo: Globo, 1997, p. 129.

> objeto indefinido, à garantia constitucional de acesso à jurisdição, cuja validade os princípios repelem[194].

Desse modo, o voto do relator é no sentido de homologar o laudo, dado que a requerida havia firmado o compromisso; contudo, declara inconstitucional o parágrafo único do art. 6º, além dos arts. 7º e 41 da Lei n. 9.307/1996[195].

O ministro Nelson Jobim abriu a divergência. Em síntese, sustentou, em seu voto, o qual foi acolhido pela maioria de seus pares, que a norma infraconstitucional só estaria ferindo a Constituição Federal caso a lei compelisse o indivíduo unicamente a abrir a porta da arbitragem, sem deixar a opção de outros acessos. Quanto à execução compulsória disposta no art. 7º da Lei, o ministro argumenta que "a ação do art. 7º tem por objeto a instituição da arbitragem em relação a litígio conhecido decorrente de relação contratual". O juiz, no exame do caso concreto, verificaria a cláusula tal como foi pactuada, a fim de investigar se os requisitos para a sua execução foram preenchidos. Logo, a mencionada cláusula do dispositivo seria uma cláusula compromissória em branco.

Os ministros Ilmar Galvão, Ellen Gracie, Mauricio Corrêa, Marco Aurelio e Carlos Veloso acompanharam a divergência, formando um placar de 6 contra 4 votos, já que os ministros Sydney Sanches, Neri Silveira e Moreira Alves acompanharam o voto do ministro Sepúlveda Pertence. Em suma, a Lei n. 9.307/1996 nunca foi bem recebida por parte da jurisprudência. Os motivos são inúmeros, mas também decorrentes da inevitável perda de competência dos tribunais estatais, em suma, da perda de poder. O pior produto decorrente dessa falta de comunicação e de diálogo entre a justiça privada e a justiça estatal são as fissuras que começam a ocorrer entre as atuações dos tribunais de forma concorrente, prejudicando não só as partes, mas os próprios tribunais. Mencionamos especialmente os estatais, com a sobrecarga de trabalho e retrabalho, ao se habilitarem a examinar o mérito das decisões da justiça privada e de seus tribunais, ora fixando

---

[194] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Homologação de sentença estrangeira n. 4.724-2.

[195] O ministro assinalou em seu voto que a Lei de Arbitragem inovou substancialmente em relação ao CPC/1973, ao prever: i) a possibilidade de execução específica da obrigação de firmar o compromisso arbitral objeto da cláusula compromissória, se necessário, mediante provimento judicial substitutivo da parte recalcitrante (arts. 6º e 7º); ii) a equiparação dos efeitos da sentença arbitral aos da sentença judicial, independente de homologação judicial (art. 31 cc 35), com a explicitação de que "para ser reconhecida e executada no Brasil, a sentença arbitral estrangeira está sujeita, unicamente, à homologação do Supremo Tribunal Federal".

precedentes que somente são revistos dez anos após a fixação da tese, ora fixando precedentes contraditórios. E, com isso, atrapalhando o crescimento, o amadurecimento e o desenvolvimento da arbitragem como um sistema de resolução de conflito. Em suma, não há segurança jurídica nos precedentes e na jurisprudência dos tribunais estatais sobre vários pontos da arbitragem como meio de resolução de conflito. As fissuras existem e são concretas[196].

O Superior Tribunal de Justiça, examinando o Recurso Especial n. 1.312.651, reformou decisão do fórum da comarca de São Paulo, determinando que o juiz de piso executasse o laudo arbitral. Com uma visão absolutamente fora do esquadro, o juiz de primeiro grau, em decisão mantida pelo tribunal do Estado mais industrializado do país, declarou-se incompetente, uma vez que não poderia aplicar a cláusula de eleição de fórum do contrato de arbitragem, já que as partes anteriormente haviam optado pelo procedimento arbitral e, assim, o acórdão recorrido entendeu que o contrato não seria oponível à justiça estatal. Segundo o juiz, "as partes usaram o juízo arbitral para a solução do litígio, demonstrando que não têm apreço pela justiça dos Estados, o que enfraquece todas as postulações feitas nas razões do recurso de agravo de instrumento". O relator, ministro Marcos Buzzi, evitando a fissura entre os tribunais, determinou que o juízo de primeiro grau processasse a execução do laudo, destacando que "a utilização do procedimento da arbitragem não constitui desprestígio ao poder estatal de resolução de controvérsia como faz crer o trecho do acordão". E, assim, conclui seu voto, destacando as qualidades da arbitragem, dentre as quais, o fato de ser um procedimento "dotado de segurança, tecnicidade, rapidez, neutralidade e liberdade de escolha"[197].

---

[196] A respeito do conceito de segurança jurídica, José Joaquim Gomes Canotilho: "Os princípios da protecção da confiança e da segurança jurídica podem formular-se assim: o cidadão deve poder confiar em que aos seus actos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições jurídicas e relações, praticados ou tomadas de acordo com as normas jurídicas vigentes, se ligam os efeitos jurídicos duradouros, previstos ou calculados com base nessas mesmas normas. Estes princípios apontam basicamente para: (1) a proibição de leis retroactivas; (2) a inalterabilidade do caso julgado; (3) a tendencial irrevogabilidade de actos administrativos constitutivos de direitos". CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1995, p. 373.

[197] "Assim, a utilização do procedimento da arbitragem não constitui desprestígio ao poder estatal de resolução de controvérsias como a conciliação e a mediação, meio de superar conflitos, alternativa ao Poder Judiciário, ao qual merece seja dado respaldo e real desenvolvimento, pois dotado de segurança, tecnicidade, rapidez, neutralidade e liberdade de escolha, que veio para fazer valer os anseios da sociedade ávida por justiça, venha ela de que forma vier, desde que seja célere, econômica e eficaz, características, diga-se, ainda não alcançadas amplamente no âmbito do Poder Judiciário". BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial n. 1.312.651/SP (2012/0046639-0), Ministro Marco Buzzi. Recorrente: Invisa Nacional Hotéis Ltda. Julgamento: 18/02/2014, DJe: 25/02/2014, p. 10.

Outro bom exemplo de uma possível fissura decorrente da jurisprudência oscilante dos tribunais é extraído do julgamento do Recurso Especial n. 238.174, em maio de 2003. Naquele julgado, o relator, ministro Antônio de Pádua Ribeiro, entendeu que a Lei n. 9.307/1996, "sejam considerados os dispositivos de direito material, sejam os de direito processual não pode retroagir para atingir os efeitos do negócio jurídico perfeito. Não se aplica, pois, aos contratos celebrados antes do prazo de seu art. 43". Contudo, a Súmula n. 485, de 28-06-2012, é clara no sentido de que "a Lei de Arbitragem aplica-se aos contratos que contenham cláusula arbitral, ainda que celebrados antes de sua edição[198].

Outra possível fissura decorrente da intepretação vacilante dos tribunais estatais ocorre na interpretação de quando se abriria a competência da justiça estatal para a ação anulatória, prevista no art. 32 da Lei de Arbitragem. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça era absoluta no sentido da impossibilidade de abrir a porta estatal se ainda não houver "a prolação da sentença arbitral, nos termos dos arts. 32, I e 33, da Lei de Arbitragem", conforme precedente do ministro Luís Felipe Salomão, no Recurso Especial n. 1.278.852, julgado em 2013[199]. No mesmo sentido, é o voto do ministro Sidnei Beneti no Recurso Especial n. 1.302.900, já que estar-se-ia diante de uma "judicialização prematura", com a propositura de uma ação anulatória contra uma sentença inexistente[200].

Por outro lado, com o caminhar da jurisprudência, o Superior Tribunal de Justiça, em julgado proferido em 2016, relativizou seus precedentes. No caso, os ministros da 3ª Turma do tribunal entenderam que "o Poder Judiciário, nos casos em que prima facie identificar um compromisso arbitral 'patológico', 'claramente ilegal', deve declarar a nulidade dessa cláusula, independentemente do estado em que se encontrar o procedimento arbitral".

Sem querer adentrar ao mérito da decisão, conceitos como 'patológico' ou 'claramente ilegal' são indeterminados, e não desenvolvem homogeneidade na

---

198 BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial n. 238.174/SP (1999/0102895-7), Relator: Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, Brasília, Recorrente: Campari do Brasil Ltda. Julgamento: 06/05/2003, DJe: 16/06/2003, p.10.

199 BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial n. 1.278.852/MG (2011/0159821-0), Ministro Luis Felipe Salomão. Recorrente: SAMARCO Mineração S/A. Julgamento: 21/05/2013, DJe: 19/06/2013, p. 1.

200 BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial n. 1.602.076/SP (2016/0134010-1), Ministra Nancy Andrighi. Recorrente: Odontologia Noroeste Ltda. Julgamento: 15/09/2016, DJe: 30/09/2016.

interpretação e na aplicação da lei. Esperamos que essa nova interpretação não possibilite o desenvolvimento de outras possíveis fissuras. Por que não esperar que o próprio tribunal, no exercício do princípio *kompetenz-kompetenz*, examine essa alegação e, em seguida, caso o próprio tribunal arbitral deixe de reconhecer e apontar sua incompetência, a matéria ficará devolvida ao exame da corte estatal através da ação prevista no art. 32 da Lei de Arbitragem? ?[201] [202]

Outra possível fissura do sistema decorre de interpretações equivocadas dos tribunais estatais acerca dos conceitos e dos princípios que regem a arbitragem como um meio de resolução de conflitos. Caso emblemático foi o julgamento do Recurso Especial n. 1.331.100, em 2016. Cingiu-se a discussão acerca do cabimento da arbitragem, por força da incidência de cláusula escalonada, já que além desta via, haveria a possibilidade de mediação, como também a opção pelos tribunais estatais, já que existiam contratos coligados sem cláusula de arbitragem. A relatora, ministra Maria Isabel Galotti, lembrando a lição de José Carlos Barbosa Moreira ("a subtração de um litígio ao conhecimento da Justiça estatal tem óbvio caráter de exceção: a regra é naturalmente a do julgamento das lides pelos juízes ordinários"), votou no sentido de interpretar "que não houve pactuação de cláusula arbitral, no sentido legal. Isso porque, em síntese, o contrato previa três vias para a solução de litígios: a mediação ou arbitragem e a judicial". Assim, a relatora conclui seu voto, ao fechar o acesso à porta da arbitragem ao jurisdicionado: "não havendo pactuação, com exclusividade, da via arbitral não há cláusula compromissória, sequer denominada "cláusula vazia", que autorize a submissão forçada da parte recalcitrante à arbitragem"[203].

O ministro Raul Araújo abriu a divergência, entendendo "que há cláusula compromissória no acordo de acionistas, inexistindo no v. acórdão recorrido afronta aos

---

[201] BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial n. 1.302.900/MG (2012/0006413-5), Ministro Sidnei Baneti. Recorrente: SAMARCO Mineração S.A. Julgamento: 09/10/2012, DJe: 16/10/2012, p. 1.

[202] Carmem Tiburcio investiga o princípio na legislação alemão e a decisão do Supremo Tribunal alemão reconhecendo a autonomia dos tribunais arbitrais para examinar a sua própria competência. "As Regras de Câmaras de Arbitragem unanimemente consagram essa regra. O art. 15.1 das Regras de Arbitragem Internacional da AAA prevê a competência do tribunal arbitral para decidir sobre sua própria jurisdição, inclusive em caso de arguições quanto à existência, objeto e validade da convenção de arbitragem". TIBURCIO, Carmen. O princípio da *Kompetenz-Kompetenz* revisto pelo Supremo Tribunal Federal de Justiça Alemão (*Bundesgerichtshof*). *In*: **Arbitragem**: estudos em homenagem ao prof. Guido Fernando da Silva Soares (*in memoriam*). São Paulo: Atlas, 2007, p. 429.

[203] BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial n. 1.331.100/BA (2012/0100301-4), Ministra Maria Isabel Galloti. Recorrente: Kieppe Participações e Administração Ltda. Julgamento: 17/12/2015, DJe: 22/02/2016, p. 13.

dispositivos da Lei n. 9.307/1996". O ministro, interpretando corretamente a cláusula escalonada de conciliação e arbitragem, entendeu que havia somente uma via. Tanto a mediação como a arbitragem formavam uma única porta de acesso à justiça. No caso, como uma das partes não buscava mais a mediação, não havia razão para deixar de submeter a controvérsia à arbitragem[204].

Essas possíveis fissuras dos tribunais, decorrentes do modo de ver as coisas pelos seus próprios operadores, são geradas pelas partes em diversas oportunidades, aumentando, ainda mais, a visão crítica dos magistrados em face da escolha da justiça privada, apequenado, assim, a arbitragem como meio de resolução de conflitos. No julgamento do pedido de homologação de sentença estrangeira, o ministro Luís Felipe Salomão se valeu de precedente do ministro Teori Zavascki para fundamentar sua decisão, sublinhando a má-fé da parte em optar pela justiça privada e, quando instaurado o conflito, buscar socorro junto aos tribunais estatais:

> a requerida ingressou no procedimento arbitral vislumbrando a possibilidade dele auferir vantagens; assumiu, em contrapartida, de forma clara e consciente, os riscos decorrentes de eventual sentença em sentido contrário. Assim, não tendo obtido êxito em seu intento, não prima pela boa-fé alegar, em seu favor, nulidade dessa forma de vinculação, que foi promovida, como já ressaltado, por iniciativa e com o fito de obter benefícios próprios[205].

A visão crítica sobre a arbitragem não é exercida apenas pelos tribunais e seus magistrados. Parte da doutrina acompanhou, com desconfiança, o processo privado com a promulgação da Lei n. 9.307/1996. José Carlos Barbosa Moreira, ao examinar a duração dos processos, lembra que a excessiva duração do processo não é uma mazela apenas brasileira, citando, como exemplo de outro país que compartilha do mesmo problema, a justiça italiana. Em seguida, o fundador da escola de Direito de Copacabana lança pesadas críticas ao sistema americano. Sinalizando o alto custo do acesso à justiça, sustenta: "em muitos órgãos, é necessária uma espera de quatro a cinco anos para chegar ao julgamento". Segundo o autor, seria um equívoco acreditar que a

---

[204] BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial n. 1.331.100/BA (2012/0100301-4), Ministra Maria Isabel Galloti. Recorrente: Kieppe Participações e Administração Ltda. Julgamento: 17/12/2015, DJe: 22/02/2016, p. 45.

[205] BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Sentença Estrangeira Contestada n. 12115 – EX (2014/0219300-7), Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Requerente: Vestas do Brasil Energia Eolica Ltda, fl. 1. Julgamento: 06/04/2016, DJe: 03/05/2016, fl.1.

conciliação e a mediação podem acelerar a máquina judiciária. “Há boas razões para duvidar da correção desse raciocínio. Experiências realizadas em diferentes lugares não confirmam a rósea expectativa”. Ainda para José Carlos Barbosa Moreira,

> o recurso ao juízo arbitral nem sempre constitui alternativa sedutora para o litigante comum, para o homem da rua. [...] Ajunte-se que estão *a priori* excluídos da arbitragem os conflitos atinentes a relações jurídicas indisponíveis, os quais representam percentagem considerável de carga de trabalho dos juízes[206].

Nem se diga que José Carlos Barbosa Moreira seria um publicista, a não simpatizar com a arbitragem como meio de resolução de conflitos a substituir a justiça estatal. Carlos Alberto Carmona, em 1999, examinou a possibilidade de os árbitros e os juízes (ou seja, a justiça privada e a justiça estatal), ou viverem em guerra, ou buscarem viver em paz. Em seu artigo, o professor da USP destacou que a arbitragem funciona como uma via alternativa para quem quer “prudente distância do Poder Judiciário”. Após demonstrar que o árbitro, como o juiz, exerce atividade, função e poder, sustentando, inclusive, poderes instrutórios na atividade do julgador, o autor conclui: “A análise do relacionamento entre os juízes e os árbitros leva à conclusão de que pesa sobre este tema delicado e importante uma gama enorme de preconceitos, ou ainda melhor, de conceitos mal resolvidos”[207].

Como causa deste fenômeno, o autor aponta:

> a pouca experiência dos brasileiros no manejo de meios alternativos aos oferecidos pelo Estado para a solução de controvérsias, aliado ao fetiche da pompa e circunstâncias típicos do processo judicial tradicional. Acrescente-se a isto o horror demonstrado por alguns juízes ao que lhes pareceu verdadeira ameaça ao seu poder jurisdicional, e está formado um quadro pouco animador[208].

A justiça privada, ou seja, a arbitragem, ao longo dos últimos 25 anos, apesar de todos os preconceitos e fissuras, consolidou-se como uma porta de acesso à justiça e, assim, como uma alternativa de resolução de conflitos. Carlos Alberto Salles examina o que seria a arbitragem moderna: “está lastreada em uma disciplina jurídica apta a lhe

---

[206] MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual** (nona série). O problema da duração dos processos: premissas para uma discussão séria. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 5-9.
[207] CARMONA, Carlos Alberto. **Aspectos fundamentais da Lei de Arbitragem, árbitros e juízes**: guerra ou paz? Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 433.
[208] CARMONA, Carlos Alberto. **Aspectos fundamentais da Lei de Arbitragem, árbitros e juízes**: guerra ou paz? Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 433.

emprestar condições que garantam sua vinculatividade". Segundo o autor, "significa dizer que tal disciplina deve impedir eventuais intromissões da Justiça estatal na matéria objeto da convenção das partes e, ao mesmo tempo – e em sentido inverso – dar respaldo à efetividade da escolha das partes". Será que o nosso sistema jurídico está conseguindo evitar as fissuras? A realidade demonstra que não é o que ocorre[209].

O autor aponta as principais características ou vetores da justiça privada, ou seja, da arbitragem: a preponderância da autonomia da vontade, a opção de um árbitro de confiança, com especialidade técnica, imparcial e neutro, que buscará a eficiência e a confidencialidade no procedimento. O produto final, ou seja, o laudo arbitral será uma decisão definitiva sobre a controvérsia e o seu cumprimento estará assegurado pelo Estado, através da coação, se necessário[210].

O art. 1º da Lei de Arbitragem prevê que "as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis". Já o art. 18º preceitua que a sentença arbitral "não fica sujeita a homologação pelo Poder Judiciário". O art. 21º estipula a possibilidade de a arbitragem obedecer "ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento". A autoridade do Estado com o seu selo estatal encontra-se no art. 31º da lei. O legislador estipulou que "a sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo".

Nadia de Araujo, examinando a então nova Lei de Arbitragem brasileira, em 1999, e os princípios uniformes dos contratos comerciais internacionais, destaca que os laudos nacional e estrangeiro passaram a ter o mesmo tratamento:

> é preciso ter em mente, a partir da nova Lei de Arbitragem, que em contratos internacionais ou internos precisam ser considerados em conjunto três cláusulas: a cláusula arbitral que possibilita a utilização de meio extrajudicial para dirimir os eventuais conflitos decorrentes do contrato, a cláusula de lei aplicável que determina qual a lei que será aplicável ao contrato (podendo ser utilizada a teoria

[209] SALLES, Carlos Alberto de. **Negociação, mediação, conciliação e arbitragem** – curso de métodos adequados de solução de controvérsias. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 243.
[210] SALLES, Carlos Alberto de. **Negociação, mediação, conciliação e arbitragem** – curso de métodos adequados de solução de controvérsias. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 241-260.

> da autonomia da vontade quando houver convenção arbitral) e a cláusula de foro que estipula o lugar onde a ação será proposta ou a arbitragem será realizada[211] [212].

A autonomia da vontade é a mola propulsora do sistema. No julgamento do Recurso Especial n. 1.389.763, em 2013, no qual o recorrente, sem sucesso, tentava fugir da jurisdição privada, a 3ª Turma explicitou que a vinculação das partes não prescinde de cláusula cheia, no caso concreto, "na qual se convenciona a forma de nomeação dos árbitros ou adoção de regras institucionais". Até porque, conforme ressaltado pela ministra Nancy Andrighi, "a força motriz da arbitragem e a razão de sua constitucionalidade é o reconhecimento da total liberdade das partes quanto à submissão de interesses disponíveis à jurisdição privada". Partindo dessa premissa, dessa ampla autonomia das partes, a ministra enfatiza em seu voto que a manifestação das partes e dos árbitros "possibilita a revisão e a adequação das regras que serão utilizadas no desenrolar do processo, ainda que resulte em alterações quanto ao anteriormente convencionado, desde que respeitada a igualdade entre as partes e o contraditório"[213].

A autonomia da vontade também fica expressa na escolha do julgador pelas partes. Justamente por força desta opção, ao arrepio do juiz natural, das regras de competência e de distribuição de processos, o árbitro é escolhido pela simples vontade das partes. Selma Maria Ferreira Lemes, em seu artigo *Árbitro: o padrão de conduta ideal*, aponta o dever de revelação do árbitro. Ele deverá explicitar "a natureza e a

---

[211] Nadia de Araujo, ao definir o conceito de arbitragem, destaca que assim como se espera o cumprimento espontâneo do direito, esta é a regra inclusive, espera-se o cumprimento espontâneo do laudo arbitral: "A arbitragem é meio jurídico de solução de controvérsias presentes ou futuras, baseado na vontade das partes envolvidas, as quais elegem por si mesmas e diretamente, ou através de mecanismos por elas determinados, árbitros para serem os juízes da controvérsia, confiando-lhes a missão de decidir de forma obrigatória o litígio mediante a prolação de um laudo arbitral. Ao final da arbitragem, idealmente, espera-se que o laudo seja cumprido espontaneamente. Sua natureza em nada se modifica em virtude de ser a arbitragem interna ou internacional". ARAUJO, Nadia de. A nova lei de arbitragem e os "princípios uniformes dos contratos comerciais internacionais". *In*: CASELLA, Paulo Borba. **Arbitragem** – lei brasileira e praxe internacional. São Paulo: LTr., 1999, p. 136.

[212] No mesmo sentido se manifestou Jacob Dolinger, examinando a autonomia da vontade para a escolha da lei aplicável no direito internacional privado: "As partes, ao escolherem a lei aplicável, devem atentar para a respectiva legislação e os princípios básicos do respectivo sistema jurídico para se assegurar de que nenhum está sendo infringido pelas cláusulas contratuais, e quando puderem antever em que jurisdição se há de concretizar a execução do contrato, por qualquer forma, devem também cuidar de não ofender princípios básicos do respectivo sistema legal. Mas isto é questão a ser examinada, voluntariamente, pelos contratantes, sem nenhum reflexo sobre a validade do contrato". DOLINGER, Jacob. A autonomia da vontade para escolha da lei aplicável no direito internacional privado brasileiro. *In*: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (coord.). **Arbitragem**: estudos em homenagem ao prof. Guido Fernando da Silva Soares (*in memoriam*). São Paulo: Atlas, 2007, p. 110.

[213] BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial n.1.389.763/PR (2013/0186578-8), Ministra Nancy Andrighi. Recorrente: Inepar S.A Indústria e Construções. Julgamento: 12/11/2013, DJe: 20/11/2013, p. 10.

duração de qualquer relação social substancialmente mantida com uma das partes, testemunhas, com os outros árbitros, assim como revelar se tem conhecimento prévio da causa". A autora sustenta a aplicação aos árbitros da ética deontológica, ou seja, os árbitros deverão se portar por meio de "normas diretoras da atividade profissional sob o signo da retidão moral ou da honestidade, sendo o bem a fazer e o mal a evitar no exercício da profissão o objeto da deontologia profissional". Até porque, segundo a autora, como os árbitros exercem um "*munus publicum*, hão de estar presentes os valores éticos aqui salientados, que traçam seu padrão de conduta ideal"[214] [215].

O Superior Tribunal de Justiça, ao examinar o Recurso Especial n. 1.636.102, em 2017, acaba por jogar luz à autonomia da vontade, reconhecendo plenamente válida a prorrogação de prazos, "sobretudo em virtude da maior flexibilidade desse meio alternativo de solução de conflitos, no qual deve prevalecer, em regra, a autonomia da vontade". A recorrente, sob o pretexto de ausência de fundamentação do laudo, objetivava rediscutir todo o mérito da controvérsia então decidido pela justiça privada. O relator, ministro Ricardo Cueva, destacou que também não há violação ao contraditório se o árbitro, dentro dos limites da lide, decidir por meio de uma solução não "aventada por nenhuma das partes". Até porque, ao processo arbitral, "à semelhança do processo judicial", aplica-se a teoria da substanciação[216].

Pedro Batista Martins, ao examinar as normas e os princípios aplicáveis aos árbitros, sublinha que a "integridade moral dos julgadores e a condução regular do procedimento são fatores de relevo" a legitimar o próprio processo de resolução de

---

[214] LEMES, Selma Maria Ferreira. Árbitro: o padrão de conduta ideal. *In*: CASELLA, Paulo Borba. **Arbitragem** – lei brasileira e praxe internacional. São Paulo: LTr., 1999, p. 238-268.

[215] Carlos Alberto Carmona, ao examinar os 7 pecados capitais do árbitro, assim define o que seria o árbitro ideal: "Depois de expor patologias e monstruosidades, creio que convenha encerrar este ensaio descrevendo o que me parece ser um árbitro ideal: o julgador que profere, em tempo razoável e de modo sereno, uma decisão tão justa quanto possível, levando em conta os fatos alegados e provados, em conformidade com as regras aplicáveis, permitindo às partes que exponham o seu caso de forma completa e possam influenciar a decisão, mas sem dilatações desnecessárias". CARMONA, Carlos Alberto. Os sete pecados capitais do árbitro. **Revista de Arbitragem e Mediação**, jan.-mar. 2017, p. 9.

[216] Da ementa, destaco a seguinte passagem do julgado: "Aplica-se à arbitragem, à semelhança do processo judicial, a teoria da substanciação, segundo a qual apenas os fatos vinculam o julgador, que poderá atribuir-lhes a qualificação jurídica que entender adequada ao acolhimento ou à rejeição do pedido, não se podendo afirmar, no caso em exame, que a solução apresentada desbordou das postulações inicialmente propostas. No procedimento arbitral, é plenamente admitida a prorrogação dos prazos legalmente previstos por livre disposição entre as partes e respectivos árbitros, sobretudo em virtude da maior flexibilidade desse meio alternativo de solução de conflitos, no qual deve prevalecer, em regra, a autonomia da vontade". BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial n.1.636.102/SP (2016/0057629-7), Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Recorrente: TEC Incorporações e Empreendimentos Imobiliários S.A. Julgamento: 13/06/2017, DJe: 01/08/2017, p.1.

conflito. Até porque, o procedimento “se desenvolve fora do controle direto do organismo estatal da justiça”. Conforme sustenta o autor, o árbitro não poderá se valer do *non liquet*, porque além do dever de sigilo, de transparência e o pleito de recusa, o *expert* tem a obrigação de arbitrar e responde, assim como o juiz estatal, no exercício de um *munus publicum*, como funcionários públicos no exercício de sua função, conforme determina o art. 17 da Lei de Arbitragem[217].

Inúmeros são os julgados do Superior Tribunal de Justiça sublinhando o exercício de uma função pública pelos árbitros, como fazem os juízes no exercício da parcela da sua jurisdição. No julgamento do Recurso Especial n. 1.102.460, no âmbito do cumprimento de sentença arbitral, o ministro Marco Buzzi entendeu que se aplica a multa do art. 543-C do CPC/2015, caso não ocorra o cumprimento espontâneo pelo devedor[218]. No julgamento do Recurso Especial n. 1.698.730, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que a função do tribunal estatal para medidas provisórias se encerra com o início do exercício da função pública pelo tribunal arbitral. Nessa toada, o ministro Marco Aurélio Belizze, por sua vez, avaliou como competente para o exame do pedido de desconsideração da personalidade jurídica a justiça privada[219].

O exercício de função pública pela justiça privada, pela arbitragem, gera justamente as fissuras entre os tribunais, já que, normalmente, os tribunais estatais se sentem atingidos em parcela do seu poder, ou melhor, na sua competência. Não é incomum os conflitos de competência envolvendo a justiça privada e a justiça estatal. O Superior Tribunal de Justiça, no conflito de competência n. 111.230, reconheceu o conflito, até porque a “atividade desenvolvida no âmbito da arbitragem tem natureza jurisdicional, sendo possível a existência de conflito de competência entre juízo estatal e câmara arbitral”. Neste julgado, a fissura entre os tribunais salta aos olhos, quando a

---

[217] “Consequentemente, por encontrarem-se em posição análoga a dos julgadores estatais e em prevalência ou superioridade às partes, o legislador procurou fixar, expressamente, os deveres e responsabilidades dos árbitros. A boa-fé dos partícipes, e a fidúcia na pessoa dos árbitros, são aspectos de curial importância no sucesso do juízo arbitral, que se desenvolve fora do controle direto do organismo estatal de justiça”. MARTINS, Pedro A. Batista. **Normas e princípios aplicáveis aos árbitros** – aspectos fundamentais da Lei de Arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 292.

[218] BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial n. 1.102.460/RJ (2008/0255844-7), Ministro Marco Buzzi. Recorrente: David Zylbertajn e outros. Julgamento: 17/06/2015, DJe: 23/09/2015.

[219] BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial n. 1.698.730/SP (2016/0146726-1), Ministro Marco Aurélio Bellizze. Recorrente: Juan Manuel Quiros Sadir e outros. Julgamento: 08/05/2018, DJe: 21/05/2018.

justiça estatal passa a enxergar com lupa a arbitragem, reduzindo-a a uma parajurisdição. Segundo a decisão do tribunal de origem, conforme consta do julgado:

> [...] informado do fato, o juízo estadual reiterou a determinação de que fosse realizada a diligência, sob o argumento de que "a decisão do Tribunal arbitral carece de total amparo não só legal, mas também constitucional", à medida que é absurdo que um tribunal com jurisdição ou pára-jurisdição, extremamente limitada, se arvore em suspender decisão da 14ª Vara do Tribunal de Justiça[220].

Neste julgado, a ministra Nancy Andrighi, então relatora, sublinhou, citando Fredie Didier Junior: "ao escolher a arbitragem, o jurisdicionado não renuncia à jurisdição, mas à jurisdição prestada pelo Estado", inclusive, a própria jurisdição prestada pelo Estado "não é exercida apenas por pessoas aprovadas em concurso público". Assim, o tribunal entendeu, conforme o art. 18 da Lei de Arbitragem, que "o árbitro é o juiz de fato e de direito da causa, competindo-lhe não apenas decidir o processo principal, mas também as medidas cautelares eventualmente reputadas necessárias, delegando ao Poder Judiciário apenas a respectiva efetivação"[221].

De todo o exposto, para classificarmos a arbitragem como jurisdição, ou até mesmo parajurisdição, precisamos definir qual seria a natureza jurídica deste meio de resolução de conflito e o que é jurisdição.

Revisitando a história, temos que a arbitragem é o meio de resolução de conflito utilizado pelos particulares a partir dos primórdios da civilização, ou seja, milênios antes da própria formação dos Estados nacionais. No Brasil, a arbitragem foi um importante instrumento para os comerciantes do século XVI, como meio de aplicação da *lex mercatoria*, ou seja, como meio de aplicação do direito dos comerciantes.

Apesar da ausência de um Estado, a sociedade da época impunha regras que deveriam ser observadas, sob pena de se aplicar alguma sanção. Como exemplo, mencionamos a proibição de acesso de um navio inadimplente a determinado porto, ou a recusa de todos os comerciantes de um segmento em negociar com determinado comerciante conhecido por sua inadimplência. A prática mercantil e comercial impunha a

---

[220] BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Conflito de Competência n. 111.230/DF (2010/0058736-6), Ministra Nancy Andrighi, j. 08-05-2013, DJe 03-04-2014, p. 11.
[221] BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Conflito de Competência n. 111.230/DF (2010/0058736-6), Ministra Nancy Andrighi, j. 08-05-2013, DJe 03-04-2014, p.13.

observação de regras. Com a ruptura da regra, com a materialização do até então eventual conflito, surge a justiça privada, surge a arbitragem.

Mirando a arbitragem praticada no século XVI, poderíamos afirmar que esse meio alternativo de resolução de conflito tem origem na autonomia da vontade das partes, na vontade das partes em contratar. Os comerciantes podiam estabelecer a arbitragem através do próprio costume e prática, ou seja, ocorrendo a pretensão resistida de interesses, a arbitragem emergiria não por um negócio jurídico à parte, mas como meio natural de resolução do conflito. A relação contratual é que levava as partes à arbitragem, como verdadeiro meio de resolução do seu próprio conflito. O direito ao acesso à arbitragem surge com a relação contratual. Já no ordenamento jurídico brasileiro vigente, a natureza jurídica contratual deste meio de resolução de conflito emerge do art. 9º da Lei de Arbitragem, já que "o compromisso é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial".

Para melhor ilustrar o aspecto contratual da arbitragem, os negócios jurídicos ou convenções processuais, conforme art. 190 do CPC/2015, funcionam como um bom instrumento. Assim como ocorre nas arbitragens, quando se tratar de direitos disponíveis, as partes poderão estabelecer regras procedimentais próprias para o seu processo, já que é lícito "estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo".

Antonio do Passo Cabral, ao tratar do tema em tese específica, esclarece que os acordos processuais, como atos determinantes, a excluir a ingerência do magistrado no campo adstrito à autonomia da vontade, produzem os efeitos processuais pretendidos.

As consequências da produção dos efeitos dos atos determinantes acabam restringindo o exame do acordo pelo juiz, *a posteriori*, limitado aos requisitos formais, porque a atividade do magistrado está vinculada ao que fora deliberado[222]. A autonomia

[222] "As consequências dessa qualificação são várias. De um lado, nos atos determinantes, o magistrado não analisa a admissibilidade do negócio processual *a priori*, exercendo o controle apenas *a posteriori*. Por outro lado, o juiz também não tem o poder de apreciar a conveniência do acordo, limitando-se a um exame de validade porque vinculado ao que foi deliberado pelas partes". CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 65.

da vontade, ao celebrar a convenção processual válida, assim como o compromisso arbitral, permite que esses atos determinantes produzam efeitos independentemente de homologação judicial. No caso das convenções processuais, o CPC/2015, em seu art. 190, § 1º, permite que o juiz as conheça de ofício. A convenção de arbitragem, por outro lado, é matéria que deverá ser arguida pelo réu, conforme o CPC/2015, art. 337, X[223].

A convenção processual, o compromisso arbitral e a cláusula de eleição de foro interferem diretamente na atividade e, consequentemente, na competência do juiz. Ora excluindo-a, ora limitando-a. As partes, em sede de interesse disponível, podem limitar a atividade do julgador, quando decidem que no seu processo só caberá a produção de prova documental. Neste exemplo, o juiz não poderá determinar a produção de prova pericial nos livros da companhia, nem sequer para apurar ilícito, já que nestas hipóteses, após a extração de peças, a competência é do juízo criminal. O mesmo fenômeno ocorre quando o juiz se depara com o compromisso arbitral válido. Ele deverá se declarar incompetente para examinar a questão, remetendo os autos ao juízo arbitral. No caso, estamos diante de incompetência do juiz para processar e julgar a causa e não de ausência de jurisdição[224].

A natureza jurídica da arbitragem ganha novos contornos com a formação dos Estados nacionais. A partir da Revolução Francesa e do desenvolvimento de um Estado onipresente, a justiça privada é avocada pelos donos do poder. Bom exemplo do fortalecimento do poder constituído é o surgimento da obrigatoriedade de homologação de sentença estrangeira pela justiça estatal, como o fez o Código Napoleônico. Surgem, então, a justiça estatal monopolizada pelo Estado, os Poderes Executivo, Legislativo e

---

[223] José Carlos Barbosa Moreira, em artigo publicado em 1982: "O juiz conhece *ex officio* da convenção, desde que constante dos autos, independente de arguição da parte interessada em fazê-la valer, exceto quando a lei subordine o conhecimento à alegação, conforme se dá no que respeita ao compromisso (arts. 267, prg 3, a *contrario sensu*, e 301, prg 4)". MOREIRA, José Carlos Barbosa. Convenções das partes sobre matéria processual. **Temas de direito processual** (terceira série) São Paulo: Saraiva: 1981, p. 98.

[224] Fredie Didier Junior, ao examinar a natureza jurídica da arbitragem, sustenta que a falta de competência da justiça privada para executar seus julgados não significa ausência de jurisdição, mas se resume à incompetência: "Outro argumento contrário à natureza jurisdicional da arbitragem é o fato de o árbitro não poder executar as suas decisões. A questão, aqui, é de incompetência e não de falta de jurisdição: a lei, ao permitir a arbitragem, atribui-lhe competência apenas para certificar direitos, não para efetivá-los. Basta lembrar, por exemplo, a execução penal: normalmente, o juiz da execução não é o mesmo juiz que proferiu a sentença penal condenatória (art. 65 da Lei n. 7.210/1984). A circunstância de o juiz não ter, neste caso, poder executivo, não significa que não esteja investido da função jurisdicional. Falta-lhe, apenas, a competência funcional". DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil – parte geral e processo de conhecimento. v. 1. 18. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 174-175.

Judiciário e a jurisdição como instrumento dos donos do poder para resolver o conflito entre os seus membros.

A partir da Revolução Francesa, o Estado teria tomado para si a justiça privada e a redistribuído na justiça estatal. Quanto a esse ponto, vale lembrarmos o direito romano. Em Roma, nos períodos iniciais, a solução do conflito estava a cargo do *judex*, responsável pela fase *apud judicem*, ou seja, o responsável pelo julgamento. O *judex* era "um cidadão privado que o pretor investia do *munus público* de conduzir o processo e proferir julgamento". No período da extraordinária *cognitio*, como explica Cândido Rangel Dinamarco, "com a gradual absorção pelo Estado romano do poder de julgar", o Estado absorve a fase de condução e julgamento da causa, "com o quê se abriram portas para que a jurisdição passasse a ser considerada um inalienável monopólio estatal"[225] [226].

A presença do Estado está inserida no próprio conceito de jurisdição. Segundo a definição de Leonardo Greco, a jurisdição é "exercida por um órgão independente e imparcial, que atua a vontade concreta da lei na justa composição da lide ou na proteção de interesses particulares". Segundo "a visão tradicional romano-germânica, consolidada a partir do Iluminismo", a função primordial da jurisdição é aplicação do direito estabelecido pelo Estado, a quem cabe aplicar a vontade concreta da lei ao compor a lide de acordo com o direito. Ou seja, o Leviatã faz a lei e a aplica[227].

Ugo Rocco sublinha:

---

[225] DINAMARCO, Cândido Rangel. **A arbitragem na teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 35-37.

[226] No direito penal, conforme explica José Cretella Júnior, a ingerência do Estado na justiça privada também foi gradual. CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito romano**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 303.

[227] "O primeiro instituto fundamental da teoria geral do processo é, portanto, a jurisdição. Essa é a função preponderantemente estatal, exercida por um órgão independente e imparcial, que atua a vontade concreta da lei na justa composição da lide ou na proteção de interesses particulares. A jurisdição é exercida por órgãos independentes e imparciais, o que não significa, necessariamente, que ela deva ser exercida por juízes. A Convenção Americana de Direitos Humanos alude à jurisdição como uma função exercida por um "tribunal imparcial" (art. 8º). Um órgão imparcial, em sentido amplo, é aquele dotado de dois atributos, que são essenciais da jurisdição, quais sejam: independência e imparcialidade em sentido estrito. Prosseguindo na análise do conceito de jurisdição, a visão tradicional romano-germânica, consolidada a partir do iluminismo, é no sentido de que aquela atua a vontade concreta da lei. Visão essa que preservei no conceito da função jurisdicional não como característica essencial, mas como uma característica real. A lei é um fator determinante do conteúdo da prestação jurisdicional, mas a função ou a finalidade desta não é a de atuar a lei, e, por isso, considero a atuação da vontade concreta da lei uma nota que, não obstante caracterize a jurisdição nos países de direito escrito, não é essencial a um conceito universal de jurisdição. A jurisdição deve atuar para a justa composição da lide, ou seja, compor a lide de acordo com o direito, porque é ele que estabelece as regras de comportamento vigentes numa sociedade, recomendando a sua observância a todos os cidadãos. Além da justa composição da lide, o conceito elucida que a jurisdição visa também a tutelar ou proteger interesses particulares". GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil** – introdução ao direito processual civil. v. I. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 69.

> La giurisdizione è l´attività com la qual elo Stato provede alla tutela del diritto subbiettivo, ossia alla reintegrazione del diritto minacciato o violato [...] na opinione sostiene che la giurisdizione è l´attività dello Stato direta alla attuazione del dirito obbiettivo mediante l´aplicazione della norma generale al caso concreto e mediante la realizzazione forzata della norma generale stessa[228].

Conforme reconhece o autor, parte da doutrina afirma que a jurisdição é a aplicação da lei do Estado pelo próprio poder constituído. Diversamente de Leonardo Greco, Ugo Rocco sublinha no seu conceito de jurisdição o aspecto da coerção como elemento a compor sua definição.

Sustenta, ainda, que a jurisdição é um direito do próprio Estado sob o ponto de vista social, como direito público oponível a todos. Menciona a relação processual derivada do direito à jurisdição. Como a jurisdição serve para a resolução da controvérsia, "sua caratteristica esteriore sarbbe il contraditório"[229], consequentemente, a atividade das partes e do julgador forma a relação em contraditório, estabelecendo uma relação pública com o Estado[230].

A jurisdição ou função jurisdicional é de índole substitutiva, quando se coloca a solucionar o conflito, substituindo a vontade das partes. Poderíamos afirmar que esta característica seria o principal atributo da jurisdição, "a substituição de uma atividade-vontade privada, por uma atividade pública, que é a vontade da lei a imperar". Segundo Arruda Alvim, a essa atividade substitutiva precisará ser somada a qualidade de imutabilidade da decisão[231].

Eduardo J. Couture, ao abordar a natureza jurídica do processo, remete à sua primeira fase, conhecida como contrato. A doutrina francesa dos séculos XVIII e XIX

---

[228] ROCCO, Ugo. **Tratatto di diritto processuale** – diritto processuale civile. Napoli: Torinese, 1957, p. 12-14. Tradução livre: "A jurisdição é a atividade com a qual o Estado assegura a proteção do direito subjetivo, ou seja, o restabelecimento do direito ameaçado ou violado [...] a opinião sustenta que a jurisdição é a atividade do Estado para a aplicação do direito objetivo por meio da norma geral ao caso em apreço e mediante a realização forçada da própria norma geral".

[229] Tradução livre: "sua característica externa seria o contraditório".

[230] "Infatti, se dal punto di vista sociale, la giurisdizione ci appare uma funzione dello Stato, dal punto di vista Giuridic essa costituisce invece um diritto dello Stato". ROCCO, Ugo. **Tratatto di diritto processuale** – diritto processuale civile. Napoli: Torinese, 1957, p. 181-182. Tradução livre: "Efetivamente, se pelo prisma social a jurisdição é uma função do Estado, pelo jurídico, é um direito do Estado".

[231] Arruda Alvim aponta 4 marcas características da atividade jurisdicional, todas aplicáveis aos processos arbitrais. A *terzietà* do juiz, ou seja, um julgador com desinteresse na causa, já que imparcial porque não suspeito, tampouco impedido. O poder de que está investido este terceiro é o de aplicar o direito ao caso concreto. A atividade jurisdicional se estabelece em contraditório, em decorrência de uma relação entre as partes e o julgador. O 4º princípio informador seria a inércia inicial. Ou seja, "o Poder Judiciário somente age quando regularmente provocado". ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**. v. 1. 7. ed. São Paulo: RT, 2001, p. 181-183.

pressupunha a existência de um acordo ou convenção das partes para aceitar a decisão do juiz e, “que el efecto entre partes de la cosa juzgada no era otra cosa que la consecuencia lógica del principio de que las convenciones sólo afectan a los contratantes”[232]. Em seguida, após transpor a fase do quase-contrato, o processo começou a ser visto como uma relação jurídica e, ao desenvolver a ideia de que o processo seria uma relação jurídica, ele se transforma numa situação jurídica porque “las partes no están ligadas entre sí, sino que existen apenas estados de sujeción de las mismas al orden jurídico, en su conjunto de posibilidades, de expectativas y de cargas”[233]. Quer seja uma relação jurídica, quer seja uma situação jurídica, a relação entre o Estado e as partes durante o processo ganhou relevo e tornou-se um fato comum aos operadores da justiça[234].

---

[232] Tradução livre: “que o efeito inter partes da coisa julgada nada mais era do que a consequência lógica do princípio de que as convenções somente afetam os contratantes”.

[233] Tradução livre: “as partes não estão ligadas entre si, mas existem estados de sujeição das mesmas à ordem jurídica, em seu conjunto de possibilidades, de expectativas e de ônus”.

[234] “Sin embargo, la doctrina francesa de los siglos XVIII y XIX continuó considerando que el juicio suponia la existência de uma convención entre partes, em la cual ambos litigantes se hallaban de acuerdo na aceptar la decisión de su conflito por el juez. Se afirmo que el efecto entre partes de la cosa juzgada, no era otra cosa que la consecuencia lógica del princípio de que las convenciones sólo afectan a los contratantes, y que la fuente de la cosa juzgada es la convención, esto es, el acuerdo de partes llamado “contrato judicial”, por el cual ambos litigantes están de acuerdo em someter a la decisión del juez litigio que los divide. [...] Siendo esto así, no puede hablarse entonces de relación entre las partes y el juez, ni entre ellas mismas. El juez sentencia no ya porque esto constituya um derecho de las partes, sino porque es para él un deber funcional de carácter administrativo y politico: las partes no están ligadas entre si, sino que existen apenas estados de sujución de las mismas al orden jurídico, em su conjunto de possibilidades, de expectativas y de cargas. Y esto no configura uma relación, sino uma situación, o sea, como se há dicho, el estado de uma persona frente a la sentencia judicial. [...] Se le há reprochado que no describe el proceso tal como debe ser tecnicamente, sino tal como resulta de sus deformaciones em la realidade, que no puede hablarse de uma situación sino de um conjunto de situaciones, que subestima la condición del juez, el que perde em la doctrina la condición que realmente le corresponde, que destruye sin construir, al hacer perder la visión unitária del juicio em su integridade, que la situación o conjunto de situaciones es lo que constituye justamente la relación jurídica, etc”. COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos do direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1946, p. 63-71. Tradução livre: “Entretanto, a doutrina francesa dos séculos XVIII e XIX continuou considerando que o julgamento supunha a existência de uma convenção interpartes, na qual ambos os litigantes concordavam em aceitar que o juiz decidisse o seu conflito. Afirmou-se que o efeito interpartes da coisa julgada não era nada mais do que a consequência lógica do princípio de que as convenções somente afetam os contratantes e que a fonte da coisa julgada é a convenção, isto é, o acordo das partes chamado “contrato judicial”, pelo que ambos os litigantes concordam em submeter à decisão do juiz o litígio que os divide [...] Sendo isto assim, não se pode falar, então, de relação entre as partes e o juiz, nem entre elas próprias. O juiz sentencia não porque isto constitua um direito das partes, senão porque é para ele um dever funcional de caráter administrativo e político: as partes não estão ligadas entre si, mas existem estados de sujeição das mesmas à ordem jurídica, em seu conjunto de possibilidades, de expectativas e de ônus. Isto não configura uma relação, senão uma situação, ou seja, como se comentou, o estado de uma pessoa frente à sentença judicial. [...] Foi censurado por não descrever o processo tal como deve ser tecnicamente, mas tal como resulta de suas deformações na realidade; que não se pode falar de uma situação, senão de um conjunto de situações; que subestima a condição do juiz, aquele que perde na doutrina a condição que realmente lhe corresponde; que destrói sem construir, ao fazer perder a visão unitária do julgamento em sua integridade; que a situação ou conjunto de situações é o que constitui justamente a relação jurídica etc”.

Giuseppe Chiovenda, para quem a jurisdição era a atividade estatal incumbida da atuação do direito objetivo, apontava que a relação processual era autônoma e complexa, pertencente ao direito público. Segundo o autor, seria autônoma porque "Tem vida e condições próprias, independentes da existência da vontade concreta da lei afirmada pelas partes, visto fundar-se sobre outra vontade da lei, quer dizer, sobre a norma que obriga o juiz a pronunciar-se em referência a pedido das partes, quaisquer que sejam"[235].

Complexa porque se resume à soma das atividades do autor, do réu, do juiz, concretizando-se como uma relação única. E, pertencente ao direito público "porque deriva de normas reguladoras de uma atividade pública"[236].

A relação estabelecida entre as partes e o poder constituído com a tomada da justiça privada pelos Estados nacionais, passou a caracterizar a própria atividade jurisdicional, já que o processo, como acesso ao meio de resolução de conflito, começou a ser visto como a relação entre as partes e o juiz. Para ilustrar a colocação, Marco Tullio Zanzucchi sustenta que o processo é uma relação jurídica dinâmica, "si explica cioè in uma serie di momenti e di atti, in um processo, nel 'processo'"[237]. O exercício da função jurisdicional por meio desta relação pública implica no exercício da soberania pelo Estado: "La giurisdizione è uma funzione dello Stato, e precisamente, come è bem noto, uma delle ter funzioni com cui s´explica la sovranità dello Stato (legislazione, giurisdizione, amministrazione)"[238].

É ponto comum na doutrina que dentre os cincos elementos que compõem a função jurisdicional (*cognitio*, *vocatio, notio*, *coertio* e *executio*), a justiça privada seria desprovida da possibilidade de executar suas decisões e, se necessário, impô-las por meio da coerção. A ausência da competência para dar cumprimento às suas decisões ou impô-las não significa ausência de jurisdição, supostamente apequenando o tribunal privado. Significa ausência de competência, facilmente suprível com o cumprimento espontâneo da decisão, o que não é um fato incomum nas arbitragens. Sustenta-se que

---

[235] CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil** – as relações processuais – a relação processual ordinária de cognição. v. 1. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva & Cia., 1943, p. 97-98.
[236] CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil** – as relações processuais – a relação processual ordinária de cognição. v. 1. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva & Cia., 1943, p. 97-98.
[237] Tradução livre: "explicada em uma série de momentos e de atos, em um processo, no 'processo'.
[238] ZANZUCCHI, Marco Tullio. **Diritto processuale civile**. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1938, p. 6-7; 9. Tradução livre: "A jurisdição é uma função do Estado e, como é sabido, uma das três funções em que a sua soberania se expressa (legislação, jurisdição, administração)".

a ausência de *coertio* e *executio*, em regra, não tolhe o exercício pleno da função jurisdicional pelo tribunal privado porque o direito espontâneo, somado às sanções decorrentes do não cumprimento do julgado, permitem que os tribunais arbitrais, em regra, acabem exaurindo a resolução do conflito, sem a necessidade de ajuda dos tribunais estatais[239].

A afirmativa de que a função jurisdicional é balizada por princípios pode soar como uma obviedade. Contudo, só é possível falarmos em princípios, função, institutos, desenvolvimento do processo, considerando-o ramo do direito autônomo do direito material. O primeiro princípio fundamental que norteia a jurisdição é o direito ao juiz natural e imparcial. A jurisdição não procura lides. Ela é inerte, já que os juízes não atuam de ofício, sem provocação (*nemo iudex sine actore* e *ne procedat iudex ex officio).* Todavia, a aplicação do princípio da inércia, previsto no art. 2º do CPC/2015, passa a não ter mais eficácia quando instaurado o conflito. A partir da propositura da ação, o processo começa a se desenvolver por impulso oficial. A prestação jurisdicional não pode ser denegada. Sustenta-se a indeclinabilidade da prestação jurisdicional conforme expresso no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988, e no art. 3º do CPC/2015. O exercício da jurisdição está atrelado ao território (princípio da territorialidade). Por fim, a atividade dos tribunais estatais é realizada, em regra, publicamente[240].

A discussão se a arbitragem teria natureza contratual ou jurisdicional reduz o exame da natureza jurídica da arbitragem. É uma discussão desnecessária. Inicialmente, porque sem a convenção assinada pelas partes, não há restrição a ser imposta à jurisdição estatal, ou seja, sem contrato escrito, não haverá a abertura da competência da justiça privada; além disso, porque a ausência de impugnação do laudo arbitral, na forma do art. 32 da Lei de Arbitragem, fará com que os efeitos da decisão se tornem

---

[239] Gian Antonio Micheli sustenta que a arbritagem seria um equivalente ao processo jurisdicional, ausente, contudo, "la autoridad judicial a fin de que esta ultimo ponga a aquel pronunciamento el sello de la sentencia y, por conseguinte, la imperatividad de la misma, ya sea después, cuando la sentencia arbitral (resultante del laudo arbitral más decreto de ejecutoriedad del pretor) queda sujeta solamente (art. 827) a la impugnación por nulidad y por revocación (art.831) ante el juez ordinario". MICHELI, Gian Antonio. **Derecho procesal civil**. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1970, p. 103. Tradução livre: "a autoridade judicial a fim de que esta última ponha àquele pronunciamento o selo de autenticidade da sentença e, por conseguinte, a imperatividade da mesma, seja depois, quando a sentença arbitral (resultante do laudo arbitral mais decreto de execução do pretor) fique sujeita somente (art. 827) à impugnação por nulidade e por revogação (art. 831) diante do juiz ordinário".

[240] Arruda Alvim sustenta a aplicação destes cincos princípios como os princípios fundamentais da jurisdição. ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**. v. 1. 7. ed. São Paulo: RT, 2001, p. 181-185.

imutáveis, sem a possibilidade de rediscussão da causa, logo, a produção destes efeitos será garantida pela coerção do Estado. Ora, se houvesse a possibilidade *ad eternum* de se rediscutir a lide ou deixar de se submeter aos efeitos da decisão, para que valeria o processo? Conforme sustenta Gian Antonio Michelli, a atividade dos árbitros "si no puede ser explicada recurriendo exclusivamente al esquema contractual, no puede tampoco ser absorbida en la noción de jurisdicción"[241].

Cassio Scarpinella Bueno adverte que a ausência de imperatividade do laudo arbitral reduziria a arbitragem à natureza contratual, já que "o livre consenso entre as partes é o que justifica sua instauração e seu desenvolvimento". Segundo os contratualistas, quatro fatores afastariam a arbitragem da função jurisdicional. Inicialmente, sem convenção não haveria arbitragem. A arbitragem pressupõe consenso, já a jurisdição impõe poder de império. O árbitro não faria parte da estrutura judiciária. E, por fim, o laudo arbitral não teria a sua coercibilidade assegurada. De qualquer forma, concordamos com o autor: a discussão sobre a natureza jurídica "não reduz em nada a importância da arbitragem e seu necessário e inafastável diálogo com a função jurisdicional como forma heterecompositiva de resolução de conflitos"[242].

Marcelo Barbi, em trabalho acerca do conceito de jurisdição, ao criticar esse modo de encarar a ausência de coerção como forma de apequenar a arbitragem, observa que as dez principais teorias acerca do conceito de jurisdição, tratando ou não da coerção, encaixam-se no conceito de arbitragem como meio de resolução de conflitos. Até porque a jurisdição tem como ponto central a resolução do conflito, com a substituição da vontade das partes, pela vontade de um terceiro. Isto é jurisdição, isto é arbitragem. Isto é o que importa. *A latere*, o cumprimento de decisão, em regra, em procedimentos arbitrais, é espontâneo, não sendo usual e rotineiro o cumprimento do laudo arbitral pela justiça estatal[243].

---

[241] MICHELI, Gian Antonio. **Derecho procesal civil**. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1970, p. 105. Tradução livre: "se não pode ser explicada recorrendo exclusivamente ao esquema contratual, não pode tampouco ser absorvida na noção de jurisdição".

[242] BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 51.

[243] "Nessa linha de exposição, vale salientar, ainda que sem qualquer aprofundamento teórico, as dez principais teorias que se formaram a respeito do conceito de jurisdição: (i) É a atividade mediante a qual se tutela o direito subjetivo, isto é, promove a reintegração do direito ameaçado ou violado (Manfredidni; Simoncelli; Fazzalari); (ii) É a atividade estatal incumbida da atuação do direito objetivo (Chiovenda; Mandrioli); (iii) Consiste na atividade com a qual o Estado procura diretamente a satisfação dos interesses tutelados pelo direito (Alfredo Rocco); (iv) Não tem

Por outro prisma, poderíamos afirmar que o monopólio estatal do uso da coerção e da força é uma premissa falsa. Hoje, inclusive, poderíamos pensar na possibilidade de execução de título extrajudicial por cartório de título e documentos, diante da existência de projeto de lei que outorga a delegação deste múnus público (Projeto de Lei n. 6.204/2019). Estaríamos diante de um sistema multiportas. Conforme explica Marcelo Barbi ao analisar o direito comparado, a desjudicialização parte da possibilidade de a tutela executiva ser delegada a órgãos paraestatais: "Trata-se, é claro, de fenômeno que admite múltiplas particularidades, mas que já é uma realidade em Portugal, França, Alemanha, Itália, Bélgica, Holanda, Grécia e Luxemburgo, entre outros países"[244].

A outra falsa premissa que acompanha a discussão acerca da natureza jurídica da arbitragem seria o suposto monopólio da jurisdição pelo Estado. Com a formação dos Estados modernos, a justiça privada foi sendo paulatinamente incorporada pelo poder constituído. Como apontamos, estaríamos diante da estatização da justiça comunitária. Contudo, partes desta justiça, como a jurisdição indígena, a comunitária, a internacional e a eclesiástica não foram absorvidas pelo Estado. Para Marcelo Barbi, de acordo com o *Indian Civil Rights Act* de 1968:

> O Poder Judiciário está proibido de rever as decisões adotadas pelos tribunais indígenas em qualquer caso cível. No Brasil, a Justiça Estadual afirmou no caso Denilson que a pena de banimento e prestação de serviços comunitários imposta pela comunidade por força do homicídio de um indígena por um outro indígena, impediria a persecução criminal sob pena de *bis in idem*[245].

---

conteúdo substancial, caracterizando-se pela qualidade/natureza do órgão que a exerce (Andolina; Vignera; Verde); (v) A pedra de toque do ato jurisdicional é a coisa julgada (Allorio; Calamandrei); (vi) A jurisdição tem por finalidade a justa composição da lide, entendida esta como o conflito de interesses qualificado pela resistência oposta a uma pretensão (Francesco Carnelutti); (vii) A jurisdição tem por escopo a resolução de um conflito entre vontades subjetivas ou normas objetivas (Mortara); (viii) A característica própria da jurisdição consiste em aplicar sanções (Redenti; Luiso); (ix) A jurisdição consiste na atividade mediante a qual o Estado, intervindo em virtude de demanda dos particulares, sujeitos de interesses jurídicos protegidos, se substitui a esses na atuação da norma que lhes tutela (Ugo Rocco); (x) A sua função é acertar em casos concretos uma relação jurídica de direito substancial incerta ou controvertida (Jellinek)". BARBI, Marcelo. **Arbitrabilidade cautelar e monopólio estatal da coerção**: revisitando a titularidade do *ius imperium* no Estado Contemporâneo. Projeto (Doutorado em Direito). Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Rio de Janeiro, 2019, p. 3-4.

[244] BARBI, Marcelo. **Arbitrabilidade cautelar e monopólio estatal da coerção**: revisitando a titularidade do *ius imperium* no Estado Contemporâneo. Projeto (Doutorado em Direito), Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Rio de Janeiro, 2019, p. 13.

[245] Marcelo Barbi destaca que as cortes comunitárias ganham espaço no rearranjo do sistema jurídico e as cortes internacionais se colocam "como mais um anteparo à subsistência da versão estatalista da jurisdição": "É interessante destacar que a tese da desjudicialização parte da premissa de que a tutela executiva – a despeito de sua natureza jurisdicional – pode ser delegada para órgãos paraestatais. Não há qualquer violação ao direito de acesso à justiça porque se garante que, no caso de insurgência em face dos atos adotados pelos agentes de execução, haverá o controle *a posteriori* pelo Estado. Dessa forma, o Poder Judiciário sempre poderá dizer a última palavra sobre os conflitos decorrentes da atuação dos particulares responsáveis pelos atos de penhora, avaliação, expropriação, pagamento e extinção do módulo satisfeito. Trata-se, é claro, de fenômeno que admite múltiplas

Mauro Bove destaca o caráter híbrido da arbitragem, já que “l’alternativa a tale via è l’arbitrato, nella cui área vi sono mezzi giurisdizionali e mezzi negoziali”. Conforme alerta o autor, a arbitragem é essencialmente um modo, um instrumento “per risolvere le controversie sull’ esistenza e-o il modo di uma situazione giuridica sostanziale disponibile”[246]. Em suma, a arbitragem apresenta a principal característica da função jurisdicional: “realizzare un interesse meritevole di tutela secondo l’ordenamento giuridico, qual é quello di porre fine ad uma lite”[247]. Ao realizar essa função substitutiva, a arbitragem se distingue dos meios alternativos, porque, assim como a sentença estatal, vincula as partes, impondo obrigações a serem adimplidas[248].

Na Espanha, parte da doutrina sustenta que a arbitragem é um método alternativo de resolução de controvérsias e “deriva directamente de reconocimiento del Estado, por lo cual, dentro de los derechos renunciables, debe respetar los requisitos legales y convencionales establecidos”. Os requisitos legais e os convencionalmente estabelecidos formam os requisitos de existência e validade do processo arbitral, o que “impide desvincular completamente la institució”[249].

Os tribunais estatais, assim como a justiça privada, a fim de cumprir com o seu múnus público, ou seja, resolver a controvérsia entre as partes envolvidas, precisarão do

---

particularidades, mas que já é uma realidade em Portugal, França, Alemanha, Itália, Bélgica, Holanda, Grécia e Luxemburgo, entre outros países”. BARBI, Marcelo. **Arbitrabilidade cautelar e monopólio estatal da coerção**: revisitando a titularidade do *ius imperium* no Estado Contemporâneo. Projeto (Doutorado em Direito), Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Rio de Janeiro, 2019, p. 33.

246 Tradução livre: “[...] a alternativa a tal via é a arbitragem, área com meios jurisdicionais e de conciliação. Como o autor aponta, a arbitragem é essencialmente um modo, um instrumento “para solucionar as controvérsias sobre a existência e/ou a forma de uma situação legal material disponível”.

247 Tradução livre: “realizar um interesse digno de tutela segundo o ordenamento jurídico, a saber, pôr fim a um litígio”.

248 “Questi effetti si possono manifestare in termini tecnicamente diversi, ma essi sosno costanti nei rapporti tra giustizia privata ed ordenamento statale. Per cui è di tutta evidenza come l’ arbitro non sai né um consulente. Egli non è um mediatore, perchè, lingi dall’aiutare le parti a trovare da sé il modo per superar ela lite, sta a lui, invece, individuar ela soluzione del conflito. Egli non è um consulente, perchè il suo responso non è certo um parere sulla controvérsia, ma è la decisione vincolante dela controvérsia”. BOVE, Mauro, **La giustizia privata**. CEDAM, Wolters Kluwer, 2015, p. 4. Tradução livre: “Efeitos que podem se manifestar em termos tecnicamente diversos, porém, são constantes nas relações entre a justiça privada e o tribunal estatal. Sendo assim, fica claro que o árbitro não é um conselheiro. Nem mesmo um mediador, pois dificilmente ajudará as partes a resolverem o litígio. Cabe a ele, ao contrário, identificar a solução do conflito. Ele não é um conselheiro porque o seu veredito certamente não é um parecer sobre a controvérsia, mas é a sentença vinculativa da controvérsia”.

249 ROZAS, José Carlos Fernández; LORENZO, Sixto A. Sánchez; STAMPA, Gonzalo. **Principios generales del arbitraje**. CIMA, Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, p. 28-29. Tradução livre: “Na Espanha, parte da doutrina sustenta que a arbitragem é um método alternativo de resolução de controvérsias que deriva diretamente de reconhecimento do Estado, pelo qual, dentro dos direitos renunciáveis, deve respeitar os requisitos legais e convencionais estabelecidos. Os requisitos legais e os convencionalmente estabelecidos formam os requisitos de existência e validade do processo arbitral, o que impede desvincular completamente a instituição”.

processo como instrumento de encontro de atividades, envolvendo as partes e o julgador, por meio de uma relação jurídica. A partir desta premissa, a arbitragem encontra-se abrangida pela teoria geral do processo[250] [251].

Fato comum na doutrina é renegar o aspecto contratual da arbitragem, esquecendo-se de que a incompetência do juiz estatal só ficará aberta com a celebração do compromisso arbitral. Contudo, fazendo um giro para o outro extremo, Giovane Verde cita decisão da Corte Constitucional italiana de 2000, apontando que a autonomia negocial derrogaria o aspecto jurisdicional do procedimento, como se o negócio jurídico pudesse se confundir com a própria definição do conceito de arbitragem.

A causa não pode servir como definição do fenômeno. Por outro lado, o autor, discordando do conteúdo da decisão, lembra que apesar de não haver o exercício de poder pela justiça privada, os árbitros exercem função pública, delegada aos particulares. O autor cita outro precedente da justiça italiana, no qual o tribunal reviu sua posição e entendeu que o compromisso arbitral derrogaria a competência da justiça estatal, justamente porque parcela de competência do Estado foi delegada ao particular[252].

Para Francesca Tizi, diversamente do *jus dicere dello Stato*, o processo de execução não espelha necessariamente uma tarefa jurisdicional. O aspecto jurisdicional do laudo, afirma a autora, não decorre de sua homologação, mas do procedimento encampado na relação entre os personagens do processo. Destaca, ainda, a impossibilidade de se interpretar a natureza jurídica da arbitragem ora apenas como

---

[250] Não é incomum na doutrina, quando se olha apenas para a arbitragem como um conjunto de atos que formam o procedimento, sustentar que a arbitragem teria natureza apenas jurisdicional: “Assim, se a arbitragem tivesse natureza jurídica contratual, não estaria abrangida pela teoria geral do processo. No entanto, como a arbitragem possui natureza jurisdicional, deve pautar-se pelos princípios e conceitos essenciais a todos os ramos do direito processual. Desse importante assertivo, decorrem consequências de relevo. A principal das quais é a de que os princípios constitucionais do processo, tais como o do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, proibição de prova ilícita, dentre outros, aplicam-se também ao processo arbitral. Ou seja, os princípios constitucionais do processo aplicam-se, sem quaisquer restrições, ao processo arbitral”. ALVIM, Eduardo Arruda. Direito processual arbitral – natureza processual da relação jurídica arbitral e incidência do direito constitucional processual. **Revista de Processo**, set. 2014, p. 2.

[251] Cândido Rangel Dinamarco sustenta que há certos temas, como condições da ação, pressupostos processuais, dentre outros aspectos fundamentais da relação jurídica processual, que devem ser examinados à luz da ciência do direito processual: “Da inclusão da arbitragem na teoria geral do processo decorre a propriedade de seu exame, pelo aspecto técnico-processual, segundo os conceitos e estruturas desenvolvidos em relação a esta, sendo pois imperioso examiná-la sobre o pano de fundo de certos temas fundamentais como o das condições da ação, pressupostos processuais, situações ativas e passivas dos sujeitos processuais, normas de procedimento, demanda, sentença, correlação entre estas etc”. DINAMARCO, Cândido Rangel. **A arbitragem na teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 23.

[252] VERDE, Giovanni. **Lineamenti di dirito dell’ arbitrato**. Torino: G. Giappichelli, 2000, p. 16 -22.

contrato, ora apenas como jurisdição. Por fim, observa a delegação de parte do poder do Estado, a delegação parcial, como fonte jurídica a legitimar a arbitragem como meio de resolução de conflito. Consequentemente, com a delegação parcial ao processo arbitral, contido na teoria geral do processo, aplicam-se as mesmas garantias da jurisdição pública, até porque a arbitragem, como jurisdição, impõe a aplicação das regras prévias do procedimento, tudo a fim de legitimar a decisão dos tribunais privados[253].

Para sintetizar a discussão acerca da natureza jurídica da arbitragem, podemos dizer que se trata de natureza jurídica híbrida. Se não há contrato escrito, não haverá os pressupostos de existência e de validade deste meio de resolução de conflito a justificá-lo e a legitimá-lo. Sem compromisso arbitral deixa de ocorrer a derrogação de competência da justiça estatal para a justiça privada. De qualquer forma, o contrato escrito não valeria nada, ou melhor, geraria custos com o processo sem qualquer utilidade, se a função substitutiva dos árbitros pudesse ficar imune aos efeitos da coisa julgada, permitindo a eterna rediscussão da lide, que nunca não teria fim – assim, jamais se chegaria a uma decisão com caráter definitivo.

Outro erro da doutrina, além de deixar de reconhecer a natureza jurídica híbrida da arbitragem e esquecer-se da importância da relação jurídica processual aplicável ao procedimento arbitral, é confundir a natureza jurídica da arbitragem com a delegação de poder. No caso, como o laudo arbitral só tinha eficácia com a sua homologação pelo Poder Judiciário conforme expresso no Regulamento n. 737/1850 e nos CPC/1939 e CPC/1973, a maior da parte da doutrina afirma que a arbitragem só veio a ostentar natureza jurisdicional com a entrada em vigor da Lei n. 9.307/1996, que dispensou essa exigência. Confundia-se o exercício da função pelo órgão com a delegação *ad referendum*.

Para Diogo de Figueiredo Moreira Neto, “por delegação de funções entende-se a transferência, total ou parcial, com ou sem reserva, de atribuições constitucionais”. No caso, a atribuição constitucional do Poder Judiciário foi delegada parcialmente pela Lei n. 9.307/1996 à justiça privada. Para o autor, está-se diante de delegação de funções jurisdicionais a entidades privadas por lei. Conforme explica o administrativista, essa

[253] TIZI, Francesca. **L’imparzialità dell’arbitro e del tribunale arbitrale**. Santarcangelo di Romana: Maggioli Editore, 2015, p. 28-40.

transferência poderá ser feita com ou sem reserva. Até o advento da Lei de Arbitragem, a delegação ocorria *ad referendum*, uma vez que o laudo arbitral só teria eficácia após a homologação pelo Poder Judiciário. Todavia, a homologação, a delegação *ad referedum*, não retira a função substitutiva deste meio de resolução de conflito, que, apesar de todas as vicissitudes das legislações revogadas, sempre reconheceu a impossibilidade de se rediscutir a coisa julgada formada pela decisão dos árbitros[254].

A delegação hoje, não mais *ad referedum*, desde a entrada em vigor da Lei de Arbitragem, significa a delegação da função jurisdicional em sua integralidade, já que a função executiva não se confunde com a função substitutiva da jurisdição. Logicamente, talvez porque a doutrina se ocupe em discutir se a natureza jurídica deste meio de resolução de conflito seria contratual ou jurisdicional, parece não haver preocupação em considerar e interpretar a arbitragem como um sistema, que nasce de um contrato e vem a constituir uma relação jurídica processual. A delegação da função jurisdicional, outrora *ad referendum*, hoje, independe de selo dos tribunais estatais para o laudo arbitral ter eficácia, pois leva consigo a relação jurídica pública processual.

A discussão inapropriada – porque nos faz perder o foco da questão – acerca da natureza jurídica da arbitragem, acaba impedindo a melhor compreensão e utilização deste meio de resolução de conflito, porque não permite o correto exame do instituto. Uma vez estabelecidas as premissas deste meio de resolução de conflito, seria possível observar “a oscilação entre a tentativa de alargamento do âmbito de aplicação da arbitragem e a manutenção da vigilância judiciária”, conforme sublinhado pela doutrina. Ou seja, uma vez que os aspectos contratuais e os jurisdicionais da arbitragem como meio de resolução de conflito estejam estabelecidos, será possível pensar na arbitragem

---

[254] Diogo de Figueiredo Moreira Neto aponta que a delegação de funções públicas aos particulares atende a um modelo de colaboração, com o avanço da consensualidade, abrindo alternativas mais flexíveis, com o desenvolvimento de um espaço público não estatal: “Denomina-se genericamente de transferências, ao cometimento do exercício de certas atividades da Administração Pública a entes privados. As transferências podem ser cometidas, alternativamente, com ou sem delegação e com ou sem reserva, por instrumento legal (delegações legais) ou administrativo (delegações administrativas) e a entes criados pelo próprio Estado ou pela sociedade. Os modelos de colaboração entre as entidades privadas e o estado tendem a se multiplicar, tanto em razão do avanço da consensualidade, abrindo alternativas mais flexíveis às formas tradicionais de Administração Pública impositiva, como por motivo do desenvolvimento do conceito do espaço público não estatal. Este fenômeno social contemporâneo tem possibilitado a expansão da ação coordenada das chamadas entidades intermédias, assim como a instituição de novos instrumentos de provocação social de controle. Vem-se ampliando, graças a esse processo, o espaço de ações convergentes entre a Sociedade e o Estado e o consequente progresso da legitimidade democrática”. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 31.

como um sistema, estabelecendo assim os espaços entres os tribunais estatais e os privados e, por consequência, evitando fissuras entre as atividades dos tribunais quando as competências começam a se sobrepor e a se chocar[255].

Retornemos, brevemente, a alguns aspectos históricos para contextualizarmos nosso próximo ponto de atenção. Em 1808, com a entrada em vigor do Código Napoleônico, ocorreu a estatização da justiça privada, surgiu o Estado nacional e, com ele, seu dever de garantir o acesso à justiça por meio do processo. Junto ao Estado, veio a jurisdição e o direito de ação, a garantir o exercício da jurisdição, tudo a ser empreendido por meio do processo. A doutrina abre espaço para discutir a ação, a jurisdição e o processo. Nascia, então, a teoria geral do processo[256].

Entre os anos de 1856 e 1857, como resposta à escola francesa capitaneada por Savigny (autor da escola clássica, para quem o direito de ação não tinha autonomia em relação ao direito material, consistindo apenas na reação de um direito material violado, o direito armado para a guerra), surge a escola histórica. Instaurou-se na Alemanha a polêmica entre os professores romanistas Bernhard Windscheid (Universidade de Greifswald) e Theodor Muther (Konisberg). Ambos aceitavam que a ação constitui um direito novo, apartado do direito material. Cândido Rangel Dinamarco resume a discussão em duas perguntas: 1) “o direito subjetivo nasce mediante o exercício da atividade

---

[255] “O que se observa, portanto, é a oscilação entre a tentativa de alargamento do âmbito de aplicação da arbitragem e a manutenção da vigilância judiciária. Essa oscilação torna impraticável a inserção da arbitragem numa natureza contratual ou jurisdicional, que será apenas predominante num dado momento histórico. Não se pode mencionar uma natureza mista, em face da relevância política da arbitragem e suas repercussões além do contrato e da jurisdição. Desta forma, forçoso é concluir por uma natureza autônoma da arbitragem. Somente a compreensão da impossibilidade de sua categorização é que permitirá a evolução da arbitragem, resguardando concomitantemente os interesses coletivos”. CASELLA, Paulo Borba. **Arbitragem** – lei brasileira e praxe internacional. São Paulo: LTr., 1999, p. 173.

[256] Leonardo Greco, ao visitar os diferentes conceitos do direito de ação talhados pela doutrina – ação como direito cívico, ação como direito material, ação como direito ao processo justo, ação como demanda – examina o direito de ação como direito à jurisdição, ou seja, como o direito ao acesso ao tribunal se determinadas condições para o exercício do direito de ação se encontrarem preenchidas: “Em quinto sentido, ação é o direito à prestação jurisdicional sobre o direito material ou, num conceito mais completo, o direito subjetivo público, autônomo abstrato, de exigir do Estado a prestação jurisdicional sobre uma demanda de direito material. A existência da ação como direito à jurisdição nasce da afirmação de um direito material que preencha as chamadas condições da ação. Não é todo aquele que postula em juízo, que propõe uma demanda, que pratica o ato inicial de impulso processual, que exerce os direitos, deveres e ônus de um processo justo, que se apresenta como titular desse direito de ação e que, portanto, poderá exigir do Estado o exercício da jurisdição sobre o seu direito ao bem da vida pleiteado. As condições da ação vão determinar a possibilidade de alcançar esse resultado. [...] A ação, como direito à jurisdição, também encontra fundamento constitucional, na garantia da tutela jurisdicional efetiva (artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição brasileira), porque é através dela que o titular do direito tem acesso à proteção do seu direito material, embora nem sempre em consequência da sua própria iniciativa”. GRECO, Leonardo. **A teoria da ação no processo civil**. São Paulo: Dialética, 2003, p. 12-13.

desenvolvida no processo, ou é anterior a ela?"; 2) "a jurisdição é uma função criativa de direitos, ou meramente recognitiva de direitos preexistentes?"[257].

Durante a busca de respostas às questões propostas, duas correntes doutrinárias acerca do direito se formaram: as teorias monista e dualista. Cândido Rangel Dinamarco, por sua vez, resume o tema com simplicidade:

> A ação na teoria dualista é considerada distinta do direito subjetivo substancial, seja como direito à sentença favorável (teoria concreta), seja como poder de exigir uma sentença de mérito (teoria abstrata). Na teoria unitária, ao contrário, ela se identifica com o direito subjetivo incerto ou insatisfeito (Satta), ou mesmo é o único direito que realmente existe (Pekelis)[258].

A controvérsia travada entre os romanistas alemães, em meados do século XIX, influenciou o estudo do direito civil e da teoria geral do processo, "abrindo estradas para a fundação do direito processual científico". Essa nova forma de se enxergar o processo permitiu a elaboração da teoria do direito subjetivo como poder de exigir uma prestação de um terceiro. E, não só "preparou o campo, para todo o vigoroso progresso da teoria da ação", como também, segundo Cândido Rangel Dinamarco, "o que é mais importante, propiciou as especulações metodológicas acerca das relações entre direito substancial e processo"[259] [260].

Oskar Bülow, em 1868, ao escrever sobre a teoria das exceções e dos pressupostos processuais e, assim, a tomar para si a paternidade da relação jurídica

---

[257] DINAMARCO, Cândido Rangel. Reflexões sobre direito e processo. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, out. 1971, p. 546.

[258] DINAMARCO, Cândido Rangel. Reflexões sobre direito e processo. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, out. 1971, p. 565.

[259] DINAMARCO, Cândido Rangel. Reflexões sobre direito e processo. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, out. 1971, p. 546.

[260] Neste mesmo artigo, o professor da USP, ao examinar a criatividade pretoriana e a suposta unidade do ordenamento jurídico romana, aponta o sistema do *common law* como um sistema, em tese, mais eficiente que o sistema da *civil law*, já que o juiz inglês poderia proferir decisões com muito mais possiblidade de aderência às exigências do caso concreto que aquelas fundadas em normas escritas: "É interessante, ainda, a observação de que assim como no Estado embrionário, também em alguns Estados muitíssimo evoluídos se vêem sistemas em que não há um direito escrito acima do juiz, a lhe limitar o critério material dos julgamentos: é o que se dá nos países que adotam o *common law*, sistema jurídico cujo espírito reside na ideia de que os litígios devem ser resolvidos com a ajuda dos princípios obtidos, por indução, da experiência jurídica do passado – e não por dedução, das regras da vontade soberana, deve ser a justificação profunda da decisão. Trata-se de um sistema eminentemente consuetudinário, cujas normas se revelam através dos órgãos judiciais, em decisões com muito mais possibilidade de aderência às exigências do caso concreto que aquelas fundadas em norma escrita, a qual por sua própria natureza é muito mais rígida que o costume. Nesse sistema, certos julgados enunciam normas de eficácia vinculativa para o futuro (*holding* se chama a parte da sentença que as contém), e às quais fica daí em diante adstrito o tribunal. DINAMARCO, Cândido Rangel. Reflexões sobre direito e processo. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, out. 1971, p. 555-556.

processual, já alertava no prólogo do seu trabalho, que as especulações em torno das relações de direito substancial e de direito material "implicam uma regulamentação definitiva do limite entre direito privado e direito processual civil"[261]. Em outras palavras, o Estado, ao avocar a justiça privada, ficou com o encargo de adaptar o meio de resolução de conflito então privado a influxos do direito do Estado, do direito público.

Segundo o autor, o processo é uma relação contínua que avança gradualmente, ato após ato processual. A relação se aperfeiçoa com a litiscontestação, que seria o contrato de direito público celebrado entre as partes e o tribunal de um lado e, entre as partes no outro polo. Neste contrato, as partes assumem "prestar uma colaboração indispensável e a submeter-se aos resultados desta atividade comum". Já o tribunal "assume a obrigação concreta de decidir e realizar o direito deduzido em juízo". Poderíamos definir o processo "como uma relação de direito público, que se desenvolve de modo progressivo"? O autor responde à indagação de forma negativa. Para ele, o processo não seria só o procedimento, já que o processo forma uma relação de direito público entre o Estado, por meio de seu agente, o juiz, e as partes e, entre as partes, estabelecendo-se a relação jurídica processual[262].

Hélio Tornaghi, na obra *Relação processual penal*, ao examinar o processo como relação de direito público, já alertava que não seria mais possível "influir na concepção do processo hodierno as reminiscências de antigos sistemas processuais nos quais predominava a vontade das partes". O Estado começou a se interessar pelo processo, "porque é por meio do processo que ele evita a ação direta, a autodefesa, a vindita, a justiça pelas próprias mãos, as quais trazem consigo a intranquilidade e o desassossego". O juiz, como órgão do Estado, apesar de não ter interesse no litígio, começa a ter "interesse em solver o litígio por meio do processo". Justamente em decorrência deste interesse, a doutrina sustenta que o juiz, diferente do árbitro, acaba não sendo neutro diante da resolução do conflito[263]. Por fim, o autor alerta que o

---

[261] BÜLOW, Oskar. **Teoria das exceções e dos pressupostos processuais**. Porto Alegre: LZN, 2003, p. 4.
[262] BÜLOW, Oskar. **Teoria das exceções e dos pressupostos processuais**. Porto Alegre: LZN, 2003, p. 6-7.
[263] "A intervenção do juiz não faz partícipe da relação de Direito substantivo que une autor e réu, mas coloca-o em relação com cada um deles. Pouco importa que não se trate de um laço de coordenação, que o juiz esteja superposto às partes. Haverá um vínculo de subordinação, como, aliás, são todas as relações de Direito Público. A doutrina de Kohler não encontrou sequazes e a crítica, unanimemente, o acusou de haver desprezado um elemento histórico e feito abstração de um fato: o da transformação da primitiva luta de partes em processo jurisdicional em que autor e réu estão inteiramente sujeitos ao Estado. A afirmação é de Delogu, em Contributo alla teoria della

"processo é a resultante do necessário ajuste da relação de Direito Privado com a de Direito Público"[264].

Luiz Guilherme Marinoni, ao examinar a teoria da relação jurídica à luz do processo civil constitucional, sustenta que essa relação não é neutra, já que "encobre as intenções do Estado ou de quem exerce o poder, além de ignorar as necessidades das partes, assim como as situações de direito material e as diferentes realidades dos casos concretos". O autor aponta que a legitimidade da decisão pela participação no procedimento pode ser obtida com a "oportunidade de alegar, requerer provas, participar da sua produção e considerar sobre os seus resultados". A legitimidade da decisão pode ser obtida, também, por meio da "adequação do procedimento às situações de direito substancial carentes de tutela e aos direitos fundamentais materiais". Por fim, o autor sustenta que a universalização do acesso à justiça consagrado pelo art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988, impôs ao legislador traçar "formas de justiça (órgãos jurisdicionais diferenciados) e procedimentos diferenciados"[265].

A procura pela via arbitral aumentou exponencialmente na última década no Brasil, verdadeiro exemplo de fato notório que independe de prova. Ora por força da impossibilidade de a justiça estatal solucionar em tempo razoável as lides envolvendo seus jurisdicionados; ora porque autor e réu buscam um procedimento próprio para atender às peculiaridades dos seus interesses comerciais, industriais ou meramente econômicos; ora porque não sendo o Estado neutro, as partes optam por celebrar o compromisso arbitral e, assim, abrem a competência da justiça privada para processar e julgar sua causa, com a consequente derrogação da competência dos tribunais estatais. Nesta linha de raciocínio, como seria possível implementar a "resultante do necessário ajuste da relação de direito privado com a de direito público" a fim de legitimar a

---

inamissibilità nel diritto processuale penale, p. 18: "Se há nesta matéria um ponto de acordo, é o que concerne à existência de uma relação entre as partes e o juiz". TORNAGHI, Hélio. **A relação processual penal**. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 20.

[264] "Na verdade, acrescenta Ferrara, na atuação da vontade da lei concorrem interesses públicos e interesses privados, escopos sociais e pretensões individuais. Separá-los, para só admitir uns ou outros, é esforço doutrinário que não corresponde à realidade e não produz resultados úteis nem para a rigorosa elaboração científica, nem para as aplicações práticas [...] O processo é a resultante do necessário ajuste da relação de Direito Privado com a de Direito Público". TORNAGHI, Hélio. **A relação processual penal**. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 41.

[265] MARINONI, Luiz Guilherme. Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do Estado Constitucional. São Paulo, **Revista dos Tribunais**, out. 2006, p. 1.134-1.144.

arbitragem como um meio de resolução de conflito em consonância com o poder delegado?[266]

Na *civil law*, a inserção do Estado na justiça privada, ou melhor, com a avocação e, consequente absorção da arbitragem como um meio privado de resolução de conflito pelo poder constituído, o ajuste necessário entre o direito público e o direito privado foi feito por meio das Constituições. No Brasil, o poder constituinte, por meio da Constituição Federal de 1988, fixou inúmeras garantias a serem observadas pelo Estado, como cláusulas pétreas, no decorrer do processo e da relação jurídica. O limite entre o direito público e o privado encontra-se justamente na observância destas garantias, porque consideradas fundamentais pelo Estado e, assim, inderrogáveis não só pela vontade das partes, como também pelo próprio poder constituído como cláusulas pétreas.

Quando se fa em garantias do procedimento arbitral, torna-se necessário visitar o parágrafo 2, do artigo 21, da Lei de Arbitragem, que determina a observância dos princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento no curso do procedimento.

Celso Agrícola Barbi, em 1990, examina as garantias constitucionais processuais que revestem o exercício da função jurisdicional. O autor aponta a observância do devido processo legal como o caminho a ser seguido no curso do procedimento. O devido processo legal significa a observância do juiz natural, com o direito ao exercício do contraditório e da ampla defesa, com a observância da publicidade e da licitude na colheita das provas, tudo a garantir uma decisão fundamentada no produto da atividade das partes e do julgador imparcial, inseridos na relação jurídica decorrente do procedimento[267] [268].

---

[266] "Há quem busque, em apoio à doutrina do processo como procedimento qualificado pela participação em contraditório (de Fazzalari), a teoria de Luhmann. Afirma-se que a observância racional do procedimento tem valor social de enfraquecer o confronto ou reduzir o conflito". MARINONI, Luiz Guilherme. Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do Estado Constitucional. São Paulo, **Revista dos Tribunais**, out. 2006, p. 1.151.

[267] Interessante observar, considerando a Lei n. 13.129 hoje em vigor, que o autor, ao escrever sobre o princípio da unidade da jurisdição, nos lembra que a Emenda Constitucional n. 7, de abril de 1977, que objetivava introduzir um sistema de dualidade de jurisdição, como um contencioso administrativo para certas causas de entidades públicas: "Com a EC 7, de abril/77, foi modificado o art. 153, § 4º, que regulava o assunto, com o objetivo de introduzir no direito brasileiro o sistema de dualidade de jurisdição, criando um contencioso administrativo, para certas causas de entidades públicas, nos moldes aproximados do Direito Continental europeu". BARBI, Celso Agrícola. Garantias constitucionais processuais. **Revista dos Tribunais**, set. 1990, p. 822.

[268] Em sua obra *Garantias fundamentais do processo: o processo justo*, Leonardo Greco investiga o conteúdo mínimo das garantias fundamentais do processo, apontando as garantias individuais (acesso amplo à Justiça por todos os cidadãos, imparcialidade do juiz, ampla defesa, direitos do pobre, juiz natural, inércia da jurisdição,

O devido processo legal, *rectius*, constitucional, varia de acordo com a formação do Estado, ora fruto de ampla discussão, ora baixado abruptamente pelo legislador. Vale lembrar que, no Brasil, o devido processo legal só veio a ser expressamente reconhecido pela Constituição de 1946, como resposta aos tempos da ditadura varguista do Estado Novo. A partir da observância do devido processo legal, poder-se-ia trabalhar com o limite da autonomia da vontade e, o consequente espaço entre os tribunais, mediante "resultante necessária" que impeça a ocorrência de fissuras no trabalho da justiça estatal e da justiça privada. O que chama atenção do autor é o fato de a doutrina nacional deixar de examinar os efeitos da relação jurídica de direito público nos processos arbitrais, não cabendo aqui, nesta tese, a corrida para esta direção[269] [270].

De qualquer forma, a investigação mais aprofundada em busca da sistematização da arbitragem deverá começar pela relação jurídica de direito público que reveste este meio de resolução de conflito porque é a referida relação jurídica que irá impulsionar o processo até o trânsito em julgado da decisão.

Se pensarmos que o processo, como relação jurídica, desenvolve-se pela vontade das partes, ou melhor, pela atividade dos personagens da relação jurídica, já que o réu citado poderá ficar revel, da mesma forma, não podemos esquecer de que uma vez iniciado, o procedimento deverá seguir por impulso oficial. Giuseppe Chiovenda define impulso oficial como "a atividade que visa somente a obter o movimento progressivo da

---

contraditório, oralidade, coisa julgada, renúncia à tutela jurisdicional) e as garantias estruturais (impessoalidade da jurisdição, permanência da jurisdição, independência dos juízes, motivação das decisões, igualdade concreta, inexistência de obstáculos ilegítimos, efetividade qualitativa, procedimento legal, flexível e previsível, publicidade, legalidade estrita no exercício do poder de coerção, prazo razoável, duplo grau de jurisdição e respeito à dignidade humana). Disponível em: https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/1. Acesso em: 27 dez. 2020.

[269] Neste sentido, Luiz Rodrigues Wambier: "Toda ordem constitucional que venha a viger num determinado Estado, num ou noutro tempo da História, fruto da ampla discussão pela sociedade, ou em decorrência da vontade daquele que detenha o poder constituinte, é baseada em princípios, que, erigidos em normas constitucionais, vão modelar um dado tipo de Estado, uma sociedade mais ou menos aberta à participação do povo na definição de seu próprio destino". WAMBIER, Luiz Rodrigues. Anotações sobre o princípio do devido processo legal. São Paulo, **Revista dos Tribunais**, ago. 1989, p. 181.

[270] A observância do devido processo legal no curso da relação jurídica processual legitima o próprio procedimento, conforme sustenta Luiz Guilherme Marinoni: "É nesse último sentido que a teoria de Luhmann pode ser relacionada com a que frisa a participação em contraditório, isto é, com a de Fazzalari. Contudo, as teorias de Fazzalari e de Luhmann se situam em planos completamente diversos. Embora haja legitimação através da participação, há uma grande distinção entre os significados de participação em Luhmann e Fazzalari. Luhmann, ao tratar da participação, está preocupado com a aceitação das decisões e em tornar inevitáveis prováveis decepções em decepções difusas, e não apenas com a efetividade do direito da parte participar do processo, influindo sobre o convencimento judicial, o que, segundo Fazzalari, legitimaria o exercício da jurisdição". MARINONI, Luiz Guilherme. Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do Estado Constitucional. São Paulo, **Revista dos Tribunais**, out. 2006, p. 1.152-1.153.

relação processual para o fim", segundo o autor porque "o Estado é interessado na rápida definição das lides uma vez iniciadas, e por essa razão, seus órgãos devem tomar a iniciativa de seu presto desenlace"[271].

Nem se diga que o legislador, ao devolver a justiça privada aos particulares com a desestatização do processo, passou a não mais ter interesse no processo privado. Em primeiro lugar, o Estado, repita-se, passou a dispor do seu poder de polícia, para, na forma do art. 31 da Lei de Arbitragem, garantir não só a imutabilidade dos efeitos do laudo arbitral em face da parte vencida, como também contra "terceiros juridicamente interessados sujeitos à exceção de coisa julgada", segundo classificação elaborada por Enrico Tullio Liebman[272].

O interesse do Estado no hígido desfecho do processo pelos particulares pode ser extraído dos arts. 17 e 18 da Lei de Arbitragem: "os árbitros, quando no exercício de suas funções ou em razão delas, ficam equiparados aos funcionários públicos, para efeitos de legislação penal", até porque "o árbitro é juiz de fato e de direito". Ora, se não houvesse o exercício de uma função pública delegada aos particulares por meio do estabelecimento da relação jurídica, por que o legislador teria equiparado o exercício da

[271] CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. v. 2. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva & Cia., 1942, p. 483.

[272] Conforme destaca Enrico Tullio Liebman, o Estado, inclusive, garante não só a observância dos efeitos da coisa julgada pelas partes, como garante a observância da coisa julgada por terceiros juridicamente interessados sujeitos à coisa julgada: "Terceiros juridicamente interessados, sujeitos à exceção de coisa julgada, são os que se encontram subordinados à parte com referência à relação decidida; para estes logra aplicação exclusiva do princípio positivo e a coisa julgada que se formou entre as partes pode estender-se-lhes como sua própria". LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença**. Rio de Janeiro: Forense, 1946, p. 81.

função do juiz a dos árbitros, sancionando as condutas ilícitas dos árbitros da mesma forma que as condutas dos juízes dos tribunais estatais estão sujeitas?[273] [274]

De qualquer forma, se os argumentos despendidos não foram capazes ainda de convencimento, se o Estado não tivesse preocupação com o múnus público delegado, por que o art. 21, em seu § 2º, haveria disposto: "serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade e de seu livre convencimento?" Como em qualquer delegação, o delegante mantém controle sobre a atividade exercida porque é aquele que, em última análise, está exercendo uma função que lhe pertence.

A fim de evitar fissuras entre os tribunais estatais e os privados justamente por força do art. 21, § 2º, da Lei de Arbitragem, com a possibilidade de ação anulatória prevista no artigo a ser distribuída a um juiz estatal, é necessário fazer um corte entre a fase pré-processual e a fase processual do procedimento. Até porque, segundo Hélio Tornaghi, "a relação processual não se confunde com relação pré-processual que possa existir entre as partes em litígio. Independente dela e é de direito público, ainda quando aquela pertença ao direito privado"[275]. Ou seja, as partes têm autonomia para, na convenção processual, limitar a produção dos meios probatórios, por exemplo. Contudo, se não o fizer, uma vez formada a relação jurídica processual, o procedimento será regido

---

[273] Mario Moacyr Porto explica a posição das três correntes doutrinárias que se estabeleceram em relação à responsabilidade do Estado pelos atos dos seus juízes: "A) O ato do juiz é uma manifestação da soberania nacional, pelo que os eventuais desacertos da sua atividade judicante jamais poderão envolver a responsabilidade civil do Estado. Ademais – aduz-se a coisa julgada peculiar natureza das suas atribuições, a ação de indenização poderá ser intentada contra o próprio juiz ou contra a pessoa de direito público. B) O juiz é um funcionário público, mas de natureza especial, pelo que os seus atos – iniludíveis manifestações da vontade do Estado – escapam à disciplina que se estabelece para os demais servidores públicos. Em face da peculiar natureza das suas atribuições, a ação de indenização poderá ser intentada contra o próprio juiz ou contra a pessoa de direito público. C) O juiz é um funcionário na expressão estrita do termo, e, como funcionário que é, os seus atos, quando ocasionem um prejuízo, devem ser indenizados diretamente pelo Estado, só pelo Estado, nos termos do art. 107 da CF. As leis ordinárias (CC, CPC etc.) que, desatendendo ao preceito constitucional, dispõem em sentido contrário não valem. Ou estão revogadas ou são inconstitucionais". No nosso sistema, só o Estado responde pelos atos de seus juízes. Em consonância com o artigo 143 do CPC, o juiz somente responderá por perdas e danos, quando no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude", ou "recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providências que deva ordenar de ofício ou a requerimento da parte". PORTO, Mário Moacyr. Responsabilidade do Estado pelos atos dos seus juízes, **Revista dos Tribunais**, set. 1982, p. 680.

[274] Marcelo José Magalhães Bonizzi sustenta que por força da aplicação do artigo 18, ou seja, por força da atuação do árbitro como juiz, aquele deverá fazer o controle difuso da inconstitucionalidade da lei: "O árbitro atua como juiz, de modo que como o juiz de direito em sede de controle difuso, tem o dever de declarar a inconstitucionalidade. Não se coaduna com o Estado Democrático de Direito a possibilidade de que a supremacia da Lei Maior seja desconsiderada por quem detém, em substituição ao magistrado, o poder de aplicar o Direito, em manifesto prejuízo à segurança jurídica". BONIZZI, Marcelo José Magalhães. Declaração de inconstitucionalidade pelo árbitro: vedação ou dever. **Revista de Processo**, dez. 2017, p. 10.

[275] TORNAGHI, Hélio. **A relação processual penal**. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 9.

também pelo direito público e seus princípios, possibilitando, por exemplo, a produção da prova de ofício se as partes não tiverem vedado sua produção.

O encontro inevitável entre o direito público e o direito privado nos procedimentos arbitrais ganhou novas cores com a entrada em vigor da Lei n. 13.129/2015, já que possibilitou à Administração Pública direta ou indireta utilizar a arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis. A arbitragem envolvendo a Administração Pública será sempre de direito e observará o princípio da publicidade na forma do § 1º do art. 1º da Lei.

A instituição da arbitragem para atender os litígios da Administração Pública tem um elo com o contencioso administrativo, uma vez que acaba retirando do Poder Judiciário o monopólio da jurisdição. Neste sentido, José Manuel Sérvulo Correia, ao examinar a arbitragem dos litígios entre particulares e a Administração Pública, destaca que em Portugal, por influência francesa, havia "um acentuado antagonismo à ideia de arbitragem administrativa". Como informa o autor, com a reforma do contencioso administrativo de 2002-2003:

> A área da arbitrabilidade estendeu-se significativamente ao domínio dos litígios sobre atos administrativos embora, sem o requisito de enquadramento em centro de arbitragem permanente instalado sob autorização do Estado, apenas os atos administrativos relativos à execução de contratos e aqueles que possam ser revogados sem fundamento na sua invalidade[276] [277].

Buscando sintetizar o exposto neste capítulo, fixamos duas premissas. A arbitragem, como meio de resolução de conflito, tem duas fases que não podem ser confundidas. Na fase pré-arbitragem, o aspecto contratual deste meio de resolução de conflito é indiscutível. Nesta etapa, a natureza contratual da arbitragem é a forma pela

---

[276] CORREIA, José Manuel Sérvulo. A arbitragem dos litígios entre particulares e Administração Pública sobre situações regidas pelo Direito Administrativo. **Revista de Contratos Públicos**, set. 2014- fev. 2015, p. 166; 171.

[277] Gustavo Justino de Oliveira e Felipe Faiwichow Estefam, ao examinarem os influxos da nova lei, sustentam que os árbitros, em sede de justiça privada, deverão fazer o controle de legalidade dos atos administrativos: "Sem prejuízo disso, parece-nos igualmente possível ao árbitro exercer controle de legalidade de atos administrativos – nos mesmos limites e extensão que cabe ao Poder Judiciário – se isso representar *conditio sine qua non* para que pleitos principais levados à arbitragem, obviamente relativos a direitos patrimoniais disponíveis, possam ser adequadamente decididos. Trata-se do tema da sindicabilidade arbitral dos atos administrativos, sendo absolutamente possível ao árbitro analisar e decidir, por exemplo, sobre a legalidade de uma alteração unilateral de contrato administrativo implementada pela Administração contratante, ou mesmo a regularidade e validade de uma decisão administrativa impositiva de uma multa de natureza contratual à empresa privada concessionária de serviço público". OLIVEIRA, Gustavo Justino de; ESTEFAM, Felipe Faiwichow. Curso prático de arbitragem e administração pública. São Paulo, **Revista dos Tribunais**, n. 11, 2019, p. 142.

qual a competência da justiça estatal é derrogada, abrindo assim, a jurisdição da justiça privada. Já na segunda fase, com a instituição da relação jurídica processual, não só buscando tornar efetivas as garantias processuais baixadas pelo Estado, é necessário buscar o ajuste entre o direito público e o direito privado, com a observância do exposto no § 2º, do artigo 21, da Lei de Arbitragem, a fim de que as atividades dos tribunais não se choquem, evitando as fissuras entre a justiça privada e a justiça estadual. Não é inoportuno relembrar que junto à Administração Pública, o direito público estará cada dia mais presente neste meio então privado de resolução de conflito, até porque a Administração Pública é a parte que mais frequenta os bancos e cadeiras dos tribunais.

1.3 Como é possível evitar fissuras entre as atividades da justiça privada e da justiça estatal

A justiça estatal analisa os laudos arbitrais sob dois prismas. Diante de um laudo nacional, porque proferido em território brasileiro, caso uma das partes busque desconstituir a decisão, será proposta a ação anulatória prevista no art. 32 da Lei de Arbitragem. O juiz será chamado a julgar o mérito da controvérsia muitas vezes adornada com a chamada ordem pública a colorir a petição inicial. Quando o laudo é estrangeiro porque exarado fora do território nacional, conforme o expresso no art. 34 da Lei de Arbitragem, o Superior Tribunal de Justiça é chamado a homologar a decisão por meio do procedimento de homologação de sentença estrangeira, que não comporta a discussão do mérito da decisão.

Por outro lado, não é incomum a parte devedora apresentar impugnação no cumprimento de sentença, rotulada de violação à ordem pública, objetivando trazer à discussão o mérito da controvérsia então decidida pela justiça privada. Na verdade, as fissuras entre a justiça estatal e a justiça privada, dentre inúmeras causas, têm no hábito e na cultura dos operadores do direito em buscar discutir o mérito da decisão da justiça privada uma excelente fonte de desenvolvimento. Depois da derrota na justiça privada, o sucumbente pede socorro à justiça estatal, valendo-se da sobreposição de atividades dos tribunais, ou seja, das fissuras existentes nessa relação.

Os aplicadores do direito que trabalham com a arbitragem, principalmente, aqueles que exercem o múnus público de julgar a controvérsia de interesses, a partir da entrada

em vigor da Lei n. 9.307/1996, afirmam que esse meio de resolução de conflito é jurisdição. Dizem também, no tocante ao procedimento decisório, que julgam aplicando a regra imprópria, porque apresenta incongruências, conhecida como ônus da prova[278].

Será que esse modo de processar e julgar o procedimento arbitral não poderia desenvolver a sobreposição de atividades, quando os tribunais estatais passam a ser chamados a rever a decisão da justiça privada? Haveria alguma forma de legitimar o trabalho dos tribunais arbitrais a fim de desenvolver um sistema que desse menos chances de interferências casuísticas da justiça estatal nas decisões da justiça privada? Pelo menos, nos pontos mais comuns, ou melhor dizendo, nas fissuras usuais do corpo jurídico, quando a justiça estatal começa a interferir no trabalho desenvolvido pela justiça privada, como na ausência de algum elemento de existência ou validade do compromisso arbitral; ou na ausência de manifestação de vontade no compromisso; ou com a quebra de parcialidade normalmente decorrente de informação não revelada pelo árbitro, como também com a violação do contraditório, geralmente quando não é franqueada a possibilidade de se produzir determinada prova a uma das partes.

Bom exemplo de uma enfermidade do sistema jurídico então fissurado é a possibilidade para o perdedor da demanda na justiça privada de discutir o mérito da controvérsia por meio da chamada ordem pública. A receita é simples: a partir de um

---

[278] O exame do ônus da prova será feito em capítulo próprio, quando buscaremos demonstrar que essa regra imprópria de julgamento só é utilizada na falta da prova plena. Quando o juiz não tem a prova, será necessário perquirir a quem caberia produzi-la. Jordi Nieva Fenoll, em seu artigo *La carga de la prueba: una relíquia histórica que debiera ser abolida* ("O ônus da prova: uma relíquia histórica que deveria ser abolida)", destaca que as ordálias, assim como o ônus da prova, são usados para resolver os processos. "Cuando la misma se utilizaba, ambas partes carecían de prueba y el juez no tenía manera humana de saber qué había sucedido". Tradução livre: "Quando foi usado, ambas as partes não tinham provas e o juiz não tinha forma humana de saber o que tinha acontecido". Em seguida, o autor afirma "existiendo durante mucho tempo el juramento que no es sino una humanización de la ordalía" (Tradução livre: "existindo durante muito tempo o juramento que não é, senão, uma humanização da ordálias"). Ao final, sustenta a exclusão do ônus da prova como regra de julgamento, e aponta a inoportunidade da inversão do ônus da prova, se batendo contra o uso da carga dinâmica inclusive. "Pero fijémonos que ello no fue así siempre. Durante mucho tiempo se utilizó la ordalía para resolver los procesos. Cuando la misma se utilizaba, ambas partes carecían de prueba y el juez no tenía manera humana de saber qué había sucedido. Por ello se acudía a esa especie de "ojo que todo lo ve" de la época: la divinidad. Es curioso observar cómo ese fue el modo más ancestral de resolver las situaciones de insuficiencia probatoria. No se dejaba al litigante inerme ante su falta de recursos para probar los hechos que alegaba, sino que se le daba la opción de someterlos a ese juicio divino. De ese modo, la ordalía excluía la carga de la prueba". TARUFFO, Michele; FENOLL, Jordi Nieva; BELTRÁN, Jordi Ferrer; GIANNINI, Leandro J. **Contra la carga de la prueba**. Madri, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 41. Tradução livre: "Mas observemos que isso nem sempre foi assim. Durante muito tempo, utilizou-se a ordálias para resolver os processos. Quando a utilizavam, ambas as partes careciam de prova e o juiz não tinha maneira humana de saber o que havia sucedido. Por isso se valia dessa espécie de "olho que tudo vê" da época: a divindade. É curioso observar como esse foi o modo mais ancestral de resolver as situações de insuficiência probatória. Não se deixava o litigante inerme diante de sua falta de recursos para provar os fatos que alegava, senão que a ele se dava a opção de submetê-los a esse julgamento divino. Desse modo, a ordálias excluía o ônus da prova".

vício formal do procedimento, como uma suposta ausência de manifestação de vontade da parte em instituir o compromisso, o vencido no processo arbitral, com o escudo da ordem pública, sustenta que a suposta ausência de pressuposto de existência do processo se confunde com a ordem pública e, a partir dessa premissa, a parte sucumbente briga, às vezes (dependendo dos valores envolvidos) como uma luta de vida ou morte, para obter um novo julgamento com a discussão de todo o mérito da controvérsia, agora, abraçado à ordem pública.

Virou um hábito rotular as violações aos dispositivos legais como violação à ordem pública em sede de arbitragem. Como se fosse necessário adjetivar a violação à norma legal já disposta na lei pelo legislador como fundamento para anular o laudo. Não é necessário irmos à ordem pública para anular o laudo em sede de recurso especial ou deixar de homologar o laudo estrangeiro, se já há previsão legal para anular o laudo ou não conceder o *exequatur* reconhecendo a nulidade.

O Superior Tribunal de Justiça, ao examinar o pedido de homologação de sentença contestada n. 6855, entendeu que "inexiste ofensa à ordem pública e aos limites da cláusula de arbitragem em relação aos ônus de sucumbência fixados pela sentença arbitral, pois o juízo de delibação na homologação de sentença estrangeira somente pode examinar os aspectos formais da decisão judicial homologada". Ora, se há regra expressa prevendo a nulidade, por que devemos ir até a ordem pública, abrindo assim, um portão para o exame do mérito do laudo?[279]

José Carlos Barbosa Moreira, em 1989, sustentava a "tendência à facilitação da extensão internacional dos efeitos das sentenças". Já no início da era da globalização, o autor afirmava que não seria possível certa "atitude de impermeabilidade às sentenças estrangeiras" e nos alerta para a "exacerbação do conceito de soberania"[280].

A fim de iniciarmos com um critério objetivo, buscando responder às dúvidas formuladas, necessário retornarmos à relação jurídica processual. Quando se sustenta que o Estado, ao estatizar a justiça privada, deu impulso à autonomia da ciência processual, com o desenvolvimento da teoria da relação jurídica autônoma, dinâmica e

---

[279] BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Sentença Estrangeira Contestada n. 6.855 – EX (2011/0266266-4), Relator: Ministro Jorge Mussi, Requerente: Enelpower SPA. Julgamento: 16/08/2017, DJe: 24/08/2017.

[280] MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual** (quarta série). Visão panorâmica da situação atual. v. I. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 245-246.

pública, não se pode esquecer que a relação só se forma, só se estabelece, por meio do processo, do procedimento. Entre a jurisdição garantida pelo Estado e o processo como relação entre as partes e seu julgador, há um elemento essencial, que concretiza esse elo: chama-se o direito de ação, o direito de instrumentalizar a relação entre as partes e o julgador, buscando resolver seu conflito de interesses a cargo do Estado. A ação começa a ser vista como demanda a garantir o bem da vida.

James Goldschmidt sustentava que a ação ou "direito de obra processual" "é um direito público subjetivo dirigido contra o Estado para obter a tutela jurídica do mesmo mediante sentença favorável". Segundo o autor, "a ação processual dirige-se somente contra o Estado, não contra o demandado"[281].

Quando examinamos o direito de ação, a primeira controvérsia posta à mesa é sabermos se o direito de ação, para que possa ser reconhecido, impõe a declaração de reconhecimento do direito material. Conforme explica Leonardo Greco, Piero Calamandrei era concretista. Para ele, o direito abstrato de agir representaria "uma concepção autoritária da justiça civil, que busca no processo apenas a realização de um fim público e que afasta radicalmente qualquer relação entre a ação e o direito substancial". Para Piero Calamandrei, como apontado por Leonardo Greco, a função prática da ação é delimitar o exercício da jurisdição[282].

Giuseppe Chiovenda, concretista também, defendia a ação "como um direito por meio do qual, omitida a realização de uma vontade concreta da lei mediante a prestação do devedor, se obtém a realização daquela vontade por outra via, a saber, mediante o processo"[283]. Gian Antonio Michelli sustenta que o "poder de accion" é o direito de se

---

[281] GOLDSCHMIDT, James. **Direito processual civil**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 93.

[282] GRECO, Leonardo. **A teoria da ação no processo civil**. São Paulo: Dialética, 2003, p. 26.

[283] Segundo o autor, o conceito de coação é inerente ao direito a fim de garantir a observância da vontade concreta da lei: "Observei que, se em verdade a coação é inerente à ideia do direito (não no sentido de que, para se ter direito, se deve poder efetivamente atuá-lo, e sim no de que tende a atuar com todas as forças que estão de fato à sua disposição); se em verdade a vontade concreta da lei, quando o devedor deixa de satisfazê-lo com sua prestação, tende à sua atuação por outra via, e que, mesmo, em numerosíssimos casos, há vontades concretas de lei cuja atuação só se concebe por obra dos órgãos públicos no processo; todavia, normalmente, a atuação (*nemo iudex sine actore*), de modo que, normalmente, a atuação da lei depende de uma condição, a saber, da manifestação de vontade de um indivíduo; e diz-se que esse indivíduo tem ação, querendo dizer-se que tem o poder jurídico de provocar, com seu pedido, a atuação da vontade da lei". CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. v. 1. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva & Cia, 1942, p. 49; 53.

exigir a prestação de um serviço público “de hacer justicia constituye el contenido de una función esencial del Estado”[284].

Enrico Tullio Liebman define o direito de ação como o direito diverso do direito material porque seria o direito de iniciar a demanda e impulsioná-la, por meio da qual se coloca em exercício uma pública função, que é garantir a proteção a um direito ameaçado ou violado. O autor desenvolve um modo eclético de enxergar o direito de ação, já que ele se dirigiria não só contra o Estado, mas “Il primo ha infatti per oggetto una prestazione della controparte”[285] [286].

Para Leornado Greco, a posição eclética de Enrico Tullio Liebman defende que a ação não é concreta, já que ocorrem os julgamentos de improcedência dos pedidos, até porque a ação “traz em si um elemento de risco”. Por outro lado, a abstração defendida para o exercício de ação não pode levar a um “pode tudo” no exercício deste direito, que logicamente, como todo o direito, não é absoluto. O direito de ação, a ação, o seu exercício, não é absoluto, uma vez que “se refere a uma fatispécie determinada e exatamente individuada. Ela é condicionada a alguns requisitos que devem verificar-se caso a caso em via preliminar, comumente, de modo implícito: interesse de agir, legitimação para agir e possibilidade jurídica”[287].

Somam-se às condições para o exercício do direito de ação o preenchimento de certos requisitos para a existência e a validade do processo como meio de resolução de

---

[284] MICHELI, Gian Antonio. **Derecho procesal civil**. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1970, p. 18. Tradução livre: “Gian Antonio Micheli sustenta que o “poder de ação” é o direito de se exigir a prestação de um serviço público de fazer justiça, constitui o conteúdo de uma função essencial do Estado”.

[285] Tradução livre: “o primeiro tem de fato por objeto uma prestação da parte contrária”. LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manuale di diritto processuale civile I**. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1973, p. 118.

[286] Prossegue o autor: “La distinzione trai l diritto soggettivo sostanziale e l’azione si rivela sotto molteplici aspetti. IL primo há infatti per oggetto una prestazione dela controparte, l’azione mira invece a provocare uma attività degli organi giudiziari; appunto perciò il diritto si dirige verso la controparte ed há, secondo i casi, natura privata o publica e un contenuto che va in dispendenza della singola fatti-specie, mentre l’azione si dirige verso lo Stato ed há perciò sempre natura pubblica ed un contenuto uniforme, com’ è quello della domanda di tutela giurisdizionale del próprio diritto (pur variando il tipo di provvedimento che di volta in volta s’invoca dal giudice)”. LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manuale di diritto processuale civile I**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1973, p. 118. Tradução livre: “A distinção entre o direito subjetivo material e a ação dá-se em muitos aspectos. O primeiro diz respeito à prestação da contraparte; por seu turno, a ação visa provocar uma atividade das autoridades judiciais; é por isso que o direito volta-se à contraparte e tem, segundo o caso, natureza privada ou pública, assim como um conteúdo que tende à dependência de cada *fattispecie*. Em contrapartida, a ação dirige-se ao Estado e, logo, tem natureza pública e conteúdo uniforme, como o do pedido de tutela jurisdicional do próprio direito (embora o tipo de provimento invocado pelo juiz em dado momento possa variar).

[287] GRECO, Leonardo. **A teoria da ação no processo civil**. São Paulo: Dialética, 2003, p. 27.

conflito em que três personagens estão unidos em uma relação progressiva, na qual trabalham em conjunto, objetivando o provimento jurisdicional.

Em primeiro lugar, se não houver a demanda com a apresentação da petição inicial, na forma do art. 319 do CPC/2015, a um juiz de direito, não existe processo. Em outras palavras, a existência da ação, proposta por um sujeito de direito, então distribuída a um magistrado com jurisdição, configura os requisitos de existência do processo. Todavia, à luz dos pressupostos de validade da relação jurídica, as partes devem estar legalmente habilitadas a defender seu direito no curso do processo, como o juiz deverá ser competente para processar e julgar a demanda, que não deverá apresentar qualquer óbice procedimental para seu julgamento.

Crisanto Mandrioli aponta como pressupostos processuais i) a existência de um órgão com jurisdição, ii) a existência de um sujeito e sua capacidade de estar representado em juízo, iii) no juízo civil, a propositura de uma demanda e a regular instauração do contraditório, iv) no juízo criminal, o exercício do direito de ação pelo Ministério Público. Segundo o autor, as condições da ação se diferenciariam dos pressupostos processuais já que estas "sono requisiti introdotti, almeno in certo senso, dalla legge processuale e la cui esistenza è pure necessaria prima (almeno in senso logico) della decisione sul merito"[288]. Já os pressupostos processuais estão relacionados diretamente ao procedimento, não se confundindo com o direito material, até porque "i presupposti processuali a seconda che condizionano l'instaurazione o l'ulteriore funzionalità del processo"[289] [290].

---

[288] Tradução livre: "são requisitos introduzidos, de certa forma, pela legislação processual e cuja existência também se faz necessária previamente (no sentido lógico) ao mérito da causa".

[289] Tradução livre: "os pressupostos processuais consoante o fato de condicionarem o estabelecimento ou a ulterior funcionalidade do processo". EULA, Ernesto; AZARA, Antonio. **Digesto italiano**. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1957, p. 785-786.

[290] Ainda segundo o autor, "[...] Secondo questia opinione, presupposti processual sono: a) Pesistenza di un organo fornitto di giurisdizione; b) la esistenza dí un soggetto e la considdetta capacità di esser parte (8); c) (con particolare riguardo al processo civile) la proposizione di una domanda con la conseguente regolare instaurazione del contraddittotio; d) (con particolare riguardo al processo penale) il promovimento dell'azione penale da parte del Pubblico ministero [...] Sennonchè, sotto il primo riguardo, si deve súbito porre in rilievo come l'individuazione sai del momento in cui è richiesta l'esistenza dei presupposti processual e sia delle consegueze della foro eventuale mancanza, è resa extremamente incerta dal fato che tali requisiti vengono comunemente riferiti ad uma figura giurídica evanescente, di elaborazione dottrina le e senza precise basi positive; il cosidetto rapporto giuridico processuale (4). Mentre, sotto il secondo riguardo, si deve tener presente che alla luce dele opinioni più moderne, anche i requisiti comunemente chiamati "condizioni dell'azione" sono requisiti introdotti, almeno in certo senso, dalla legge processuale e la cui esistenza è purê necessária prima (almeno in senso logico) della decisione sul mérito (5). Ed allora (e specie se tengono presenti i veduti diversi significati com cui si sogliono intendere i presupposti processual a seconda ehe condizionato l' instaurazione o Pulteriore funzionalità del processo), si deve prendere atto

Marco Tullio Zanzucchi sistematiza com precisão as três espécies de pressupostos processuais, ao distribuí-los para constituir a relação jurídica processual: regularidade, validade e desenvolvimento. Os requisitos de constituição são os necessários e suficientes para dar andamento à relação jurídica porque passará a existir, com a apresentação da demanda por um sujeito de direito a um juiz competente. Já os requisitos de validade e de regularidade determinam a apresentação de uma demanda "sostanzialmente e processalmente valida"[291], diante de um órgão competente, com as partes capazes de estar em juízo e o desenvolvimento do contraditório, com a consequente citação do réu. Os pressupostos de desenvolvimento da relação processual seriam os pressupostos específicos, considerando não só as peculiaridades do direito material em litígio, como também a responsabilidade de a parte autora em impulsionar o processo. Por fim, a litispendência, o compromisso arbitral, a conciliação e a coisa julgada funcionam com pressupostos de desenvolvimento válido do processo[292] [293].

José Carlos Barbosa Moreira, em artigo sobre os pressupostos processuais, aponta que a formulação de seus conceitos "liga-se historicamente à identificação, como

---

di quanto poco netta sia la suddetta contrapposizione che sembra addirittura sfumare per la necessità di ridurre anche le condizioni dell'azione ad un ulteriore, e sai purê più avanzato, grupo di requsiti concernenti la funzionalità del processo. Il che naturalmente contribuisce a porre in dubbio l' utilità pratica della nozione in discorso". EULA, Ernesto; AZARA, Antonio. **Digesto italiano**. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1957, p. 785-786. Tradução livre: "Segundo essa opinião, são pressupostos processuais: a) a existência de um órgão com jurisdição; b) a existência de um sujeito e sua capacidade de estar representado em juízo (8); c) (especificamente no juízo civil) a propositura de uma demanda e a regular instauração do contraditório; d) (especificamente no juízo criminal) o exercício da ação penal pelo Ministério Público. Todavia, à primeira vista, deve-se sublinhar como a identificação desde a exigência das condições processuais, como também das consequências de sua eventual falta, é extremamente incerta, visto que tais requisitos são geralmente referidos a uma figura jurídica evanescente, de elaboração doutrinária e sem bases positivas precisas: a denominada relação jurídica processual (4).Enquanto que à segunda vista é preciso considerar que, à luz das opiniões mais modernas, até mesmo os requisitos comumente denominados por "condições de ação" são introduzidos, em certa medida, pela legislação processual e cuja existência é também necessária antes (pelo menos em sentido lógico) da sentença sobre o mérito (5). Então, (sobretudo se considerados os diferentes significados atribuídos aos pressupostos processuais, conforme condicionam a instauração ou a ulterior funcionalidade do processo) há que se notar a indefinição da referida contraposição, que parece inclusive relativizar-se devido à necessidade de se reduzir até mesmo as condições de ação a um futuro, e mais avançado, conjunto de requisitos concernente à funcionalidade do processo. Tal fato, obviamente, contribui para o questionamento da utilidade prática da noção em pauta".

[291] Tradução livre: "material e processualmente válida".

[292] ZANZUCCHI, Marco Tullio. **Diritto processuale civile**. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1938, p. 59-66.

[293] Luiz Machado Guimarães lembra que a classificação dos pressupostos processuais varia de um para "outro tratadista", mas inicia citando Marco Tullio Zanzucchi: "As classificações variam de um para outro tratadista, fazendo cada uma ressaltar determinado aspecto da questão. Assim, Zanzucchi indica três classes de pressupostos processuais: a) pressuposto da constituição em geral da relação processual; b) pressupostos da regular e válida constituição da relação processual; c) pressupostos do desenvolvimento da relação processual. E Betti, distinguindo entre as condições: a) de validade; b) de admissibilidade; c) de procedência da demanda judicial, apresenta a seguinte classificação: a) pressupostos da relação processual; b) condições do julgamento de mérito: c) requisitos da pretensão e da ação". GUIMARÃES, Luiz Machado. **Estudos de direito processual civil**. São Paulo: Jurídica e Universitária, 1969, p. 71-72.

entidade autônoma da chamada relação jurídica processual". O autor cita curioso exemplo de o réu não existir, verdadeira figura inanimada, e pergunta se estaria configurada a existência do processo. A resposta é afirmativa porque há demanda, existe autor na presença de um juiz com jurisdição. Na ausência do réu, não haverá requisito de desenvolvimento válido do processo. Para o autor, os pressupostos processuais, como as condições da ação funcionariam como um filtro,

> a barrar o acesso de espécimes processuais gravemente defeituosos à superior região em que se resolve o destino das partes quanto à substância do litígio. A semelhante desfecho ficaria impedido de chegar o processo que não exibisse, por assim dizer, passaporte em ordem[294] [295].

As condições da ação, assim como os pressupostos processuais, apesar de se distinguirem – segundo Marco Tullio Zanzucchi, o preenchimento das condições da ação são requisitos necessários para o julgamento de procedência da demanda, e os pressupostos processuais são requisitos "per ottenere un provvedimento giurisdizionale qualsiasi"[296] – funcionam como um filtro. O exercício do direito de ação não é absoluto, com a propositura de uma demanda sem a observância de determinados requisitos mínimos pelo autor[297] [298].

José Carlos Barbosa Moreira, após exercer o múnus da magistratura, apesar de reconhecer que as condições da ação, assim como os pressupostos processuais, são um filtro, observa também que ambos acabam muitas vezes sendo examinados ao final do processo sem qualquer preocupação de ordem: "pressupostos processuais e

---

[294] MOREIRA, José Carlos Barbosa. Sobre pressupostos processuais. **Revista Forense**, out.-dez., 1984, p. 1-4.

[295] Paulo Cezar Pinheiro Carneiro sustenta que a existência de compromisso arbitral é pressuposto negativo para o regular exercício do direito de ação. A preliminar deverá ser levantada em contestação, não cabendo ao juiz conhecê-la de ofício. "Registre-se, por fim, que a existência de compromisso arbitral é pressuposto negativo para o regular exercício do direito de ação (art. 485, VII), mas esta preliminar deverá ser levantada pela parte na contestação (art. 337, X), sob pena de renúncia à jurisdição alternativa (art. 337, 6º), vedado ao juiz conhecê-la de ofício (art. 337, 5º)". CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil**. São Paulo: RT, 2016, p. 76.

[296] Tradução livre: "para conseguir um ato jurisdicional qualquer".

[297] ZANZUCCHI, Marco Tullio. **Diritto processuale civile**. Milão: Dott. A. Giuffrè, 1938, p. 67.

[298] Segundo Marco Tullio Zanzucchi, a importância prática da distinção dos pressupostos processuais das condições da ação ocorre porque: i) os pressupostos processuais são disciplinados por regras de direito processual. As condições da ação estão reguladas nas regras de direito material. Os pressupostos processuais devem existir no momento da apresentação da demanda e durante o curso do procedimento. As condições da ação, apesar de serem auferidas em *status assertionis* devem estar configuradas quando da publicação da sentença. Por fim, a ausência de um pressuposto processual não significa a ausência do direito de ação, então configurada na falta de uma das condições da ação. ZANZUCCHI, Marco Tullio. **Diritto processuale civile**. Milão: Dott. A. Giuffrè, 1938, p. 68.

fundamentos de direito material formariam, em conjunto, uma classe, a dos pré-requisitos do acolhimento do pedido, a serem examinados sem qualquer preocupação de ordem"[299].

Leonardo Greco, ao se perguntar se as condições da ação teriam alguma utilidade, afirma que a forma de se assegurar a eficácia concreta dos direitos dos cidadãos é por meio da imposição dessas condições. Caso contrário, "se o titular do direito puder ser molestado, sem qualquer limite, no seu pleno gozo, por ações temerárias ou manifestamente infundadas", a eficácia concreta dos direitos dos cidadãos estaria esvaziada[300] [301].

A utilidade prática das condições da ação e dos pressupostos processuais é a extinção da ação prematuramente, conforme estipula o CPC/2015, art. 485, § 3º. Na ausência de uma das condições da ação, o juiz é obrigado a extinguir o feito de ofício. Já na ausência de um pressuposto, a parte será intimada a suprir a nulidade. Se não cumprida a determinação, o processo morrerá precocemente, sem incomodar por mais tempo a outra parte e abarrotar o serviço do cartório e do julgador.

O CPC/2015 determina a extinção do processo, sem que o juiz resolva o mérito da controvérsia, quando verificar-se a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular, conforme expresso no seu art. 485, IV. O inciso V determina a extinção da ação se o juiz reconhecer a existência de perempção, de litispendência ou de coisa julgada. Neste caso, ou o autor já exerceu seu direito de ação, permitindo formar a coisa jugada; ou ele está exercendo, então, a repetição da ação, o que configuraria um *bis in idem*, gerando litispendência; ou o autor permitiu a extinção de sua ação anterior por dissídia, em três diferentes oportunidades, dando ensejo à perempção na forma do CPC/2015, art. 486, § 3º.

Já as condições para o exercício do direito de ação estão previstas no inciso VI. O legislador não fez constar no CPC/2015 a possibilidade jurídica do pedido, já que o inciso menciona a legitimidade e o interesse como condições expressas. O § 3º determina não só que as matérias relacionadas às condições da ação e aos pressupostos

---

[299] MOREIRA, José Carlos Barbosa. Sobre pressupostos processuais. **Revista Forense**, out.-nov.-dez., 1984, p. 4.
[300] GRECO, Leonardo. **A teoria da ação no processo civil**. São Paulo: Dialética, 2003, p. 20-21.
[301] Leonardo Greco, ao examinar a ação como demanda, observa: "Cabe ao autor fixar quem são as partes, qual é o pedido e qual é a causa de pedir, enfim, sobre que questões da relação jurídica de direito material incidirá o provimento jurisdicional". GRECO, Leonardo. **A teoria da ação no processo civil**. São Paulo: Dialética, 2003, p. 12.

processuais devam ser conhecidas de ofício, como também, sublinha que essa nulidade será conhecida a qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não ocorrer o trânsito em julgado da decisão.

A possibilidade jurídica do pedido comporta não só a ilicitude do pedido, como também a possibilidade material do requerimento. O pedido para que o réu me leve a passear na Lua, apesar de estarmos vivendo em tempos modernos, ainda soa como impossível. Ou a adjudicação compulsória do Cristo Redentor para a parte requerente, que fez juntar aos autos uma promessa de compra e venda com pagamento de um sinal, também não parece factível. Quanto à ilicitude do pedido, nos filiamos à corrente mais restritiva, como a de Leonardo Greco, para quem a possibilidade jurídica diz respeito apenas ao pedido e não à causa de pedir. Havendo ilicitude na causa de pedir, será o caso de julgamento de improcedência do pedido. Segundo o autor, "a posição mais restritiva justifica-se também por uma razão pragmática, pois toda vez que se alarga a abrangência de uma condição da ação se restringe o exame do mérito, ou seja, o julgamento do direito material"[302].

A possibilidade jurídica do pedido é auferida por meio do exame da norma em abstrato. Haveria alguma norma que proibisse um homem matar o outro, por determinada soma em dinheiro? Sim, há. Consequentemente, o pedido de Pedro para que João venha a cumprir com a sua obrigação de fazer, no caso, matar Paulo pela soma de R$ 200, é ilícito e o processo deverá ser extinto[303].

---

[302] Leonardo Greco sustenta que havendo ilicitude na causa de pedir não seria o caso de extinção da ação. O pedido deverá ser julgado improcedente. Nesta linha de ideias o professor apresenta interessante exemplo: "[...] o autor propõe uma ação objetivando a condenação do réu a entregar-lhe dez quilos de substância entorpecente. Como causa de pedir, alega que efetuou a compra da substância e realizou o seu pagamento. Nessa hipótese, o pedido é juridicamente impossível, porque as drogas são bens fora do comércio, cuja negociação é ilícita, e assim, a prestação jurisdicional invocada – entrega de substâncias entorpecentes – não encontra respaldo no ordenamento jurídico. No regime do Código de 1973, o juiz extinguirá o processo e o autor é carecedor de ação por impossibilidade jurídica do pedido. Por outro lado, diversa é a hipótese em que o autor propõe uma ação de cobrança de dez mil reais, fundada num contrato de compra e venda, alegando que vendeu drogas para o réu e este não lhe pagou. O pedido, neste caso, é juridicamente impossível? Não, pois o pedido, que é a condenação ao pagamento de uma importância em dinheiro, é agasalhado pelo ordenamento jurídico, e, assim, o juiz exercerá jurisdição sobre o mérito, julgando o pedido improcedente, julgando, portanto, o mérito da causa. O que é ilícito nesse segundo exemplo é o fundamento, a causa de pedir". GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil** – introdução ao direito processual civil. v. I. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 215.

[303] Crisanto Mandrioli define a impossibilidade jurídica do pedido considerando a norma em abstrato: "Ciò premesso, possiamo incominciare col ravvisure un primo requisito o condizione dell' azione nell' esistenza di una norma che contempli in astratto il diritto che si vuol far valere. Questa prima condizione dell'azione se chiama possibilità giuridica, Sarebbe ad espriva di questo requisito la domanda di chi chiedesse la risoluzione di un contrato perchè non lo reputa più conveniente; o di chi chiedesse il divorzio puramente consensuale, tutora estraneo al nostro ordenamento; o,

Apesar de o CPC/2015 não estipular a possibilidade jurídica do pedido como uma das condições da ação, parte da doutrina entende que a possibilidade jurídica se confunde com a falta de interesse em agir. Enrico Tullio Liebman sempre entendeu assim. Até porque "se o provimento pedido não pode ser pronunciado, porque não admitido pela lei (por exemplo, a prisão do devedor), naturalmente o reconhecimento da existência do interesse de agir não significa ainda que o autor tenha razão"[304] [305].

As condições da ação e os pressupostos processuais são aplicáveis ao processo arbitral? Quanto ao laudo nacional, uma vez que se aplicam as regras da teoria geral do processo com o exercício da jurisdição pelo tribunal arbitral, a resposta só poderá ser afirmativa[306]. Já o laudo estrangeiro, como o pedido de homologação, configura-se exercício de jurisdição. O laudo deverá apresentar partes legítimas para requerer e para responder pelo pedido, juridicamente possível, interesse e necessidade do demandante

---

ancora, di chi chiedesse il risarcimento del danno causato da un comportamento che eglistesso riconosce incolpevole". MANDRIOLI, Crisanto. **Corso di diritto processuale civile**. Torino: Giappichelli, 1973, p. 44. Tradução livre: "Face a quanto precede, é possível reconhecer um primeiro requisito ou condição da ação na existência de uma norma que contemple em termos absolutos o direito alegado. A essa primeira condição da ação denomina-se possibilidade jurídica, sendo impossível tal requisito o pedido de rescisão de um contrato não mais conveniente; em caso de divórcio puramente consensual, ainda alheio ao nosso ordenamento; ou, inclusive, no pedido de indenização pelos danos causados por uma conduta que o próprio requerente reconhece a inocência".

[304] "O interesse de agir surge da necessidade de obter do processo a proteção do interesse substancial; pressupõe por isso a lesão deste interesse e a idoneidade da decisão pedida para protegê-lo e satisfazê-lo. Seria de fato inútil examinar a demanda para conceder (ou negar) o provimento pedido, caso na situação de fato que vem exposta não seja afirmada uma lesão de direito ou interesse imputada à parte contrária, ou se os efeitos jurídicos que se esperam do provimento tenham sido de qualquer forma já conquistados, ou se o provimento por si mesmo inadequado ou inidôneo para reparar a lesão, ou enfim, se o provimento pedido não pode ser pronunciado, porque não admitido pela lei (por exemplo, a prisão do devedor). Naturalmente o reconhecimento da existência do interesse de agir não significa ainda que o autor tenha razão: quer dizer apenas que sua demanda apresenta as exigências para ser examinada; e ao mérito, não ao interesse de agir, pertencem as questões de fato e de direito relativas ao fundamento da demanda, isto é, à conformidade com o direito da proteção jurídica que se pretende para o interesse substancial. Em conclusão, o interesse de agir é dado pela relação entre a situação antijurídica que vem denunciada e a decisão que se pede para lhe pôr remédio, mediante a aplicação do direito, e esta relação deve consistir na utilidade do provimento, como meio de reparar o interesse lesado à proteção fornecida pelo direito. Tomadas em conta as ações típicas, vinculadas às relações jurídicas substanciais singulares, ele é o elemento característico da ação, aquele sobre qual a ordem jurídica mede a idoneidade da hipótese fática deduzida em juízo de ser objeto da atividade jurisdicional, e, portanto, a demanda conforme às finalidades do direito e por isso merecedora de ser examinada". LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**. v. I. São Paulo: Intelectos, 2003, p. 139-140.

[305] Leonardo Greco também reconhece que a impossibilidade jurídica do pedido encontra-se comportada no conceito de interesse em agir: "São argumentos ponderáveis que não podem impedir, entretanto, que o juiz poupe o réu do ônus de se defender de uma pretensão manifestante ilícita. A meu ver, o silêncio do Código de 2015 sobre a possibilidade jurídica do pedido não significa que ela tenha deixado de existir. Ela sobrevive na condição da ação do interesse de agir. Se o pedido é ilícito, o autor não tem necessidade nem utilidade a extrair da pretensão de acolhimento do seu pedido, porque o juiz não poderá acolhê-lo. Aliás, se essa ilicitude transparecer claramente da hipótese formulada pelo autor na petição inicial, esta deverá ser liminarmente indeferida por inepta, porque da narração dos fatos não poderá decorrer logicamente a conclusão pretendida (CPC/1973, art. 295, parágrafo único, inc. II; CPC/2015, art., 330, 1º, inc. III)". GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil** – introdução ao direito processual civil. v. I. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 216.

[306] DINAMARCO, Cândido Rangel. **A arbitragem na teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 23.

ao requerer a homologação do laudo estrangeiro, logicamente aplicando-se também a teoria geral do processo.

O art. 216-C do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça determina que "A homologação da decisão estrangeira será proposta pela parte requerente, devendo a petição inicial conter os requisitos indicados na lei processual". Logicamente, a petição inicial deverá preencher as condições da ação sob pena de indeferimento por ausência de seus pressupostos ou por ausência das condições da ação.

Como pressuposto de existência de competência para o exercício de jurisdição pelo tribunal privado, o § 1º do art. 3º da Lei de Arbitragem determina que a cláusula compromissória deverá ser estipulada por escrito. O art. 10 estipula os elementos de validade do compromisso arbitral, com a determinação das partes, do árbitro ou do eventual painel, caso já delineado, e a matéria que será objeto da arbitragem. O art. 11 determina os elementos eventuais do compromisso, como o local onde se desenvolverá a arbitragem, a autorização para o árbitro julgar por equidade, o prazo para a entrega do laudo, a indicação da lei nacional ou das regras corporativas aplicáveis ao caso concreto, a declaração da responsabilidade pelo pagamento dos honorários e despesas, e a fixação de honorários dos árbitros.

O art. 32, I, da Lei de Arbitragem afirma que é nula a sentença arbitral se for nula a convenção de arbitragem. Já o inciso IV reconhece a nulidade da sentença se for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem. Como exemplo do inciso I, poderíamos imaginar a assinatura do compromisso por diretor da companhia que não tinha poderes estatutários. O inciso IV, por sua vez, teria aplicação se as partes tivessem convencionado que o painel arbitral seria composto por três árbitros e, o laudo ora em fase de homologação, tiver sido proferido por apenas um deles. Neste caso, os limites da convenção não foram observados.

Conforme sustenta José Carlos Barbosa Moreira, o art. 32 elenca "una serie di casi in cui è "nulla" la sentenza arbitrale. Le virgolette esprimono un giudizio negativo sulla proprietà della qualifica. In verità nella maggioranza delle ipotesi si trata di annullabilità piuttosto che di nullità"[307].

[307] MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Texto na nuova legge brasileira sull'arbitrato in revista del´arbitrato**, fasc 1, 1997, p. 13. Tradução livre: "elenca uma série de casos em que é "nula" a sentença arbitral. As aspas revelam um

A nulidade aqui apontada poderá ser relativa ou absoluta. O art. 166 do Código Civil estipula as causas de nulidade do negócio jurídico. Já o art. 171 do mesmo diploma reconhece as causas de anulabilidade. Segundo Humberto Theodoro Júnior, no caso da nulidade absoluta, "considera-se ultrajado um preceito de ordem pública, de sorte que a negativa de validade corresponde à tutela de um interesse público; nas anulabilidades, o que se tem como violado é um preceito de ordem privada, de modo que a sanção protege um interesse privado"[308] [309].

O artigo 32, II, da Lei de Arbitragem prescreve a nulidade do laudo se foi proferido por quem não podia ser árbitro. Os casos de suspeição e de impedimentos previstos no CPC/2015 se aplicam ao processo arbitral conforme previsto no art. 14 da Lei de Arbitragem[310].

Por outro lado, a relação de proximidade entre as partes no processo arbitral é um fato, muitas vezes, inevitável. Até em razão desta proximidade, desta ligação entre as partes com o próprio árbitro, demandante e demandado acabam optando pela arbitragem como meio de resolução de seu conflito. Justamente por força deste quadro de possível aproximação dos personagens, é que o árbitro tem o dever de revelar "qualquer fato que denote dúvida justificada quanto à sua imparcialidade e independência" conforme expresso na Lei de Arbitragem, art. 14, § 1º. Até porque, o art. 13, § 5º, da mesma Lei determina ao árbitro proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição.

A quebra da parcialidade é causa de pedir comum nas ações anulatórias que objetivam desconstituir laudos arbitrais. As possibilidades de fissuras ganham forma

---

juízo negativo sobre a propriedade da qualificação. Na verdade, na maioria das hipóteses, trata-se sim de anulabilidade, e não de nulidade".

[308] THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Comentários ao Novo Código Civil**. v. 3. t. I. – dos fatos jurídicos – do negócio jurídico. Arts. 138 a 184. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 422.

[309] Carlos Alberto Carmona, aplicando a teoria geral do processo ao processo arbitral, o que não poderia ser diferente, aponta a possibilidade de os árbitros, evitando superar nulidade relativa porque sanável, utilizarem o § 1º do artigo 19, até porque só se decretará a nulidade do laudo em caso de total impossibilidade de depreender-se e delimitar-se razoavelmente a vontade dos compromitentes. CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo** – um comentário à Lei n. 9.307/96. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 176.

[310] Neste sentido se manifesta Carlos Alberto Carmona: "A fim de garantir às partes um julgamento justo e imparcial, e para que possam os litigantes, se entenderem necessário, recusar o árbitro, deve o futuro e eventual julgador revelar qualquer fato que possa gerar dúvida quanto à sua imparcialidade ou independência (*duty of disclosure*). Além das hipóteses capituladas no Código de Processo Civil (arts. 134 e 135), o árbitro deve revelar qualquer situação que, do ponto de vista das partes, possa gerar dúvida objetiva sobre sua capacidade de julgar com imparcialidade e independência". CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo** – um comentário à Lei n. 9.307/96. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 254.

nesta parte da superfície do sistema jurídico brasileiro. Observamos que o responsável por essas fissuras, em muitos casos, são os próprios árbitros, já que deixam de revelar fatos importantes que levariam sua suspeição para o exercício da função. Emblemático foi o julgamento do caso conhecido como ABENGOA pelo Superior Tribunal de Justiça. Tratava-se de pedido de homologação de sentença estrangeira proferida por árbitro. O presidente do painel deixou de revelar existência de relação de crédito e débito entre seu escritório com o grupo econômico integrado por uma das partes.

Nelson Nery Junior, em parecer apresentado para o caso concreto, informou que o escritório de advocacia "prestou serviços em benefício das requerentes em transações que superam cinco bilhões de dólares"[311]. De qualquer forma, o que chama atenção é o fato de que essa espécie de aleijão do sistema seria facilmente curada, caso os árbitros cumprissem com seu dever exauriente de revelação.

O relator do pedido de homologação, utilizando-se do parecer do Ministério Público, entendeu que não ocorreu violação ao art. 32, III, e tampouco à ordem pública, porque "a noção de ordem pública repele apenas os atos e efeitos jurídicos absolutamente incompatíveis com o sistema jurídico brasileiro". Segundo Felix Fischer, "no campo dos direitos patrimoniais disponíveis, a presença de obstáculos de direito material de ordem pública é mínima para a homologação da sentença estrangeira"[312].

O ministro João Otávio Noronha abriu a divergência, entendendo que a alegação de parcialidade do árbitro seria pressuposto de validade da decisão. Novamente, utilizando-se do conceito de ordem pública, diga-se, sem qualquer utilidade, já que a hipótese estava prevista em lei, o julgado afirma o que não precisava: "Ofende a ordem pública, a sentença arbitral emanada de árbitro que tenha, com as partes ou com o litígio, alguma das relações que caracterizam os casos de impedimento ou suspeição de juízes (arts. 14 e 32 , II da Lei n. 9.307/1996)"[313].

---

311 NERY JUNIOR, Nelson. Sentença arbitral inconstitucional – impossibilidade de homologação. **Revista dos Tribunais *online***, set. 2014, p. 15.

312 BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Sentença Estrangeira Contestada n. 9.412 – US (2013/0278872-5), Relator: Ministro Felix Fischer, R.P/Acórdão: Ministro João Otávio de Noronha, fl. 30. Requerente: ASA Bioenergy Holding AG. Julgamento: 19/04/2017, DJe: 30/05/2017, p. 9.

313 BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Sentença Estrangeira Contestada n. 9.412 – US (2013/0278872-5), Relator: Ministro Felix Fischer, R.P/Acórdão: Ministro João Otávio de Noronha, fl. 30. Requerente: ASA Bioenergy Holding AG. Julgamento: 19/04/2017, DJe: 30/05/2017, p. 2.

Nancy Andrighi, acompanhando a divergência instaurada pelo voto vencedor do ministro João Otávio Noronha, sublinha que o legislador ao prever as hipóteses de suspeição preferiu adicionar uma espécie mais aberta e ampla, a do art. 135, V, do CPC/2015. Assim, "cria-se uma possibilidade de exame caso a caso para a suspeição, não adstrita aos tipos legais"[314].

O Superior Tribunal de Justiça tem outro interessante julgado em sede de mandado de segurança interposto pela própria União, que se batia contra cláusula compromissória assinada por empresa de economia mista. Por incrível que possa parecer, a União sustentou a violação do juiz natural por força da abertura da competência da justiça privada com a celebração do compromisso válido e eficaz, parecendo cômodo continuar litigando na justiça estatal, ou melhor, na sua própria justiça. O ministro do Supremo Tribunal Federal Luiz Fux sublinhou a aplicação do princípio *kompetenz-kompetenz*, cabendo à justiça privada examinar sua competência, e destacou, citando precedente do próprio tribunal,

> que o juízo arbitral não subtrai a garantia constitucional do juiz natural, ao contrário, implica realizá-la, porquanto somente cabível por mútua concessão entre as partes, inaplicável, por isso, de forma coercitiva, tendo em vista que ambas as partes assumem o risco de serem derrotadas na arbitragem[315].

Como no procedimento arbitral as partes escolhem seus julgadores, faz sentido o maior cuidado, a atenção redobrada, quando se estiver examinando os casos de impedimento e de suspeição envolvendo os julgadores. Para Ada Pellegrini Grinover, em artigo que examina o princípio do juiz natural, a "imparcialidade do juiz, mais do que

---

[314] A esse respeito, Martim Della Valle: "o legislador preferiu adicionar uma espécie de tipo aberto mais amplo que o inciso V do art. 135 do CPC, e o fez com razão, pois podem existir razões de suspeição que não são apenas o interesse direto no resultado da causa. Assim, tal artigo cria uma possibilidade de exame caso a caso para a arbitragem, pois, dada a natureza privada da constituição dos tribunais arbitrais, há questões relevantes que podem surgir, como, por exemplo, no relacionamento entre sociedades de advogados, seus integrantes, ex-integrantes e seus clientes. Assim, um ex-integrante de uma sociedade pode ser motivo para perda de independência". (Considerações sobre pressupostos processuais em arbitragens. *In*: **Revista Brasileira de Arbitragem**, v. 3, n. 12, p. 7-30, out.-dez. 2006, p. 22 – grifado e destacado)". BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Sentença Estrangeira Contestada n. 9.412 – US (2013/0278872-5), Relator: Ministro Felix Fischer, R.P/Acórdão: Ministro João Otávio de Noronha, fl. 30. Requerente: ASA Bioenergy Holding AG. Julgamento: 19/04/2017, DJe: 30/05/2017, p. 49.

[315] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Mandado de segurança n.11.308/DF (2005/0212763-0), Rel. Min. Luiz Fux, Agravante: União, j. 09-04-2008, DJe 19-05-2008, p. 3.

simples atributo da função jurisdicional, é vista hodiernamente como seu caráter essencial"[316].

Marcela Kohlbach de Faria, examinando a Lei de Arbitragem Voluntária de 14.12.2012 em Portugal, destaca que as nulidades do laudo poderiam decorrer da falta de citação, da ausência de isonomia e da igualdade de oportunidades e violação ao contraditório. Na ausência da imparcialidade do julgador, a autora pergunta se o princípio não estaria abarcado em alguma outra norma e conclui que o art. 9º determina que os árbitros devam ser imparciais e independentes. Ela argumenta que a quebra da parcialidade acaba malferindo o princípio da isonomia na relação jurídica estabelecida entre as partes, não sendo necessário justificar a inclusão da imparcialidade do julgador através de uma norma infraconstitucional[317] [318].

---

[316] Ada Pellegrini Grinover examina a origem do juiz natural nos EUA, na Inglaterra e na França e corrobora o que buscamos sustentar no capítulo primeiro, no sentido de que a distribuição de justiça no sistema do *common law* parece mais bem feita da que a produzida pela *civil law*: "O art. 21 da Carta de 1215 dispunha que 'condes e barões não serão multados senão pelos seus pares, e somente de conformidade com o grau da transgressão'; e o conhecidíssimo art. 39 reafirmava: "nenhum homem livre será preso ou detido em prisão ou privado de suas terras, ou posto fora da lei ou banido ou de qualquer maneira molestado: e não procederemos contra ele, nem o faremos vir a menos que por julgamento legítimo de seus pares pela lei da terra". Matriz de outro aspecto do princípio do juiz natural é o art. 20 da Magna Carta, quando, ao cuidar das penalidades e de sua proporcionalidade às transgressões, afirmava que "nenhuma multa será lançada senão pelo juramento de homens honestos da vizinhança" [...] Embora posteriores de quase um século às Cartas de Direitos Inglesas do Séc. XVII, a Declaração de Direitos da Virgínia (1776) e as Constituições dos Estados independentes (1776 a 1784) remontam diretamente à Carta Magna de João Sem Terra e é desta que retiram o princípio do juiz natural: ora fazendo-o defluir dos arts. 21 e 39 da Carta de 1215, e interpretando o *iudicium parium suorum* como obrigatoriedade do processo, sem qualquer referência às comissões régias; ora reportando-se, também, ao conceito do art. 20 da Magna Carta, com alusão aos "homens da vizinhança" [...]. Tem-se notado que, historicamente, a ideia das Cartas constitucionais pertence aos Estados Unidos (ou, antes, à Inglaterra), pelo que as Constituições francesas, promulgadas no mesmo período, sob a influência de ideias semelhantes não poderiam senão repetir o conteúdo das americanas, em suas linhas gerais e até em inúmeras particularidades". GRINOVER, Ada Pellegrini. **Princípios e temas gerais do processo civil** – os princípios do juiz natural e sua dupla garantia. São Paulo: RT, jan.-mar. 1983, p. 88; 91; 93.

[317] FARIA, Marcela Kohlbach de. **Ação anulatória da sentença arbitral**. Brasília/DF: Gazeta Jurídica, 2014, p. 87-88.

[318] José Carlos Barbosa Moreira, em artigo sobre *La igualdad de las partes en el proceso civil*, aponta que a aplicação deste princípio do sistema da *civil law* tem consequências diferentes da aplicação no *common law*, no qual é empregado o *adversary system*: "La conciencia ético-jurídica de nuestro tiempo exige la superación de esquemas puramente formales. Aun en el universo anglosajón, tan apegado al *adversary system*, despunta en los espíritus menos rutinarios la idea de que un proceso es algo distinto de una competición deportiva y no debe ser regido por principios idénticos: en otras palabras, que, para asegurar el buen resultado, no basta componer los litigantes cara a cara y dejarlos luchar con las armas que tengan, bajo la fiscalización de un juez preocupado exclusivamente en prevenir o reprimir las eventuales infracciones de las reglas del juego. A los juristas del sistema romano-germánico, al cual se afilian los ordenamientos del occidente continental europeo y de Latinoamérica, desde hace mucho tiempo son familiares estas nociones. Sin embargo, una cosa es la enunciación solemne de principios, otra muy diferente es la respectiva aplicación en concreto. En la mayoría de nuestros países, una distancia inmensa separa lo que hacemos en el proceso de lo que sabemos que se debería hacer en él". MOREIRA, José Carlos Barbosa. La igualdad de las partes en el proceso civil. **Revista de Proceso**, out.-dez.1986, p.177-178. Tradução livre: "A consciência ético-jurídica de nosso tempo exige a superação de esquemas puramente formais. Ainda no universo anglo-saxão, tão apegado ao *adversary system,* desponta nos espíritos menos rotineiros a ideia de que um processo é algo distinto de uma competição desportiva e não deve ser regido por princípios idênticos: em outras palavras, para assegurar o bom resultado, não basta compor os litigantes cara a cara e deixá-los lutar com as armas que tenham,

Quando sustentamos a possibilidade de se inferir a suspeição do árbitro à imagem do caso concreto, não estamos contrariando o que defendemos, no sentido de se tentar criar critérios objetivos para examinar a parcialidade. Pelo contrário, diante da possibilidade de a justiça estatal examinar a parcialidade do julgador caso a caso, sustentamos que os árbitros devem apresentar até mesmo informações, em princípio, sem relevância às partes. Porque, se no curso do processo arbitral venham a surgir fato ou fatos não revelados, objetivamente, ocorre a suspeição. Defendemos a desnecessidade de se perquirir eventual prejuízo ou qualquer outra razão que pudesse elidir a falta. A suspeição está configurada com a simples omissão da informação, denotando "dúvida justificada"[319].

Uma vez reconhecida a suspeição do árbitro, tudo a fim de se evitar fissuras entre as atividades dos tribunais, conforme determina a Lei de Arbitragem, art. 20, § 1º, o árbitro será substituído na forma do compromisso ou das regras do tribunal privado e, com sua substituição, de acordo com o art. 22, § 5º da Lei, ficará a critério do novo julgador repetir as provas já produzidas.

O inciso III exige que o laudo apresente os requisitos previstos no art. 26 da Lei de Arbitragem, que aponta como requisitos obrigatórios da sentença arbitral o relatório, os fundamentos da decisão e a parte dispositiva aos moldes da sentença judicial. O art. 24 da Lei, por sua vez, determina que o laudo seja apresentado em documento escrito.

Das seis hipóteses previstas no CPC/2015, art. 489, § 1º, o inciso VI, que considera não fundamentada a sentença que "deixar de seguir enunciado de súmula,

---

sob a fiscalização de um juiz preocupado exclusivamente em prevenir ou reprimir as eventuais infrações das regras do jogo. Aos juristas do sistema romano-germânico, ao qual se afiliam os ordenamentos do ocidente continental europeu e da América Latina, há muito tempo são familiares estas noções. Entretanto, uma coisa é a enunciação solene de princípios, outra, muito diferente, é a respectiva aplicação em concreto. Na maioria dos nossos países, uma distância imensa separa o que fazemos no processo do que sabemos que se deveria nele fazer".

[319] Fracesca Tizi, em trabalho sobre a imparcialidade do árbitro e do tribunal arbitral em arbitragens internacionais, sublinha que a parcialidade do árbitro ou do tribunal é matéria que cabe ser levantada ao juiz do país, como violação à ordem pública. A autora sustenta a possibilidade de utilização deste instrumento como um *second look*: "La teoria del second look, se consente all'interessato l'opzione tra far valere nello Stato a quo l'invalidità del lodo e l ameno radicale strategia defensiva di lasciare in vita il lodo nell'ordinamento di emissione contrastandone il riconoscimento e l'esecuzione nello Stato richiesto, limita, peró, uma tale scelta ai casi in cui a venire in gioco sai la violazione del principio dell'ordine pubblico: solo sotto il profilo dell'ordine pubblico il giudice dell'exequatur há il potere di dare al todo um "second look". TIZI, Francesca. **L'imparzialità dell'arbitro e del tribunale arbitrale**. Santarcangelo di Romana: Maggioli, 2015, p. 292. Tradução livre: "Se por um lado a teoria do *second look* permite à parte interessada a opção de invocar a nulidade do laudo no Estado *a quo*, e a menos radical estratégia defensiva de manter o laudo do tribunal emissor, contrapondo o reconhecimento e a execução no Estado da requisição, por outro lado, limita tal escolha aos casos referentes à violação do princípio da ordem pública: o juiz do *exequátur* tem o poder apenas do ponto de vista da ordem pública de fornecer ao laudo um "second look".

jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento", gera forte debate entre os operadores do direito que trabalham com a arbitragem. A hipótese se aplicaria à arbitragem? Concordamos com Sofia Temer:

> Embora o precedente possa caber na complexa definição de ordem pública, seria incoerente adotar tal enquadramento com o objetivo de viabilizar o controle judicial sobre o mérito da decisão arbitral, quando não há previsão, em nosso sistema, de cabimento de anulatória por observância à lei. Tal conclusão elevaria o precedente à condição mais especial e privilegiada que a lei, e poderia, aí sim, atentar contra a própria existência da arbitragem[320].

O Superior Tribunal de Justiça, examinando a sentença estrangeira contestada n. 5.692, entendeu que o modelo de fundamentação da sentença deverá observar a lei do país em que foi proferida. A parte devedora alegava violação à ordem pública decorrente da falta de fundamentação da sentença arbitral. O ministro Ari Pargendler, examinando o processo arbitral, preferiu não intervir naquilo que fora decidido pela justiça privada e fundamentar sua decisão em precedente da Corte, destacando: a "sentença arbitral foi precedida de contraditório", com a impugnação do árbitro. Segundo o precedente citado: "A motivação adotada pela arbitragem segue os padrões do país, não podendo sua concisão servir de pretexto para inibir a homologação pleiteada" (SEC n. 4.223, relatora ministra Laurita Vaz)[321].

Na sentença contestada n. 12.493, a parte requerida, visando não honrar com as obrigações reconhecidas pela sentença estrangeira, sustentou a violação à ordem pública porque o laudo não se encontraria fundamentado. Na verdade,

> o árbitro, ao deferir liminar formulada pela parte requerente no curso do procedimento, teria adentrado no mérito da controvérsia, prejulgando a causa e colocando sob suspeita sua imparcialidade e independência, ofendendo, assim, a soberania nacional e a ordem pública.

---

[320] TEMER, Sofia. Precedentes judiciais e arbitragem: reflexões sobre a vinculação do árbitro e o cabimento de ação anulatória. **Revista de Processo**, abr. 2018, p. 6.

[321] BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Sentença Estrangeira Contestada n. 5.692 – EX (2012/0246980-3), Relator: Ministro Ari Pargendler, Requerente: Newedge Usa LLC. Julgamento: 20/08/2014, DJe: 01/09/2014, p. 1.

Novamente, a ordem pública é mal empregada, já que utilizada em sede de direitos disponíveis como um escudo[322].

Por outro lado, até com base no exemplo acima, não conseguimos imaginar eventual ação anulatória calcada em uma suposta violação apenas na ausência de fundamentação da decisão ou na inobservância dos incisos do art. 489 do CPC/2015. Sempre será necessário algo além da apresentação de uma nulidade do laudo por ausência de fundamentação. O processo poderá ganhar outras cores se houver cerceamento de defesa, com o indeferimento da produção de determinada prova a somar à violação a um dos incisos do art. 489 do CPC/2015.

O recurso especial n. 1.660.963-SP tinha como objeto a violação do livre convencimento motivado. O recorrente também alegava violação ao princípio do contraditório e da ampla defesa em decorrência do indeferimento de prova pericial contábil. O ministro Marco Aurelio Belizze entendeu que, diante da fundamentação coesa, mas substancial da decisão, o indeferimento da prova encontra-se justificado. Interessante observar que a parte devedora tentou se socorrer à ordem pública, como se direitos disponíveis pudessem estar relacionados com a ordem pública de um Estado. O relator, neste ponto, destacou que o vencido objetivava "revisar a justiça da decisão arbitral, a refugir por completo das restritas e excepcionais hipóteses de cabimento da ação anulatória"[323].

De acordo com a Lei de Arbitragem, art. 32, VI, a sentença arbitral será nula se comprovado ter sido proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva. Parece-nos, todavia, que a referida hipótese já está contida no inciso II da mesma Lei, afinal, quem prevaricou justamente naquele caso concreto, não poderia sequer ser árbitro. Ora, o árbitro, como servidor público, que exige para si ou para outrem, direta ou indiretamente, em razão do exercício da função pública, também não poderia ser árbitro. Tampouco aquele que deixou se corromper.

---

[322] BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Sentença Estrangeira Contestada n. 12.493 – EX (2014/0218464-0), Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Requerente: Pothole Killers LLC, fl. 5. Julgamento: 15/02/2017, DJe: 21/02/2017, p. 5.

[323] BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial n. 1.660.963/SP (2017/0058735-0), Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze, Recorrente: GSC Administração e Participações S.A. Julgamento: 26/03/2019, DJe: 29/03/2019, p. 1-2.

Carlos Alberto Carmona, ao examinar o inciso, lembra que as hipóteses ali previstas servem como fundamento para a propositura de ação rescisória contra sentença judicial. Argumenta, ainda, que não é necessário aguardar o trâmite da ação criminal para se anular o laudo, apesar de se tratar de questão prejudicial. Ora, quando a prova for suficiente para se chegar a essa conclusão, concordamos com a posição de Carlos Alberto Carmona. Por outro lado, se o tribunal ainda tiver dúvidas, o melhor caminho será aguardar o desfecho da questão prejudicial na justiça criminal[324].

O art. 32, VII, da Lei de Arbitragem prescreve a nulidade do laudo se desrespeitado o prazo estabelecido pela autonomia de vontade das partes ao fixarem a data de sua publicação. De qualquer forma, o art. 12, III, da Lei, determina que a parte interessada deverá notificar o árbitro ou o painel arbitral, dando-lhe dez dias para que o laudo venha a ser proferido.

O art. 32, VIII, determina durante o trâmite do processo arbitral que os princípios contidos no § 2º do art. 21 sejam observados. Ou seja, os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade e do livre convencimento do árbitro deverão ser observados no curso da arbitragem. Em tempo, esses princípios poderão ser renunciados pelas partes? Em caso negativo, podem ser relativizados?

Como o contraditório, a igualdade das partes, a imparcialidade do juiz através do exercício do seu livre convencimento devidamente motivado são garantias do direito de ação, assim, as partes não podem relativizar estas garantias no curso do exercício da jurisdição a ser prestada diretamente pelo Estado ou delegada ao particular. Uma coisa é a disponibilidade do direito, da prova, outra bem diferente é a indisponibilidade do exercício público e incondicionado do direito de ação. Não cabe às partes regular o direito de ação, minimizando suas garantias.

As garantias do direito de ação devem ser exercidas frente ao Estado, legitimando o seu próprio poder ao controlá-lo. Hélio Tornaghi ressalta o liame entre a relação jurídica

---

[324] "O fato de reportar-se a Lei a tipos penais não implica a necessidade de esperar-se a condenação do árbitro na esfera criminal para, só então, anular-lhe o laudo: se assim fosse, seriam raras as hipóteses de anulação de laudos, já que o prazo peremptório de ataque esfumaça-se em 90 dias. Por isso mesmo, independentemente da apuração dos crimes a que se ancora o inciso sob observação, pode a parte interessada, alegando ter ocorrido alguma das condutas tipificadas nos artigos referidos, promover a demanda desconstitutiva do laudo, produzindo no juízo cível a prova bastante para este efeito". CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo** – um comentário à Lei n. 9.307/96. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 408.

processual e as garantias do processo, já que “a teoria da relação jurídica é não apenas uma construção científica, mas, realmente, uma garantia contra os abusos do Poder Judiciário. O autor conclui citando Schimdt (Lehrbuch): “A teoria do processo como relação jurídica envolve assim todos os princípios jurídicos que são chamados a assegurar o indivíduo contra o Poder Judiciário (*Rechtspflegemacht*) do próprio Estado”[325].

Apesar de concordarmos com a posição de Trícia Navarro Xavier Cabral, sobre a impossibilidade de as partes afastarem a aplicação dos princípios do contraditório e da imparcialidade no curso da relação processual, discordamos de que a natureza privada do negócio jurídico, da arbitragem, no tocante às garantias do processo, possam apresentar restrições menores ao exercício destes direitos. Discordamos da afirmação no sentido de que “o ambiente em que vigora o interesse público da jurisdição e resulta na natureza pública do processo exige limites mais rigorosos do que se vê no âmbito dos negócios jurídicos convencionais”. Até porque a Lei de Arbitragem, em seu art. 21, § 2º, não relativiza essas garantias[326].

Eduardo Arruda Alvim sustenta que se o art. 21, § 2º, não existisse, nada se alteraria. A jurisdição, com a finalidade de preservar a ordem jurídica, quando do seu exercício, impõe a observância das garantias constitucionais do procedimento ou seja, da chamada ordem pública processual – definição com a qual preferimos não trabalhar . O autor ressalta que não se pode deixar de reconhecer que a relação jurídica estabelecida entre as partes e o julgador é de índole processual, o que configuraria o exercício de jurisdição pela justiça privada[327].

---

[325] TORNAGHI, Hélio. **A relação processual penal**. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 15.

[326] Trícia Navarro Xavier Cabral destaca os limites da autonomia da vontade em sede de direito disponíveis: “Como exemplos, podem ser citados: a) as partes não podem dispor sobre a coisa julgada, afastando-a para que a demanda seja novamente julgada; b) também não poderiam convencionar sobre a admissibilidade de uma prova ilícita; c) a imparcialidade do juiz não pode ser negociada pelas partes, ou seja, mesmo que estejam de acordo com a presença de um juiz suspeito ou impedido, a convenção não poderá prevalecer, diante do latente interesse público envolvido; d) não pode haver disposição sobre o juiz natural, pois ao contrário do que ocorre na arbitragem em que as próprias partes escolhem o juiz, na justiça estatal elas não podem dispor da eleição do julgador; e) a disponibilidade das partes não pode envolver a competência absoluta; f) não se admite convenção para afastar atuação do Ministério Público e nem para deliberar sobre segredo de justiça; g) as partes também não podem dispor sobre a fundamentação do juiz, necessidade de contraditório, presença da igualdade processual e da boa-fé, e de outras garantias processuais constitucionais e infraconstitucionais”. CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Limites da liberdade processual**. Indaiatuba, São Paulo: Foco, 2019, p. 142-143.

[327] ALVIM, Eduardo Arruda. **Direito processual civil**. 5. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 141.

Na Itália, conforme informa Francesca Tizi, a Corte Costituzionale, em precedente do ano de 2001, reconheceu que a arbitragem é um procedimento disciplinado pelo Código de Processo Civil italiano com o objetivo de aplicar o direito ao caso concreto, consequentemente, ao referido procedimento se aplicam as garantias do contraditório e da imparcialidade "tipiche della giurisdizione ordinaria"[328] [329].

Paolo Comoglio, ao examinar os direitos fundamentais e as garantias processuais comuns para a União Europeia, lembra que a partir do Tratado de Maastricht, com o desenvolvimento "l'intangibile rispetto delle diverse sovranità nazionali", torna-se inderrogável a aplicação "della lex fori alla disciplina del processo"[330]. Segundo o autor:

> Le garanzie processuali dell 'acesso alla giustizia e cioè: il diritto ad un efficace procedimento giurisdizionale, avanti ad un giudice precostituito per legge; il diritto ad una trattazione esaustiva delle controversie in udienza pubblica, ed entro un termine ragionevole, da parte di un giudice indipendente ed imparziale[331] [332].

---

[328] Tradução livre: "típico de jurisdição ordinária". TIZI, Francesca. **L'imparzialità dell'arbitro e del tribunale arbitrale**. Santarcangelo di Romana: Maggioli Editore, 2015, p. 51-52.

[329] Ainda segundo Francesca Tizi, "Più in particolare, la Corte Costituzionale se con la sua decisione del 2001 afferma che l'arbitrato, in quanto 'procedimento previsto e disciplinato dal códice di procedura civile per l'applicazione obbiettiva del diritto al caso concreto, ai fini della risoluzione della controvérsia, com le garanzie del contraddittorio e d'imparzialittà tipiche della giusdizione ordinária, non si differenzierebbe "da quello che si svolge davanti agli organi statali di giurisdizione, anche per quanto riguarda la ricerca e l'interpretazione dele nome applicabili alla fattispecie", com la recente decisione di luglio 2013, torna sulla questione, facendo discendere dalla scelta legislativa di costruire l'arbitrato come un'alternativa alla giustizia statale la necessità che "l'ordinamento giuridico preveda anche misure idonee ad evitare che tale scelta abbia ricadute negative per i diritti oggetto dele controversie stesse". In altri termini, i Giudici dele leggi riaffermano, com la deciosione da ultimo indicata, la fungibilità del giudizio arbitrale com quello statale". TIZI, Francesca. **L'imparzialità dell'arbitro e del tribunale arbitrale**. Santarcangelo di Romana: Maggioli Editore, 2015, p. 51-52. Tradução livre: "Mais precisamente, se o Tribunal Constitucional, com a sua sentença de 2001, conclui que a arbitragem, sendo um procedimento previsto e disciplinado pelo direito processual civil para a aplicação do direito ao caso concreto, para fins de resolução da controvérsia, com as garantias do contraditório e da imparcialidade típicas dos órgãos jurisdicionais comuns, não divergiria "dos organismos estatais de jurisdição, inclusive no que se refere à pesquisa e à interpretação das normas aplicáveis à *fattispecie*", com decisão de julho de 2013, retorna à questão, fazendo decorrer da opção legislativa de construir a arbitragem como uma alternativa à justiça estatal a necessidade de "o ordenamento jurídico prever também medidas adequadas a evitar que tal opção repercuta negativamente sobre os direitos das controvérsias". Dito de outro modo, os Juízes reafirmam com essa decisão a fungibilidade da ação arbitral com a estatal".

[330] Tradução livre: Paolo Comoglio, examinando os direitos fundamentais e as garantias processuais comuns para a União Europeia, lembra que a partir do Tratado de Maastricht, com o desenvolvimento, "o intangível respeito pelas soberanias nacionais", torna-se inderrogável a aplicação da *lex fori* ao regulamento do processo".

[331] Tradução livre: "As garantias processuais de acesso à justiça, a saber: o direito a um processo judicial eficaz, perante um juiz previsto na lei; o direito ao exame exaustivo das controvérsias em audiência pública, e em um prazo razoável, por um juiz independente e imparcial". COMOGLIO, Luigi Paolo. **Diritti fondamentali e garanzie processuali comuni nella prospettiva dell'unione Europea, studi in onore di Crisanto Mandrioli**. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1995, p. 1.029; 1.040.".

[332] Segundo Luigi Paolo Comoglio, "In proposito, è però il caso di prevenire ogni possibile equivoco, enunciado alcune indispensabili precisazionei. Il ribadito riferimento all' "identità nazionale" dei singoli Stati denota rispetto dell diverse sovranità nazionali. Di cuí le varie codificazioni, sostanziali o processual, e (nel diritto Internazionale privato) l' applicazione inderogabile della lex fori alla disciplina del processo sono l'espressione più qualificata (9). Ora, il parlare di principi processuali europei – che, nei riguardi della riconosciuta territorialità dei diritti processuali di ciascuno Stato, non avrebbe senso alcuno – acquisita invece um significato costruttivo, quando lo si raccordi non già ad un' improponobile unificazione di quei diritti in una specie di códice giudiziario europeo, bensì all'individuazione di

Em Portugal, Ronnie Preuss Duarte, ao avaliar as garantias do direito de ação, os chamados direitos processuais fundamentais, dentre os quais, o direito ao contraditório e à igualdade das partes, aqui incluindo o direito ao juiz imparcial, destaca que estas garantias meramente formais se desdobram e se concretizam por meio do "acesso aos tribunais e ao direito mediante o processo equitativo"[333].

Com a aplicação do contraditório e da imparcialidade nos processos arbitrais, referidos princípios funcionam como um norte para eventual opção do manejo de uma ação anulatória ou impugnação de pedido de homologação de laudo estrangeiro. Outro caminho possível para se impugnar seria a eventual ausência de manifestação de vontade quando da celebração do compromisso ou a inobservância pelo laudo das regras estabelecidas no compromisso. Salvo estas hipóteses, quando se permite o manejo de ação anulatória ou impugnação ao pedido de homologação, fantasiadas de ordem pública, estar-se-á abrindo a possibilidade do exame do mérito da decisão da justiça privada, com toda a rediscussão da causa junto à justiça estatal, levando os juízes estatais a um retrabalho.

O ministro Hamilton Carvalhido, no processo de homologação de sentença estrangeira contestada n. 978, sustenta que a ausência de assinatura da cláusula compromissória representaria ofensa à ordem pública e, assim, o tribunal deixaria de homologar o pedido. O relator apontou que "não possuem assinatura ou visto qualquer de Algocentro Armazéns Gerais Ltda., ressentindo-se, assim, da sua anuência ao juízo

---

standards o di regole processual comuni, cui dovrebbero tendenzialmente conformarsi i singoli diritti nazionali dell'Europa unita (10) [...] – i rechtsstaatliche Grundsätze del sistema democrático (art.17); – le garanzie processual dell'accesso alla giustizia (e cioè: il diritto ad un"efficace" procedimento giurisdizionale, avanti ad un giudice precostituito per legge; il diritto ad una trattazione termine ragionevole, da parte di um giudice independente ed imparziale; art. 19). COMOGLIO, Luigi Paolo. **Diritti fondamentali e garanzie processuali comuni nella prospettiva dell'unione Europea, studi in onore di Crisanto Mandrioli**. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1995, p. 1.029; 1.040. Tradução livre: "Trata-se, aqui, da necessidade de prevenir todo e qualquer equívoco, sendo alguns esclarecimentos indispensáveis. A referência reiterada à identidade nacional de cada Estado denota respeito às diferentes soberanias nacionais. Elas representam a sua expressão mais qualificada das várias codificações, substanciais ou processuais, e (no direito internacional privado), a aplicação imprescindível da *lex fori* à disciplina do processo (9). Falar de princípios processuais europeus – que, sobre a territorialidade reconhecida dos direitos processuais de cada Estado, não teria sentido algum – apresenta sentido construtivo quando não faz referência a uma impensável unificação desses direitos em uma espécie de Código de Processo Civil europeu, mas para a identificação de padrões ou disposições comuns de natureza processual, que cada direito nacional de uma Europa unida deveria cumprir (10) [...] – os rechtsstaatliche Grundsätze do sistema democrático (art. 17); – as garantias processuais de acesso à justiça (nomeadamente: o direito a um processo judicial "eficaz", perante um juiz estabelecido por lei; o direito a uma tramitação de prazo razoável por um juiz independente e imparcial; art. 19".

[333] DUARTE, Ronnie Preuss. **Garantia de acesso à justiça**. Coimbra: Coimbra, 2007, p. 123.

arbitral”[334]. Por fim, o julgado ainda menciona dois outros precedentes nos quais também a cláusula compromissória não havia sido assinada e o tribunal entendera que o laudo não poderia ser homologado por força da violação à ordem pública[335].

Todavia, não precisamos da ordem pública se a parte requerente sequer apresenta pressuposto de existência de competência do tribunal arbitral para o exercício da jurisdição. Sem contrato escrito, estaríamos diante de uma pseudo arbitragem. O tribunal arbitral não tem competência para exarar o laudo então contestado porque sua jurisdição não foi aberta pela autonomia de vontade das partes. A hipótese está contida no art. 32, I, da Lei de Arbitragem.

Francesco P. Luiso, ao estudar o sistema italiano, destaca a manifestação de vontade válida das partes exarada no compromisso arbitral, assim como a sua observância no curso do procedimento, como pressupostos de validade do laudo arbitral. Esta matéria comporta ser discutida em ação anulatória, já que não é possível negar “la possibilità di un controllo giurisdizionale sulla validità (non sull´ingiustizia!) del lodo invalido”[336].

No pedido de sentença estrangeira contestada n. 967, o ministro José Delgado apontou que a ausência de manifestação expressa da requerida quanto à “eleição do juízo arbitral”, “ofende a ordem pública, ao violar o princípio da autonomia da vontade”. Qual seria, então, a relação entre os conceitos ordem pública e autonomia da vontade? Não seriam conceitos, em princípio, antagônicos?[337]

Felix Fischer, como relator da sentença estrangeira contestada n. 866, também entendeu que “não há nos autos elementos seguros que comprovem a aceitação de cláusula compromissória por parte da requerida”. Assim, deixou de homologar o laudo estrangeiro por “ofensa à ordem pública nacional”. Em suma, o conceito de ordem pública

---

[334] BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Sentença Estrangeira Contestada n. 978 – EX (2006/0173771-1), Relator: Ministro Hamilton Carvalhido, Requerente: Indutech SPA. Julgamento: 17/12/2008, DJe: 05/03/2009, p. 1.

[335] BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Sentença Estrangeira Contestada n. 866 – EX (2005/0034926-5), Relator: Ministro Felix Fischer, Requerente: Oleaginosa Moreno Hermanos Sociedad Anónima Comercial Industrial Financeira Inmobiliaria y Agropecurária. Julgamento: 17/05/2006, DJe: 16/10/2006, p. 1; BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Sentença Estrangeira Contestada n. 967 – EX (2005/0053998-0), Relator: Ministro José Delgado, Requerente: Plexus Cotton Limited. Julgamento: 15/02/2006, DJe: 20/03/2006.

[336] Tradução livre: “a possibilidade de uma fiscalização jurisdicional da validade (e não da injustiça!) do laudo inválido”. LUISO, Francesco P. **Diritto processuale civile** – la risoluzione non giurisdizionale dele controverse. v. V. Milão: Giuffrè, 2015, p. 234.

[337] BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Sentença Estrangeira Contestada n. 967 – EX (2005/0053998-0), Relator: Ministro José Delgado, Requerente: Plexus Cotton Limited. Julgamento: 15/02/2006, DJe: 20/03/2006, p. 1.

é utilizado novamente sem qualquer necessidade, já que o art. 32, I, da Lei de Arbitragem abraça a hipótese[338].

O pedido de homologação de sentença estrangeira encontra-se comportado em quatro leis diferentes, sem discrepância no tratamento do tema. O art. 15 da Lei de Introdução ao Novo Código Civil aponta como requisitos necessários para a execução do laudo estrangeiro: i) haver sido proferida por juiz competente; ii) terem sido as partes citadas ou legalmente verificada a revelia; iii) ter passado em julgado e estar revestida das formalidades necessárias para a execução no lugar em que foi proferida; iv) estar traduzida por intérprete autorizado; v) ter sido homologada pelo Supremo Tribunal Federal. O art. 17 afirma que os laudos estrangeiros, ou seja, "sentença de outros países", não terão eficácia no Brasil quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes.

O art. 16 da Lei de Introdução ao Código Civil trata do chamado reenvio, também denominado devolução, retorno ou remissão. Consiste na aplicação da norma de direito internacional privado estrangeiro que poderá reenviar, remeter, devolver a solução do caso concreto ao direito do foro estrangeiro ou a outro direito estrangeiro. Como explica André de Carvalho Santos, "com o reenvio, o juiz do foro age na escolha da lei como se o juiz estrangeiro fosse aplicando, de início, o direito internacional privado estrangeiro e, depois, o direito material indicado". O primeiro caso de reenvio ocorreu em 1841, na Inglaterra:

> A Corte de Canterbury foi provocada a decidir se eram válidos alguns codicilos no testamento de um cidadão inglês que faleceu na Bélgica e lá redigiu suas disposições de última vontade. O direito inglês adota como critério de conexão para sucessão o último domicílio do falecido e remeteu o caso à aplicação do direito belga[339].

O uso da técnica do reenvio na interpretação das leis é de suma importância para a manutenção de um sistema jurídico hígido. Contudo, quando a técnica começa a ser utilizada como subterfúgio para se obter o direito a um novo julgamento, os operadores

---

[338] BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Sentença Estrangeira Contestada n. 866 – EX (2005/0034926-5), Relator: Ministro Felix Fischer, Requerente: Oleaginosa Moreno Hermanos Sociedad Anónima Comercial Industrial Financeira Inmobiliaria y Agropecurária. Julgamento: 17/05/2006, DJe: 16/10/2006, p.1.

[339] RAMOS, André de Carvalho; GRAMSTRUMP, Erik Frederico. **Comentários à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 209.

do direito precisam ficar atentos, de sobreaviso, a fim de evitar manobras canhestras neste sentido.

No julgamento de homologação de sentença estrangeira n. 3.035, o demandado, a fim de não cumprir com as obrigações impostas no laudo estrangeiro, sustentou que o direito suíço foi mal aplicado no caso concreto, cabendo assim, o Superior Tribunal de Justiça se substituir ao tribunal estrangeiro e, ao rejulgar o caso, indeferir o pedido de homologação. Segundo consta do acórdão, "o motivo seria o de que as partes teriam elegido, por contrato, as leis materiais suíças ou o direito material suíço, e não as regras de direito suíças". Assim, "no tocante às alegações de que o pedido de homologação ofende a ordem pública brasileira porque não foi aplicada a legislação expressamente determinada no contrato", o Superior Tribunal de Justiça entendeu ao contrário do sustentado e homologou o pedido[340].

A cultura das próprias partes em buscar subterfúgios na justiça estatal, infelizmente, é uma das maiores mazelas da arbitragem como um sistema de resolução de conflito efetivo. No caso citado, a devedora tenta emplacar a técnica do reenvio, absolutamente inaplicável em sede de homologação de laudo estrangeiro, como se fosse possível um segundo julgamento, agora pela justiça estatal. A parte insistente ainda rotula sua pretensão absolutamente disponível com título à ordem pública.

A Lei de Arbitragem, em seu art. 38, apresenta os fundamentos que levam a não homologação do laudo estrangeiro. O inciso I impõe a não homologação do laudo se as partes eram incapazes ao celebrar a convenção de arbitragem. O inciso II reconhece a impossibilidade de se homologar o laudo se a convenção de arbitragem não era válida segundo a lei a qual as partes se submeteram. Neste caso, a regra do reenvio será feita

---

[340] No tocante às alegações de que o pedido de homologação ofende a ordem pública brasileira porque não foi aplicada a legislação expressamente determinada no contrato, além de ofender o princípio da vedação ao enriquecimento ilícito pois não houve prova efetiva do prejuízo, igualmente não merecem acolhida [...] A RODRIMAR, em sua contestação, argumenta que a sentença arbitral não seria passível de homologação porquanto proferida fora dos limites da convenção de arbitragem (arts. 32, IV e 38, IV e V da Lei 9.307/96). O motivo seria o de que as partes teriam elegido, por contrato, as leis materiais suíças ou o direito material suíço, e não as regras de direito. Abarcariam "não apenas os ordenamentos jurídicos nacionais, senão também os conjuntos normativos, como os princípios gerais do direito, o direito internacional público, ou até mesmo a *lex mercatoria*" (fl.191). Na sentença, a Corte de Arbitragem aplicou, para decidir a lide, a Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Venda Internacional de Mercadorias, que não integraria, segundo a RODRIMAR, as leis materiais suíças, e sim as regras de direito daquele país. Daí o excesso e, como consequência, a nulidade do laudo arbitral". BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Sentença Estrangeira Contestada n. 3.035 – EX (2008/0044435-0), Relator: Ministro Fernando Gonçalves, Requerente: Atecs Mannesmann GMBH, fl. 6. Julgamento: 19/08/2009, DJe: 31/08/2009, p. 6-14.

pelo juiz brasileiro apenas no tocante aos pressupostos de representação das partes, nunca ao mérito da controvérsia. O inciso III não permite a homologação do laudo se o demandado não foi citado ou quando ocorre a quebra dos princípios do contraditório, impossibilitando o exercício da ampla defesa. Os incisos IV e V não permitem a homologação do laudo se proferido fora dos limites da convenção e não for possível separar a parte excedente, ou se a instituição arbitral não estiver de acordo com o compromisso ou com a cláusula arbitral. Por fim, o inciso VI, a fim de que a sentença seja homologada, determina que a sentença arbitral tenha se tornado obrigatória às partes.

O art. 39 da Lei de Arbitragem determina que a homologação de sentença estrangeira será denegada caso o objeto do litígio não possa ser resolvido por arbitragem ou se a decisão ofender a ordem pública nacional.

O CPC/2015, em seu art. 963, apresenta os requisitos indispensáveis à homologação da decisão estrangeira. O laudo deverá ter sido proferido por autoridade competente e precedido de citação regular, ainda que verificada a revelia, assim como deverá estar acompanhado de tradução oficial, salvo disposição em tratado que a dispense. Novamente, o legislador sustenta que o laudo estrangeiro não poderá "conter manifesta ofensa à ordem nacional". Por fim, o artigo impõe como condição de validade do laudo que não haja ofensa à coisa julgada, e que a decisão seja eficaz no país de origem[341].

[341] A respeito dos incisos do art. 963 do CPC/2015, os quais elencam os requisitos para homologar a decisão estrangeira e a concessão de *exequatur*, Marcela Melo Perez ensina: "O inciso I dispõe acerca da necessidade de ter a decisão estrangeira sido proferida por autoridade competente. Afigura-se oportuno pontuar que a autoridade competente nem sempre será a judiciária, porquanto são homologáveis decisões não judiciais que, pela lei brasileira, tenham natureza jurisdicional (art. 961, § 1º). É preciso também que a decisão estrangeira respeite as regras de competência exclusiva da autoridade judiciária brasileira, nos termos do art. 964 a seguir. O inciso II, por seu turno, exige que a citação do réu tenha sido regular e, em sendo esta regular, a revelia não impedirá a homologação da decisão estrangeira. Entende-se que citação de réu domiciliado no Brasil é válida quando feita por meio de carta rogatória, buscando-se, com isso, garantir a efetividade do devido processo legal e das demais garantias que lhe são inerentes (SEC 8.396/EX, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Corte Especial, j. 19.11.2014, DJe 11.12.2014). Por outro lado, existem julgados do STJ nos quais é admitida como regular a citação: (i) ocorrida conforme a legislação do país em que a sentença foi proferida, diante da impossibilidade de imposição das regras da legislação brasileira aos atos praticados no exterior (STJ, Corte Especial, SEC 5.409/EX, Rel. Min. Castro Meira, j. 25.04.2013, DJe 02.05.2013); e (ii) quando, embora não reste atestada a citação, seja demonstrado que o requerido teve ciência da demanda contra si ajuizada (SEC 8.996/EX, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Corte Especial, j. 06.08.2014, DJe 15.08.2014). Merece relevo o fato de o CPC/2015 não fazer mais a exigência de que a decisão homologanda tenha transitado em julgado no estrangeiro. Isso se explica pelo fato de ter restado positivada a possibilidade de execução de decisões interlocutórias estrangeiras, conforme arts. 960, § 1º, e 962. Nessa esteira, será suficiente para que o STJ exerça o juízo de delibação, a eficácia da decisão no país em que foi proferida, nos termos do inciso III do art. 960. O inciso IV do art. 963 traz como requisito para a homologação a necessidade de a decisão homologanda não violar a "coisa julgada brasileira". Note-se que o art. 24, parágrafo único, desta lei processual aponta que a pendência de causa perante a jurisdição brasileira não impede a homologação de sentença judicial

O CPC/2015 foi cirúrgico quando no art. 963, IV, tratou da coisa julgada como uma condição negativa para o exercício do direito de ação visando a homologação da sentença estrangeira. Em caso de existência de ação com o mesmo pedido contido no procedimento de homologação, estaremos diante de litispendência, o que não impede o acolhimento do pedido de homologação, já que a eventual sobreposição de decisões será resolvida entre a sentença estrangeira e a sentença brasileira por força do trânsito em julgado da primeira decisão. Esta irá prevalecer conforme expresso na ementa do acórdão proferido no pedido de homologação de sentença estrangeira 854:

> Precedente trânsito em julgado da sentença estrangeira homologada que afastou nulidade da cláusula arbitral, determinou a submissão à arbitragem e ordenou, sob sanção penal, a desistência do processo brasileiro – posterior trânsito em julgado da sentença nacional, declarando a nulidade da cláusula arbitral – jurisdições concorrentes – prevalência da sentença que primeiro transitou em julgado, no caso, a sentença estrangeira[342].

O Código de Processo também foi feliz quando utilizou a expressão "eficácia" para reconhecer a validade da decisão estrangeira a ser homologada. Conforme explica José Carlos Barbosa Moreira, "complica-se o problema à vista da equivocidade do conceito de trânsito em julgado, que nalguns sistemas processuais pressupõe o esgotamento de todos os recursos, enquanto noutros só o de determinado número deles". Andou bem o legislador, ao sanar a eventual dúvida[343].

---

estrangeira quando exigida para produzir efeitos no Brasil. Portanto, a propositura de demanda no Brasil não constitui, por si só, óbice à homologação de sentença estrangeira, devendo eventual conflito entre sentença brasileira e decisão do STJ homologatória de sentença estrangeira ser resolvido pela prevalência daquela que transitar em julgado primeiro (STJ, Corte Especial, SEC 4.127/EX, Rel. Min. Nancy Andrighi, Rel. p/ Acórdão Min. Teori Albino Zavascki, j. 29.08.2012, DJe 27.09.2012). Exige-se, adicionalmente, que a decisão estrangeira esteja acompanhada de tradução oficial, com exceção dos casos em que exista tratado dispensando a tradução oficial (inciso V), sendo adequada a referência aos arts. 41 e 190 deste CPC/2015, os quais, respectivamente, tratam da autenticidade do documento que instruir o pedido de cooperação jurídica internacional e do documento redigido em língua estrangeira. O inciso VI do art. 963 dispõe que a decisão estrangeira não poderá conter ofensa à ordem pública, conceito esse que compreenderia os princípios fundamentais, jurídicos, sociais, econômicos e morais do foro no qual a decisão será executada, envolvendo questões tanto de direito material quanto de direito processual (TIBURCIO; BARROSO, 2013, p. 495). Finalmente, a concessão do *exequatur* às cartas rogatórias, além de depender da observância do *caput* e incisos do art. 963, deverá atender aos ditames do contraditório, segundo preceituado pelo art. 962, § 2º". CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coord.). **Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

342 BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Sentença Estrangeira Contestada n. 854 – EX (2005/0123803-1), Relator: Ministro Massami Uyeda, Requerente: GE Medical Systems Information Technologies Inc., fl. 2, artigo 1º, inciso I, da Constituição Federal de 1998. Julgamento: 16/10/2013, DJe: 07/11/2013, p.1.

343 MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual** (quarta série). Visão panorâmica da situação atual. v. I. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 253.

Haverá duas formas no Brasil pela qual o interessado poderá invocar a sentença estrangeira caso não ocorra o cumprimento espontâneo da decisão. A parte poderá exibir a sentença ao juiz de primeiro grau, competente para o processamento do processo de execução caso as partes não tenham optado por outro foro, ou o interessado precisará obter do Estado "a que se dirige um ato formal, e tem de requerê-lo ao órgão competente, o que dá ensejo à formação do processo", conforme explica José Carlos Barbosa Moreira[344].

O art. 105, I, "i", da Constituição Federal de 1988 outorga a competência para homologar o laudo estrangeiro ao Superior Tribunal de Justiça. A parte interessada deverá propor sua ação, por meio do procedimento de homologação de sentença estrangeira, preenchendo, assim, os pressupostos processuais e as condições da ação. A amplitude dos poderes cognitivos do Superior Tribunal de Justiça não permite um reexame da causa, com um novo julgamento daquilo que fora decidido. Conforme sustenta José Carlos Barbosa Moreira, o exame do Superior Tribunal de Justiça "limita-se à apuração da presença de determinados requisitos e, chegando a uma conclusão afirmativa, não pode recusar o *exequatur* (ou a homologação), ainda que a decisão estrangeira, no mérito, lhe pareça injusta"[345].

A homologação de sentença estrangeira surge com o desenvolvimento e a consolidação dos Estados nacionais. Para José Carlos Barbosa Moreira, "a exacerbação do conceito de soberania fez surgir resistências que, em alguns casos, vêm demorando a dissipar-se"[346]. O autor cita a antiga União Soviética como um bom exemplo de um

---

[344] "Importa examinar em seguida os mecanismos restritivos atinentes ao modo pelo qual se permite ao interessado invocar a sentença estrangeira no país em que seja necessário fazê-lo valer. São concebíveis, em princípio, duas possibilidades básicas: a) o interessado, pura e simplesmente, exibe a sentença estrangeira ao órgão judicial, e este – verificada a concorrência dos requisitos – lhe atribui o efeito desejado; b) o interessado precisa obter do Estado a que se dirige um ato formal, e tem de requerê-lo ao órgão competente, o que dá lugar à formação de processo, singelo que seja, ao fim do qual a pretensão é acolhida ou rejeitada". MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual** (quarta série). Visão panorâmica da situação atual. v. I. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 254.

[345] MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual** (quarta série). Visão panorâmica da situação atual. v. I. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 255.

[346] Conforme explica José Carlos Barbosa Moreira, numerosas foram as teorias que tentaram justificar o processo de homologação de sentença: "Numerosas foram as teorias formuladas ao propósito, buscando fundamento, sucessivamente, na *comitas gentium*, no direito natural, na supremacia do ordenamento internacional, a exigir respeito à soberania do Estado estrangeiro e aos atos dela emanados no âmbito de suas atribuições, na ideia de comunidade de direito, na obsoleta concepção do contrato (ou quase-contrato) judiciário, na doutrina dos direitos adquiridos, na consideração da sentença como *lex specialis*, com a consequente assimilação do problema ao do reconhecimento da eficácia da lei estrangeira, etc. No presente contexto, temos de cingir-nos a registrar que, seja em atendimento a reivindicações doutrinárias, seja sob a pressão de conveniências ou mesmo de necessidades práticas, cuja força aumenta de instante a instante, é cada vez mais escasso o número de Estados que ainda se obstinam em

mundo em que os seus países ainda viviam entre paredes e muros, já que naquele país só se admitia a execução de sentença estrangeiras e laudos arbitrais "nos termos previstos em tratado ou convenção internacional de que fosse signatária, e ainda assim, sob condição de que o interessado a requeresse dentro do prazo de três anos a contar do trânsito em julgado"[347].

José Carlos Barbosa Moreira, valendo-se do direito comparado, explica que existem dois tipos de sistema de homologação. Até 1933, com a entrada em vigor do *Foreign Judgments* (*Reciprocal Enforcement Act*), na Inglaterra, a parte interessada deveria ingressar com uma nova ação, *action of debt*, na qual se discutiria novamente o mérito com uma atenuante: haveria a inversão do ônus da prova. Já o segundo tipo, que reconhece eficácia à sentença, subordina a eficácia dos seus efeitos a ato a ser praticado por órgão nacional. O ordenamento belga permite "a ampla revisão da causa, reconhecendo-se o julgamento estrangeiro apenas quando se chega à conclusão de que foi justo, isto é correto no mérito". Já segundo os ordenamentos português, italiano e brasileiro, dentre inúmeros outros, ao órgão nacional caberá verificar, "na sentença estrangeira, a concorrência de determinados requisitos, extrínsecos ou intrínsecos, tidos como suficiente para o reconhecimento de eficácia".

Para concluirmos esse ponto, José Carlos Barbosa Moreira informa que na linguagem jurídica peninsular: "A essa restrita atividade cognitiva exercida pelo órgão nacional denomina-se, expressivamente, *giudizio di delibazione*[348]. Entre nós, os textos costumam falar de "homologação" da sentença estrangeira"[349] [350].

---

negar valor às decisões da Justiça de outros. Até os tradicionalmente mais hostis ao reconhecimento vêem-se forçados a fazer-lhe concessões. Assim, por um dos redutos contemporâneos da oposição à tendência dominante – já se têm admitido, além dos casos previstos em tratados, exceções à regra do não-reconhecimento, notadamente quanto a sentenças de estado e a decisões proferidas pela Justiça estrangeira designada em cláusula contratual de eleição de foro, quando excluída a própria jurisdição sueca". MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 50.

[347] MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 51-52.

[348] Tradução livre: "julgamento de resolução".

[349] MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 52-56.

[350] Daniel Guenbaum, em seu artigo acerca da construção histórica da sentença estrangeira, informa que o processo de reconhecimento de sentença estrangeira tem relação com os pontos centrais da história do direito internacional privado, ao expor o cânone da territorialidade: "De fato, um dos pontos centrais da história do direito internacional privado parece ter sido alcançado com os autores holandeses do século XVIII. Foram eles que levaram, até então, mais longe o cânone da territorialidade e, justamente por isso, os primeiros a buscar uma justificação teórica para a aplicação em um reino das leis do outro. É conhecida a afirmação de Paulo Voet (1619-1667) de que nenhum estatuto, quer em relação a uma coisa, quer em relação a uma pessoa, se estende para além do território do

O Brasil, até 1878, subordinava o reconhecimento do laudo e da sentença estrangeira à existência de tratado por força do princípio da reciprocidade. Com a República, a partir de 1890, José Carlos Barbosa Moreira informa que "abandonou-se a exigência da reciprocidade, primeiro para as sentenças estrangeiras declaratórias da falência de negociantes com domicílio no país em que fossem proferidas". O Superior Tribunal de Justiça, por força do art. 102, I, i, da Constituição Federal de 1988, por meio da Resolução n. 9/2005, com a inserção dos arts. 216-A a 216-N, regulamentou o tema, como a Lei de Introdução ao Código Civil e a Lei de Arbitragem já o faziam. De qualquer forma, o trâmite do processo no Superior Tribunal de Justiça passou a ser regulado pelo Regimento da Corte[351].

O art. 216-A estipula a atribuição para o exercício de delibação do laudo e decisões estrangeiras ao Presidente do Superior Tribunal de Justiça, já que o art. 216-B impõe como condição de eficácia, a prévia homologação. A petição inicial deverá preencher os requisitos dos arts. 216-B, 216-C e 216-D e apresentar, além dos documentos indispensáveis, a decisão traduzida por tradutor oficial ou juramento no Brasil, chancelados pela autoridade consular competente. A decisão deverá ter sido proferida por autoridade competente e conter os elementos que comprovem não só o seu trânsito em julgado, como terem sido as partes regularmente citadas ou ter sido legalmente verificada a revelia. Se a petição inicial não preencher os requisitos exigidos ou apresentar defeitos ou irregularidades que dificultem o julgamento do mérito, o presidente do tribunal determinará seu aditamento conforme o art. 216-E.

A parte interessada será citada e terá quinze dias para contestar o pedido conforme expresso no art. 216-H. Contestado o pedido, o processo será distribuído para julgamento na Corte Especial com a oitiva do Ministério Público. Conforme determina o art. 216-I, caso não incida jurisprudência consolidada da própria Corte ao caso, o presidente decidirá o pedido de homologação de forma monocrática. O processo admite

legislador. Da mesma forma, como a primeira de suas três máximas, Ulrich Huber (1636-1694) estabelece que as leis de cada império têm força dentro de seus limites e vincula todos os seus súditos, mas não além". GUENBAUM, Daniel. A construção histórica do reconhecimento de sentenças estrangeiras. São Paulo, **Revista de Processo**, n. 243, maio 2015, p. 213-214.

[351] MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 57.

réplica, tréplica e a concessão de tutela provisória, se necessário, conforme arts. 216-G e 216-H.

A defesa somente poderá cingir-se à "inteligência da decisão alienígena" e à observância dos requisitos indicados nos arts. 216-C, 216-D e 216-E conforme estabelecido no art. 216-H. A expressão "inteligência da decisão alienígena" somado ao texto do art. 216-F, que não permite a concessão do *exequatur* quando a decisão estrangeira ofender a soberania nacional, a dignidade da pessoa humana ou a ordem pública, geram a cultura perniciosa da parte derrotada na arbitragem em tentar rediscutir todo o mérito da decisão, então, rotulando seu pacote com a faixa da ordem pública.

Qual seria, então, a relação entre dignidade da pessoa humana e determinada arbitragem cujo objeto abarcou direito disponível, entre partes capazes e representadas? A relação deve se aproximar a um caso já examinado em que determinada empresa do governo alegava violação à ordem pública a fim de legitimar o seu inadimplemento por força de uma arbitragem internacional. A hipótese se revela, para dizer o mínimo, surreal.

Não se entra no mérito da discussão acerca da necessidade ou não de homologação de sentença estrangeira para efeitos de eficácia no Brasil. Contudo, o Brasil, como signatário da Convenção de Nova Iorque, não poderá deixar de observar que o laudo arbitral estrangeiro será reconhecido ou executado no Brasil com eficácia dispensada ao laudo nacional. Ora, não faz sentido dispensar ao laudo estrangeiro tratamento diferente daquele concedido ao laudo nacional. Segundo Pedro Batista Martin, "toda a decisão arbitral deverá ser admitida como válida se não mais sujeita a qualquer tipo de contestação quanto ao mérito da questão apreciada"[352].

Mauro Bove mostra perplexidade frente ao tratamento diferenciado dispensado a um laudo nacional e a um estrangeiro e menciona a necessidade de se observar o exposto na Convenção de Nova Iorque. Segundo o autor, salvo o exame da impossibilidade do pedido de execução do laudo: "Una sentenza di condanna che, se portata ad esecuzione, incidirebbe sul corpo della persona fisica –, ou, eventualmente,

[352] MARTINS, Pedro A. Batista. Questões que envolvem a homologação de sentença arbitral estrangeira. *In*: CASELLA, Paulo Borba. **Arbitragem** – lei brasileira e praxe internacional. São Paulo: LTr., 1999, p. 434.

na “violazioni del principio del contradittorio e dell ‘imparzialità dell’arbitro”, torna-se obrigatória a concessão do *exequatur* no sistema italiano”[353].

A violação às regras do compromisso arbitral e aos princípios do contraditório e da imparcialidade deve ser apresentada tanto como defesa diante de um pedido de homologação de sentença estrangeira ou, eventualmente, nas ações anulatórias a serem distribuídas junto ao tribunal estatal com competência para processar e julgar o processo.

Diante de um pedido de homologação de um laudo estrangeiro, segundo Mauro Bove, a Corte deverá tomar cuidado para evitar se substituir ao juiz estrangeiro, passando a examinar o caso à luz da legislação italiana, por exemplo. Nesta hipótese, poderemos ter fissuras entre o trabalho dos tribunais, com uma eventual anulação de um laudo estrangeiro, considerado hígido pela justiça local, mas não à luz do ordenamento jurídico italiano. Muitas vezes, permitindo-se o rejulgamento de uma causa envolvendo particulares e direito disponível sob a ótica de um outro direito material, como se o processo comportasse uma prorrogação. Nesse caso, haverá retrabalho dos tribunais estatais para reexaminar causas complexíssimas, uutilizando documentação técnica de grande monta e a demandar uma atividade mais cuidadosa do julgador ao analisar um procedimento arbitral então judicializado[354].

---

[353] BOVE, Mauro. **La giustizia privata**. CEDAM, Wolters Kluwer, 2015, p. 359-360; 365-366. Tradução livre: “Uma sentença de condenação que, se executada, incidiria sobre o corpo da pessoa física] –, ou, eventualmente, na violação do princípio do contraditório e da imparcialidade do árbitro], torna-se obrigatória à concessão do *exequatur* no sistema italiano”.

[354] “La mancanza di indizi normativi sul punto induce a ritenere che l’interessato possa opporre la carenza di um valido patto compromissório in sede di riconoscimento anche ove egli non abbia speso la stessa censura in sede d’impugnazione del lodo nel ”suo” Paese. Sempre che quella carenza non risulti sanata già di fronte agli arbitri, come avviene in sistemi che, come il nostro, prevedono la necessità di far valerei l vizio atinente al patto compromisso nell’ âmbito del giudizio arbitrale [...] Inoltre si segnala che questo motivo di impedimento al riconoscimento va letto insieme al disposto della lett. b) del comma secondo dello stesso art. V della Convenciozione di New York, ai sensi del quale il riconoscimento è rifiutato se il giudice dello Stato richiesto releva, anhce d’ufficio, uma contrarietà all’ordine pubblico. Ciò significa che, se la legge processuale a cui era soggetto il giudizio arbitrale non era suficientemente garantista, resta al giudice italiano l’onere di verificare eventual, pslesi, violazioni del princípio del contraddittorio alla luce ordine pubblico processuale”. BOVE, Mauro, **La giustizia privata**. CEDAM, Wolters Kluwer, 2015, p. 375-377.Tradução livre: “Nesse aspecto, a falta de indícios normativos sugere que a parte possa opor à falta de uma cláusula de arbitragem válida no âmbito da aceitação, ainda que não tenha tido a mesma censura durante o recurso do laudo em “seu” país, sempre que essa omissão não seja sanada perante os árbitros, como ocorre em sistemas que, como o nosso, preconizam a necessidade de cumprimento da violação da cláusula de arbitragem no âmbito da ação arbitral [...] Além disso, sublinha-se que tal obstáculo ao reconhecimento deve ser lido simultaneamente às disposições da alínea b) do segundo parágrafo do art. V da Convenção de Nova Iorque, nos termos da qual o reconhecimento é recusado se o juiz do Estado julgar, ainda que *ex officio*, contrária à ordem pública. Isso significa que, se o direito processual a que estava sujeita a ação arbitral não fornecia garantias suficientes, o juiz italiano tem o ônus de verificar eventuais violações do princípio do contraditório à luz da ordem pública processual”.

Ora, quando se reconhece que as fissuras são inevitáveis, procura-se a interferência mínima entre as atividades dos tribunais a evitar a sobreposição de competência. A finalidade é que o Estado se afaste com segurança das decisões dos tribunais arbitrais, evitando assim a cultura do reexame do laudo pela justiça estatal, conforme observa parte da doutrina espanhola, “los jueces que intervengan en asuntos arbitrales observen la corrección técnica precisa y cumplan estrictamente con las normas estatales para que el arbitraje se desarrolle con normalidad”[355] [356].

A busca desta interferência mínima nem sempre é fácil de ser atingida, conforme extraímos do julgamento de homologação de sentença n. 120 pelo Superior Tribunal de Justiça. Trata-se de um laudo proferido nos EUA, no qual a imparcialidade do juiz foi posta em dúvida. O ministro Herman Benjamim votou vencido, argumentando que a justiça brasileira não poderia se influenciar pela decisão da justiça americana. A Corte estadunidense entendeu que, diversamente da suspeição e do impedimento que se caracterizam abstratamente, não havia dados concretos que pudessem influenciar a decisão do juiz arbitral. É a chamada prova muitas vezes impossível. Se a parte já demonstrou o fundamento, o fato que levaria à suspeição do árbitro, não seria exigir a prova impossível, ao buscar a prova de vantagens concretas[357].

A relatora, ministra Nancy Andhighi, ao proferir seu voto vencedor, entendeu que a escolha de mútuo acordo entre as partes do árbitro e havendo referência expressa do fato na sentença, “quanto ao fato de o julgador indicado ter servido em um tribunal regional de outro estado que não aquele no qual foi realizada a audiência desta

---

[355] Tradução livre: [...] “os juízes que intervenham em assuntos arbitrais observem a correção técnica precisa e cumpram rigorosamente as normas estatais para que a arbitragem se desenvolva com normalidade”.

[356] “De otro lado, es un método “alternativo” de arreglo de controvérsias que deriva diretamente de reconocimiento del Estado, por lo cual, dentro de los derechos renunciables, debe respetar los requisitos legales y convencionales estabelecidos. Esta característica impede desvincular completamente la instituciòn arbitral de actividad jurisdicional del Estado – aunque essta sea mínima – y, em contrapartida, exige que los jueces que intervengan en asuntos arbitrales observen la corrección técnica precisa y cumplan estrictamente con las normas estatales para que el arbitraje se desarrolle con normalidade”. ROZAS, José Carlos Fernández; LORENZO, Sixto A. Sánchez; STAMPA, Gonzalo. **Principios generales del arbitraje**, CIMA, Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, p. 28-29. Tradução livre: “Por outro lado, é um método “alternativo” de conciliação de controvérsias que deriva diretamente do reconhecimento do Estado, pelo qual, dentro dos direitos renunciáveis, deve respeitar os requisitos legais e convencionais estabelecidos. Esta característica impede desvincular completamente a instituição arbitral de atividade jurisdicional do Estado – ainda que esta seja mínima – e, em contrapartida, exige que os juízes que intervenham em assuntos arbitrais observem a correção técnica precisa e cumpram rigorosamente as normas estatais para que a arbitragem se desenvolva com normalidade”.

[357] BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Homologação de decisão estrangeira n. 120 – EX (2016/0317356-0), Rel. Ministra Nancy Andrighi, Requerente: Levi Strauss de Espana S.A. Julgamento: 18/12/2018, DJe: 12/03/2019, p. 13.

arbitragem, sendo certo, também, que o prazo concedido para a respectiva impugnação decorreu *in albis*". Assim, não estaria caracterizada a quebra da imparcialidade[358].

O dever de revelação contido no art. 14 da Lei de Arbitragem é o ponto de equilíbrio. Até as informações mais básicas, como a participação em julgamento de um determinado tribunal, se não informado anteriormente, levará à fissura irremediável, aleijando o laudo:

> A impessoalidade que caracteriza a atividade do árbitro, com a confiança depositada pelas partes, passa a exigir dele, até por força da quebra do juiz natural, com a sua escolha, "o dever de revelar", antes da aceitação da função, qualquer fato que denote dúvida justificada quanto à sua imparcialidade e independência[359].

Cândido Rangel Dinamarco conclui sua exposição comparando o árbitro à mulher de César, "não basta ser honesto, é preciso que também projete sobre o espírito de todos a certeza de que é honesto"[360].

De forma incontestável, se o árbitro então escolhido pelas partes deixa de revelar um fato que uma das partes entenda como quebra da confiança, de forma objetiva, a fissura não terá cura. Neste caso, seria melhor que o próprio tribunal arbitral sanasse o vício, proferindo um novo laudo, a fim de garantir a interferência mínima entre os tribunais, com a não intervenção da justiça estatal em todo o seu trabalho.

Quanto ao exame do princípio do contraditório, para efeitos de homologação de sentença estrangeira ou para fundamentar uma ação anulatória, a violação então patrocinada pelo contraditório está, em regra, atrelada à produção de uma prova. Como um fator complicador, os tribunais arbitrais preferem usar uma regra conhecida como

---

[358] BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Homologação de decisão estrangeira n. 120 – EX (2016/0317356-0), Rel. Ministra Nancy Andrighi, Requerente: Levi Strauss de Espana S.A. Julgamento: 18/12/2018, DJe: 12/03/2019, p. 1.

[359] DINAMARCO, Cândido Rangel. **A arbitragem na teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 29.

[360] Segundo Cândido Rangel Dinamarco: "O dever de revelação é exaltado pela doutrina, sempre em nome da boa-fé indispensável na arbitragem, afirmando-se que na dúvida é melhor que o árbitro revele todo e qualquer contato que tenha tido com o caso ou com as partes. [...] A segurança será também para o árbitro, que afastará a possibilidade de ser responsabilizado em razão de ter julgado processo em que era parcial ou dependente". A doutrina italiana chega a sustentar que a própria falta ao dever de revelação pode dar causa à responsabilidade pré-contratual do árbitro". DINAMARCO, Cândido Rangel. **A arbitragem na teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 29.

ônus da prova, como suficiente para regulamentar toda a fase de colheita e valoração da prova. Um único artigo, o art. 373 do CPC/2015, conhecido como ônus impróprio[361].

No julgamento do Recurso Especial n. 1.660.963, a parte sucumbente na arbitragem objetiva desconstituir o laudo por força da violação ao contraditório e da ampla defesa. Como não poderia ser diferente, a ordem pública foi trazida a reboque, como violada. Na verdade, o que estava em discussão era a anulação da arbitragem a partir do indeferimento de prova pericial contábil. O acórdão sublinhou:

> Controle judicial promovido por meio de ação anulatória, prevista no artigo 33 da Lei n. 9.307/1996, não pode ser utilizado como subterfúgio para se engendrar o natural inconformismo da parte sucumbente com o desfecho conferido à causa, como se de recurso tratasse, com o simples propósito de revisar o mérito arbitral[362].

Diante disso, evidencia-se o emprego do conceito de ordem pública a tutelar o suposto direito à prova em uma relação disponível[363]. No julgamento do referido recurso, observamos que para analisar o prejuízo decorrente da não realização da prova, o precedente desceu ao exame das peculiaridades do caso concreto[364]. Por outra forma

---

[361] Já adiantando um dos pontos que buscaremos abordar no capítulo terceiro deste trabalho, a prova para o processo é tudo. Sem prova não há direito a ser exercido. E no encontro das atividades das partes e da atividade do juiz no curso da relação processual, através de um diálogo e não um monólogo, as provas deverão ser produzidas para o processo. Neste ponto, sustentamos um *in dubio* pela produção da prova. Neste sentido, as palavras de Carlos Alberto Álvaro são pertinentes: "Na realidade, impõe-se atentar à natureza essencialmente dialética do processo. De um lado, a vontade do Juiz nunca é totalmente soberana, pois de um ou outro modo condiciona-se à vontade e ao comportamento das partes, no que representam iniciativa, estímulo, resistência ou concordância. Quanto às partes, sua vontade e atividade tendem a se plasmar e adequar aos estímulos decorrentes do comportamento do Juiz e do adversário. Vale dizer: [...] no processo, o Juiz nunca está só. O processo não é monólogo: é um diálogo, uma conversação, uma troca de propostas, de respostas, de réplicas; um intercâmbio de ações e reações, de estímulos e de impulsos contrários. Por isso, foi comparado a uma luta ou disputa esportiva; mas cuida-se de uma luta de persuasões e uma de disputa argumentativa". OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. O juiz e o princípio do contraditório. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, jul.-set. 1993, Porto Alegre, 1993, p. 196.

[362] BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial n. 1.660.963/SP (2017/0058735-0), Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze, Recorrente: GSC Administração e Participações S.A. Julgamento: 26/03/2019, DJe: 29/03/2019, p. 12.

[363] "Nessa linha de compensação, a ação anulatória de sentença arbitral há de estar fundada, necessariamente, em uma das específicas hipóteses contidas no art. 32 da Lei 9.307/1996, ainda que seja possível conferir uma interpretação razoavelmente aberta, com o propósito de preservar, em todos os casos, a ordem pública e o devido processo legal e substancial, inafastáveis do controle judicial. BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial n. 1.660.963/SP (2017/0058735-0), Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze, Recorrente: GSC Administração e Participações S.A. Julgamento: 26/03/2019, DJe: 29/03/2019, p. 12.

[364] "Veja-se que o tribunal arbitral não ignorou que os débitos indicados pela recorrente seriam anteriores à aquisição das quotas sociais. Ao contrário, tomou por incontroverso este fato, afigurando-se, pois, de toda irrelevante a produção de prova pericial contábil para esse propósito, do que já se pode antever a inexistência de cerceamento de defesa em tal proceder". BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial n. 1.660.963/SP (2017/0058735-0), Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze, Recorrente: GSC Administração e Participações S.A. Julgamento: 26/03/2019, DJe: 29/03/2019, p. 15.

de se enxergar o fenômeno, seria correto também afirmar que o tribunal arbitral, ao indeferir a produção de uma prova, acabou abrindo um contencioso que custou caro às partes, como a demora do processo judicial.

Sustentamos um *in dubio* pela produção da prova nas arbitragens justamente para evitar a possibilidade de interferência da justiça estatal, anulando o laudo para a realização do ato. Na dúvida, é melhor que o tribunal arbitral permita realizar a prova, a princípio inútil para formar o convencimento dos árbitros (quando já possuem sua convicção). No entanto, a produção da prova irá legitimar o trabalho do próprio tribunal, sem abrir espaço para que a justiça estatal resolva anulá-lo para requerer sua produção. Com isso, o laudo acaba protegido de uma eventual fissura e se revelando mais sólido.

Quando defendemos a possibilidade de se produzir prova para evitar a distribuição de uma ação anulatória, e a postergação da solução do caso durante anos, ou melhor, até que fosse decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, não seria melhor que o próprio tribunal arbitral viabilizasse a realização da prova?

Toma-se como exemplo o caso em que se discutia a responsabilidade da construtora de um navio que o entregara ao comprador com defeito em um dos três guindastes. O perito de engenharia atestou os erros de execução, além de apontar todos os defeitos da embarcação. Contudo, no momento de quantificar os prejuízos, honestamente, disse que não tinha expertise, mas, ainda assim, realizou os cálculos da indenização.

Proposta a ação anulatória no Rio de Janeiro, o Tribunal de Justiça, em processo que tramitou por mais de dois anos, apesar de ter sido declarada a revelia do réu (que ingressou no feito tardiamente), julgou procedente o pedido nas duas instâncias, destacando a inaptidão do perito para realizar os cálculos da indenização[365].

[365] Transcrevemos trechos do acórdão destacando a inaptidão do perito para o cômputo do valor devido: “Não obstante, em audiência de instrução, o perito foi categórico ao afirmar: “nós não fizemos perícia contábil, nem financeira pelo fato de que não era isso parte do escopo dessa perícia. Não fazia parte do espírito dessa perícia claramente não fazia, uma vez que os árbitros tinham nomeado perito um engenheiro naval, as partes tinham nomeado um engenheiro mecânico e a outra parte nomeou um engenheiro naval. Tratava-se, obviamente, de uma perícia de engenharia”. Ora, com a simples análise do depoimento do perito, permite-se concluir que, no caso em tela, é indispensável a realização da prova pericial contábil, visto que somente esta é capaz de aferir eventuais prejuízos financeiros com a paralisação da embarcação da apelante, decorrente dos defeitos apresentados pelos guindastes. Assim, a sentença proferida pelo juízo arbitral não obedeceu ao princípio constitucional do contraditório, pois condenou a apelada ao pagamento de quantia vultosa, sem oportunizar a realização de prova pericial contábil indispensável para aferir eventual indenização, haja vista a evidente incapacidade técnica do perito nomeado, engenheiro naval, para tal mister, devendo, portanto, ser declarada a nulidade da sentença arbitral”.

O Superior Tribunal de Justiça, ao examinar o Recurso Especial n. 1.500.667, assim entendeu:

> O indeferimento de realização de prova pericial pelo juízo arbitral não configura ofensa ao princípio do contraditório, mas a consagração do princípio do livre convencimento motivado, sendo incabível, portanto, a pretensão de ver declarada a nulidade da sentença arbitral com base em tal argumento, sob pena de configurar invasão do Judiciário no mérito da decisão arbitral[366].

Justamente por força da não realização da prova, que não demandaria espaço de tempo alongado, o laudo arbitral foi examinado com toda a profundidade pela justiça estatal, que não deixou de fazer o controle direto de todo o trabalho realizado pelo tribunal:

> compilando os volumes do processado, se tem que referido laudo foi objeto de amplos debates, críticas e de esclarecimentos, inclusive, com a oitiva de testemunhas e do perito [...] É incontroverso, portanto, que, quando da formalização do compromisso arbitral, não houve impugnação por qualquer das partes da escolha do perito de engenharia[367].

Os limites da competência dos tribunais privados estão previstos na convenção de arbitragem como uma régua importante, um instrumento hábil a limitar a atividade destes órgãos. No julgamento do pedido de homologação de sentença estrangeira n. 12.236, o tribunal entendeu que a convenção havia previsto o painel com três árbitros. Consequentemente, o laudo arbitral proferido por apenas um julgador não apresentava pressuposto de validade, já que proferido por tribunal incompetente[368].

---

[366] BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial n. 1.500.667/RJ (2013/0229745-5), Relator: Ministro João Otávio de Noronha, Recorrente: Chaval Navegação Ltda. Julgamento: 09/08/2016, DJe: 19/08/2016, p. 1.

[367] BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial n. 1.500.667/RJ (2013/0229745-5), Relator: Ministro João Otávio de Noronha, Recorrente: Chaval Navegação Ltda. Julgamento: 09/08/2016, DJe: 19/08/2016, p. 7-8.

[368] "Por sua vez, no *Termination of Certain Agreements* constam as seguintes cláusulas: "CLÁUSULA 9 – RESOLUÇÃO DE DISPUTAS 9.1. Qualquer controvérsia ou ação legal que surja de ou esteja relacionada a esta controvérsia ou ação legal que surja de ou esteja relacionada a este contrato, ou a violação, término ou validade deste, será finalmente decidido por arbitragem de acordo com as Regras de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional por três árbitros nomeados, de acordo com tais Regras. O Tribunal Arbitral terá total autoridade para conceder remediações provisórias e de decidir por danos pela falha de qualquer parte em respeitar às ordens do tribunal arbitral para este efeito. A sede da arbitragem será no Rio de Janeiro. O tribunal arbitral poderá, entretanto, a seu próprio critério, conduzir audiências e reuniões, bem como deliberar em qualquer outro local que considere apropriado. Os processos serão conduzidos no idioma inglês, contando que a interpretação do português e do alemão seja permitida, e os documentos em português ou alemão poderão ser submetidos acompanhados pelas traduções em inglês juramentadas para a satisfação do painel arbitral. Os processos de arbitragem serão confidenciais. 9.1. As partes deste concordam que para todos os fins legais esta cláusula será compromissória conforme provisionado no Artigo 4º da Lei 9.307/97 [...] No caso em tela, a autoridade arbitral não era competente, pois, de acordo com o distrato, a sentença arbitral deveria ter sido prolatada por três árbitros". BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Sentença Estrangeira Contestada n. 2.236 – EX (2014/0313228-7), Relator: Ministro Mauro Campbell Marques, Requerente: Thyssenkruoo Steel Europe AG. Julgamento: 16/12/2015, DJe: 18/12/2015, p. 1-2; 15.

Caminhando para o final, e buscando sintetizar o exposto ao longo deste capítulo, a discussão do mérito da decisão da justiça arbitral pode ser colocada a teste quando a parte interessada começa a discutir a violação ao princípio do contraditório. Neste caso, como primeira sugestão desta tese, caberá ao tribunal permitir a produção da prova, tudo a fim de se evitar possível fissura entre os tribunais, caso uma decisão não tão robusta aos olhos da justiça estatal, em tese, venha a ser colocada sob fogo diante dos tribunais estatais em uma eventual ação anulatória ou em um pedido de homologação de laudo estrangeiro. Na dúvida, sustenta-se o *in dubio* pela realização da prova.

Quanto à parcialidade do árbitro, para evitar os julgamentos caso a caso, sem uma homogeneidade e, assim, alimentar o hábito e a cultura dos tribunais estatais em reverem o trabalho da justiça privada, defendemos que se determinado fato não for revelado pelo árbitro no início do processo ou durante o curso da arbitragem – caso seja posterior ao início do procedimento, e uma parte venha a impugnar a nomeação por conta da não revelação do fato, de forma objetiva – o trabalho do tribunal deverá ser anulado por ele mesmo no exercício de sua competência. Tudo a fim de se evitar a judicialização da discussão, gerando uma fissura entre os tribunais. Ao não prestar a informação relevante, o árbitro tornou-se suspeito. Diante disso, um outro deverá substituí-lo e aproveitar todos os atos procedimentais possíveis, conforme rege norma expressa da lei.

Por fim, com o intuito de evitar que os pedidos de homologação de sentença, assim como os pedidos de execução do laudo não comportem pretensões contrárias ao ordenamento jurídico, aplicam-se ao processo arbitral as condições da ação, tornando a possibilidade jurídica do pedido elemento obrigatório do pedido de homologação. Se o pedido não for possível, quer seja pela impossibilidade prática, quer seja pela impossibilidade jurídica, não se homologará o laudo. Não será necessário examinar o mérito da controvérsia, sempre mal rotulada de ordem pública, para se chegar à conclusão de que o pedido é contrário ao ordenamento jurídico. A ordem pública não pode ser um cheque em branco, um conceito indeterminado, a legitimar sempre o ataque do sucumbente à eficácia da sentença arbitral. O sistema não precisa desta válvula de escape.

.

1.4 A ordem pública – Cavalo de Tróia a permitir o reexame do mérito da controvérsia

Sem qualquer temor em errar, afirmamos que a tão proclamada e idolatrada ordem pública em sede de arbitragem, como meio jurisdicional de resolução de conflito – limitando-se o trabalho ao exame da ordem pública ao processo arbitral e a homologação do laudo estrangeiro – serve para atrapalhar e confundir os operadores do sistema.

Como um Cavalo de Tróia, ou seja, como um presente que o Estado se outorga, já que funciona como um limite a ser respeitado pelos outros Estados, a chamada ordem pública, ao permitir o reexame da pretensão resistida, acaba enfraquecendo e derrotando o próprio poder constituído, ao sobrepor e relativizar o laudo arbitral a uma decisão judicial. Quando não subtrai a eficácia da primeira decisão, com a eventual anulação do laudo, retarda o andamento da solução da pretensão resistida de interesses, com a resolução definitiva da lide em tempo razoável sob o prisma deste meio de resolução de conflito[369].

Outra possibilidade de fissura do sistema não menos grave que possibilita examinar o mérito da decisão arbitral, agora, à luz da ordem pública, é permitir que o sucumbente na arbitragem, depois de perder a disputa no tribunal escolhido e com a aplicação da legislação que a autonomia da sua vontade lhe autorizou escolher, possa sustentar, quer seja no país de execução do laudo estrangeiro, quer seja por força de ação anulatória, o direito a um segundo julgamento, agora, com a aplicação da lei brasileira ou de outra forma, com outra interpretação. A parte poderia imaginar que, tendo perdido pelo direito belga, teria uma chance maior com o direito brasileiro; ou se não foi observada a função social do contrato, o juiz poderia fazê-lo à luz da legislação consumerista. Não obstante possa parecer longe da realidade, as hipóteses são comuns no cotidiano do ordenamento.

---

[369] A história do Cavalo de Troia foi contada por Homero, em Ilíada. Contudo, o cavalo surge somente em Odisseia (Poema épico que, escrito pelo poeta grego Homero, durante os séculos IX e VIII a.C., descreve os acontecimentos extraordinários vividos por Ulisses, depois sua vitória em Troia). Trata-se de um enorme cavalo de madeira construído pelos gregos durante a Guerra de Troia, entre os anos 1260 a.C-1180 a.C, como estratégia decisiva para a tomada da cidade fortificada de Troia, cujas ruínas estão em terras turcas. Tomado e levado pelos troianos para dentro das muralhas como símbolo de sua vitória, permitiu que guerreiros que estavam dentro do objeto, durante à noite, saíssem de seu esconderijo, rendessem os sentinelas e, assim, possibilitassem a entrada do exército grego. Sua figura representa um engodo destrutivo. HOMERO. **Odisseia**. 3. ed. São Paulo: Editora 34, 2014.

Conforme exposto, com o Código Napoleônico, a arbitragem como justiça privada foi absorvida pelo Estado, assim como o conceito de homologação de sentença estrangeira foi inscrito em um código de leis. A partir desta nova curva da história da humanidade, com os Estados nacionais, nasceram também suas fronteiras, divisões e espaços soberanos. Surgiu, então, o problema da eficácia dos efeitos da sentença de um determinado país no território de outra nação soberana. Aparecem novas fissuras nos sistemas jurídicos, agora, criadas e desenvolvidas entre as atividades das nações soberanas.

José Carlos Barbosa Moreira explica que a antiga União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS), por força de legislação de 1962, só admitia a execução de sentença e de laudos arbitrais estrangeiros previstos em tratado ou convenção de que fosse signatária e sob a condição de que o interessado a requeresse observado o prazo de três anos a contar da data do trânsito em julgado. Na Holanda, na legislação de 1964 já revogada, "as sentenças alienígenas não seriam exequíveis em território nacional, com ressalva apenas dos casos contemplados em tratado ou em disposições legais específicas"[370].

Com o surgimento dos Estados nacionais, vieram suas regras, valores e autoridade sobre seus comandados, ou seja, que estão sob seus domínios territoriais. O soberano passou a respeitar o maior número de vontades dos seus súditos, ou seja, a vontade da maioria, para legitimar o seu poder. Surge, então, o interesse do Estado, emerge o interesse coletivo, desenha-se o interesse público e difuso. O Estado começa a desenvolver e a construir aquilo que é chamado de ordem pública.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto, em 1988, ao examinar os conceitos de ordem pública e de segurança jurídica, concluiu que a expressão ordem é "condição básica indispensável para o funcionamento de uma sociedade, concebida como sistema social"[371].

---

[370] MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 52.

[371] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Revisão doutrinária dos conceitos de ordem pública. **Revista de Informação Legislativa**, jan.-mar. 1988, p. 139.

Segundo o autor, a ordem pública se subdivide em quatro ordens. O Estado tem uma ordem normativa. Neste caso, "resulta de uma disposição que se pretende impor à organização da sociedade". Já a ordem social,

> Passa a ser o meio no qual se insere e do qual se identificam e se destacam, para estudo, todos os sistemas sociais, como o econômico, o político, o familiar, o religioso, o educacional etc. E, cada um deles ganhará, por seu turno, e respectivamente, uma expressão descrita e uma expressão normativa[372].

A ordem política, por sua vez, "pode ser enunciada com um aspecto de ordem social que diz respeito à disciplina dos fenômenos do poder no Estado e em relação a ele". Por fim:

> A ordem jurídica pode ser tomada no seu sentido descritivo ou material, como o resultado da observância social às normas jurídicas, mas é principalmente, no sentido normativo ou formal, como conjunto de princípios e normas impositivas vigentes numa sociedade, que é comumente entendida e referida[373].

O autor sustenta que todas "as relações nas ruas, nas praças, no trabalho, nas fábricas, nos escritórios, nos salões, nas salas de aula, nos estabelecimentos abertos ao público, nos locais de diversões, nas lojas, nas estradas, nas praias, nos sítios de lazer", ao congregarem pessoas, passam a exigir a inevitável "convivência pública". E, "essa disposição da convivência pública, pré-requisito de funcionamento do respectivo sistema, é que se denomina de ordem pública"[374].

A ordem pública, ou seja a "convivência pública" na rua, nos bares, nos estádios, no trabalho, no *shopping center*, apresenta uma acepção material, desdobrando o seu conteúdo em três aspectos, segundo o autor, com base em Louis Rolland: "tranquilidade pública, segurança pública e salubridade pública"[375].

Já a acepção formal da ordem pública se apresenta como conjunto de princípios, um modelo ideal, fruto "de uma concepção abstrata e de uma afirmação de vontade". Segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto, esse conjunto de princípios delinearia,

---

[372] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Revisão doutrinária dos conceitos de ordem pública. **Revista de Informação Legislativa**, jan.-mar. 1988, p. 140-141.
[373] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Revisão doutrinária dos conceitos de ordem pública. **Revista de Informação Legislativa**, jan.-mar. 1988, p. 140-141.
[374] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Revisão doutrinária dos conceitos de ordem pública. **Revista de Informação Legislativa**, jan.-mar. 1988, p. 142-143.
[375] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Revisão doutrinária dos conceitos de ordem pública. **Revista de Informação Legislativa**, jan.-mar. 1988, p. 143-144.

"como uma fronteira entre o campo do interesse individual, disponível, e o campo do interesse coletivo, indisponível, protegendo a este dos excessos e dos abusos anti-sociais das liberdades individuais". E, assim, o emérito publicista encerra o exame da questão: "É nesse sentido formal de ordem pública que se fala em "leis de ordem pública"[376].

D'Aquino Filocre, em artigo no qual revisita a ordem pública, aponta que a "convivência pública" é um conceito absolutamente elástico, ao mesmo tempo, absolutamente essencial para aqueles que vivem em sociedade. O autor, com base em Pousada Herrera, informa:

> A ordem pública é a primeira condição e a circunstância mais indispensável para a existência de qualquer associação. Em uma sociedade em que as leis não são respeitadas, em uma sociedade em que os funcionários encarregados de executá-las não têm força bastante para fazerem-se respeitados, é impossível que prosperem os interesses materiais e morais. Tudo, pois, que se referia a ordem pública é de grande importância, dever e necessidade de uma boa administração. A ordem pública tem a ver com a segurança das pessoas, a tranquilidade dos povos e a segurança interna do Estado (Cudolà, 2007, p. 42)[377].

A segurança das pessoas, a tranquilidade dos povos e a segurança interna do Estado, então, batizados por ordem pública, permitiram que essa ordem pública se descomprimisse do conceito de segurança pública, do poder de polícia, do interesse público e se abrisse para o direito privado[378].

Gabriel Marty e Pierre Raynaud, ao examinarem a distinção entre direito público e direito privado, lembram que em Roma, o interesse público estava refletido na vontade do imperador enquanto o interesse privado se resumiria a algo com *singulorum utilitatem*.

---

[376] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Revisão doutrinária dos conceitos de ordem pública. **Revista de Informação Legislativa**, jan.-mar. 1988, p. 146.

[377] D'AQUINO, Filocre. Revista à ordem pública, out.-dez. 2009. **Revista de Informação Legislativa**, p. 131-147, v. 46, n. 184, p. 134.

[378] "O agente de segurança pública, ao qual cabe manter a ordem pública, deve responder direta, imediata e discricionariamente a miríades de situações que dificilmente se enquadram nas tipificações e generalizações positivadas. No desempenho de suas atribuições cabe-lhe o exercício do poder de polícia, poder instrumental do Estado, não só para promover a garantia da ordem pública mas para preservar outros valores mínimos da convivência social, como o são a salubridade, o decoro e a estética, contra o exercício abusivo das liberdades e dos direitos individuais. Assim, no subsistema policial da segurança pública, revela, como instituição central, a Polícia de Segurança Pública, a qual cabe manter a ordem pública, pelo que também pode ser chamada Polícia de Manutenção de Ordem Pública, como o preferem ÁLVARO LAZZARINI e HELY LOPES MEIRELLES". MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Revisão doutrinária dos conceitos de ordem pública. **Revista de Informação Legislativa**, jan.-mar. 1988, p. 153.

Sublinham, ainda, que os conceitos de interesse público e de ordem pública, que se confundem neste quadrante da história, servem para limitar o *laissant faire*[379].

O Estado, ao estatizar a justiça privada, também interfere nas relações entre os particulares, ou seja, ingressa na relação locatícia e se preocupa com as relações de família, de sucessão, a transmissão de bens, as relações securitárias, o crédito imobiliário, o prejuízo de um terceiro ao permitir o exercício de um direito subjetivo. Em suma, se administrar uma casa não é simples, melhor não imaginarmos o que seria administrar um Estado.

A interferência do Estado nas atividades negociais privadas sob o título de ordem pública foi muito bem analisada pelos civilistas franceses. Para Marcel Planiol, regras de ordem pública, necessariamente, são leis de direito público, que regem a organização e a atribuição de diferentes poderes dos agentes do Estado, as regras políticas, de voto, de impostos, de serviço militar a serem observadas pelos particulares, em suma, "toutes ces lois, qui constituent le régime politique du pays, sont au-dessus des volontés privées. Les Romains disaient déjà: *privatorum conventiojuri publico not´n derogat*. (Ulpien, Dig., liv L., tit 17, fr 45)"[380].

O autor apresenta três espécies de leis de direito privado que guardariam uma interseção com o interesse de ordem pública: as regras acerca da capacidade civil, o acesso do cidadão à propriedade privada e seus bens, e a imposição àquele que exerce seu direito subjetivo de medir os danos a serem impingidos a terceiros. O autor sublinha

---

379 "A Roma ela distinction ainsi formulée, "publicium jus est quod ad statum rei romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem" (1), pouvait paraître assez nette dans um droit individualiste qui laissait à l'initiative privée un champ d'activité vaste et bien delimite, comme à l'inverse était celui et de de la puissance publique et de l'Etat. Par contre au Moyen – Age l'opposition du droit publica et du droit privé s'estompe, car entre de multiplex corps intermédiaires de nature et l'Etat, d'ailleurs affaibli, existente de multiplex corps intermédiaires de nature mixte, par exemple les corps de métiers; les fonctions et charges publiques sont solvente objet commerce privé ave ela patrimonialitè des offices (2). Avee l'Etat liberal du XIX siècle, contonnè dans des acitivités limitées, organisées en services públicos et pour le surplus "laissant faire" les individus, la distinction redevient beaucoup plus nette". MARTY, Gabriel; RAYNAUD, Pierre. **Droit civil**. v. I. Sirey, 1956, p. 61. Tradução livre: "Em Roma, a distinção assim formulada, "*publicium jus est quod ad statum rei romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem*" (1) poderia aparecer bastante clara no direito individualista que deixou à iniciativa privada um vasto campo de atividade bem delimitada, como inversamente foi a do poder público e do Estado. Por outro lado, na Idade Média, a oposição entre direito público e direito privado se esvai, pois entre os múltiplos corpos intermediários da natureza e do Estado, aliás enfraquecidos, existem múltiplos corpos intermediários de natureza mista, por exemplo, comércios; as funções e responsabilidades públicas estão sujeitas ao comércio privado com a patrimonialidade dos cargos (2) com o estado liberal do século XIX confinado a atividades limitadas, organizadas nos serviços públicos e, além disso, "deixando para os particulares", a distinção torna-se ainda mais clara".

380 PLANIOL, Marcel. **Droit civil**. t. I. Paris: Librairie Generale de Droit & de Jurisprudence 1908, p. 111. Tradução livre: "todas essas leis, que constituem o regime político do país estão acima das vontades privadas. Os romanos já diziam: *privatorum conventiojuri publico not´n derogat*".

que a ordem pública impediria também o exercício de atividades ou atos então proibidos por lei. Como exemplo, aponta a impossibilidade de casamento de pessoas de diferentes religiões, levando a uma impossibilidade jurídica do reconhecimento da relação matrimonial pelo Estado[381].

Ambroise Colin e Henri Capitant, no tomo I do seu *Droit Civil Français*, afirma: "L'ordre public c'est l'ordre dans l'Etat, c'est-à-dire une certaine organisation nécessaire au bom fonctionnement de l'Etat"[382]. Segundo o autor, o art. 6º do Código Napoleônico permite que as convenções particulares venham a ser derrogadas em nome da ordem pública que, segundo ele, repousa na manutenção da segurança, na moralidade pública, na relação pacífica entre os cidadãos, nas relações econômicas estabelecidas entre eles e o Estado. Todavia, a ordem pública se alonga para os confins do direito privado, no direito de família, filiação, sucessão, havendo assim uma pluralidade de disposições legais que cuidam destes temas e, de outros, como também do crédito imobiliário, de regras relacionadas ao interesse de terceiros. Conforme destaca o autor, todas essas regras são imperativas e cogentes[383].

No tomo II do seu livro, Ambroise Colin e Henri Capitant sinalizam que a ordem pública, como restrição à autonomia da vontade, deve ser aplicada de forma limitada. A ordem pública seria os bens fora do comércio, de domínio público, dotais com cláusula de inalienabilidade, substâncias venenosas, animais doentes e contagiosos, higiene e polícia. As regras sobre a capacidade civil, liberdades individuais, como a liberdade de comércio, certos contratos como o contrato de trabalho, de seguro e de locação seriam

---

381 "Or il arrive assez frequemment, quand un mariage se fait entre personnes appartenant à des religions diflérentes, que la femme demande que les enfants soient éleves dans as religion et non dans celle du mari, et on fait même de cette convention l'objet d'une clause du contrat de mariage. Il est admis que cette convention n'est pas civilmente obligatoire, et que la femme n'a aucun moyen pour la faire respector (Guilloud, Contrat de miriage, t. I, n. 113 et los ouvrages cités à la nole)". PLANIOL, Marcel. **Droit civil.** t. I. Paris: Librairie Generale de Droit & de Jurisprudence 1908, p. 111-534. Tradução livre: "Ora, acontece com bastante frequência, quando ocorre um casamento entre pessoas pertencentes a religiões diferentes, que a mulher peça que os filhos sejam educados em sua religião e não na do marido, e esta convenção é mesmo objeto de uma cláusula no contrato de casamento. Admite-se que esta convenção não é civilmente obrigatória e que a mulher não tem meios de fazê-la respeitar".

382 Tradução livre: "A ordem pública é a ordem do Estado, ou seja, uma certa organização necessária ao bom funcionamento do Estado".

383 COLIN, Ambroise; CAPITANT, Henri. **Droit civil français**. t. II. Paris: Librairie Generale de Droit & de Jurisprudence, 1948, p. 62-63.

abraçados pela então ordem pública também. Em suma, a ordem pública é elástica. Nela, cabe uma infinidade de possibilidades[384].

Segundo Jacob Dolinger, o Código Bustamante, em seu art. 3º, classifica as leis e regras vigentes em cada Estado como i) ordem pública interna, ii) ordem pública internacional e voluntárias, iii) ou ordem privada. O que definiria a ordem pública no plano interno, como a sua repercussão no direito internacional privado, "é justamente sua indefinição", ou seja, a "ordem pública se afere pela mentalidade e pela sensibilidade de determinada sociedade em determinada época"[385].

Segundo o autor, a partir do julgamento do caso Boll, em 1958, a Corte Internacional de Justiça explicitou a noção de ordem pública, distinguindo ordem pública aplicada em determinadas áreas do direito, como nas leis penais, de polícia, nas que cuidam do bem-estar nacional, da saúde e da segurança, e a ordem pública de caráter genérico, referente às concepções fundamentais da lei, da decência e da moralidade. E conclui: "Daí ter sido a ordem pública comparada à moral, aos bons costumes, ao direito natural e até à religião"[386]. Em suma, o que não caberia na ordem pública?

A doutrina nacional se divide na interpretação de ordem pública interna e ordem pública internacional, conforme demonstra Jacob Dolinger:

> A primeira no plano interno, correspondente ao princípio que neutraliza a vontade das partes manifestada contra leis cogentes, e a segunda, no plano de Direito Internacional Privado, que impede a aplicação de leis de outros Estados ou o reconhecimento de sentenças estrangeiras, quando atentatórios à ordem jurídica, moral ou econômica do foro[387].

Rodrigo Otávio, Clóvis Beviláqua, Eduardo Espínola, Haroldo Valladão e Irineu Strenger aderem à distinção de duas ordens públicas formulada por Brocher. A outra corrente, "que rejeita a dicotomia", é formada por Oscar Tenório, Wilson de Souza Campos Batalha, Gama e Silva, João de Oliveira Filho e Elmo Pilla Ribeiro[388].

---

384 COLIN, Ambroise; CAPITANT, Henri. **Droit civil français**. t. II. Paris: Librairie Generale de Droit & de Jurisprudence, 1948, p. 220.
385 DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. **Direito internacional privado**. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 446-447.
386 DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. **Direito internacional privado**. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 447.
387 DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. **Direito internacional privado**. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 447.
388 DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. **Direito internacional privado**. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 454.

Ao se admitir a distinção, a ordem pública interna e a ordem pública internacional poderiam ser representadas por dois círculos concêntricos. Segundo Ricardo Ramalho Almeida, o círculo maior seria a ordem pública interna, já o círculo menor, contido no maior, seria o da ordem pública internacional[389].

A ordem jurídica de um Estado é una e indivisível, mas pode ser agredida de duas formas. Quer seja por ato alicerçado no direito interno, quer seja por ato produzido pelo direito internacional. Por isto, Jacob Dolinger, com base em Amilcar de Castro, argumenta: "ordem social ou ordem pública é una e indivisível, mas como pode ser agredida de dois modos, por ataques provenientes de situações diversas, é sempre defendida por dois modos"[390].

A doutrina revela três níveis da ordem pública. Para Jacob Dolinger, no primeiro nível, a ordem pública impede que determinadas regras sejam derrogadas pelas vontades das partes:

> São, dentre outras, as leis de proteção às crianças, aos incapazes, à família, à economia nacional e a outros institutos civis e comerciais, que constituem, de certa forma, a publicização do direito privado". Já o segundo nível de funcionamento "é mais restrito: trata do impedimento à aplicação de leis estrangeiras indicadas pelas regras de conexão do DIP (aplicação direta da lei estrangeira pelo juiz natural)[391].

Por fim, informa: "o terceiro nível da intervenção da ordem pública se situa no reconhecimento de direitos adquiridos no exterior (aplicação indireta da lei estrangeira)"[392].

---

[389] "Tratar-se-ia, essa última, para usar uma expressão da doutrina belga (Romain, 1995, p 26) "do número duro" da ordem pública, só esse interessando aos árbitros internacionais e ao julgador estatal que fosse chamado a se pronunciar, na instância de controle, sobre uma sentença arbitral (nacional ou estrangeira) que resolvesse um litígio internacional". ALMEIDA, Ricardo Ramalho. **Arbitragem comercial internacional e ordem pública**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 25.

[390] E o mestre de Belo Horizonte explica: "Brocher percebeu e não soube articular que a ordem pública pode ser ameaçada por atividade desenvolvida exclusivamente na jurisdição local como também pode ser ameaçada por leis, atos e sentenças provindos de outro país. Sintetiza com a clareza do processualista: a ordem social ou ordem pública é una e indivisível, mas pode ser agredida de dois modos. A terminologia empregada por Brocher deu lugar a supor-se haver duas espécies de ordem pública, quando isto é inconcebível. A diferença se encontra nos meios de defesa da ordem pública, não nesta em si mesma, que não pode deixar de ser uma só, sempre original, ímpar e indivisível". DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. **Direito internacional privado**. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 456.

[391] DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. **Direito internacional privado**. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 455-458.

[392] DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. **Direito internacional privado**. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 455-458.

Ao final, Jacob Dolinger conclui o exame da ordem pública comparando-a a uma válvula de segurança, que serve para manter o equilíbrio da convivência da sociedade. Todavia, o recurso a essa válvula deveria ser utilizado com parcimônia:

> Neste espírito, muitas convenções internacionais, ao inserir a exceção da ordem pública, se referem a ela – como já vimos com relação às convenções da Haia – no sentido de que a aplicação da lei estrangeira seja manifestamente incompatível com a ordem pública do foro[393].

O art. 17 da Lei de Introdução ao Novo Código Civil estipula que as leis, os atos e as sentenças de outro país, como qualquer declaração de vontade, só terão eficácia no Brasil se não ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes. Oscar Tenório, ao comentar o artigo, sublinha que os "três casos exprimem, na realidade, a ordem pública", e destaca: o "problema que os autores exprimem sob o nome de ordem pública é dos mais tormentosos do direito internacional". Sua definição "não tem história, pois é formada pelos tribunais", por isso, não é possível cunhar "uma norma geral e universal neste sentido"[394].

Por outro lado, mesmo não sendo possível elaborar um conceito de ordem pública a ser aplicado homogeneamente em todos os cantões do planeta: "difícil seria o intercâmbio internacional se as leis tivessem apenas caráter territorial e se fossem admitidas apenas as declarações de vontade feitas dentro do âmbito de cada Estado". Como sugestão para resolução do problema, Oscar Tenório sustenta que na

---

[393] "A ordem pública internacional deve ser vista como um anteparo armado pelo Direito Internacional Privado contra suas próprias regras, a fim de evitar que, no desiderato de respeitar e fortalecer a comunidade jurídica entre os Estados, de construir a harmonia jurídica internacional, a fim de garantir a continuidade e fluidez do comércio internacional e a segurança das relações jurídicas internacionais, se criem situações anômalas em que princípios cardinais do direito interno de cada país venham a ser desrespeitados, que normas básicas da moral de um povo sejam profanadas ou que interesses econômicos de um Estado sejam prejudicados. E acima de tudo, paira a ordem pública verdadeiramente internacional, regida pelos interesses universais, que exige coordenação e colaboração entre os Estados para manter o equilíbrio do meio ambiente, da disciplina das atividades internacionais, do controle da criminalidade internacional, dos interesses internacionais em geral e, acima de tudo, da paz entre os povos". DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. **Direito internacional privado**. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 491.

[394] TENORIO, Oscar. **Lei da Introdução ao Código Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, p. 448.

“impossibilidade de ser fixada e definida a ordem pública, há os que pensam ser proveitoso o trabalho de discriminação das normas da ordem pública”[395] [396].

Em 1955, o autor já sublinhava, “infelizmente, uma forte tendência dos tribunais para exagerar a aplicação da ordem pública”. Além disso, ao apontar a *lex fori* como fator determinante para o cumprimento eficaz do laudo arbitral ou da sentença estrangeira, afirmava que a “concretização da ordem pública somente daria resultados dentro de cada país, competindo ao legislador enunciar as leis de ordem pública”[397].

Em seus escritos, Oscar Tenório sustenta, ainda, que a qualificação da ordem pública internacional depender da *lex fori* é petição de princípios. Até porque se “a noção da ordem pública se caracteriza, principalmente, pela exclusão da lei estrangeira, em virtude de desajustar-se às concepções legais territoriais, é evidente que ao juiz do fôro, e só a ele, compete qualificar o conceito em apreço”[398].

A *lex fori* deverá ser, em tese, mais tolerante que a *lex arbitri*, ou seja, a lei do local onde se realizou e correu o processo arbitral. Em regra, o processo arbitral é regido pela lei do local onde se desenvolveu o procedimento[399]. Neste sentido, o art. 9º da Lei de

---

[395] TENORIO, Oscar. **Lei da Introdução ao Código Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, p. 447-449. Para o autor, as regras de ordem pública internacional poderiam ser assim resumidas: “871. – São abundantes as indicações particulares feitas na mesma codificação às leis de ordem pública internacional. São desta categoria as regras que: a) estabelecem os efeitos judiciais do pedido de nulidade do casamento (art. 51); b) dão ao filho o direito a alimentos (art. 59); c) estabelecem o dever de alimentos entre parentes, montante, redução e aumento, e oportunidade em que são devidos e a forma do seu pagamento, assim como as que proíbem renunciar ou ceder esse direito (art. 68); d) determinar a natureza e os limites da faculdade do pai de corrigir e castigar, e o seu recurso às autoridades, assim como as que privam do pátrio poder por incapacidade, ausência ou sentença (art. 72); e) regulam, em matéria de adoção, o direito a alimentos e estabelecem, para a adoção, formas solenes (art. 76); f) obrigam o Ministério Público ou qualquer funcionário local a solicitar a declaração de incapacidade de dementes e surdos mudos e fixam os trâmites dessa declaração (art. 90); g) estabelecem as consequências da interdição (art. 91)”. TENORIO, Oscar. **Lei da Introdução ao Código Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, p. 453.

[396] Humberto Santarosa de Oliveira, em artigo sobre a ação anulatória prevista no artigo 32 da Lei de Arbitragem, aponta algumas normas que comporiam o conteúdo da ordem pública material: “De toda forma, é possível elencar algumas normas que comporiam esse conteúdo da ordem pública material, inclusive em sua dimensão internacional. É o que apresenta Antonio Sampaio Caramelo: diversos autores referem os seguintes princípios como integrando a “ordem pública internacional” dos respectivos Estados, constituindo a sua violação fundamento de anulação de sentenças proferidas em arbitragens (internacionais ou internas) aí sediadas: (a) o princípio *pacta sunt servanda*; (b) o princípio da boa-fé; (c) a proibição do abuso de direito; (d) o princípio da proporcionalidade; (e) a proibição das medidas discriminatórias ou espoliadoras; (f) a proteção dos civilmente incapazes; (g) a proibição das vinculações perpétuas; (h) a proibição de indenizações punitivas em matéria cível; (i) as normas legais destinadas a proteger os contratantes mais fracos”. OLIVEIRA, Humberto Santarosa de. **Temas controvertidos na arbitragem à luz do Código de Processo Civil de 2015**. Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, Leonardo Greco, Humberto Dalla, Humberto Santarosa de Oliveira (org.). Anulação da sentença arbitral nacional por violação da ordem pública. Rio de Janeiro: GZ, 2018, p. 167-186.

[397] TENORIO, Oscar. **Lei da Introdução ao Código Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, p. 448-449.

[398] TENORIO, Oscar. **Lei da Introdução ao Código Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, p. 450.

[399] Neste sentido se manifestou Manoel J. Pereira dos Santos: “a questão que se coloca consiste em saber qual a lei que regula a arbitrabilidade objetiva: a lei aplicável ao litígio ou controvérsia, a lei aplicável à convenção de arbitragem ou a lei aplicável ao local de realização da arbitragem (a *lex arbitri*). A doutrina e a prática da arbitragem

Introdução ao Código Civil estipula que para "qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem"[400].

Nessa linha, o art. 963 do CPC/2015 estipula, como requisito indispensável à homologação da decisão arbitral, "ser eficaz no país em que foi proferida". Ora, se o laudo é eficaz no país de origem, sede da arbitragem, caberá ao Superior Tribunal de Justiça exercer mero juízo de delibação e não adentrar e esmiuçar o mérito da decisão de um outro tribunal competente e com jurisdição. Caberá à parte interessada impugnar o laudo no órgão da justiça estatal competente naquele país[401].

Mauro Bove, ao examinar o processo arbitral na Itália, procura estabelecer uma relação entre o art. V, § 1º, "d", da Convenção de Nova Iorque com o art. 840, § 3º, do Código de Processo Civil italiano:

> L'interessato può impedirei il riconoscimento provando che la costituzione del tribunale arbitrale o la procedura di arbitrato non è stata conforme a quanto convenuto tra le parti o, in mancanza di acordo, non è stata conforme alla legge del Paese in cui l'arbitrato há avulto luogo?[402]

Ricardo de Carvalho Aprigliano sustenta que a tolerância do ordenamento jurídico com uma sentença ou laudo estrangeiro deve ser medida por uma "afronta aos valores

---

internacional são no sentido de que o procedimento arbitral é regido pela lei do local onde se realiza, ou seja, a *lex arbitri*. Como a questão da arbitrabilidade é considerada uma matéria processual e não de direito substantivo (ver Briner, op. cit., pág.66), entende-se que deve ser aplicada a *lex arbitri*. Isto porque a matéria está relacionada com a competência ou jurisdição do juízo arbitral, que por essa razão deve ser decidida logo no início do procedimento pelo próprio tribunal arbitral". SANTOS, Manoel J. Pereira dos. *In*: CASELLA, Paulo Borba. **Arbitragem** – Lei brasileira e praxe internacional. 2. ed. São Paulo: LTr., jan. 1999, p. 396-397.

[400] Ricardo Ramalho de Almeida aponta certo ceticismo com a aplicação do art. 9º da Lei de Introdução ao Código Civil por falta de cultura jurídica dos seus operadores: "Conquanto a autonomia da vontade nos contratos internacionais seja, hoje, universalmente reconhecida e aceita, e até mesmo apontada como "princípio objetivado em todo complexo comportamental do comércio internacional" (Strenger, 1996, p.91), o fato é que, no Brasil, em razão da falta de previsão legal expressa da faculdade de exercício da autonomia da vontade no campo internacional, parte da doutrina manifesta ceticismo em face do texto do art. 9º da vigente Lei de Introdução ao Código Civil". ALMEIDA, Ricardo Ramalho. **Arbitragem comercial internacional e ordem pública**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 20-21.

[401] José Carlos Fernández Rozas e outros destacam que a França [...] frente la "anacionalidad" del arbitraje y la "flotabilidad" del laudo han permitido que se admita la posibilidad de que las partes elijan como foro de anulación los tribulantes de un Estado distinto al de la sede. Como posibilidad alternativa, la eleciión del fuero de la anulación viene e confirmar una tendência clara a la minimización del papel de la sede arbitral, pero em realidade no minimiza la intervención judicial, sino que más bien la diversifica". ROZAS, José Carlos Fernández; LORENZO, Sixto A. Sánchez; STAMPA, Gonzalo. **Principios generales del arbitraje**, CIMA, Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, p. 135. Tradução livre: "[…] diante da "anacionalidade" da arbitragem e da "flutuabilidade" do laudo, permitiram que as partes escolhessem como foro de anulação os tribunais de um Estado distinto ao da sede. Como possibilidade alternativa, a eleição do fórum da anulação confirma uma tendência clara de minimização do papel da sede arbitral, mas, na realidade, não minimiza a intervenção judicial, senão que a diversifica".

[402] BOVE, Mauro. **La giustizia privata**. CEDAM, Wolters Kluwer, 2015, p. 379-380. Tradução livre: "O interessado pode obstar o reconhecimento provando que a constituição do tribunal de arbitragem ou o processo de arbitragem não esteve em conformidade com o acordado entre as partes ou ainda, na falta de acordo, não esteve em conformidade com a lei do país em que ocorreu a arbitragem?"

consagrados e protegidos pela Constituição". O autor faz aderir a sua definição de ordem pública à impossibilidade jurídica do pedido, quando sustenta, como exemplo de violação ao texto expresso da Constituição, as seguintes hipóteses:

> Exemplos clássicos são os de sentença que reconheçam efeitos aos institutos da escravidão, servidão, morte civil, poligamia, leis que permitam discriminação racial, ou ainda, processo sem citação regular, violação ao devido processo legal e falta de motivação da decisão[403].

A ordem pública decorre da aplicação de um direito público, afirma Oscar Tenório. Para ele, tem-se tentado uma noção da ordem pública através da distinção entre o direito público e o direito privado, sob a alegação de que

> as leis de ordem pública levando o timbre do interesse social e preponderando sobre o interesse individual, são leis de direito público. Por isto, torna-se imprescindível que tenhamos um conceito rigoroso e exato do direito público e estabeleçamos dentro dêle o conceito publicístico da ordem pública. A vereda é tortuosa, pois a noção de direito público é das mais intricadas da ciência jurídica moderna[404].

Um ponto importante é o de que a ordem pública, apesar de comportar interesse público que merece maior atenção pelos valores tutelados e protegidos, "não é incompatível com a disponibilidade sobre certos aspectos do direito, nem com a renúncia ou transação". Apesar de discordarmos da utilização da ordem pública como fundamento para não homologar o laudo estrangeiro ou como fundamento de eventual ação anulatória, concordamos com a posição de Ricardo de Carvalho Aprigliano, inclusive quando destaca: "os atos praticados em violação à ordem pública não necessariamente

---

403 APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. **A ordem pública no direito processual civil**. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2010, p. 67.

404 "Tem-se tentado uma noção da ordem pública através da distinção entre o direito público e o direito privado, sob a alegação de que as leis de ordem pública levando o timbre interesse social e preponderando sobre o interesse individual, são leis de direito público. Não há dúvida de que muitas leis de ordem pública se incluíam no ramo do direito público. Como não podemos admitir que a noção do direito público esgote a da ordem pública, torna-se imprescindível que tenhamos um conceito rigoroso e exato do direito público e estabeleçamos dentro dele o conceito publicístico da ordem pública. A vereda é tortuosa, pois a noção de direito público é das mais intrincadas da ciência jurídica moderna". TENORIO, Oscar. **Lei da Introdução ao Código Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, p. 451.

importarão em nulidade absoluta, pois muitas vezes esta solução, de cominar de nulidade tais atos, não chegar a solucionar adequadamente o problema"[405].

Outro aspecto destacado pelo autor é o alargamento do campo de atuação da ordem pública de direito material:

> A partir da evolução do direito contratual, e da incorporação ao ordenamento jurídico de novos institutos, vem perdendo espaço o princípio da autonomia da vontade. O autor, citando Nelson Nery, aponta o dirigismo contratual como um contrafluxo do "excesso de liberalismo, manifestado pela preeminência do dogma da vontade sobre tudo[406]".

Por fim, sustenta que as bases contratuais foram bastante alteradas não com a entrada em vigor do Código Civil, mas com o Código de Defesa do Consumidor:

> [...] que relativizou o princípio da intangibilidade do conteúdo do contrato e passou a enfatizar o princípio da conservação. Instituiu a boa-fé como princípio informador das relações de consumo, impôs ao fornecedor o dever de cumprir sua promessa e ofertas e estabeleceu a execução específica da oferta como regra. Com isso, transformou a regra geral até então prevalente, de resolução do contrato e sua conversão em perdas e danos, em medida excepcional, a critério do consumidor[407].

Ricardo Ramalho Almeida, ao verificar a interseção entre a ordem pública e o direito privado, constata:

> a ordem pública tem função dogmática justamente como contraponto à autonomia da vontade, para refreá-la e discipliná-la, moldando-a aos interesses mais amplos da sociedade. [Assim, o autor sublinha a] crise do contrato, que se pretende contemporaneamente solucionada pela emergência dos novos princípios do direito contratual: a boa-fé objetiva, a função social do contrato e o equilíbrio (justiça) contratual[408].

O dirigismo contratual tem grande importância na manutenção do equilíbrio da maioria das relações contratuais. Em uma sociedade pautada pelo consumo de massa

---

405 APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. **A ordem pública no direito processual civil**. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2010, p. 24.
406 APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. **A ordem pública no direito processual civil**. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2010, p. 32-33.
407 APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. **A ordem pública no direito processual civil**. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2010, p. 32-33.
408 ALMEIDA, Ricardo Ramalho. **Arbitragem comercial internacional e ordem pública**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 243.

como o Brasil, as regras do Código de Defesa do Consumidor são empregadas usualmente, e o contrato ordinário é o contrato de consumo. O dirigismo contratual, portanto, merece nossas estrondosas palmas quando utilizado para proteger os consumidores nas suas múltiplas relações cotidianas.

O problema emerge quando, em nome da ordem pública, o sucumbente no processo arbitral começa a sustentar o direito a um novo julgamento, com a aplicação de regras então supostamente cogentes.

Ricardo Ramalho de Almeida explica:

> Há que se considerar, ademais, a advertência de importantes autores de que o fundamento da arbitragem comercial internacional é a autonomia da vontade, não havendo motivo válido para, na ausência de clara violação a algum princípio inegociável ou a exigências básicas de justiça (Gaillard, 2004, p. 215), desconsiderar-se a escolha, da lei aplicável feita pelas partes (Lew; Mistelis; Kroll, 2003, p. 221, Fouchard; Gaillard; Goldman, 1999, p. 855 e 858), devendo tal circunstância ser levada em conta no momento do controle da sentença arbitral pelo juiz estatal[409].

Conforme examinaremos em capítulo próprio, o dirigismo contratual, por exemplo, permitiu que o Superior Tribunal de Justiça ingressasse na equação econômico-financeira de um contrato e, aplicando o ordenamento jurídico nacional, extirpasse rubrica contida no valor indenizatório a título de correção monetária ao examinar pedido de homologação de sentença estrangeira. Possivelmente, transformando e premiando o vencido em vencedor.

Para Ricardo Ramalho Almeida, a ordem pública com reflexos no direito material privado gera as regras de ordem pública de coordenação, já que:

> O princípio da supremacia do interesse público interfere nas relações privadas e na vida civil, umas vezes para restringi-las, outras para dirigi-las (dirigismo contratual), outras ainda para proteger a parte hipossuficiente (ordem pública de proteção)[410].

---

[409] ALMEIDA, Ricardo Ramalho. **Arbitragem comercial internacional e ordem pública**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 243.

[410] "Seja como for, por meio de expressas previsões legais cogentes ou valendo-se de uma vigilância difusa que o prudente arbítrio do julgador deve concretizar, o princípio da supremacia do interesse público interfere nas relações privadas e na vida civil, umas vezes para restringi-las (ordem pública de coordenação), outras para dirigi-las (dirigismo contratual, ordem pública de direção), outras ainda para proteger a parte hipossuficiente (ordem pública de proteção), mas sempre buscando conformar as manifestações da autonomia privada e da liberdade contratual às exigências do ordenamento jurídico que sejam consideradas inderrogáveis". ALMEIDA, Ricardo Ramalho. **Arbitragem comercial internacional e ordem pública**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 37-38.

Exemplo de emprego da ordem pública com esse viés encontra-se no precedente da ministra Nancy Andrighi no Recurso Especial n. 1.389.763, em que o Superior Tribunal de Justiça não esperou o término de determinado processo, com a prolação da sentença arbitral, e, precocemente, alicerçada no Código de Defesa do Consumidor, diante de uma cláusula compromissória contida em contrato de adesão, preferiu extinguir o procedimento, deixando de observar sua jurisprudência, que só permitia a abertura da via judicial após a sentença ter sido proferida no procedimento arbitral.

Indiferente à melhor oportunidade de o tribunal estatal interferir na justiça privada, não seria mais produtivo esperar que o próprio tribunal arbitral pudesse rever sua decisão até o fim do procedimento? Conforme já discutimos, questiona-se: seria mesmo necessário viajar à ordem pública, como assim o faz praticamente toda a doutrina, se faltasse pressuposto de existência para o regular desenvolvimento do processo, já que a competência do tribunal arbitral não havia sido aberta porque o compromisso arbitral estava alicerçado em cláusula nula, imposta por uma das partes? Qual o motivo do uso da expressão 'ordem pública' se a teoria geral do processo, à luz da relação processual e de seus pressupostos, tem a solução para a ilegalidade?[411]

A expressão ordem pública, além de encontrar-se disposta na Lei de Introdução ao Código Civil, em seu art. 17, aparece em outras três passagens do Código e, segundo Ricardo Ramalho Almeida, sem qualquer aplicação direta à arbitragem:

> No parágrafo único do artigo 606, suprime de quem prestar serviço proibido por "lei de ordem pública" a pretensão à remuneração; no artigo 1.125, faculta ao Poder Executivo cassar a autorização de sociedade, que dela dependa, quando esta infringir "disposição de ordem pública"[412].

Por fim, o autor aponta que o parágrafo único do art. 2.035 estipula que "nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os

---

[411] "O Código de Defesa do Consumidor, ao reconhecer a fragilidade do consumidor perante o fornecedor, fragilidade baseada normalmente na diferença do poderio econômico, e que visa, em seus artigos, proteger as relações de consumo como um todo, minorando as desigualdades entre contratantes, assegurando direitos e deveres para ambos, bem como garantindo o seu exercício pelo acesso ao Poder Judiciário, afasta a possibilidade de existência da cláusula compromissória nos contratos de adesão por confronto direto aos princípios do referido Código, e, por derradeiro, como consequência, à ordem pública". CASELLA, Paulo Borba. **Arbitragem** – lei brasileira e praxe internacional. 2. ed. São Paulo: LTr.,1997, p. 447.

[412] ALMEIDA, Ricardo Ramalho. **Arbitragem comercial internacional e ordem pública**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 32.

estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos”[413].

O art. 963, VI, do CPC/2015 aponta como requisito indispensável à homologação da decisão “não conter manifesta ofensa à ordem pública”. Já o art. 39 da Lei de Arbitragem determina o indeferimento do pedido de homologação do laudo estrangeiro se “a decisão ofende a ordem pública nacional”[414].

A ordem pública que guarda um liame com a arbitragem, como meio de resolução de conflito, não é a ordem pública material. A ordem pública que interfere diretamente nos processos arbitrais é a chamada ordem pública processual. Até porque, conforme explica Ricardo Ramalho de Almeida, uma vez observadas as regras para o exercício regular do direito de ação e o disposto no art. 21, § 2º, da Lei de Arbitragem, o legislador brasileiro:

> [...] adotou expressamente a autonomia da vontade em seu mais alto grau, permitindo, como já disse, não só a escolha pelas partes de determinado ordenamento jurídico nacional para a regência da substância do litígio, como também a opção pela equidade, pelos usos e costumes, pelas regras internacionais do comércio ou pelos princípios gerais de direito – ou ainda, diga-se de passagem, por qualquer possível combinação criativa[415].

Para Leonardo Greco, a ordem pública processual abarcaria os poderes de decisão, de coerção e de documentação e, como auxiliares aos dois primeiros, os poderes de conciliação e de impulso oficial. Também as regras de suspeição e de impedimento que garantem a independência e a imparcialidade do julgador, além da competência originária e recursal que também deverão ser observadas. As regras que autorizam “o juiz a coibir o processo simulado ou fraudulento, os atos atentatórios à dignidade da justiça ou que munem o juiz de poderes de tornar efetivo o cumprimento de suas decisões ou de impor sanções pelo seu descumprimento”. E conclui:

---

413 ALMEIDA, Ricardo Ramalho. **Arbitragem comercial internacional e ordem pública**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 32.

414 Marcela Melo Perez lembra que Carmen Tiburcio e Luís Roberto Barroso defendem que o pedido de homologação de sentença estrangeira comportaria o exame do direito material: “O inciso VI do art. 963 dispõe que a decisão estrangeira não poderá conter ofensa à ordem pública, conceito esse que compreenderia os princípios fundamentais, jurídicos, sociais, econômicos e morais do foro no qual a decisão será executada, envolvendo questões tanto de direito material quanto de direito processual”. BARROSO, Luís Roberto; TIBURCIO, Carmen. **Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 495-1.396.

415 ALMEIDA, Ricardo Ramalho. **Arbitragem comercial internacional e ordem pública**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 21-22.

> Também são alheias à disposição pelas partes as regras que asseguram a eficácia de garantias fundamentais do processo indisponíveis pelas partes, como as que asseguram a publicidade das decisões judiciais, a fundamentação das decisões, a duração do processo, a concorrência das condições da ação, a racionalização e o regular funcionamento da administração da justiça em igualdade de condições em relação a todas as causas e a todos os interessados, o direito de postular e se defender, a que eu tenho denominado, não por simpatia, mas pela falta de outro nome melhor, de ordem pública processual[416].

Importante observar que tudo aquilo que Leonardo Greco chama, "não por simpatia, mas pela falta de outro nome melhor" por ordem pública se aplica ao processo arbitral, quer seja porque o processo comporta e abriga uma relação jurídica processual pública, aplicando-se ao jogo as regras da teoria geral do processo, quer seja por expressa determinação do art. 21, § 2º, que não deixa de comportar e abraçar em suas linhas a ordem pública processual[417].

Neste sentido, no julgamento da sentença estrangeira n. 4.213, o ministro João Otávio Noronha sublinhou:

---

[416] "Ordem pública processual. Entendo como poderes do juiz as "prerrogativas inerentes ao exercício de uma vontade em nome do Estado, a que devem se sujeitar todos os cidadãos". Seguindo doutrina tradicionalmente difundida entre nós, tenho apontado como inerentes à função jurisdicional do Estado os poderes de decisão, de coerção e de documentação e, como auxiliares dos dois primeiros, os poderes de conciliação e de impulso processual, como as decisões judiciais, os atos de movimentação, os atos de coação, os atos instrutórios, a imposição de sanções e a atividade cautelar. As regras que diretamente asseguram a independência e a imparcialidade dos juízes, como as que disciplinam a arguição de impedimentos ou motivos de suspeição, são predominantemente inderrogáveis pela vontade das partes. Também são inderrogáveis e insuscetíveis de convencionalidade as regras de competência absoluta originária ou recursal, as que autorizam o juiz a coibir o processo simulado ou fraudulento, os atos atentatórios à dignidade de justiça ou que munem o juiz de poderes de tornar efetivo o cumprimento de suas decisões ou de impor sanções pelo seu descumprimento. Também são alheias à disposição pelas partes as regras que asseguram a eficácia de garantias fundamentais do processo indisponíveis pelas partes, como as que asseguram a publicidade das decisões judiciais, a fundamentação das decisões, a duração razoável do processo, a concorrência das condições da ação, a racionalização e o regular funcionamento da administração da justiça, igualdade de condições em relação a todas as causas e a todos os interessados, o direito de postular e se defender, a que eu tenho denominado não por simpatia, mas pela falta de outro nome melhor, de ordem pública processual". GRECO, Leonardo. A contratualização do processo e os chamados negócios jurídicos processuais. Apresentação sobre "Acordo das partes sobre matéria processual". **XI Jornada do Instituto Brasileiro de Direito Processual** – 15 set., Porto de Galinhas, Pernambuco, Brasil, 2015.

[417] Ricardo de Carvalho Aprigliano sustenta que a ordem pública também estaria contida nas hipóteses enumeradas no artigo 32 da Lei de Arbitragem: "E isto se dá, em grande medida, porque, em maior ou menor grau, todas as hipóteses do artigo 32 têm relação com a ordem pública, ou seja, em todas as hipóteses que autorizam a anulação da sentença arbitral pode-se identificar o elemento comum da proteção à violação da ordem pública. Mesmo nas situações em que nenhum vício de ordem formal ocorreu, e que o objetivo não declarado é a mera revisão da decisão em seu conteúdo, as alegações das partes quase sempre se vinculam à suposta violação dos princípios processuais, ou inexistência de compromisso arbitral capaz de subtrair o exame daquela questão ao Poder Judiciário". APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. **A ordem pública no direito processual civil**. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2010, p. 59-60.

> Embora não seja permitido analisar a substância das alegações, deve-se atentar para eventual ofensa à ordem pública, aos bons costumes e à soberania nacional. Neste estreito limite, conclui-se que a sentença, tal como proferida, não compromete o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal[418].

Do voto extraímos que a ordem pública, por comportar os bons costumes e a soberania nacional, é a soma do contraditório da ampla defesa e do devido processo legal. [419].

Leonardo Greco argumenta que a ordem pública é uma ferramenta a ser utilizada em "casos excepcionais não cobertos pelo art. 32, que devem facultar a sobrevivência da via anulatória ou reconstitutiva, com o de inarbitrabilidade do litígio".

A inarbitrabilidade do litígio, por sua vez, leva à falta de pressuposto de existência do próprio tribunal arbitral. O tribunal não tinha jurisdição para examinar aquela matéria, ou seja, não era necessário, novamente, recorrer à ordem pública para buscar consequências já previstas pelo legislador[420] [421].

Humberto Santarosa de Oliveira também defende que a ordem pública é utilizada como um coringa, abarcando hipóteses que não estariam abrangidas pelo art. 32 da Lei de Arbitragem. O autor sustenta o alargamento do rol taxativo do artigo, "seja por ser fator de afirmação do sistema legal dos próprios Estados Soberanos, seja por ser um

---

[418] BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Sentença Estrangeira Contestada n. 4213 – EX (2009/0107931-0), Relator: Ministro João Otávio de Noronha, Requerente: Weil Brothers Cotton Inc. Julgamento: 19/06/2013, DJe: 26/06/2013, fl. 5.

[419] BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Sentença Estrangeira Contestada n. 4213 – EX (2009/0107931-0), Relator: Ministro João Otávio de Noronha, Requerente: Weil Brothers Cotton Inc. Julgamento: 19/06/2013, DJe: 26/06/2013, p. 1.

[420] "Recorrendo à jurisprudência italiana da época, que segundo Carlos Alberto Carmona poderia ser seguida no Brasil, considerou-os casos de inexistência, mas não para permitir uma perpétua e oficiosa perquirição pelo uiz acerca da nulidade da sentença arbitral, o que, confesso, tenho dificuldade de entender. Seria uma prescrição, decadência, *suppresio* ou *surrectio* da inexistência. Não gosto desse recurso à inexistência para tentar resolver o que o ordenamento jurídico não resolve. Já tratei disso em outras ocasiões, seguindo a lição, a meu ver, insuperável de Francesco Carnelutti. Inexistente é o não ato, que não pode ser anulado porque não existe, nem pode ser convalidado, porque não existe. Deve ser simplesmente ignorado. Acho que, tal como a sentença judicial somente se pode falar em sentença inexistente, nos casos de absoluta falta de impulso volitivo dos árbitros ou de não entrega da decisão aos seus destinatários". GRECO, Leonardo. Controle jurisdicional da arbitragem. **Revista Brasileira de Arbitragem**. v. 15, 2018.

[421] Apesar de Leonardo Greco utilizar o conceito de ordem pública com fundamento na ação anulatória, aponta que as questões de mérito não cabem ser patrocinadas pela então proclamada ordem pública processual: "Quanto às questões de mérito, o limite há de ser a ordem pública, infelizmente não explicitada como deveria na lei brasileira, a não ser muito tangencialmente no artigo 2º, § 1º, mas à qual se rendem sob diversas denominações muitos sistemas modernos, como o italiano (CPC, art. 829-2) e o espanhol (art. 41 da Lei de Arbitragem de 2003) e o francês (CPC, art. 1.488)". GRECO, Leonardo. Controle jurisdicional da arbitragem. **Revista Brasileira de Arbitragem**. v. 15, 2018.

pressuposto de constituição da arbitragem (nos termos do art. 2º, § 1º, da Lei n. 9.307/1996)"[422] [423].

Qualquer pressuposto de constituição da arbitragem enquadra-se como pressuposto processual, e, para isso, não é necessário buscar justificativa na ordem pública, como faz Humberto Santarosa de Oliveira.

Leonardo Greco informa que no sistema do *common law*, a interferência da justiça estatal na justiça privada a título de ordem pública a permitir o reexame do caso então julgado, ou seja, o mérito da controvérsia de interesses, não ocorre desde o julgamento de *Hall Street Associates* v. *Mattel Inc.*, em 2008[424].

As fissuras entre a justiça privada e a justiça estatal no sistema do *common law* praticamente não ocorrem, conforme demonstramos. Na avaliação de Ricardo Ramalho de Almeida,

> pelo menos desde 1938, não teria ocorrido caso em que a Suprema Corte recorresse ao conceito de *public policy* para decretar a nulidade de um contrato na ausência de uma efetiva violação do direito positivo, ou ao menos de uma permissão contratual para tal violação[425].

Ricardo de Carvalho Aprigliano informa que o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento da sentença estrangeira contestada n. 802, elencou o rol de matérias que

---

[422] "Por tudo o que se expôs, e retomando sempre a noção de que a ordem pública interna é a "cláusula de salvaguarda do conjunto de princípios básicos de justiça material e processual arrogados como fundamentais [...], não é cabível refutar a sua utilização como motivo de impugnação da sentença arbitral nacional, ainda mais no atual cenário que praticamente universalizou o entendimento de que a arbitragem tem caráter jurisdicional, a revelar sua obrigação de dar concretude aos valores, normas e princípios mais basilares do Ordenamento Jurídico brasileiro". OLIVEIRA, Humberto Santarosa de. Anulação da sentença arbitral nacional por violação da ordem pública. *In*: CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro; GRECO, Leonardo; DALLA, Humberto; OLIVEIRA, Humberto Santarosa de (org.). **Temas controvertidos na arbitragem à luz do Código de Processo Civil de 2015**. Rio de Janeiro: GZ, 2018. p. 14; 19-20.

[423] Para Ricardo de Carvalho Aprigliano: "A maior parte da doutrina considera que o rol do artigo 32 é taxativo, não pode ser ampliado pelas partes. É de Ricardo Ramalho Almeida a ponderação de que "notadamente, inexiste qualquer dispositivo, específico ou geral, que diga respeito à ordem pública material, isto é, a questões relacionadas ao mérito da causa". Não obstante, mesmo que se considere que ampliar as hipóteses violaria a lei de arbitragem, o autor sustenta que em casos excepcionalíssimos deve-se admitir tal extensão, em vista dos princípios de acesso à justiça e de ampla defesa, entre outras garantias constitucionais relacionadas ao processo. Tal interpretação, "embora *contra legem*, é mais conforme a Constituição", e em qualquer caso, o controle jurisdicional deve ser sempre muito excepcional e rarefeito". APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. **A ordem pública no direito processual civil**. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2010, p. 59.

[424] "A Lei de Arbitragem não abre espaço para outros meios de revisão judicial, porque ela traduz uma política nacional que favorece a arbitragem com limitadas possibilidades de revisão judicial necessárias para manter a virtude essencial da arbitragem de solução imediata das controvérsias. De outro modo, a arbitragem ficaria reduzida a um mero prelúdio para um mais incômodo e demorado processo de revisão judicial". GRECO, Leonardo. Controle jurisdicional da arbitragem. **Revista Brasileira de Arbitragem**. v. 15, 2018.

[425] ALMEIDA, Ricardo Ramalho. **Arbitragem comercial internacional e ordem pública**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 35.

estariam comportadas pela ordem pública material[426]. Segundo o autor, os capítulos da sua rica tese sobre o tema não têm a pretensão de identificar precisamente as leis de ordem pública de direito material, o que de fato é um desafio à argúcia dos juristas, mas apenas demonstrar que as questões de ordem pública de direito processual diferem da ordem pública nos demais ramos do direito. Cada uma das questões de ordem pública receberia um tratamento específico,

> [...] não sendo razoável que todo o extenso rol de ordem pública que pode ser verificado no âmbito geral do ordenamento jurídico brasileiro receba tratamento processual igual ao das questões de ordem pública tipicamente processuais, como as condições da ação e os pressupostos processuais[427].

Apesar de a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e dos nossos tribunais não permitirem, em tese, o reexame do mérito da decisão do tribunal privado a título de ordem pública, o mérito seria então incindível. Não há posição unânime na doutrina sobre o tema.

Elena Marinucci sustenta, como fundamento suficiente e apto a atacar e desconstituir o laudo arbitral, a aplicação da ordem pública até mesmo como fundamento a sustentar a inexistência da decisão[428].

---

426 "Em julgamento que tinha como objeto a homologação de uma sentença arbitral estrangeira, contestada pelo requerido sob a alegação de violação à ordem pública brasileira, o Superior Tribunal de Justiça elencou o rol de matérias que consistiriam nas "leis de ordem pública", a saber (i) as constitucionais; (ii) as administrativas; (iii) as processuais; (iv) as penais; (v) as de organização judiciária; (vi) as fiscais; (vii) as de polícia; (viii) as que protegem os incapazes; (ix) as que tratam da organização de família; (x) as que estabelecem condições e formalidades para certos atos; (xi) as de organização econômica (atinentes aos salários; à moeda; ao regime de bem); e (xii) a fraude à lei". APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. **A ordem pública no direito processual civil**. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2010, p. 36-37.

427 APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. **A ordem pública no direito processual civil**. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2010, p. 39.

428 "Nel caso dell' impugnazione del lodo arbitrale (analogamente a quanto accade per il riconoscimento dele sentenze straniere), invece, le cose stanno diversamente, perché l'ordine pubblico costituisce l'único possibile ostacolo ala validità del lodo, dal punto di vista del suo contenuto e dei suoi effetti, nel caso in cui le partiabbiano optato (com il silênzio sul punto) per l'incensurablilità dello stesso per violazione delle regole di diritto relative al mérito della controvérsia. L'ordine pubblico, in questo caso, non puó pertanto essere descrito come uma nozione che completa le previsioni dele norme imperative, assicurando il rispetto di principi che, per varieragioni (spesso di ordine temporale), non sono cristallizzati all'interno di uma norma (102). Esso non serve a colmar ele lacune dele norme imperative, quanto a compensare l'impossibilità di invocarne il disposto e, dunque, non può esaurirsi all'interno di un ordenamento in um dato período storico (103)". MARINUCCI, Elena. **L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la reforma** – motivi ed esito. Università degli studi di Milano: Bicocca, 2009, p. 280. Tradução livre: "Porém, no caso do recurso do laudo arbitral (à semelhança do que ocorre para o reconhecimento de sentenças estrangeiras), o mesmo não acontece, pois a ordem pública é o único obstáculo possível à validade do laudo, do ponto de vista de seu conteúdo e de seus efeitos, no caso das partes terem optado (incluindo o silêncio sobre o ponto) pela sua incensurabilidade devido à violação das normas jurídicas relativas ao mérito da controvérsia. Sendo assim, nesse caso, a ordem pública não pode ser caracterizada como uma noção que completa as disposições das regras obrigatórias, garantindo o respeito aos princípios que, por razões diversas (frequentemente de ordem temporal), não

Na Espanha, Ana Fernández Péres defende a aplicação da ordem pública processual com fundamentos aptos a desconstituir o laudo arbitral, como: “La observancia de unos trámites y, en todo caso, el respeto a los principios de audiencia, contradicción e igualdad entre las partes, que conforman el contenido del orden público procesal”[429].

Por fim, ao criticar a possibilidade de a ordem pública patrocinar o reexame de cláusulas contratuais, informa que no Tribunal Superior de Justiça existe uma corrente em defesa da aplicação da ordem pública a “proceder entranã una concepción de la anulación del laudo arbitral como una amplia y plena segunda instancia”[430] [431].

Mauro Bove sustenta e defende, referindo-se ao laudo estrangeiro, a impossibilidade de o juiz estatal fazer uma sindicância do mérito da decisão da justiça privada em nome da ordem pública. A única porta aberta ocorre quando a decisão a ser executada se apresentar contrária às normas do ordenamento jurídico, configurando-se

se cristalizam no interior de uma norma (102). A eficácia da manobra não preenche lacunas nas regras obrigatórias, mas sim para compensar a impossibilidade de invocar o disposto e, portanto, não pode exaurir-se no interior de um ordenamento em determinado período histórico”.

[429] PÉREZ, Ana Fernández. **El arbitraje entre la autonomía de la voluntad de las partes y el control judicial**. Barcelona: Bosch, 2017, p. 114-115. Tradução livre: “A observação de alguns trâmites e, em qualquer caso, o respeito aos princípios de audiência, contradição e igualdade entre as partes, que constituem o conteúdo da ordem pública processual”.

[430] PÉREZ, Ana Fernández. **El arbitraje entre la autonomía de la voluntad de las partes y el control judicial**. Barcelona: Bosch, 2017, p. 54-56. Tradução livre: “proceder entra numa concepção da anulação do laudo arbitral como uma ampla e plena segunda instância”.

[431] PÉREZ, Ana Fernández. **El arbitraje entre la autonomía de la voluntad de las partes y el control judicial**. Barcelona: Bosch, 2017, p. 54-56. A autora sustenta que a falta de fundamentação de uma decisão, somada a erro na interpretação do contrato poderia abrir a porta para a ação anulatória: “Prohíbe uma revisión sobre el fondo de la controvérsia debido a que la mima del arbitraje, de aqui que existia una prohibiciòn explicita a que tal pronunciamento se realice. Em efecto, com respaldo em el reconocimiento de la libertad y autonomia de la voluntad de las partes y em un afán de garantizar el equilíbrio entre la justicia privada y la pública, se han ido abriendo passo ya assentando em la prática arbitral este postulado de base, que refuerza ya garantiza el efecto de cosa juzgada del laudo respeitando lo acordado por los árbitros en el prodedimiento arbitral. Descartando “como regla general” el examen de la motivación por el juez y teniendo presente que una motivación “manifiestamente errónea” o basada “una referencia en bloque y equivocada a las normas de interpretación de los contratos” no puede insertarse, em ámbito específico de la acción de anulación”. PÉREZ, Ana Fernández. **El arbitraje entre la autonomía de la voluntad de las partes y el control judicial**. Barcelona: Bosch, 2017, p. 114-115. Tradução livre: “Proíbe uma revisão do mérito da controvérsia porque é a mesma da arbitragem, por isto, houve uma proibição explícita de tal pronunciamento. De fato, com respaldo no reconhecimento da liberdade e autonomia da vontade das partes e no desejo de garantir o equilíbrio entre a justiça privada e a pública, este postulado básico já vem fazendo seu caminho na prática arbitral, o que reforça e já garante o efeito da coisa julgada do laudo, respeitando o que é acordado pelos árbitros no processo arbitral. Descartando “como regra geral” o exame da motivação pelo juiz e tendo presente que uma motivação “manifestamente errônea” ou baseada em “uma referência em bloco e equivocada, segundo as normas de interpretação dos contratos”, não pode inserir-se em âmbito específico da ação de anulação”.

a impossibilidade do pedido no caso concreto, como “uma sentenza di condanna che, se portata ad esecuzione, inciderebbe sul corpo della persona física”[432] [433].

Peter Rutledge explica que desde a entrada em vigor do *Federal Arbitration Act*, em 1925, nos Estados Unidos, os operadores do direito conseguiram “minimize the tension between arbitration and the Constitution”[434]. Significa que a ordem pública não pode ser ofendida pela relação contratual disponível envolvendo as partes[435].

Se as questões de ordem pública sob o prisma material não podem levar ao reexame do mérito do laudo arbitral, até porque não seria cabível um novo julgamento da causa, agora, com a aplicação de um novo direito, sobra e sobrevive a ordem pública processual para cumprir a missão[436].

---

[432] Tradução livre: “uma sentença de condenação que, se executada, afetaria o corpo da pessoa física”.

[433] O autor prossegue seu raciocínio: “Dal primo punto di visa si trata di valutare la compatibilità com l’ ordine pubblico della decisione assunta dall’arbitro in riferimento al rapporto sostanziale controverso. Si trata, in buona sostanza, di valutare, ovviamente “dall’esterno”, ossia senza che com ciò sai surrettiziamente ammissibile um sindacato nel mérito, la tenuta della norma concreta con i nostri valori giuridici fondamentali. Peraltro, a questo proposito, resa dubbio se la contrarietà all’ordine pubblico si possa affermare solo quardando ad um’eventuale esecuzione della sentenza (si pensi, ad es., uma sentenza di condanna che, se portata ad esecuzione, inciderebbe sul corpo della persona física) ovvero essa sussista anche quando la sentenza, il cui contenuto sai in sé neutro (perchèad es. si trata di una condanna a pagare una somma di denaro) siastata, però, pronunciatà in base ad un critério di valutazione contrario a principi enderogabilmente affermati nel nostro sistema (si pensi alle sentenze nordamericamente suic.d. danni punitivi). Si segnala solo como l’ opinione più difusa in sede di riconoscimento dele sentenze straniere abbracci anche quest’ ultima ipotesi”. BOVE, Mauro. **La giustizia privata**. CEDAM, Wolters Kluwer, 2015, p. 365. Tradução livre: “Por um prisma, trata-se de avaliar a compatibilidade com a ordem pública da decisão do árbitro sobre a relação material controversa. Trata-se, sim, de avaliar, obviamente “de fora”, isto é, sem dissimuladamente admitir uma sindicância do mérito, a manutenção da norma concreta com os nossos valores jurídicos fundamentais. Além disso, ainda concernente a tal fato, questiona-se se a contrariedade à ordem pública pode ser afirmada apenas pelo prisma de uma possível execução da sentença (por exemplo, no caso de uma sentença de condenação, se executada, afetar o corpo da pessoa física), especificamente, a possibilidade de sua existência também quando a sentença, cujo conteúdo em si mesmo é neutro (porque, por exemplo, é uma condenação ao pagamento de uma quantia em dinheiro) tenha sido, porém, proferida com base em um critério de avaliação contrário aos princípios inquestionavelmente estipulados no nosso sistema (p.ex., as sentenças norte-americanas sobre os chamados danos punitivos). Nota-se que a opinião mais difundida no âmbito da aceitação de sentenças estrangeiras também abraça essa última hipótese”.

[434] Tradução livre: “minimizar a tensão entre a arbitragem e a Constituição”.

[435] “From the early decades of the twenueth century (with the enactment of the Federal Arbitration Act (FAA) in 1925) through the 1960s, the non-arbitrability doctrine law. Notably, although both of these doctrines minimized the tension between arbitration and the Constitution, neither was anchored in Article III. Instead, the “jurisdictional ouster” argument found its roots contract law – essentially treating the arbitration agreement as a void contract that offended public policy. And the non-arbitrability doctrine operated as a statutory interpretation tool that refused to interpret the FAA to deprive a plaintiff of a federal fórum on a statutory claim”. RUTLEDGE, Peter B. **Arbitration and the Constitution**. Cambridge University Press, 2014, p. 16. Tradução livre: “A partir das primeiras décadas do século XX (com a promulgação da Lei de Arbitragem Federal, FAA, em 1925), até a década de 1960, o princípio jurídico da não arbitrabilidade. Notavelmente, embora ambas doutrinas minimizassem a tensão entre a arbitragem e a Constituição, nenhuma estava ancorada no Artigo III. Em vez disso, o argumento da “exclusão jurisdicional” teve sua base no direito contratual – tratando, essencialmente, o acordo de arbitragem como um contrato nulo que ofendia a ordem pública. E a doutrina da não arbitrabilidade funcionava como um instrumento de interpretação legal que se negava a interpretar a FAA de modo a privar um reclamante de um fórum federal em uma reivindicação legal”.

[436] No direito nacional, a possibilidade de a utilização da ordem pública processual como fundamento para ação anulatória gera debate na doutrina. Leonardo Greco, que advoga a utilização da “válvula de escape”, com suas palavras, lembra que Carlos Alberto Carmona modificou sua posição sobre o tema: “Para minha surpresa, no debate

Por outro lado, questiona-se: Para que recorrer à ordem pública para sustentar, por exemplo, a violação de pressupostos processuais e condições da ação que já estão protegidos e tutelados por normas próprias?

Ricardo de Carvalho Aprigliano observa que a ordem pública processual seria composta pelas condições da ação, pelos pressupostos processuais e pelas nulidades processuais, com a intervenção obrigatória do Ministério Público, pela formação do litisconsórcio necessário e pelo caso do julgamento *ultra*, *citra* ou *extra petita*[437].

Ora, se aplicarmos a teoria geral do processo ao procedimento arbitral[438], a convenção processual não funcionaria como pressuposto processual? Se aplicarmos a teoria geral do processo, o princípio da inércia da jurisdição não vedaria o julgamento *extra*, *ultra* ou *citra petita*? A formação do litisconsórcio necessário, até mesmo porque decorre da possibilidade prática, não seria observado na jurisdição arbitral, impossibilitando o julgamento de processos em que não haja a intervenção de todos os titulares do direito material na convenção ou no compromisso arbitral? Em suma, o conceito de ordem pública, frente à sua inutilidade para a arbitragem, embora não ajude, pode atrapalhar, especialmente ao patrocinar o reexame pela justiça estatal do processo julgado pela justiça privada, estabelecendo, assim, a fissura, o aleijão no corpo jurídico.

A fim de demonstrar que a ordem pública não tem qualquer utilidade prática, cabe examinar dois casos emblemáticos de ação anulatória de laudo arbitral, pelo prisma de pareceres elaborados para julgá-los.

Nelson Nery Junior apresentou parecer para a empresa G.A.P.S.A. em ação anulatória promovida contra C.A.P, em que foi a requerente da instituição da arbitragem. A autora da ação anulatória foi obrigada a pagar, na arbitragem, parte do preço do negócio jurídico sem o direito de retenção por força de passivo descoberto conforme cláusula expressa do contrato. O tribunal arbitral não só negou o direito à prova pericial, que comprovaria a existência de valor descoberto e assim, passaria a incidir a cláusula

---

na OAB/RJ, o Prof. Carmona proclamou ter abandonado a opinião manifestada no seu livro sobre a possibilidade de inovação da ordem pública como fundamento da nulidade da sentença arbitral". GRECO, Leonardo. Controle jurisdicional da arbitragem. **Revista Brasileira de Arbitragem** v. 15, 2018, p. 2018.

[437] APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. **A ordem pública no direito processual civil**. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2010, p. 92-113.

[438] DINAMARCO, Cândido Rangel. **A arbitragem na teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 23.

contratual que estabelecia o direito do abatimento do preço, como deixou de aplicar a cláusula expressa em nome da boa-fé.

O professor da PUC-SP aponta a violação da prova e do contraditório com o epíteto de ordem pública e sustenta que a ordem pública poderia, agora, socorrer seu constituinte, já que caberia à justiça estatal corrigir o laudo arbitral, retificando-o com uma nova interpretação do contrato e de suas cláusulas em um novo julgamento do mérito da pretensão resistida de interesses[439].

Ora, a violação do contraditório com a violação ao direito à prova, obrigatoriamente, leva ao cabimento da ação anulatória[440]. Diante disso, perguntamos: Para que, então, sustentar a violação da ordem pública, não como direito à prova, mas como o direito à interpretação do mérito, do contrato e de suas cláusulas, se o art. 21, § 2º, abraça a hipótese do cabimento da ação sem as pompas da ordem pública? Era necessário, uma vez que no âmago da controvérsia, estava a prova do passivo a ser compensado e a vontade de enxergá-la? Em suma, o ponto nevrálgico encontrava-se no direito à prova, na prova do passivo descoberto e não na ordem pública, abraçando uma nova interpretação do contrato.

Em outro parecer, Nelson Nery Junior apresenta denso introito acerca do conceito de ordem pública. Segundo o professor paulistano, a ordem pública como princípio do direito contratual "é fruto de uma obra construtiva, resultando dos esforços para instaurar uma ordem viva, dinâmica, positiva". Conforme o parecer:

---

[439] "1. Consulta – 2. Síntese dos fatos – 3. Sentença arbitral nacional. Violação à ordem pública. Admissibilidade de ação anulatória. Hipótese que não possui previsão legal expressa mas que advém de interpretação sistemática do ordenamento. Coerência com o ordenamento jurídico. Diálogo entre essa hipótese e a rescindibilidade de decisão que viola princípio. Código Bustamante: normas constitucionais são normas de ordem pública. Possibilidade de anulação de sentença arbitral que viole princípios constitucionais. Boa-fé objetiva. Matéria de ordem pública. Aplicação incorreta do preceito de boa-fé objetiva para o caso concreto. Possibilidade de anulação da sentença arbitral por violação a preceito de ordem pública – 4. Cerceamento de defesa. Direito subjetivo à prova. Objeto da prova. Fato controvertido. Necessidade de produção de prova pericial para comprovar a existência de passivo oculto. Impossibilidade de se negar o direito constitucional à produção de prova relativa a fato controvertido com fundamento em convencimento dos árbitros a respeito do mérito da causa. O destinatário da prova não é o árbitro ou o magistrado e sim o processo. Cerceamento de defesa caracteriza impedimento da consulente de realizar prova de fato extintivo do direito do requerente. Nulidade da sentença arbitral – 5. Conclusão: respostas aos quesitos". NERY JUNIOR, Nelson. Ação anulatória de sentença arbitral – violação à ordem pública e caracterização de cerceamento de defesa. **Revista dos Tribunais *online***, set. 2014, p. 1.

[440] Como buscaremos sustentar, na arbitragem, deverá vigorar o princípio *in dubio* produção da prova no curso do processo arbitral. O direito à prova passa a ser essencial a fim de legitimar o próprio procedimento delegado pelo Estado aos particulares.

> Ofende gravemente a ordem pública brasileira a sentença arbitral proferida por árbitro parcial, (ii) em processo em que tenha havido cerceamento de defesa, (iii) com a condenação da parte ao pagamento de indenização vedada pelo sistema legal interno e (iv) fora dos limites da convenção arbitral[441].

Trata-se do julgamento do caso ABENGOA, pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça. O árbitro presidente do painel não havia revelado relação econômica milionária entre o seu escritório e uma das partes. Quando provocado a examinar o seu pedido de remoção, o árbitro preferiu renunciar, deixando de analisar sua suspeição. Segundo o parecer, "a remoção voluntária deu-se após a prolação da sentença arbitral. Tal fato impediu a reanálise da lide arbitral a partir da nova composição do tribunal"[442].

O Superior Tribunal de Justiça, por maioria, preferiu intervir na decisão da justiça privada, conforme reconhecido pelo ministro João Otávio Noronha:

> Ofende a ordem pública nacional a sentença arbitral emanada de árbitro que, tenha, com as partes ou com o litígio, alguma das relações que caracterizam os casos de impedimento ou suspeição de juízes (arts.14 e 32, II, da Lei n. 9.307/1996)[443] [444].

A interferência da jurisdição estatal na justiça privada, gerando fissuras, é algo bastante sensível. Busca-se uma intervenção mínima, o que, na prática dos tribunais, acaba não ocorrendo em inúmeras oportunidades.

José Carlos Fernández Rozas analisando, no direito internacional, a ação de anulação do laudo arbitral, utiliza o princípio da mínima intervenção estatal para justificar "um tratamiento diferencial del recurso según que el laudo sea interno o internacional". E prossegue: "esta distición resulta más difícil en un sistema unitário, como el espanõl, y

---

[441] NERY JUNIOR, Nelson. Sentença arbitral inconstitucional – impossibilidade de homologação. **Revista dos Tribunais *online***, set. 2014, p. 8-9.
[442] NERY JUNIOR, Nelson. Sentença arbitral inconstitucional – impossibilidade de homologação. **Revista dos Tribunais *online***, set. 2014, p. 13.
[443] BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Sentença Estrangeira Contestada n. 9.412 – US (2013/0278872-5), Relator: Ministro Felix Fischer, R.P/Acórdão: Ministro João Otávio de Noronha, fl. 30. Requerente: ASA Bioenergy Holding AG. Julgamento: 19/04/2017, DJe: 30/05/2017, p.1.
[444] BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Sentença Estrangeira Contestada n. 9.412 – US (2013/0278872-5), Relator: Ministro Felix Fischer, R.P/Acórdão: Ministro João Otávio de Noronha, fl. 30. Requerente: ASA Bioenergy Holding AG. Julgamento: 19/04/2017, DJe: 30/05/2017, p. 1.

constituye uno de los argumentos em favor de um sistema dualista de reglamentación del arbitraje”[445] [446].

Segundo Ricardo Ramalho de Almeida, o controle judicial da sentença arbitral não deverá incidir “no que se refere à substância do julgamento, ou seja, ao *meritum causae* e possíveis *errores in judicando*; não comporta censura no tocante ao modo como aprecia fatos e provas, ou quanto à interpretação do direito ou pormenores de sua motivação”[447].

Ainda segundo o autor, não deveria haver, em regra, qualquer controle da ordem pública. Até porque o legislador não teria incluído a ordem pública como fundamento para a ação anulatória. Em atenção “à diversidade das legislações e aos imperativos do respeito mútuo entre os povos e da colaboração interjurisdicional para o recíproco reconhecimento do direito”, o autor defende a mínima intervenção da justiça estatal na atividade da justiça privada. As fraturas devem ser evitadas[448].

---

[445] Tradução livre: José Carlos Fernández Rozas e outros examinandos, no direito internacional, na ação de anulação do laudo arbitral, utilizam-se do princípio da mínima intervenção estatal para justificar um tratamento diferencial do recurso, segundo o laudo interno ou internacional”. E prossegue: “esta distinção se torna mais difícil em um sistema unitário como o espanhol, e constitui um dos argumentos a favor de um sistema dualista de regulamentação da arbitragem”.

[446] “Al margen de estas circunstancias, y conforme a los postulados que se establecieron anteriormente, el principio de mínima intervenciòn judicial, aplicado al recurso según que el laudo sea interno o internacional. Esta distinción resulta más difícil en um sistema unitário, como el espanõl, y constitue uno de los argumentos en favor de un sistema dualista de reglamentación del arbitraje”. ROZAS, José Carlos Fernández; LORENZO, Sixto A. Sánchez; STAMPA, Gonzalo. **Principios generales del arbitraje**, CIMA, Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, p. 134-135. Tradução livre: “Fora destas circunstâncias, e de acordo com os postulados anteriormente estabelecidos, aplica-se ao recurso o princípio da intervenção judicial mínima, consoante a sentença seja interna ou internacional. Essa distinção é mais difícil em um sistema unitário, como o espanhol, e constitui um dos argumentos a favor de um sistema dualístico de regulação da arbitragem ”.

[447] “No sistema brasileiro, as decisões arbitrais jamais se sujeitam ao controle jurisdicional estatal no que se refere à substância do julgamento, ou seja, ao *meritum causa* e possíveis *errores in judicando*; não comportam censura no tocante ao modo como apreciam fatos e provas, ou quanto à interpretação do direito material ou aos pormenores de sua motivação. O pronunciamento dos árbitros é efeito do livre exercício da autonomia da vontade pelos litigantes, manifestada quando optam por esse meio alternativo. Essa singela e óbvia constatação vale como reflexão destinada a advertir contra os exageros em provocar o controle judicial das sentenças arbitrais”. ALMEIDA, Ricardo Ramalho. **Arbitragem comercial internacional e ordem pública**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 228-229.

[448] “Em sede de ação anulatória, não deveria haver, em princípio, qualquer controle da ordem pública. Afinal, o legislador nacional não incluiu, entre os motivos de anulabilidade da sentença arbitral (artigo 32 da Lei n. 9.307/96), a violação à ordem pública. Tal omissão não deixa de causar perplexidade na doutrina e, de fato, suscita questões da maior relevância, em vista da imprescindibilidade da existência de pelo menos, algum controle judicial quanto à conformidade da sentença arbitral com os padrões mais fundamentais de juridicidade [...] Ao proceder ao juízo de deliberação necessário à recepção da sentença arbitral estrangeira, o órgão judicial competente deve preocupar-se com o que Jacob Dolinger designou como ordem pública “de terceiro grau”. Nesse nível, mais tolerante, somente poderá obstar ao reconhecimento dos efeitos de atos consumados no exterior (a sentença) ou direitos lá adquiridos (a pretensão executória da parte vencedora) um eventual choque com aspectos fundamentais, absolutamente imprescindíveis à integridade da ordem pública do ordenamento jurídico de recepção: é o controle mínimo indispensável da ordem pública”. ALMEIDA, Ricardo Ramalho. **Arbitragem comercial internacional e ordem pública**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 232-234.

Mauro Bove, mencionando as alíneas “b” e “d” do art. V, da Convenção de Nova Iorque, defende que a intervenção mínima da justiça estatal nas atividades da justiça privada seria restrita às “violazioni del principio del contraddittorio e del ‘principio dell’ imparzialità dell’arbitro”[449] [450].Ou seja, a intervenção estatal só seria possível quando houvesse o malferimento à ordem pública processual.

A sugestão do professor italiano segue a linha de pensamento do ministro João Otávio Noronha, quando o magistrado sustenta, e com quem concordamos, que a ordem pública processual seria a soma do contraditório com a ampla defesa, estabelecendo-se assim, o devido processo legal, com a observância da imparcialidade do julgador.

Quando se sugere deixar de trabalhar com o conceito de ordem pública nos procedimentos arbitrais, nos laudos nacionais ou estrangeiros a serem homologados, é preciso esclarecer que, para isso, o operador do direito precisará trabalhar corretamente com a impossibilidade jurídica do pedido, até para evitar que o ordenamento jurídico possa ser violado. Ordem pública e possibilidade jurídica do pedido identificam-se e tornam-se conceitos indissociáveis porque têm a mesma utilidade: proteger a integralidade do ordenamento jurídico de um país.

Ricardo Ramalho de Almeida defende “que a ordem pública funcione como reserva mínima da coerência e integridade do ordenamento jurídico nacional diante de elementos (atos, sentenças, leis) de procedência de sentença estrangeira”[451]. Ora, a impossibilidade jurídica do pedido decorre da inobservância do ordenamento jurídico

---

[449] Tradução livre: “violação do princípio do contraditório e da imparcialidade do árbitro”. BOVE, Mauro, **La giustizia privata**. CEDAM, Wolters Kluwer, 2015, p. 366”.

[450] Prossegue o autor: “Passando ai profili di rito, che non sembrano esclusi dalla norma della Convenzione di New York, e ntrano in gioco, guardando al nostro sistema, essenzialmente eventual, palesi, violazioni del principio del contraddittorio e del princípio dell’imparzialità dell’arbitro. Qui si va oltre l’applicazione della lettera b) e d) del comma primo dell’art. V della Convenzione di New York e si entra, piuttoso, nell’area di applicazione della lettera b) del comma secondo della stessa norma. Sui rapporti tra questi dua piani vedremo tra breve, rapporti peraltro praticamente importante anche perché, finché si resta nell’ambito del comma primo del citato art. V abbiamo a che fare com condizioni ostative rilevabili solo ad istanza di parte, mentre quando si giuige sul piano della contrarietà all’ordine pubblico, allora siamo di fronte a rilievi possibili anche d’ufficio”. BOVE, Mauro. **La giustizia privata**. CEDAM, Wolters Kluwer, 2015, p. 366. Tradução livre: “No que toca aos aspectos ordinários do nosso sistema, que não foram excluídos da Convenção de Nova York, entram em causa violações do princípio do contraditório e do princípio da imparcialidade do árbitro. Não se trata da aplicação das alíneas b) e d) do primeiro parágrafo do art. V da Convenção de Nova York. Antes, trata-se da aplicação da alínea b) do segundo parágrafo da mesma norma. Posteriormente, serão abordadas as relações entre esses dois planos, também importantes porque, no âmbito do parágrafo primeiro do referido art. V, trata-se de impedimentos observados apenas a requerimento de parte, ao passo que no plano do contraditório à ordem pública, depara-se com evidências possíveis também *ex officio*”.

[451] ALMEIDA, Ricardo Ramalho. **Arbitragem comercial internacional e ordem pública**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 246-247.

nacional, com o desrespeito à sua coerência e integralidade, justamente porque o pedido é vedado por uma norma jurídica ou inexequível no plano fático.

Oscar Tenório também destaca que a ordem pública, ou melhor, sua violação, decorre, "em cada país, das disposições internas de aplicação territorial exclusiva". Ora, a ordem pública só é violada quando o laudo apresenta pedido juridicamente impossível, chocando-se com as "disposições internas de aplicação territorial exclusiva"[452].

José Joaquim Calmon de Passos explica as duas facetas da impossibilidade jurídica do pedido:

> Uma absoluta: pede-se o que não é deferido, em abstrato, pelo ordenamento jurídico. Há, contudo, outra impossibilidade que poderíamos qualificá-la como relativa: o pedido é juridicamente impossível, não em termos absolutos, porque inexistente o tipo de tutela reclamada, mas em relação ao caso concreto[453].

Segundo o professor baiano, o divórcio quando proibido por lei, funciona como exemplo de impossibilidade jurídica absoluta. Já a impossibilidade relativa decorreria da inépcia da inicial, uma vez que da narração dos fatos não decorre logicamente a conclusão, ou porquê contêm pedidos incompatíveis. Por fim, o autor informa que a impossibilidade jurídica do pedido do art. 295, III, parágrafo único, "é exclusivamente a que denominamos de absoluta"[454].

---

[452] "Na impossibilidade de ser fixada e definida a ordem pública, há os que pensam ser proveitoso o trabalho de discriminação das normas da ordem pública. A empresa é temerária e de reduzido valor. Se a ordem pública é variável no tempo e no espaço, contraria a sua própria natureza pretender concretizá-la, traduzi-la na enunciação de um casuísmo estéril. Exigiria um grande trabalho preliminar o exame comparativo de todas as legislações do mundo, a fim de serem sumariados os preceitos realmente considerados de ordem pública internacional, ou, então, a discriminação, em cada país, das disposições internas de aplicação territorial exclusiva". TENORIO, Oscar. **Lei da Introdução ao Código Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, p. 449.

[453] PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. III, arts. 270-331. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 204.

[454] "A impossibilidade jurídica é também uma das formas de improcedência *prima facie*. Pode-se, entretanto, distinguir dois modos de ser da impossibilidade jurídica. Uma absoluta: pede-se o que não é deferido, em abstrato, pelo ordenamento jurídico; são os exemplos clássicos do pedido de divórcio, quando, segundo nosso ordenamento, só o desquite é possível de ser deferido; ou o pedido de pagamento de dívida de jogo, o que não é tutelado, entre nós, pelo direito objetivo. Há, contudo, outra impossibilidade jurídica que poderíamos qualificar de relativa: o pedido é juridicamente impossível, não em termos absolutos, porque inexistente o tipo de tutela reclamada, mas em relação ao caso concreto. Os Decretos n. 12.353 (art. 2º, n. 4) e 21.287(art. 93, n. 4) no direito português adotaram enunciado que bem explica o que vimos afirmar. Consideravam eles inepta a inicial quando a inviabilidade da pretensão do autor fosse de tal modo evidente que se tornasse inútil qualquer instrução ou discussão posterior. Esse tipo de impossibilidade jurídica do pedido se subsume na previsão do inciso II, já por nós analisado no número anterior. A impossibilidade jurídica referida no inciso III, do parágrafo único, do art. 295 é exclusivamente a que denominamos de absoluta". PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. III, arts. 270-331. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 204.

O art. 295, III, parágrafo único, do CPC/1973, ora reproduzido no art. 330, III, do CPC/2015, estipula que a petição inicial será indeferida quando “o autor carecer de interesse processual”.

Interessante observarmos, como faz o CPC/2015, que José Joaquim Calmon de Passos não utiliza a hipótese prevista no CPC/1973, art. 295, III, parágrafo único – artigo não mais reproduzida no CPC/2015 – que previa a inépcia da petição inicial caso o pedido fosse juridicamente impossível. Conforme sustentava o autor, hoje, a impossibilidade jurídica do pedido significa a falta de interesse em agir do autor, que pode decorrer da simples ilicitude do pedido, conforme explica Enrico Tullio Liebman:

> Por possibilidade jurídica entendo a possiblidade para o juiz, na ordem jurídica à qual pertence, de pronunciar a espécie de decisão pedida pelo autor. Por ex., um pedido de divórcio carece hoje, no Brasil, de possibilidade jurídica, porque as leis brasileiras não permitem decretar a dissolução do casamento[455].

A fim de comprovar que a impossibilidade jurídica do pedido se confunde com a ordem pública, já que varia de acordo com a evolução da sociedade, como informa José Joaquim Calmon de Passos, nos anos de ditadura militar no Brasil, entendia-se por impossibilidade jurídica do pedido o pedido de mandado de segurança contra ato do presidente da República, dos ministros de estado, dos governadores e dos interventores. Neste sentido, “o juiz nem deve conhecer a lide, porque, de qualquer modo, não poderia proferir a decisão pleiteada pelo autor”[456] [457].

Leonardo Greco sustenta que a possibilidade jurídica do pedido “abrange não só a ilicitude do pedido, mas a sua possibilidade material”. Como exemplo de pedido impossível, o autor aponta o pedido de adjudicação de um terreno na Lua, “juntando-se cópia do contrato de compra e venda”. Assim, nesta hipótese, “estamos diante de um

---

[455] LIEBMAN, Enrico Tullio. **Estudos sobre o processo civil brasileiro**. Araras, São Paulo: Bestbook, 2004, p. 93-94.

[456] LIEBMAN, Enrico Tullio. **Estudos sobre o processo civil brasileiro**. Araras, São Paulo: Bestbook, 2004, p. 94.

[457] Wellington Moreira Pimentel também traz como exemplo de impossibilidade jurídica do pedido, o que importe na revisão de atos com fundamento em Ato Institucional: “Outro exemplo de impossibilidade jurídica ou de pedido juridicamente impossível: o que importe na revisão dos atos de cassação ou de suspensão de República com fundamento em Ato Institucional, ante a expressa vedação de sua apreciação pelo Poder Judiciário (Constituição art. 181). Se o pedido é juridicamente impossível, a inicial não poderá prosseguir. Deve ser desde logo indeferida, porque inepta”. PIMENTEL, Wellington Moreira. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. III. São Paulo: RT, 1975, p. 222.

pedido juridicamente impossível, pois, embora não seja ilícito, ele é materialmente impossível e não agasalhado pelo direito[458].

A ordem pública se confunde com a possibilidade jurídica do pedido, até porque aquilo que o Estado chama de ordem pública, passa a ser a régua entre a licitude e a ilicitude da conduta. A ordem pública seria o termômetro desta impossibilidade jurídica do pedido, seja pelo aspecto absoluto ou relativo, ou seja, exequível.

Novamente, as palavras de Leonardo Greco, citando Lorca Navarrete, são oportunas a fim de demonstrar que a ordem pública se confunde com a possibilidade jurídica do pedido: "Mas prossegue o autor, em lição que me parece bastante adequada à realidade brasileira, vulnera-se a ordem pública material quando a atividade de inferência do árbitro é ilógica, absurda ou totalmente carente de fundamentação"[459].

O operador do direito, buscando aposentar a ordem pública como "válvula de escape" utilizada nas arbitragens, deverá estar atento à possibilidade jurídica do pedido decorrente tanto de pedido de homologação de sentença estrangeira, como de execução de laudo arbitral nacional, a fim de evitar que o pedido a ser homologado possa apresentar um comando ilícito, ilógico, absurdo ou inepto, já que sem fundamentação.

É evidente que, em regra, o laudo estrangeiro terá chances bem maiores de comportar uma impossibilidade jurídica do pedido do que o laudo nacional. De qualquer forma, poderíamos imaginar duas concessionárias de telefonia em um processo arbitral em que a empresa "A" foi condenada a uma obrigação de fazer que vai de encontro ao disposto expresso em lei. . Neste caso, não há violação de ordem pública alguma. O que temos é uma impossibilidade jurídica absoluta, porque o pedido de obrigação de fazer é vedado pelo ordenamento jurídico. Em sede de execução do laudo, a empresa "A" não precisará se socorrer à tábua da ordem pública. A teoria geral do processo e a possibilidade jurídica do pedido são a solução.

---

[458] "A possibilidade jurídica abrange não só a licitude do pedido, mas também a sua possibilidade material. Assim, aquilo que o direito não pode alcançar não pode ser postulado em juízo. Por exemplo: propõe-se uma ação requerendo a condenação do réu a entregar um terreno situado na Lua, juntando-se cópia do contrato de compra e venda. Nesse caso, estamos diante de um pedido juridicamente impossível, pois, embora não seja ilícito, ele é materialmente impossível e não agasalhado pelo direito". GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil** – introdução ao direito processual civil. v. I. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 215.

[459] GRECO, Leonardo. Controle jurisdicional da arbitragem. **Revista Brasileira de Arbitragem** v. 15, 2018, p. 10.

Da mesma, forma em sede de um laudo estrangeiro que imponha uma obrigação de fazer para uma empresa do setor regulado pelo direito, como o petróleo ou o setor elétrico, a possibilidade jurídica do pedido passa a ser um importante instrumento para se manter hígido o ordenamento jurídico, sem que este possa ser violado. Se o laudo estrangeiro apresentar um pedido contrário à legislação, quer seja porque vedado ou porque inexequível, estaríamos diante de uma impossibilidade jurídica do pedido. Não é preciso ir além. O laudo não poderá ser homologado, ou caso o requisito da homologação venha a ser dispensado pelo legislador um dia, a decisão não poderá ser executada pelo juiz de piso.

O laudo estrangeiro, ao interferir em assuntos do Estado, relacionados ao direito público do país, precisa estar atento, ou melhor, seus operadores, à legislação aplicável, quer seja de telefonia, de petróleo, de direito marítimo, bancário ou telecomunicações, em suma, das áreas econômicas reguladas por aquele Estado. A decisão arbitral precisa observar as regras cogentes impostas pelo próprio Estado. Isto não é ordem pública. Isto é possibilidade jurídica do pedido.

Manoel J. Pereira dos Santos, examinando a questão sob o enfoque da impossibilidade jurídica do pedido, apresenta exemplo apropriado para ilustrar o que ora se busca defender. O autor pergunta, em caso de um determinado licenciamento: “deve o tribunal arbitral respeitar os preceitos de ordem pública da lei do país em que a licença foi concedida ou deve ser explorada (por exemplo do Brasil)?” E conclui: “é evidente que, a teor do disposto no art. 2º, § 1º, da Lei n. 9.307/1996, a decisão arbitral não poderá violar a regra de ordem pública vigente no Brasil que for aplicável à questão submetida à arbitragem”[460].

[460] “Algumas das controvérsias oriundas dessas relações jurídicas envolvem a determinação do próprio conteúdo material da arbitragem e, por isso, dizem respeito à questão da arbitrabilidade objetiva. Pode um tribunal arbitral anular o registro de uma patente concedido por uma autoridade governamental ou apenas declarar nulos os efeitos de uma patente perante as partes contratantes da arbitragem? Pode o tribunal arbitral julgar um litígio que envolva uma questão de abuso de poder econômico? No entanto, a questão pode dizer respeito apenas à aplicação das regras qualificadoras, modificadoras ou extintivas das relações jurídicas no âmbito de um litígio suscetível de arbitragem. Ao julgar a eficácia entre partes de uma cláusula de licenciamento, deve o tribunal arbitral respeitar os preceitos de ordem pública da lei do país em que a licença foi concedida ou deve ser explorada (por exemplo, do Brasil)? É evidente quesegundo o teor do disposto no art. 2º, § 1º, da Lei n. 9.307/96, a decisão arbitral não poderá violar a regra de ordem pública vigente no Brasil que for aplicável à questão submetida à arbitragem”. SANTOS, Manoel J. Pereira dos. *In*: CASELLA, Paulo Borba. **Arbitragem** – Lei brasileira e praxe internacional. 2. ed. São Paulo: LTr., jan. 1999, p. 399.

Na realidade, utilizando as palavras do autor, o laudo arbitral não poderá violar as leis “vigentes no Brasil que for aplicável à questão submetida à arbitragem”. Importante observarmos que, assim como a ordem pública, a possibilidade jurídica do pedido é uma “obra construtiva”, uma obra em construção. Até porque “a ordem pública se afere pela mentalidade e pela sensibilidade de determinada sociedade em determinada época”[461].

Caminhando para o final do capítulo, reconhecemos que inúmeras são as frentes a serem abertas em busca de um melhor resultado a ser extraído da arbitragem como meio de resolução de conflito[462]. Mas, um primeiro passo seria a justiça estatal tentar evitar ingressar no mérito dos laudos arbitrais, estabelecendo assim, um importante corte entre matéria processual e direito material. Ou seja, a ordem pública material não pode ser confundida com a ordem pública processual. Contudo, para isto, é preciso afastar definitivamente a concepção de ordem pública, visto que ela acaba confundindo, conforme alertava José Carlos Barbosa Moreira. No mundo globalizado, “parece generalizada a consciência de que convém facilitar a extensão dos efeitos da sentença para além das fronteiras territoriais dos Estados onde são proferidas”[463].

---

[461] SANTOS, Manoel J. Pereira dos. *In*: CASELLA, Paulo Borba. **Arbitragem** – Lei brasileira e praxe internacional. 2. ed. São Paulo: LTr., jan. 1999, p. 399.

[462] Leonardo Greco aponta alguns caminhos a serem traçados em busca de uma melhor performance da arbitragem como meio de resolução de conflito: “O primeiro requisito de um bom sistema arbitral é que as partes venham a submeter-se à arbitragem numa manifestação de vontade absolutamente livre, plenamente conscientes dos riscos em que incorrem, pela concreta avaliação dos benefícios que a arbitragem lhes oferece: livre escolha do julgador, informalidade do procedimento, confidencialidade, melhor qualidade da decisão decorrente da qualificação, competência e reputação do julgador escolhido, rápida solução da controvérsia com a prévia aceitação do seu resultado, mesmo que desvantajoso, para a preservação de boas relações com o adversário e com o mercado. A arbitragem não é um método autocompositivo de solução de controvérsias [...] O segundo requisito de um bom sistema arbitral é a existência de instituições arbitrais sólidas e bem estruturadas. Seguramente esse é o segredo do sucesso da arbitragem num foro como Londres, apesar do marco legal que confere bastante flexibilidade à revisão judicial das decisões, até mesmo por erro de fato (v. Arbitration Act 1996, art. 69)”. GRECO, Leonardo. Controle jurisdicional da arbitragem. **Revista Brasileira de Arbitragem**, v. 15, 2018, p. 4-5.

[463] “Apesar de certas resistências, parece generalizada a consciência de que convém facilitar a extensão dos efeitos das sentenças para além das fronteiras territoriais dos Estados onde são proferidas. Vários e óbvios fatores vêm concorrendo, nos tempos modernos, para fortalecer essa tendência: a intensificação das relações entre empresas industriais, comerciais e de serviços sediadas em Estados diversos: o vulto dos deslocamentos de pessoas, de um país para outro, em caráter permanente (migrações) ou transitório (viagens internacionais de turismo, negócios, fins culturais etc.); o fato, cada vez mais frequente, de ter uma pessoa (física ou jurídica) bens e interesses em territórios de diferentes Estados; e assim por diante. Pense-se, por exemplo, no problema que surge, se alguém não consegue fazer reconhecer, no país onde fixou novo domicílio, a anulação ou dissolução do seu casamento, decretada no país de origem; ou se um credor, tendo logrado a condenação do devedor ao pagamento, vê frustrada a justa expectativa de receber o que lhe é devido porque sua satisfação exigiria que se lançasse mão de bens situados noutro Estado, e a Justiça deste se recusa a colaborar”. MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual** (quarta série). Visão panorâmica da situação atual. v. I. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 245.

1.5 A ordem pública e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

Antes de o exame da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre o conceito de ordem pública, torna-se necessário esclarer ao leitor a opção do autor em trabalhar com a referida jurisprudência. No caso, considerando que as ações anulatórias de laudo arbitral correm em segredo de justiça em regra, tornou-se necessário trabalhar com a jurisprudência abarcando o pedido de homologação de sentença estrangeria para buscarmos demostrar como o conceito de ordem pública pode mais confundir que ajudar.

O Superior Tribunal de Justiça, competente para homologar sentença estrangeira em consonância com o art. 105, I, "i", da Constituição Federal de 1988, e para examinar Recurso Especial, visando uniformizar a interpretação da lei, por força do art. 105, III, "a" e "c", acaba examinando as ações anulatórias promovidas contra laudo nacional e os pedidos de homologação do laudo estrangeiro. Ora o faz por meio de competência originária (no caso da homologação), ora por força de competência recursal (quando busca uniformizar a jurisprudência dos tribunais acerca da interpretação da lei).

Do exame da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre a arbitragem como meio de solução de conflitos (inicialmente, a partir de aproximadamente 500 julgados sobre a homologação de sentenças estrangeiras ou oriundos de Recursos Especiais interpostos contra ações anulatórias de laudos nacionais, incluindo um mandado de segurança de competência originária do Excelso Pretório), destacamos 83 julgados. Separamos, ainda, outros 35 acórdãos a título de ordem pública, ora examinados[464].

A ordem pública vem travestida com inúmeras fantasias: ora para sustentar a tese do contrato não cumprido, ora para sustentar nulidade decorrente da manifestação de vontade ao abrir a competência da justiça privada por meio do compromisso arbitral ou da cláusula compromissória. Ora a ordem pública patrocina a suspeição do julgador; ora é chamada a tutelar a coisa julgada ou a manutenção de determinadas cláusulas contratuais; ora busca tutelar a equação econômico-financeira da própria condenação, na conversão do câmbio, na aplicação de juros. A ordem pública é tão mal usada que

[464] Objetivando trabalhar com o maior número possível de julgados, a jurisprudência utilizada se debruçava em casos de homologação de laudo estrangeiro. Todavia, para efeitos do que buscamos demonstrar, não haverá prejuízo à nossa tese.

serve para defender o calote do próprio governo, ao não assumir sua condenação em uma arbitragem livremente pactuada. Em suma, a ordem pública, se não ajuda em nada, pode atrapalhar a arbitragem como meio de resolução de conflito, funcionando como foco de fissura e aleijão do corpo jurídico apesar de o Superior Tribunal de Justiça ter conseguido manter coerência no trato da matéria.

O Superior Tribunal de Justiça, através da sua Corte Especial, no julgamento da sentença estrangeira contestada n. 802-EX, examinou a tese da ordem pública travestida de exceção de contrato não cumprido. Segundo trazido pelo ministro José Delgado, a requerida alegou violação "à ordem pública ao classificar como 'colcha de retalhos' e sem 'suporte legal' a legislação nacional a respeito de entregar à Marinha levantamentos hidrográficos". Conforme alertado pelo relator, que deferiu o pedido de homologação:

> Sucede que busca, ao final, reviver a questão da expressão *non adimpleti contractus* (art.1092 do CC-1916), examinada por aquela corte estrangeira, pois deseja não cumprir seu encargo financeiro até que a requerente cumpra aquela obrigação de entrega de dados, também constante do contrato[465].

Em suma, a ordem pública foi utilizada como matéria de defesa, a fim de tutelar uma relação contratual e a exceção do contrato não cumprido. O Superior Tribunal de Justiça "homologou a sentença ao entender, dentre outros, que o conceito de ordem pública, apesar de difícil precisão (não contido em lei, mas fixado de certa forma pela doutrina), não abarcaria a referida regra". De qualquer forma, a ordem pública passou a funcionar como instrumento para se obter um novo julgamento, com um novo tribunal e nova composição de julgadores, agora, buscando reinterpretar a relação obrigacional[466].

O segundo caso envolve arbitragem, exceção do contrato não cumprido e discussão sobre uma eventual caução na sentença estrangeira contestada n. 507-EX. O ministro Gilson Dipp sublinhou:

---

[465] BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Sentença Estrangeira Contestada n. 802 – EX (2005/0032132-9), Relator: Ministro José Delgado, Requerente: Thales Geosolutions Inc, fl. 1. Julgamento: 17/08/2005, DJe: 19/09/2005.

[466] BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Sentença Estrangeira Contestada n. 802 – EX (2005/0032132-9), Relator: Ministro José Delgado, Requerente: Thales Geosolutions Inc, fl. 1. Julgamento: 17/08/2005, DJe: 19/09/2005.

> A alegação das requeridas de que seu descumprimento é justificado em razão de, no Brasil, existir a regra da exceção do contrato não cumprido, tem o seu exame inviável nesta sede porque, além de o tema estar contido especificamente no mérito da sentença homologada, este Superior Tribunal manifestou-se no sentido de que a questão não tem natureza de ordem pública ao não se vincular ao conceito de soberania nacional[467].

Novamente, a ordem pública vira tentativa de subterfúgio de inadimplente. Interessante observar que a requerente justifica sua conduta ao interpretar o conceito de ordem pública a favor da sua tese, do seu inadimplemento, já que no Brasil o inadimplemento, supostamente, seria possível. Felizmente, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, atualmente, tem posição consolidada, vedando o reexame da relação obrigacional.

Os próximos casos se relacionam com a ordem pública e a ausência de pressuposto processual. Afinal, por que utilizar a ordem pública se a teoria geral do processo exige certos requisitos para o exercício regular do direito de ação, como os pressupostos processuais e as condições da ação?

A devedora foi condenada a pagar valores superiores a mais de dois milhões de libras em um processo arbitral que tramitou em Liverpool, na Inglaterra. O Superior Tribunal de Justiça, na sentença estrangeira contestada n. 967-EX, entendeu que "não restou caracterizada a manifestação ou a vontade da requerida no tocante à eleição do juízo arbitral", até porque "não consta a sua assinatura nos contratos nos quais se estabeleceu a cláusula contratual"[468].

O ministro José Delgado, forte na ordem pública, indeferiu o pedido de homologação, fundamentando:

> A inequívoca demonstração da manifestação de vontade de a parte aderir e constituir o juízo arbitral ofende à ordem pública porquanto afronta princípios insculpidos em nosso ordenamento jurídico, que exige aceitação expressa das partes por submeterem a solução dos conflitos surgidos nos negócios jurídicos contratuais privados[469].

---

[467] BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Sentença Estrangeira Contestada n. 507 – EX (2005/0209540-1), Relator: Ministro Gilson Dipp, Requerente: Grain Partners SPA, fl. 4. Julgamento: 18/10/2006, DJe: 13/11/2006.
[468] BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Sentença Estrangeira Contestada n. 967 – EX (2005/0053998-0), Relator: Ministro José Delgado, Requerente: Plexus Cotton Limited. Julgamento: 15/02/2006, DJe: 20/03/2006.
[469] BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Sentença Estrangeira Contestada n. 967 – EX (2005/0053998-0), Relator: Ministro José Delgado, Requerente: Plexus Cotton Limited. Julgamento: 15/02/2006, DJe: 20/03/2006, fl. 1.

Novamente, a ordem pública é utilizada como enfeite. Até porque, o relator foi ao âmago da questão, ao destacar que já havia decisão do Supremo Tribunal Federal – quando este órgão era competente – reconhecendo "a inexistência de cláusula compromissória e, consequentemente, a impossibilidade absoluta da homologação, em razão do julgado ter sido proferido por juízo incompetente"[470].

A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, ao examinar a sentença estrangeira contestada n. 866-EX, indeferiu o pedido de homologação, por entender que "não há nos autos elementos seguros que comprovem a aceitação de cláusula compromissória por parte da requerida". Na ementa do acordão consta: "ofensa à ordem pública nacional"[471].

O precedente defende tese no sentido de que a manifestação de vontade da parte deve ser expressa no documento que institui a cláusula: "ocorre que os telex acostados pela requerente, conquanto façam referência à cláusula de arbitragem do GAFTA, não ostentam a assinatura da requerida ou qualquer outra forma de anuência quanto à proposta"[472].

Outro ponto interessante a ser observado é que a devedora havia participado do painel arbitral. Apesar de não ter nomeado árbitro, a requerida apresentou recurso de apelação contra o laudo arbitral e sustentou preliminar de incompetência da justiça privada. O Superior Tribunal de Justiça, mencionando outro precedente, à sentença estrangeira contestada n. 856-EX, entendeu o seguinte: "A participação de empresa requerida no processo arbitral implica aceitação da convenção de arbitragem, desde que esta não apresente impugnação sobre a ausência de cláusula compromissória"[473].

Novamente, percebemos a utilização da ordem pública para tutelar aquilo que já estava protegido por lei. Neste sentido, o próprio acórdão reconhece: "a decisão

---

[470] BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Sentença Estrangeira Contestada n. 967 – EX (2005/0053998-0), Relator: Ministro José Delgado, Requerente: Plexus Cotton Limited. Julgamento: 15/02/2006, DJe: 20/03/2006, fl.12.
[471] BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Sentença Estrangeira Contestada n. 866 – EX (2005/0034926-5), Relator: Ministro Felix Fischer, Requerente: Oleaginosa Moreno Hermanos Sociedad Anónima Comercial Industrial Financeira Inmobiliaria y Agropecurária. Julgamento: 17/05/2006, DJe: 16/10/2006, fl. 8.
[472] BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Sentença Estrangeira Contestada n. 866 – EX (2005/0034926-5), Relator: Ministro Felix Fischer, Requerente: Oleaginosa Moreno Hermanos Sociedad Anónima Comercial Industrial Financeira Inmobiliaria y Agropecurária. Julgamento: 17/05/2006, DJe: 16/10/2006, fl. 8.
[473] BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Sentença Estrangeira Contestada n. 866 – EX (2005/0034926-5), Relator: Ministro Felix Fischer, Requerente: Oleaginosa Moreno Hermanos Sociedad Anónima Comercial Industrial Financeira Inmobiliaria y Agropecurária. Julgamento: 17/05/2006, DJe: 16/10/2006, fl. 11.

homologanda ofende a ordem pública nacional, uma vez que o reconhecimento da competência do juízo arbitral depende da existência de convenção de arbitragem, *ex vi* do art. 37, II, da Lei n. 9.307/1996"[474].

Por fim, não poderíamos deixar de apontar a confusão feita pelo julgado, quando o Superior Tribunal de Justiça sustenta que a ausência de pressuposto processual se confunde com o mérito da controvérsia. A primeira alegação da requerida foi de que os "contratos objeto do juízo arbitral são inexistentes, uma vez que o Sr. A.A.F.C. não dispunha de poder para contratar em nome da requerida". Por outro lado, o acordão sublinhou: "a primeira alegação da requerida é o próprio mérito da sentença arbitral, uma vez que a *quaestio* posta a exame no juízo arbitral foi a autoridade do Sr. A.A.F.C. para firmar contratos em nome da requerida". Observamos, no entanto, que pressuposto processual não se confunde com ordem pública e, tampouco, com o mérito da pretensão resistida de interesses[475].

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento da sentença estrangeira contestada n. 4.415-EX, entendeu que uma vez demonstrado "o atendimento dos requisitos para a validação do laudo arbitral, não há que se falar em ofensa à soberania nacional ou à ordem pública". As requeridas, em sua manifestação, alegam ofensa à ordem pública. Argumentam que o vício se encontra na expressão da vontade das partes, eis que foi resultado de um consentimento incorreto. Para tanto, ressaltam que não foram assistidas por advogados quando da contratação da cláusula arbitral[476].

A ordem pública é veiculada pelas devedoras a fim de não adimplirem com a sua obrigação. O comportamento obtuso das requeridas, buscando se proteger na ordem pública, como um escudo, foi destacado pelo ministro Aldir Passarinho Junior:

> Não há obrigatoriedade da intervenção de advogados na realização de contratos. Como bem frisou a requerente não é razoável sustentar, outrossim, que empresários importantes e muito bem-sucedidos na profissão, acostumados aos

[474] BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Sentença Estrangeira Contestada n. 866 – EX (2005/0034926-5), Relator: Ministro Felix Fischer, Requerente: Oleaginosa Moreno Hermanos Sociedad Anónima Comercial Industrial Financeira Inmobiliaria y Agropecurária. Julgamento: 17/05/2006, DJe: 16/10/2006, fl. 9.
[475] BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Sentença Estrangeira Contestada n. 866 – EX (2005/0034926-5), Relator: Ministro Felix Fischer, Requerente: Oleaginosa Moreno Hermanos Sociedad Anónima Comercial Industrial Financeira Inmobiliaria y Agropecurária. Julgamento: 17/05/2006, DJe: 16/10/2006, fl. 6.
[476] BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Sentença Estrangeira Contestada n. 4.415 – EX (2009/0102352-8). Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior, Requerente: Jess Smith e Sons Cotton LLC, fls 1-2. Julgamento: 29/06/2010, DJe: 19/08/2010, fls 1-2.

> revezes do mundo comercial, e sobretudo, versados na venda de produtos a empresas estrangeiras, estivessem alheios aos termos do contrato de compra e venda[477].

O próximo precedente o qual analisaremos, apesar de não tratar da ordem pública diretamente, comprova uma fissura do sistema arbitral, quando a própria Administração Pública busca, na suposta ausência de pressuposto processual, fugir da justiça privada tentando se proteger na justiça estatal. A ementa do julgado é esclarecedora: "Administrativo. Mandado de Segurança. Permissão de área portuária. Celebração de cláusula compromissória. Juízo arbitral. Sociedade de economia mista. Possibilidade. Atentado"[478].

Apesar de o julgado ser datado de 14-08-2006, o precedente analisa a possibilidade de a Administração Pública tutelar direitos patrimoniais e disponíveis por meio da arbitragem. Até porque:

> ao optar pela arbitragem o contratante público não está transigindo com o interesse público, nem abrindo mão de instrumentos de defesa de interesses públicos. Está, sim, escolhendo uma forma mais expedita, ou um meio mais hábil, para a defesa do interesse público[479].

De qualquer forma, o comportamento obtuso da Administração Pública, ao tentar se elidir de suas obrigações, não passou despercebido pelo ministro Luiz Fux, que sublinhou em seu voto a conduta misantrópica do ente público:

> O Estado, quando atestada a sua responsabilidade, revela-se tendente ao adimplemento da correspectiva indenização, coloca-se na posição de atendimento ao "interesse público". Ao revés, quando visa a evadir-se de sua responsabilidade no afã de minimizar seus prejuízos patrimoniais, persegue nítido interesse secundário, subjetivamente pertinente ao aparelho estatal em subtrair-se de despesas, engendrando locupletamento à custa do dano alheio[480].

---

[477] BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Sentença Estrangeira Contestada n. 4.415 – EX (2009/0102352-8). Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior, Requerente: Jess Smith e Sons Cotton LLC, fls 1-2. Julgamento: 29/06/2010, DJe: 19/08/2010, fl. 5.

[478] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Mandado de segurança n.11.308/DF (2005/0212763-0), Rel. Min. Luiz Fux, Agravante: União, j. 09-04-2008, DJe 19-05-2008, fl.1.

[479] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Mandado de segurança n.11.308/DF (2005/0212763-0), Rel. Min. Luiz Fux, Agravante: União, j. 09-04-2008, DJe 19-05-2008, fl. 5.

[480] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Mandado de segurança n.11.308/DF (2005/0212763-0), Rel. Min. Luiz Fux, Agravante: União, j. 09-04-2008, DJe 19-05-2008, fl.11.

Quanto aos próximos três julgados os quais analisaremos, a ordem pública é confundida com parcialidade do julgador. No sétimo julgado, a ministra relatora Maria Thereza de Assis Moura deferiu o pedido de homologação da sentença contestada n. 12.493-EX:

> O óbice à homologação apresentado pela parte requerida consubstancia-se no fato de que o árbitro, ao deferir pedido liminar formulado pela parte requerente no curso do procedimento, teria adentrado no mérito da controvérsia, prejulgando a causa e colocando sob suspeita sua imparcialidade e independência, ofendendo, assim, a soberania nacional e a ordem pública[481].

Novamente, a ordem pública é desprestigiada, quando passa a defender o inadimplemento do perdedor. E pior, através de um argumento, no mínimo, vazio. Novamente, a ordem pública é utilizada como um escudo pelo inadimplente.

O oitavo caso aborda pedido de sentença contestada n. 120-EX, no qual o Superior Tribunal de Justiça deferiu o requerimento. A alegação de suspeição do árbitro estava calcada em outro fato absolutamente sem sentido, como o caso anterior. Como um dos árbitros também estava inscrito e habilitado em outro tribunal arbitral para atuar, a devedora sustentou que este fato, inclusive, revelado, geraria a suspeição do árbitro, violando assim a ordem pública[482].

A ministra foi ao ponto, ao examinar a suposta nulidade, entendendo que o fato foi revelado pelo árbitro e destacando que não houve impugnação pelo interessado após dele tomar conhecimento:

> Não há que se falar em ofensa à soberania nacional ou à ordem pública, pois, no que concerne ao árbitro e às suspeitas levantadas pela requerida quanto a ele, constata-se que a escolha de seu nome decorreu de acordo mútuo entre ambas as partes, havendo referência expressa, na sentença, quanto ao fato de o julgador indicado ter servido em um tribunal regional de outro estado que não aquele no qual foi realizada a audiência desta arbitragem, sendo certo, também, que o prazo concedido para a respectiva impugnação decorreu *in albis*[483].

---

[481] BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Sentença Estrangeira Contestada n. 12.493 – EX (2014/0218464-0), Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Requerente: Pothole Killers LLC, fl. 5. Julgamento: 15/02/2017, DJe: 21/02/2017, fl. 5.

[482] BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Homologação de decisão estrangeira n. 120 – EX (2016/0317356-0), Rel. Ministra Nancy Andrighi, Requerente: Levi Strauss de Espana S.A. Julgamento: 18/12/2018, DJe: 12/03/2019, fl. 1.

[483] BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Homologação de decisão estrangeira n. 120 – EX (2016/0317356-0), Rel. Ministra Nancy Andrighi, Requerente: Levi Strauss de Espana S.A. Julgamento: 18/12/2018, DJe: 12/03/2019, fl. 1.

O Superior Tribunal de Justiça, ao examinar o caso ABENGOA, de forma não unânime, novamente fez a ordem pública abraçar o conceito de parcialidade do árbitro. Designado para redigir o acórdão, o ministro João Otávio Noronha fez constar do seu voto:

> A sentença proferida pela Justiça Federal americana à luz de sua própria legislação não tem o condão de obstar o exame do STJ quanto à possível ofensa à ordem pública nacional decorrente da alegada imparcialidade do árbitro presidente[484].

Novamente, necessário frisarmos que as regras de impedimento e suspeição do julgador estão previstas na legislação brasileira, independentemente de qualquer ordem pública, conforme sublinhado pelo relator:

> Ofende a ordem pública nacional a sentença arbitral emanada de árbitro que tenha, com as partes ou com o litígio, alguma das relações que caracterizam os casos de impedimento ou suspeição de juízes (arts. 14 e 32, II, da Lei n. 9.307/1996). Para que irmos até a ordem pública então?[485]

Os próximos três julgados apresentam a ordem pública como instrumento a garantir um novo julgamento da lide, com uma nova intepretação do mérito da controvérsia.

O décimo caso analisado pelo Superior Tribunal de Justiça foi o pedido de sentença estrangeira contestada n. 14.930-EX, no qual

> Pretende a requerida – e o faz abertamente – questionar o próprio mérito da sentença arbitral. É que a questão posta para exame diz respeito ao argumento segundo o qual a tese de que o direito de sub-rogação da Seguradora é contratual, estabelecendo a transferência de direitos à Mitsui, é inválida, aos olhos da lei nacional, pois os direitos da seguradora impõem-se *ex vi legis* e não *ex vi voluntate*[486].

---

484 BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Sentença Estrangeira Contestada n. 9.412 – US (2013/0278872-5), Relator: Ministro Felix Fischer, R.P/Acórdão: Ministro João Otávio de Noronha, fl. 30. Requerente: ASA Bioenergy Holding AG. Julgamento: 19/04/2017, DJe: 30/05/2017, fl. 30.

485 BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Sentença Estrangeira Contestada n. 9.412 – US (2013/0278872-5), Relator: Ministro Felix Fischer, R.P/Acórdão: Ministro João Otávio de Noronha, fl. 30. Requerente: ASA Bioenergy Holding AG. Julgamento: 19/04/2017, DJe: 30/05/2017, fl. 2.

486 BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Sentença Estrangeira Contestada n. 14.930 – EX (2015/0302344-0), Requerente: Alstom Brasil Energia e Transporte Ltda, fl. 13. Julgamento: 15/05/2019, DJe: 27/06/2019, fl. 13.

Apesar de o devedor tentar obter um novo julgamento, agora, na justiça estatal após sua derrota na justiça privada – "pois os direitos da seguradora impõem-se *ex vi legis* e não *ex vi voluntate*" – , o ministro Og Fernandes sublinhou que "a função desta Corte Superior, ao analisar um pedido de homologação de sentença estrangeira, não é perquirir sobre o erro ou acerto da decisão homologanda, mas, apenas, sobre a observância dos aspectos formais"[487].

Já no pedido de homologação de sentença estrangeira contestada n. 14.679-EX, em nome da ordem pública, a demandada requer a nulidade de determinadas cláusulas do contrato, sustentando que o laudo estrangeiro

> viola normas legais integrantes do nosso ordenamento jurídico [porque] os contratos celebrados no Brasil, e neste país devendo ser cumpridas as obrigações deles derivadas, não poderiam estar submetidos a uma lei suíça e à Câmara de Comércio Internacional de Paris[488].

O ministro ainda reforça que "não se denota, do disposto na arbitragem, violação da soberania nacional, dignidade da pessoa humana ou ordem pública, nos termos do art. 216-F da RISTJ". Quanto à incompetência da câmara arbitral, o precedente entendeu que havia cláusula compromissória válida e eficaz. Quanto ao pedido de anulação das cláusulas contratuais, o julgado sentenciou: "é preciso salientar que tal pleito refoge aos limites estreitos do procedimento de homologação de sentença estrangeira, mesmo que seja oriunda da via arbitral"[489].

No décimo segundo caso, em nome da ordem pública, a requerida apresenta defesa querendo rediscutir os fatos que suspostamente permeariam a relação entre as partes e não o contrato celebrado. A requerida alega que "estava sendo vítima de fraudes, estelionato e outras condutas lesivas". Até um incidente de falsidade de documento foi apresentado[490].

---

[487] BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Sentença Estrangeira Contestada n. 14.930 – EX (2015/0302344-0), Requerente: Alstom Brasil Energia e Transporte Ltda, fl. 13. Julgamento: 15/05/2019, DJe: 27/06/2019, fl. 13.
[488] BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Sentença Estrangeira Contestada n. 14.679 – EX (2015/0265413-8), Relator: Ministro O.G. Fernandes, Requerente: Empresa de Investigação e Desenvolvimento de Electrônica S.A., fl. 4. Julgamento: 07/06/2017, DJe: 14/06/2017, fl.4.
[489] BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Sentença Estrangeira Contestada n. 14.679 – EX (2015/0265413-8), Relator: Ministro O.G. Fernandes, Requerente: Empresa de Investigação e Desenvolvimento de Electrônica S.A., fl. 4. Julgamento: 07/06/2017, DJe: 14/06/2017, fl. 6.
[490] BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Sentença Estrangeira Contestada n. 4213 – EX (2009/0107931-0), Relator: Ministro João Otávio de Noronha, Requerente: Weil Brothers Cotton Inc. Julgamento: 19/06/2013, DJe: 26/06/2013, fl. 5.

O ministro João Otávio Noronha destacou: “as irregularidades apontadas pelo requerido relativas à existência de falsidade e fraude na relação contratual não poderão ser objeto de exame meritório pelo Superior Tribunal de Justiça neste juízo de delibação”. Assim, o relator defere o pedido, homologando o laudo estrangeiro[491].

Os próximos quatro casos trazem a ordem pública como instrumento para se rever o cálculo da indenização e os seus acessórios no laudo arbitral. Apesar de o pano de fundo dos casos ser o mesmo, o Superior Tribunal de Justiça proferiu decisões antagônicas, a homologar o laudo integralmente em um caso e, no outro, o tribunal preferiu ingressar na equação econômica do contrato e determinar a subtração de determinadas parcelas, deixando nesta extensão de homologá-lo; tudo em nome da ordem pública.

Na sentença estrangeira contestada n. 4.024-EX – o décimo terceiro caso analisado – o requerido sustentava “haver ofensa à ordem pública porque o nosso ordenamento jurídico ‘repudia a usura em todas as suas modalidades’” – o laudo arbitral haveria impostos juros compostos trimestralmente à taxa de 8% ao ano[492].

A ministra Nancy Andrighi, examinando a própria possibilidade jurídica do pedido no caso concreto, destacou que a capitalização de juros na “ordem jurídica brasileira”, é permitida pelo art. 591 do Código Civil. Assim, “a par das diversas previsões legais que delimitam a sua periodicidade ou não incidência (a depender da modalidade de relação jurídica), não é proibida pelo direito interno. Por conseguinte, não há qualquer ofensa à ordem pública”[493].

Na sentença contestada n. 11.529-EX, nosso décimo quarto caso selecionado, discutia-se se a legalidade de obrigações fixadas em dólar conforme previsão contratual ofenderia à ordem pública. O ministro Og Fernandes deferiu o pedido, enfatizando: “pacificou-se no Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que são legítimos os

---

[491] BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Sentença Estrangeira Contestada n. 4213 – EX (2009/0107931-0), Relator: Ministro João Otávio de Noronha, Requerente: Weil Brothers Cotton Inc. Julgamento: 19/06/2013, DJe: 26/06/2013, fl. 9.

[492] BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Sentença Estrangeira Contestada n. 4. 024 – EX (2010/0073632-7), Relatora: Ministra Nancy Andrighi, Requerente: Keytrade Ag, fl. 7. Julgamento: 07/08/2013, DJe: 13/09/2013, fl. 7.

[493] BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Sentença Estrangeira Contestada n. 4. 024 – EX (2010/0073632-7), Relatora: Ministra Nancy Andrighi, Requerente: Keytrade Ag, fl. 7. Julgamento: 07/08/2013, DJe: 13/09/2013, fl. 7.

contratos celebrados em moeda estrangeira, desde que o pagamento se efetive pela conversão em moeda nacional”[494].

No mesmo sentido, o ministro Raul Araújo homologou o pedido de sentença contestada n. 11.969-EX:

> Não caracteriza ofensa à ordem pública o fato de a sentença arbitral alienígena prever condenação em moeda estrangeira, devendo apenas ser observado que, no momento da execução da respectiva sentença homologada no Brasil, o pagamento há de ser efetuado após a devida conversão em moeda nacional[495].

Conforme consta da fundamentação do acórdão, o pedido de homologação não incorre em impossibilidade jurídica porque “não fere o art. 318 do Código Civil ou do Decreto-Lei n. 857, de 11-9-1969”, assim, é possível sua homologação. [496].

No próximo caso, o Superior Tribunal de Justiça interferiu na equação econômica do contrato, possivelmente, transformando o vencido em vencedor. Tudo em nome da ordem pública.

Trata-se de pedido de sentença contestada n. 2.410-EX, no qual o ministro Francisco Falcão deferiu em parte o pedido, porque:

> Tendo a sentença estrangeira determinado a incidência cumulativa, sobre o débito principal, de correção monetária e variação cambial, se mostra inviável a homologação parcial da sentença para extirpar apenas a incidência da correção monetária[497].

Seguindo esse raciocínio, o voto vencido assim se manifestou: “Consoante entendimento predominante do Superior Tribunal de Justiça, a cumulação da correção

---

494 BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Sentença Estrangeira Contestada n. 11.529 – EX (2014/0136915-1), Relator: Ministro O.G. Fernandes, Requerente: Al-Gharafa Sports Club, fl. 2. Julgamento: 17/12/2014, DJe: 02/02/2015, fl. 2.

495 BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Sentença Estrangeira Contestada n. 11.969 – EX (2014/0122435-7), Relator: Ministro Raul Araújo, Requerente: CMGCK, fl. 8. Julgamento: 16/12/2015, DJe: 02/02/2016, fl. 8.

496 BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Sentença Estrangeira Contestada n. 11.969 – EX (2014/0122435-7), Relator: Ministro Raul Araújo, Requerente: CMGCK, fl. 8. Julgamento: 16/12/2015, DJe: 02/02/2016.

497 BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Sentença Estrangeira Contestada n. 2.410 – EX (2007/0161265-0), Relator: Ministro Francisco Falcão, Relatora para acórdão: Ministra Nancy Andrighi, Requerentes: Construcciones Y Auxiliar De Ferrocarriles S/A e Caf Brasil Indústria e Comércio S/A, fl. 1. Julgamento: 18/12/2013, DJe: 19/02/2014.

monetária com variação cambial, se mostra inviável a homologação parcial da sentença para extirpar apenas a incidência da correção monetária"[498].

E prossegue o relator em seu voto:

> Como cada débito principal e o seu reajuste compõem um capítulo incindível da sentença, eventual irregularidade maculará integralmente a condenação, inviabilizando a sua homologação como um todo [...] devendo a correção do *quantum* ser efetivada pela variação cambial[499].

A ministra Nancy Andrighi, em voto encampado pela maioria de seus pares, destacou: "a cumulação de variação cambial com correção monetária ofende a ordem pública nacional, os capítulos da sentença em que esse procedimento foi adotado não devem ser homologados". Ao final, possivelmente transformando o vencedor em derrotado parcial, o voto vencedor exclui "as condenações em dólar norte-americano, em que tenha sido determinada, cumulativamente, a sua conversão em reais na data do efetivo pagamento e a incidência de correção monetária"[500].

Em nome da ordem pública, o Superior Tribunal de Justiça, de forma diametralmente oposta ao décimo terceiro caso, no qual havia a prática de anatocismo e de aplicação de juros trimestrais, resolveu interferir na equação econômica do contrato, tudo em nome da ordem pública, determinando a exclusão das parcelas da indenização em dólar que tenham sofrido a incidência de correção monetária acrescida da variação cambial. Ora, a variação cambial da moeda acabou recebendo o título de ordem pública e permitindo que a decisão da justiça privada fosse picotada pela justiça estatal, prejudicando, sobremaneira, o então vencedor. E, se no período, a variação cambial tivesse sofrido com a desvalorização da moeda? A ordem pública comportaria ser invocada pela outra parte?

---

[498] BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Sentença Estrangeira Contestada n. 2.410 – EX (2007/0161265-0), Relator: Ministro Francisco Falcão, Relatora para acórdão: Ministra Nancy Andrighi, Requerentes: Construcciones Y Auxiliar De Ferrocarriles S/A e Caf Brasil Indústria e Comércio S/A, fl. 1. Julgamento: 18/12/2013, DJe: 19/02/2014.
[499] BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Sentença Estrangeira Contestada n. 2.410 – EX (2007/0161265-0), Relator: Ministro Francisco Falcão, Relatora para acórdão: Ministra Nancy Andrighi, Requerentes: Construcciones Y Auxiliar De Ferrocarriles S/A e Caf Brasil Indústria e Comércio S/A, fl. 1. Julgamento: 18/12/2013, DJe: 19/02/2014.
[500] BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Sentença Estrangeira Contestada n. 2.410 – EX (2007/0161265-0), Relator: Ministro Francisco Falcão, Relatora para acórdão: Ministra Nancy Andrighi, Requerentes: Construcciones Y Auxiliar De Ferrocarriles S/A e Caf Brasil Indústria e Comércio S/A, fl. 1. Julgamento: 18/12/2013, DJe: 19/02/2014.

No décimo sétimo caso – sentença contestada n. 854-EX –, o ministro Massami Ayeda indeferiu o pedido de homologação por dois fundamentos. Primeiro, porque haveria

> impossibilidade de homologação de parte da sentença estrangeira que determina a desistência, sob sanção, de ação anulatória movida no Brasil, dada a preservação da concorrência de jurisdição. [E, porque] existiria decisão judicial pátria diametralmente oposta sobre a mesma questão (ou seja, reconhecendo a nulidade da cláusula arbitral), caso em que haverá ferimento à soberania nacional[501].

Novamente, a ordem pública é utilizada como impossibilidade jurídica do pedido. O ministro Luiz Fux, em seu voto vencedor, concordando com o relator nesta extensão, destacou que o direito de ação é um direito fundamental, configurando, assim, a impossibilidade jurídica do pedido cujo objeto busque tolher o direito de acesso à justiça, do direito de ação do jurisdicionado: “Entretanto, o direito de agir é abstrato, por isso, o recurso ao Judiciário é cláusula pétrea e o seu acesso não pode ser criminalizado, sob pena de ofensa à ordem pública, que ocorre quando atenta-se contra os direitos fundamentais”[502].

O ministro Luiz Fux homologou em parte o pedido no tocante à existência de eventual coisa julgada, entendendo que uma simples decisão judicial não fecharia as portas para o pedido de homologação, até porque enquanto não transitar em julgado a decisão nacional, é lícito a homologação do laudo estrangeiro porque não se aplica o art. 485, V, do CPC/2015, que determina a extinção do processo em decorrência da coisa julgada. Ora, se temos artigo expresso cuidando do tema, por que recorrer à ordem pública?

No julgamento da sentença estrangeira contestada n. 1-EX, a ordem pública, que abarca o conceito de soberania nacional, é tratada como se fosse a coisa julgada como condição para o exercício do pedido de homologação. A ministra Maria Thereza de Assis Moura entendeu o seguinte: “Há manifesta violação à soberania nacional, vulnerando-se

---

[501] BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Sentença Estrangeira Contestada n. 854 – EX (2005/0123803-1), Relator: Ministro Massami Uyeda, Requerente: GE Medical Systems Information Technologies Inc., fl. 2, artigo 1º, inciso I, da Constituição Federal de 1998. Julgamento: 16/10/2013, DJe: 07/11/2013.

[502] BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Sentença Estrangeira Contestada n. 854 – EX (2005/0123803-1), Relator: Ministro Massami Uyeda, Requerente: GE Medical Systems Information Technologies Inc., artigo 1º, inciso I, da Constituição Federal de 1998. Julgamento: 16/10/2013, DJe: 07/11/2013, fl. 26.

o comando do art. 1º, I, da Constituição Federal de 1988", se pretender homologar sentença estrangeira proferida após o trânsito em julgado da decisão judicial brasileira[503].

Novamente, o Superior Tribunal de Justiça foi à ordem pública, à soberania nacional, ao art. 1º, I, da Constituição Federal de 1988, quando o artigo violado foi o art. 485, V, do CPC/2015, que cuida das condições da ação.

No décimo nono caso, a sentença estrangeira contestada n. 15.750-EX, a ordem pública é tratada como revelia em decorrência do "abandono pela requerida" do processo arbitral. A ministra Nancy Andrighi destacou: referente "à ideia de ordem pública, percebe-se que se trata de um conceito legal indeterminado". A relatora chama atenção por "(i) haver sido proferida sentença por autoridade competente; (ii) terem sido as partes citadas ou haver-se legalmente verificado a revelia; e (iii) ter transitado em julgado". E, assim, homologou o pedido[504].

O caso apresenta interessante discussão sobre a impossibilidade de a parte arcar com os custos da arbitragem por se encontrar em recuperação judicial no Brasil. Segundo a relatora, a requerida poderia ter participado do processo, até porque

> audiências poderiam ser realizadas com a utilização de aplicações de internet (como o Skype, por exemplo) e documentos, mesmos sigilosos, poderiam ser transportados a baixíssimo custo por meio da rede mundial de computadores. [Assim, conclui a relatora seu voto]: desse modo, torna-se impossível afirmar a existência de cerceamento de defesa e, assim, não há qualquer possibilidade de ofensa à ordem pública nacional[505].

---

[503] "Assim, com pronunciamento do Poder Judiciário Brasileiro, com trânsito em julgado, a se pretender homologar sentença estrangeira proferida após o trânsito em julgado da r. decisão judicial brasileira, há manifesta violação à soberania nacional, vulnerando-se o comando do artigo 1º, inciso I, da Constituição Federal de 1988". BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Sentença Estrangeira Contestada n.1 – EX (2007/0156979-5), Relator: Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Requerente: Kia Motors Corporation. Julgamento: 19/10/2011, DJe: 01/02/2012, p. 59.

[504] BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Sentença Estrangeira Contestada n. 15.750 – EX (2016/0145366-5), Relatora: Ministra Nancy Andrighi, Requerente: DAMPSKIBSSELSKABET NORDEN AS, fls. 7 e 9, razão de seu estado de recuperação judicial no país. Julgamento: 21/11/2018, DJe: 27/11/2018.

[505] Interessante observar o *obter dictum* do julgado, que poderia funcionar como uma saída para os operadores do direito em um caso paradigma: "Além disso, a garantia que – após a concessão de muitas dilações, todas descumpridas – não foi paga pela ZAMIN, acarretando sua final exclusão do procedimento, poderia ser reduzida em seu favor, mas esse pedido não é articulado pela requerida. Da mesma forma, também é solicitada qualquer "suspensão do processo" em razão de seu estado de recuperação judicial no país". BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Sentença Estrangeira Contestada n. 15.750 – EX (2016/0145366-5), Relatora: Ministra Nancy Andrighi, Requerente: DAMPSKIBSSELSKABET NORDEN AS, fls. 7 e 9, razão de seu estado de recuperação judicial no país. Julgamento: 21/11/2018, DJe: 27/11/2018, fl. 10.

No pedido de sentença estrangeira contestada n. 1.304-EX, não só se discutia a revelia decretada, como em nome da ordem pública, a requerida alegava a configuração da impossibilidade jurídica do pedido:

> Tanto a Corte Suprema quanto este Superior Tribunal de Justiça já se manifestaram pela ausência de ofensa à soberania nacional e à ordem pública na sentença estrangeira que dispõe acerca de bem localizado no território brasileiro, sobre o qual tenha havido acordo entre as partes, e que tão somente ratifica o que restou pactuado[506].

Em suma, o pedido foi deferido sem maiores controvérsias.

O vigésimo caso trata do pedido de sentença estrangeira contestada n. 4.439, por meio do qual o requerido, novamente, em nome da ordem pública, buscava um novo julgamento, com a aplicação de um novo direito:

> A requerida, em sua contestação, aponta que houve violação à soberania nacional e à ordem pública porque o Capitão do navio, representando o Armador, recusou acatar o plano de carregamento das autoridades portuárias que haviam concordado-contratado, além das normas da Capitania dos Portos e da Marinha do Brasil, bem como as práticas internacionais[507].

Já na sentença estrangeira contestada n. 11.106-EX, a requerida alegava "que não lhe foi proporcionado o contraditório e a ampla defesa no procedimento arbitral, já que não houve notificação válida", além de sustentar que o contrato seria de adesão; ainda, que teria havido uma suposta cisão ilegal do objeto litigioso[508].

O ministro Herman Benjamin, ao examinar a relação de direito material, especificou que não haveria impossibilidade jurídica do pedido sob o fundamento de que: "Não há vedação jurídica, na legislação brasileira, para que as resoluções dos conflitos

---

[506] BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Sentença Estrangeira Contestada n. 1.304 – EX (2005/0153253-6), Relator: Ministro Gilson Dipp, Requerente: Stephen Thomas Honse, fl. 1. Julgamento: 19/12/2007, DJe: 03/03/2008.

[507] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sentença Estrangeira Contestada n. 4.439 – GB (2009/0188275-1), Relator: BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Sentença Estrangeira Contestada n. 4.439 – GB (2009/0188275-1), Relator: Ministro Teori Albino Zavascki, Requerente: Western Bulk Carriers, fl. 6. Julgamento: 24/11/2011, DJe: 19/12/2011.

[508] BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Sentença Estrangeira Contestada n. 11.106 – EX (2014/0188726-4), Relator: Ministro Herman Benjamin, Requerente: Bunge Internacional Commerce Limitted, fl. 5. Julgamento: 17/05/2017, DJe: 21/06/2017.

de diversas obrigações contratuais sejam cindidas, de forma que parte seja resolvida por arbitragem e parte seja submetida ao Poder Judiciário"[509].

Por fim, o relator conclui em seu voto, destacando que não haveria ofensa à ordem pública:

> A efetivação da citação da parte residente ou domiciliada no Brasil, nos moldes da convenção de arbitragem ou da lei processual do país onde se realizou a arbitragem, admitindo-se, inclusive, a citação postal como prova inequívoca de recebimento, desde que assegure à parte brasileira tempo hábil para o exercício do direito de defesa[510].

O vigésimo segundo caso resume-se à revelia e à ordem pública novamente. O trecho da ementa do acórdão do ministro Cesar Asfor Rocha resume o ponto, demonstrando que a ordem pública é chamada por revelia:

> Ademais, está devidamente instruída e objetiva a citação da interessada, ato de comunicação processual no qual não se vislumbra violação da ordem pública nem da soberania nacional, uma vez que permite à interessada a apresentação de defesa perante a Justiça rogante[511].

No próximo caso, o pedido de sentença estrangeira contestada n. 507-EX, a ordem pública é trazida como cerceamento de defesa, violação à ampla defesa e ao contraditório. A articulação do argumento pela recorrida em suas razões é risível, e acabou sendo destacada pelo julgado:

> Ofensa à ordem pública, pois o procedimento arbitral além de trazer limitações ao seu direito de defesa, permite que uma empresa estrangeira que praticou a justiça privada tenha o direto de cobrar valores das partes prejudicadas, sendo certo que no Brasil vige a regra do monopólio da jurisdição, não podendo os particulares exercerem a autotutela[512].

---

509 BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Sentença Estrangeira Contestada n. 11.106 – EX (2014/0188726-4), Relator: Ministro Herman Benjamin, Requerente: Bunge Internacional Commerce Limitted, fl. 11. Julgamento: 17/05/2017, DJe: 21/06/2017.

510 BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Sentença Estrangeira Contestada n. 11.106 – EX (2014/0188726-4), Relator: Ministro Herman Benjamin, Requerente: Bunge Internacional Commerce Limitted, fl. 12. Julgamento: 17/05/2017, DJe: 21/06/2017.

511 BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. AgRg na Carta Rogatória n. 4.971 – FR (2010/0082998-7), Relator: Ministro Presidente do STJ, Agravante: INEPAR Indústria e Construções S/A, fl 1. Julgamento: 01/02/2012, DJe: 23/02/2012.

512 BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Sentença Estrangeira Contestada n. 507 – EX (2005/0209540-1), Relator: Ministro Gilson Dipp, Requerente: Grain Partners SPA, fl. 4. Julgamento: 18/10/2006, DJe: 13/11/2006.

A ordem pública é trazida também, neste caso, com o intuito de se obter um novo julgamento, agora com a tese do contrato não cumprido, conforme destaca o ministro Gilson Dipp em seu voto, ao citar as razões oferecidas pela requerida: “ainda vige no Brasil a regra da exceção do contrato não cumprido, que foi o que autorizou a requerida a não cumprir com os contratos”. Em resumo: a ordem pública é utilizada como um escudo pelo inadimplente[513].

O Superior Tribunal de Justiça, examinando o pedido de sentença estrangeira contestada n. 269-EX, entendeu que não poderia perquirir a relação de direito material a título de ordem pública. Segundo o ministro Fernando Gonçalves, que deferiu o pedido, as requeridas:

> No mérito, sustentam que o pedido de homologação ofende à ordem pública brasileira por determinar desapropriação sem indenização, violar os princípios da boa-fé, da segurança jurídica e do devido processo legal e contrariar os princípios básicos de direto internacional[514].

Novamente, a ordem pública busca patrocinar um novo julgamento, em uma outra Corte, em um outro tribunal.

No vigésimo quinto caso, o pedido de homologação de sentença n. 1.914-EX, o Superior Tribunal de Justiça, a título de violação à ordem pública, é chamado a examinar a relação de direito material e a distribuição do ônus da prova. Neste sentido, o ministro Benedito Gonçalves destacou como “incabível, na presente sede estritamente delibatória, o exame da justiça da distribuição do ônus da prova pelo árbitro e da configuração ou não da relação contratual estabelecida entre as partes como uma relação de franquia” e, assim, deferiu o pedido de homologação[515].

O precedente oriundo do Recurso Especial n. 1.660.963-SP, a fim de averiguar o efetivo prejuízo da parte com a não produção da prova, examina com toda a profundidade a decisão da justiça privada, ao examinar a distribuição do ônus da prova e o direito à prova. Na ementa do acórdão, o ministro Marco Aurélio Bellizze resume a questão:

---

513 BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Sentença Estrangeira Contestada n. 507 – EX (2005/0209540-1), Relator: Ministro Gilson Dipp, Requerente: Grain Partners SPA, fl. 4. Julgamento: 18/10/2006, DJe: 13/11/2006.

514 BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Sentença Estrangeira Contestada n. 269 – EX (2005/0162278-6), Relator: Ministro Fernando Gonçalves, Requerente: Empresa Estatal Federa FKP Soiuz Plodoimport, fls. 4-5. Julgamento: 03/03/2010, DJe: 10/06/2010, fls. 4-5.

515 BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Sentença Estrangeira Contestada n. 3.709 – EX (2008/0266915-8), Relator: Ministro Teori Albino Zavascki, fl. 1. Requerente: Comverse INC. Julgamento: 14/06/2012, DJe: 29/06/2012, fl. 13.

"alegação de violação a princípio de ordem pública (boa-fé objetiva). Pretensão de revisar a justiça da decisão arbitral". O devedor sustentava o seu direito à prova, à produção da prova contábil a fim de "revelar quais débitos foram pagos pela sociedade após a data de 31-12-2008"[516].

O relator, de forma muito cuidadosa, averiguou a suposta contradição do julgado ao indeferir a produção da prova e, ao mesmo tempo, entender que a parte não teria feito a prova do fato constitutivo do seu direito[517]. Segundo o acórdão, a produção da prova teria sido dispensada porque o tribunal arbitral havia considerado incontroversos determinados fatos, ficando prejudicada a produção da prova[518].

Na verdade, o Superior Tribunal de Justiça revisitou a decisão da justiça arbitral, agora, a título de ordem pública, como direito à produção da prova. Assim, examinada toda a prova produzida:

> Conclui-se, ao contrário, a partir das provas reunidas na instrução arbitral, que os débitos apontados pela GSC, nem sequer idoneamente individualizadas, já estariam, todos, incluídos na contabilidade da sociedade apresentada por ocasião da realização do negócio, bem como nos relatórios prévios da auditoria fiscal, contábil e legal realizada em conjunto, o que foi claramente considerado pelas partes ao realizar o contrato definitivo de cessão da quotas societárias, e, como tal, abrangido na estipulação do preço das quotas sociais, objeto de cessão[519].

---

516 "No tocante à violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa, defendeu que o Tribunal arbitral, a despeito de sucessivos pedidos, indeferiu a produção de prova pericial contábil, indispensável ao deslinde da controvérsia, e destinada a revelar quais débitos foram pagos pela sociedade após a data de 31/12/2008, cujos fatos geradores fossem anterior a essa data, individualizando quais teriam servido à aquisição de bem/serviço aproveitados pela própria sociedade e quais não teriam tido aproveitamento pela sociedade e, portanto, seriam de responsabilidade exclusiva do cedente. Concluiu, assim, que o Tribunal arbitral, ao indeferir essa prova pericial e compreender que a GSC não comprovou fato constitutivo de seu direito, incorreu em manifesto cerceamento ao seu direito de defesa". BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial n. 1.660.963/SP (2017/0058735-0), Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze, Recorrente: GSC Administração e Participações S.A. Julgamento: 26/03/2019, DJe: 29/03/2019, p. 5.

517 "A insurgente traz um argumento ponderável: não poderia o Tribunal arbitral indeferir a produção de prova pericial contábil e, ao mesmo tempo, compreender que ela não comprovou os fatos constitutivos de seu direito, no caso, o direito de reter o pagamento para a quitação dos débitos anteriores à aquisição das quotas sociais (em 31/12/2008), que, por contrato, seriam de exclusiva responsabilidade do cedente". BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial n. 1.660.963/SP (2017/0058735-0), Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze, Recorrente: GSC Administração e Participações S.A. Julgamento: 26/03/2019, DJe: 29/03/2019, fl. 14.

518 "Veja-se que o tribunal arbitral não ignorou que os débitos indicados pela recorrente seriam anteriores à aquisição das quotas sociais. Ao contrário, tomou por incontroverso este fato, afigurando-se, pois de toda irrelevante a produção de prova pericial contábil para esse propósito, do que já se pode antever a inexistência de cerceamento de defesa em tal proceder". BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial n. 1.660.963/SP (2017/0058735-0), Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze, Recorrente: GSC Administração e Participações S.A. Julgamento: 26/03/2019, DJe: 29/03/2019, fl. 15.

519 BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial n. 1.660.963/SP (2017/0058735-0), Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze, Recorrente: GSC Administração e Participações S.A. Julgamento: 26/03/2019, DJe: 29/03/2019, fl. 16.

A ordem pública é confundida com o direito à prova, o direito ao exercício do contraditório. Poderíamos argumentar tratar-se de um fim nobre. Mas, para que recorrer à ordem pública se há regras como a do art. 21, § 2º, da Lei de Arbitragem, que garante o respeito ao contraditório e ao direito à prova no curso da relação jurídica processual?

Conforme adiantado, a ordem pública serviu para tentar financiar o "calote", porque não dizermos, o "calote estatal". No caso do pedido de sentença estrangeira contestada n. 16.016-EX, determinada estatal, sucumbente em um processo arbitral com sede em Paris, invocou em sua defesa o seguinte fato:

> Invoca em sua defesa o fato de ser empresa estatal dependente de recursos do Tesouro Nacional, de modo que, segundo alega, a condenação imposta, dadas as especificidades fáticas da relação contratual travada com a requerente, acarreta ofensa à ordem pública, à soberania nacional e aos bons costumes[520].

O pedido foi deferido, homologando-se a sentença. A ministra Nancy Andrighi fez constar em seu voto:

> Não se pode falar que a condenação imposta à requerida – sociedade de economia mista que exerce atividade econômica de natureza privada – ofenda a soberania nacional ou a ordem pública (art.216-F do RISTJ), pois se trata de mera consequência, de natureza pecuniária, derivada do inadimplemento de obrigação contratual livremente assumida, reconhecida pelo órgão julgador competente, juízo ao qual ambas as partes da relação jurídica concordaram em se submeter[521].

No vigésimo oitavo caso, sentença estrangeira contestada n. 12.115-EX, a requerida alegava violação à ordem pública com o objetivo de inadimplir sua obrigação decorrente de um laudo estrangeiro. O comportamento da parte foi censurado pelo ministro Luís Felipe Salomão, que citou precedente do ministro Teori Zavascki[522].

---

[520] BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Sentença Estrangeira Contestada n. 16.016 – EX (2016/0222227-6), Relatora: Ministra Nancy Andrighi, Requerente: Winterthur Gas & Diesel AG, fl. 3. Julgamento: 20/11/2017, DJe: 28/11/2017, fl. 3.

[521] "Também não se pode falar que a condenação imposta à requerida – sociedade de economia mista que exerce atividade econômica de natureza privada – ofenda a soberania nacional ou a ordem pública (art.216-F do RISTJ), pois se trata de mera consequência, de natureza pecuniária, derivada do inadimplemento de obrigação contratual livremente assumida, reconhecida pelo órgão julgador competente, juízo ao qual ambas as partes da relação jurídica concordam em se submeter". BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Sentença Estrangeira Contestada n. 16.016 – EX (2016/0222227-6), Relatora: Ministra Nancy Andrighi, Requerente: Winterthur Gas & Diesel AG. Julgamento: 20/11/2017, DJe: 28/11/2017, fl. 7.

[522] "Ademais, a sentença da pessoa humana e/ou a ordem pública. Pressupostos formais preenchidos. A requerida ingressa no procedimento arbitral vislumbrando a possibilidade de auferir vantagens; assumiu, em contrapartida, de forma clara e consciente, os riscos decorrentes de eventual sentença em sentido contrário. Assim, não tendo obtido

No pedido de sentença estrangeira contestada n. 8.242-EX, em nome da ordem pública, foram discutidos os pressupostos de constituição e validade do processo decorrente dos limites estabelecidos na cláusula compromissória. Conforme argumentado pela ministra Maria Thereza de Assis Moura:

> Discute-se, na verdade, a sujeição das contratantes ao Tribunal Arbitral tendo em vista a cláusula 12.2 que estipula [...] Outrossim, não merece acolhimento a alegação da requerida no sentido de que a apreciação da contenda pelo Tribunal Arbitral ofende à ordem pública por afastar o acesso ao Poder Judiciário[523].

A ordem pública não se confunde com a ausência de pressuposto processual como já se procurou apontar. De qualquer forma, é fato usual a confusão desses conceitos na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. No pedido de sentença estrangeira contestada n. 6.335-EX, novamente, a ordem pública é tratada como ausência de pressuposto processual. O ministro Felix Fischer cita outros precedentes em sua decisão, que seguem no mesmo sentido:

> O próprio e. STJ, por vislumbrar ofensa ao princípio da autonomia da vontade e à ordem pública, já indeferiu pleitos homologatórios semelhantes ao aqui registrado (SEC 978-GB, Corte Especial, Rel Min. Hamilton Carvalhido; SEC 967-GB, Corte Especial, Rel. Min. José Delgado; SEC 885-US, Corte Especial, Rel. Min. Francisco Falcão; SEC 866-GB, Corte Especial, Rel. Min. Felix Fischer)[524].

Mencionando como exemplo o precedente n. 978-EX citado no voto do ministro Felix Fischer, a confusão entre pressupostos processuais e ordem pública, como se fossem a mesma coisa, fica clara. Enxerto da ementa do julgado esclarece o ponto: "Cláusula Compromissória. Ausência de Assinatura. Ofensa à Ordem Pública"[525].

êxito em seu intento, não prima pela boa-fé alegar, em seu favor, nulidade dessa forma de vinculação, que foi promovida, como já ressaltado, por sua iniciativa e com o fito de obter benefícios próprios". BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Sentença Estrangeira Contestada n. 12115 – EX (2014/0219300-7), Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Requerente: Vestas do Brasil Energia Eolica Ltda, fl. 1. Julgamento: 06/04/2016, DJe: 03/05/2016.

[523] BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Sentença Estrangeira Contestada n. 8.242 – Ex (2013/0199015-4), Relator: Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Requerente: Huawei do Brasil Telecomunicações Ltda., fl. 5. Julgamento: 04/03/2015, DJe: 19/03/2015.

[524] BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Sentença Estrangeira Contestada n. 6.335 EX (2011/0072243-3), Relator: Ministro Felix Fischer, Requerente: LDC BSA. Julgamento: 21/03/2012, DJe: 12/04/2012, p. 9-10.

[525] BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Sentença Estrangeira Contestada n. 978 – EX (2006/0173771-1), Relator: Ministro Hamilton Carvalhido, Requerente: Indutech SPA. Julgamento: 17/12/2008, DJe: 05/03/2009, fl. 1.

O ministro Hamilton Carvalhido, em seu voto, menciona precedente do ministro José Delgado, o qual estabelece:

> A inequívoca demonstração da manifestação de vontade de a parte aderir e constituir o Juízo arbitral ofende à ordem pública, porquanto afronta princípio insculpido em nosso ordenamento jurídico, que exige aceitação expressa das partes por submeterem a solução dos conflitos surgidos nos negócios jurídicos contratuais privados à arbitragem (SEC N 967-EX, relator ministro José Delgado)[526].

Importante observarmos que para a abertura da competência da justiça privada, com a derrogação da competência do juiz natural, ou seja, da justiça estatal, o Superior Tribunal de Justiça exige manifestação expressa de vontade neste sentido, confundindo ordem pública com pressuposto processual.

O trigésimo primeiro julgado selecionado comprova mais uma vez como a ordem pública serve como uma folha em branco, a ser preenchida pelo interessado no momento oportuno e conforme a ocasião. Em resumo, cabe tudo dentro do conceito de ordem pública. No conflito de competência n. 116.395-RO, discutia-se a abertura da competência da justiça privada. Conforme ressalvado pelo ministro Paulo de Tarso Sanseverino, a parte que buscava se ilidir da justiça privada sustentou "a existência de interesses de ordem pública, responsabilidade socioambiental, que extravasam a discussão arbitral, pois, indisponíveis, não podendo, pois, ser objeto de arbitragem". O Superior Tribunal de Justiça entendeu que caberia ao juízo arbitral examinar a sua própria competência e, assim, evitou-se a interferência da justiça estatal na justiça privada, criando-se uma fissura no corpo jurídico[527].

No julgamento da sentença estrangeira contestada n. 3.709-EX, observamos que, em nome da ordem pública, a decisão da justiça privada é examinada com lupa pelo ministro Teori Zavascki:

> Não demostrou a requerida, no caso, qualquer violação nesse sentido, não tendo havido, no momento oportuno previsto na lei de regência qualquer alegação de irregularidade no procedimento arbitral, seja quanto à sua representação, seja

[526] BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Sentença Estrangeira Contestada n. 978 – EX (2006/0173771-1), Relator: Ministro Hamilton Carvalhido, Requerente: Indutech SPA. Julgamento: 17/12/2008, DJe: 05/03/2009, fl. 5.
[527] BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Conflito de competência n. 116.395-RO, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 12-06-2013, DJe 17-06-2013, p. 4.

> quanto à forma de sua intervenção, seja quanto ao exercício do contraditório e da defesa[528].

Já no julgamento da sentença estrangeira n. 3.035-EX, a elástica ordem pública é tratada como sinônimo de enriquecimento ilícito a favor da tese do devedor. O ministro Fernando Gonçalves deferiu o pedido de homologação, destacando a tese da requerida em seu voto:

> No tocante às alegações de que o pedido de homologação ofende a ordem pública brasileira porque não foi aplicada a legislação expressamente determinada no contrato, bem como ofende o princípio da vedação ao enriquecimento ilícito pois não houve prova efetiva do prejuízo, igualmente não merecem acolhida[529].

A ordem pública tem várias faces: pressupostos processuais, exceção do contrato não cumprido, proteção do meio ambiente, vedação ao enriquecimento ilícito, condições para o exercício da ação, porque não dizer, com certo exagero, que “o céu é o limite” nesta fôrma chamada ordem pública. Tudo parece caber no seu elástico conceito.

A tese de a ordem pública se confundir com enriquecimento ilícito, normalmente, usada pelo devedor contra o seu credor, foi utilizada a favor do pobre credor a título de ordem pública no julgamento do recurso especial n. 1.628.974-SP, o trigésimo quarto caso selecionado.

Tratava-se de ação monitória em que o credor cobrava dívida de jogo contraída licitamente no Estado de Nevada. Neste sentido, o ministro Ricardo Villas Bôas Cueva destacou em seu voto:

> Está sendo cobrada obrigação constituída integralmente nos Estados Unidos da América, mais especificamente no Estado de Nevada, razão pela qual deve ser aplicada, no que concerne ao direito material, a lei estrangeira (art. 9º, *caput*, LINDB)[530].

Referido precedente, agora, aplicando a ordem pública a favor do credor, destaca:

---

[528] BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Sentença Estrangeira Contestada n. 3.709 – EX (2008/0266915-8), Relator: Ministro Teori Albino Zavascki, fl. 1. Requerente: Comverse INC. Julgamento: 14/06/2012, DJe: 29/06/2012.

[529] BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Sentença Estrangeira Contestada n. 3.035 – EX (2008/0044435-0), Relator: Ministro Fernando Gonçalves, Requerente: Atecs Mannesmann GMBH, fl. 6. Julgamento: 19/08/2009, DJe: 31/08/2009, fl. 6.

[530] BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial n. 1.628.974/SP (2016/0254752-4), Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Recorrente: Carlos Eduardo de Athayde Buono. Julgamento: 13/06/2017, DJe: 25/08/2017, fl. 1.

> Aquele que visita país estrangeiro, usufrui de sua hospitalidade e contrai livremente obrigações ilícitas, não pode retornar ao seu país de origem buscando a impunidade civil. A lesão à boa-fé de terceiro é patente, bem como o enriquecimento sem causa, motivos esses capazes de contrariar a ordem pública e os bons costumes[531].

Caminhando para o final, quando sugerimos excluir o conceito de ordem pública do campo das arbitragens, recomendamos que os operadores do direito utilizem as ferramentas corretas para as respectivas atividades. Se não há pressupostos processuais, não estamos falando de ordem pública. Se o que se quer é o reexame do contrato, da relação negocial, em suma, isto não é ordem pública. Coisa julgada também não é ordem pública. Meio ambiente não é ordem pública, é direito indisponível. Em suma, é preciso tomarmos cuidado para não nos perdermos no imenso universo chamado ordem pública, e, assim, esquecermos importantes ferramentas dispostas, por exemplo, na teoria geral do processo. A ordem pública pode confundir, já que a ordem pública que tem relação com a arbitragem, repita-se, é a ordem pública processual que está expressamente delineada no § 2º, do artigo 21, da Lei n. 9.307/1996 sem a necessidade de maiores e complexas intepretações.

Um bom exemplo a demonstrar que o operador do direito, ao trabalhar com a ordem pública, precisa ter mais cautela, é o pedido de sentença estrangeira contestada n. 826-EX. Segundo a visão exposta nessa tese, houve uma confusão entre os conceitos de coisa julgada e de pagamento, que teve a ordem pública como pano de fundo.

O Superior Tribunal de Justiça entendeu que haveria coisa julgada no caso concreto, e, assim decidiu:

> É de se indeferir, sob pena de ofensa à soberania brasileira, o pedido de homologação da sentença arbitral estrangeira se a autora se habilita em concordar previamente deferida à ré pela justiça, tem seu crédito ali declarado, e efetuado, a seu requerimento, o depósito do valor correspondente ao contrato mercantil que deu origem à decisão arbitral e há agravo de instrumento por ela interposto impugnando a decisão que julgou suficiente o depósito, no referente ao *dies a quo* dos juros moratórios e à taxa de câmbio aplicável[532].

---

[531] BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial n. 1.628.974/SP (2016/0254752-4), Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Recorrente: Carlos Eduardo de Athayde Buono. Julgamento: 13/06/2017, DJe: 25/08/2017, fl. 1.

[532] BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Sentença Estrangeira Contestada n. 826 – EX (2005/0031322-7), Relator: Ministro Hamilton Carvalhido. Requerente: Ssangyong Corporation. Julgamento: 15/09/2010, DJe: 14/10/2010.

Se houve decisão reconhecendo válida a quitação, então foi extinta a obrigação pelo pagamento e não coisa julgada, na forma do art. 334 do Código Civil, já que "considera-se pagamento, e extinção da obrigação, o depósito judicial".

De qualquer forma, o que buscamos demonstrar é que a ordem pública, por vezes, pode confundir. Por que continuar usando esse conceito generalista e não se preocupar com a utilização correta dos conceitos que estão sendo ofuscados pela ordem pública como os pressupostos processuais e as condições da ação? Então, por que não utilizarmos a própria teoria geral do processo, ou da teoria geral do direito civil, que poderá oferecer as respostas que queremos sem nos deslocarmos até uma distante ordem pública?

Por fim, não estamos substituindo o conceito de ordem pública pelo de impossibilidade jurídica do pedido. Mas, se a ordem pública tem um irmão, chama-se impossibilidade jurídica do pedido. Então, o operador do direito, ao se distanciar da ordem pública, precisa se atentar para que o laudo estrangeiro e, eventualmente, um laudo nacional, não esbarrem na impossibilidade jurídica do pedido.

No último caso, o trigésimo quinto selecionado, a impossibilidade jurídica do pedido, confundida com a ordem pública, impediu a homologação de sentença estrangeira ilegal porque, ao esvaziar o plano de recuperação, uma vez homologada, permitiria que os credores estrangeiros não observassem ao *par conditio creditorum*.

A ministra Maria Thereza de Assis Moura entendeu que a decisão estrangeira feriria o art. 47 da Lei n. 11.101/2005, ao inviabilizar o plano de recuperação da empresa, como também entendeu malferido o art. 3º da referida lei porque, como a sentença estrangeira abarcava 95% do ativo recuperando, entendeu-se também que infringiria a competência universal do juiz falimentar[533].

Assim, o operador do direito, ao evitar o uso de conceitos generalistas, como ordem pública e, assim, tratar pressuposto processual como pressuposto processual, condição da ação como condição da ação, enriquecimento ilícito como enriquecimento ilícito, em suma, ao buscar o conceito específico, precisa ter atenção para não errar, até

[533] BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Sentença Estrangeira Contestada n. 11.277 – EX (2014/0009046-0), Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Requerente: Gutmen Investiment Corp. Julgamento: 05/10/2016, DJe: 11/10/2016.

porque, ao se trabalhar com o conceito generalista, a margem de erro diminui. E não é só. Ao se evitar trabalhar com o conceito de ordem pública, o operador do direito deve estar bem atento à eventual impossibilidade jurídica do pedido.

2 O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, NO TOCANTE ÀS REGRAS DE DIREITO PROBATÓRIO, DEVERIA SER APLICADO NO PROCEDIMENTO ARBITRAL?

2.1 A prova como direito natural

A prova, quer seja vista como meio de se constituir, impedir ou modificar direito; quer como meio de se provar os fatos; ou como meio de interferência decisória de forma direta ou indireta no processo de quem caberia distribuir justiça, esteve presente no curso de toda a nossa civilização, desde quando os homens saíram da barbárie para desenvolver as nações primitivas.

O direito nas nações primitivas, como os povos da Ásia e da África, sempre esteve atrelado à moral e à religião. Um bom exemplo desta relação está nos *ordálios*, que significa juízo, ato e efeito de julgar, e sob o domínio da religião acima de qualquer ciência, falava-se em juízo de Deus ou julgamento de Deus. Os povos europeus da Idade Média, visando obter a verdade por meio de processo absolutamente formal, buscaram os *ordálios* (sublinhe-se que o substantivo é utilizado como gênero feminino, as ordálias) como meio de prova que objetivasse “fazer aparecer a verdade por vontade de Deus”. A consciência do juiz era substituída pelo êxito na experimentação, inclusive, frente à submissão do julgador ao experimento, caberia àquele apenas declarar o direito a favor do vencedor[534].

Com o transcorrer do tempo, a prova passou por três períodos bem distintos. Na fase inicial da sociedade, ou melhor, nas organizações primitivas, quando não havia justiça organizada, tampouco existia entre os bárbaros o conceito de povo minimamente organizado, as questões controvertidas eram solucionadas pela força. O homem mais forte de ontem, hoje, já mais fraco, por consequência, teria menos direitos que ontem. No segundo período, absolutamente religioso, o regime das provas nasceu – abarcado pelos ordálios – pelos duelos e juramentos. Já no terceiro período, com o desenvolvimento do homem como figura central, dos seus valores, em suma, com a lapidação dos conceitos

[534] Jônatas Milhomens também enumera as diversas espécies de juízos de Deus: prova das bebidas amargas, a prova do fogo, a prova da água fria, a da água fervendo, a prova da cruz, a prova das serpentes, a prova do cadáver, a prova do pão de queijo, a prova do pão bento e a prova da eucaristia. Outra espécie de prova seria o juramento, consubstanciada na invocação da divindade como testemunha. MILHOMENS, Jônatas. **A prova no processo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 31-35.

e princípios humanistas, desligando-se a sociedade dos seus dogmas religiosos, e, assim, renascendo da Era das Trevas (como a Idade Média ficou rotulada), os homens se organizaram sobre novos valores adquiridos pela sua experiência[535].

Nessa terceira fase da prova no curso da humanidade, Denis Diderot, ao tentar definir o conteúdo do direito natural e demonstrar sua impossibilidade por meio de uma simples definição encartada em algumas palavras, pergunta “o que é direito?”, e obtem como resposta “o direito é o fundamento da justiça”. O iluminista retruca,

> [...] mas o que é a justiça? É a obrigação de dar a cada um o que lhe pertence. Mas, o que pertence mais a um do que a outro numa condição em que tudo seria de todos, e na qual talvez a ideia distinta de obrigação ainda não existisse? E o que deveria dar aos outros aquele que lhes permitisse tudo e não pedisse nada?

A partir deste raciocínio encartado na Enciclopédia, e que demonstra a dificuldade em se rotular o direito natural com uma fórmula pronta, Denis Diderot define o conceito de direito natural de forma complexa através de verbetes ou, em suas palavras, princípios[536].

Dentre as regras, como “existimos de maneira pobre, contenciosa, inquieta”, “o indivíduo deve dirigir-se à vontade geral para saber até que ponto deve ser homem, cidadão, súdito, pai, filho, e quando lhe convém viver ou morrer”. Quanto à prova, o enciclopedista compara o homem ao animal, afirmando que não somos apenas animais, “mas um animal que raciocina”. E, para não perdermos a qualidade de homens, e assim não passarmos a ser tratados como animais ferozes, “insensatos e maus, de uma maldade moral”, devemos procurar “os meios de descobrir a verdade”[537]. Na definição do

---

[535] Jônatas Milhomens, além de detalhar como as três fases históricas da prova ocorreram, quanto ao juramento, explica: “No direito romano, o juramento era ato de grande responsabilidade porque era feito invocando os deuses. Mentir neste momento solene era trair a consciência, ofender a fé pública e as divindades”. Ao examinar o duelo judiciário, o autor explica que a luta também foi um meio de prova, cronologicamente, a última das provas divinas, “e tinha como fundamento a crença de que, postos em combate os litigantes, a divindade não permitiria que saísse vencedor aquele cuja pretensão fosse injusta, pelo contrário, a vitória cabia a quem tivesse direito, com quem tivesse a razão” [...] “Os vilões combatiam servindo-se de escudo e bastão; os nobres, com as armas que lhe eram próprias; no combate entre um vilão e um nobre, este devia ficar de pé e em mangas de camisa; tratando-se de vários acusadores e um só acusado, aqueles acordavam entre si qual devia bater-se e, na hipótese de não haver acordo, ao juiz era dada a escolha”. MILHOMENS, Jônatas. **A prova no processo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 31-32; 37; 40-41.

[536] DIDEROT, Denis; D’ALEMBERT, Jean-Baptiste le Ronde. **Enciclopédia 4**. Política. São Paulo: Unesp, 2015, p. 102-107.

[537] “IV – Percebo de início uma coisa que tanto o bom quanto o mau confessam: que é preciso raciocinar em tudo, porque o homem não é somente um animal, mas um animal que raciocina; e que, consequentemente, há meios de descobrir a verdade no que se refere a essa questão; quem se recusa a procurá-la renuncia à sua qualidade de

conceito, o iluminista deixa evidente que a prova, ou melhor, a busca da verdade estrutura aquilo que se convenciona chamar direito natural através de princípios e verbetes.

Hamurabi, rei da Babilônia, foi conhecido com um bom governante entre seus súditos porque, dentre os seus feitos, também levou à promulgação de um código de leis norteado pelo espírito de justiça: o Código de Hamurabi, no século XVIII a.C. A legislação, que fisicamente encontra-se no museu do Louvre, foi profundamente importante para o direito asiático e hebreu e tinha como um de seus alicerces a prova[538].

O primeiro capítulo regulava "Dos sortilégios e juízo de Deus" em dois artigos e debruçava sua atenção na prova. O primeiro artigo previa que se um homem acusou outro homem livre com suspeitas de morte e não pode comprovar sua acusação, o acusador será morto. Já o artigo segundo estipulava que se um homem livre acusou outro homem de feitiçaria, mas não conseguir provar a verdade, ou melhor, a sua acusação, "aquele contra quem foi lançada a acusação será mergulhado no rio. Se o rio o dominar, seu acusador tomará para si sua casa. Se o rio o purificar e ele sair ileso, aquele que lançou acusação de feitiçaria será morto e o que mergulhou no rio tomará para si a casa do seu acusador"[539]. Ou seja, se a acusação não fosse demonstrada através da prova, o acusador seria morto.

O segundo capítulo do Código de Hamurabi, que regulava o falso testemunho e a prevaricação, em seu artigo terceiro tinha como excerto da própria norma, formando o tipo, o verbo provar, ao estipular que aquele que se apresenta como testemunha de acusação "e não provar o que disse" em processo que importa perda de vida, deverá ser morto. Já o quinto artigo previa o ato de improbidade do juiz ao alterar o resultado do julgamento após já ter exarado documento selado. Observamos que a cultura jurídica em

---

homem e deve ser tratado pelo resto de sua espécie como um animal feroz; e que, uma vez descoberta a verdade, todo aquele que se recusar a conformar-se a ela é insensato e mau, de uma maldade moral". DIDEROT, Denis; D'ALEMBERT, Jean-Baptiste le Ronde. **Enciclopédia 4**. Política. São Paulo: Unesp, 2015, p. 104.

538 Conforme escreve João Batista de Souza Lima: "A descoberta do código deveu-se a uma expedição francesa, chefiada pelo notável arqueólogo Jaques Morgan à Pérsia, que fez soerguer das ruínas da cidade de Susa a estela de diorito negro de 2,25m de altura, 1,60m de circunferência e 2,0m de base, em que foram gravadas as leis". LIMA, João Batista de Souza. **As mais antigas normas de direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 1-2.

539 "Art. 1º – Se um homem livre acusou outro homem livre e lançou sobre ele suspeita de morte, mas, não pôde comprovar seu acusador será morto. Art. 2º – Se um homem livre lançou contra outro homem livre uma acusação de feitiçaria, mas, não pôde comprovar, aquele contra quem foi lançada a acusação será mergulhado no rio. Se o rio o dominar, seu acusador tomará para si a sua casa. Se o rio o purificar e ele sair ileso, aquele que lançou a acusação de feitiçaria será morto e o que mergulhou no rio tomará para si a casa de seu acusador. LIMA, João Batista de Souza. **As mais antigas normas de direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 3.

nascimento no século XXIII a.C. já trabalhava com o conceito de prova documental e de documento autenticado, prevendo que sua adulteração pelo juiz, ao realizar um novo julgamento e, assim desconsiderar o primeiro veredito, faria que o magistrado não só pagasse multa, como perdesse o direito de exercer o cargo[540].

A prova, o desenvolvimento da sociedade, a constituição do direito natural e a sua formação andam juntos, conforme extraímos do exame da Lei da XII Tábuas. A lei foi redigida pelos decênviros[541], adotada em Roma pelas centúrias "e editada em vistas da reclamação dos tribunos do povo, que pediam a codificação do direito"[542].

Nesta codificação, já na Tábua I, estava previsto que se aquele que é chamado a "Juízo" não comparecer, poderá "aquele que o citou" tomar testemunhas e prendê-lo. A figura da testemunha também é mencionada no artigo primeiro da Tábua Sexta, "Do Direito de Propriedade e da Posse": "se alguém empenhar a sua coisa ou vender em presença de testemunhas, o que prometeu terá força de lei". A sólida codificação na Tábua Sétima já trabalhava com o conceito de impedimento e suspeição, quando, em seu artigo décimo quinto, previa que aquele que funcionou como testemunha, ou realizou a função de pesar o ouro, se recusa a dar o seu testemunho, sobre o fato apenas do peso do ouro, sobre ele recairá a infâmia e ninguém poderá servir como sua testemunha. Por

---

[540] "Art. 3º – Se um homem livre, em processo, se apresenta como testemunha de acusação e não prova o que disse, se o processo importa em perda de vida, ele deverá ser morto. Art. 4º – Se se apresentou com testemunho falso em causa de grão ou de prata, ele carregará a pena desse processo. Art. 5º – Se um juiz julgou uma causa, deu uma sentença e exarou um documento selado e depois alterou o seu julgamento, comprovarão contra esse juiz a alteração feita e ele pagará até doze vezes a quantia que estava em questão. Além disso, fá-lo-ão levantar-se do seu trono de juiz na assembleia e não tornará a sentar-se com os juízes em um processo". LIMA, João Batista de Souza. **As mais antigas normas de direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 3.

[541] Um decenviro ou decenvirato era uma magistratura *sine* império, na Roma Antiga. As funções desses magistrados eram amplas, podendo estender-se desde a atividade de fiscalização, até a edição extraordinária de leis, caso da famosa lei das dozes tábuas.

[542] "Uma comissão de patrícios composta de Ápio Cláudio, Mâlio, Postímio e Sulpício foi designada para uma viagem à Grécia a fim de estudar a legislação helênica e adaptá-la aos preceitos usuais de Roma. Embora muitos romanistas neguem a existência dessa comissão, quase todos os estudiosos da legislação romana confirmam a ida dessa expedição. No regresso da excursão, a Lei das XII Tábuas foi redigida pelos decênviros e adotada em Roma pelas centúrias, nos comícios entre 303 e 304 e editada em vistas das reclamações dos tribunos do povo, que pediam a codificação do direito estabelecido. Inicialmente, os decênviros publicaram dez tábuas às quais juntaram duas outras no ano seguinte. Foi um código de direito privado, contém regras de direito penal e de direito religioso. As XII Tábuas foram gravadas em bronze de boa têmpera e afixadas no Capitólio. Não foram inspiradas pela divindade, nem por ditame real, nem impostas pelos sacerdotes, mas invocadas por patrícios e plebeus, atendendo às necessidades vitais da época. Os decênviros, mais tarde, tornaram-se arbitrários e tiranizaram a cidade. Ápio Cláudio tentou seduzir a filha do centurião Virgílio e noiva do tribuno Lúcio Icílio e, não o conseguindo, reclamou-a como escrava de sua casa. Semelhante a uma tragédia grega, para salvar sua honra, Virgílio apunhalou-a. Conclamou os soldados e o povo, os decênviros demitiram-se e Ápio Cláudio foi morto. LIMA, João Batista de Souza. **As mais antigas normas de direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 43-44.

fim, em seu artigo décimo sexto, a lei determinava que a testemunha mentirosa fosse precipitada da rocha Tarpeia[543].

Da Lei das Doze Tábuas, extraímos não só a importância da prova para o próprio fechamento do sistema jurídico, como também inúmeros preceitos perpetuados em Constituições ou leis de todos os Estados Democráticos de Direito e associadas ao direito natural. Como exemplo, na Tábua Nona, quando a lei determinou "que não se estabeleçam privilégios (ou que não se façam leis contra indivíduos)", ou na Tábua Sétima, que previu que o causador do dano indenizasse a vítima[544]. O princípio da isonomia, a irretroatividade da lei sancionatória, ou o princípio da responsabilidade civil pelos atos daqueles que estão no exercício da sua capacidade civil são regras que transcendem o direito posto pelo legislador porque são direitos naturais do homem, incrustados e indissociáveis de sua razão como homem racional.

Jean-Jacques Rousseau, em *Do Contrato Social*, ao estabelecer as bases do contrato entre o súdito e seu soberano, e, assim, reconhecer que a soberania é inalienável e indivisível, constituindo e formando a vontade geral – ou melhor, a vontade do Estado, – reconhece limites ao poder soberano que não poderão ultrapassar aqueles da convenção geral (todos os homens terão direito de dispor de seus bens e da sua liberdade mediante acordos)[545].

A concepção contratualista do direito, conforme sustenta Miguel Reale, parece "ser uma convenção feita entre homens cansados de agressões mútuas, exaustos do estado selvagem, cheio de perigos recíprocos, de insegurança para todos"[546]. Nesta linha

---

543 "Se alguém participou de um ato como testemunha ou desempenhou nesse ato as funções de libripende, e recusa dar o seu testemunho, que recaia sobre ele a infâmia e ninguém lhe sirva de testemunha; se alguém profere um falso testemunho, que seja precipitado da rocha Tarpéia". LIMA, João Batista de Souza. **As mais antigas normas de direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 50.

544 "Se um quadrúpede causa qualquer dano, que seu proprietário indenize o valor desse dano ou abandone o animal ao prejudicado". LIMA, João Batista de Souza. **As mais antigas normas de direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 49.

545 "Disso se percebe que o poder soberano, por mais absoluto, sagrado e inviolável que seja, não plenamente do que lhe foi deixado de seus bens e de sua liberdade mediante as convenções de sorte que o Soberano jamais goza do direito de onerar um súdito mais do que um outro, porque então, tornando-se o assunto particular, seu poder não é mais competente". ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Coleção Folha de S. Paulo – Livros que mudaram o mundo, 2010, p. 41.

546 "A explicação contratualista do Direito tem suas raízes mais remotas na história da cultura do Ocidente. Já se esboça o contratualismo entre os sofistas, que reduzem a justiça ao meramente convencional. Esta doutrina vai aos poucos adquirindo cidadania ao mundo helênico, até encontrar seus maiores intérpretes na Filosofia de Epicuro. O Direito parece-lhe ser uma convenção feita entre homens cansados de agressões mútuas, exaustos do estado selvagem, cheio de perigos recíprocos, de insegurança para todos". REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 623.

de raciocínio, sustenta o professor da Universidade de São Paulo (USP): “O Direito Natural clássico não se apresenta como uma duplicidade do Direito Positivo, mas se resume em alguns preceitos que, sendo base da vida prática, condicionam também o mundo jurídico”[547]. Em outras palavras, os homens, cansados do estado de luta incessante, ao outorgarem sua liberdade ao soberano por meio do contrato social, assim o fazem de forma restrita, já que o contratante teria direitos inalienáveis ao obrigar o Estado, ao constituir suas leis, à observância deste núcleo mínimo e intocável.

Os romanos não desenvolveram uma teoria do ato jurídico, já que a teoria geral só veio a ser desenvolvida pelos pandectistas na Alemanha do século XIX. De qualquer forma, por força do desenvolvimento social e da vida econômica, até mesmo a representação direta na administração de negócios comerciais ou de uma pessoa jurídica passou a ser ato jurídico corriqueiro naquela época, assim como foram desenvolvidos conceitos de nulidade e de anulabilidade dos atos jurídicos, cabendo destacar a invalidade e a ineficácia do ato jurídico que tivesse como fundamento uma causa imoral ou ilícita[548].

Com o surgimento do Cristianismo fica evidenciada a cisão entre política e religião, o que levou também ao surgimento da divisão entre moral e política. São Tomás de Aquino, com base nesta nova dicotomia, define o direito natural não como um Código da boa razão, mas como “alguns fundamentos de conduta, derivados de maneira imediata da razão, por participação à *lex aeterna*”[549]. Ou seja, assim como fez Denis Diderot, São

---

[547] “Existem mesmo na obra de Cícero passagens de invulgar beleza, nas quais se tece a apologia da *lex* como expressão da *ratio naturalis*, sempre igual por toda parte, sempiterna, que determina o que deve ser feito e o que deve ser evitado. Bem poucas vezes a consciência da Lei Natural, enquanto momento essencial da Ética, atingiu tamanha beleza e precisão como na obra ciceroniana. O Direito Natural clássico não se apresenta como uma duplicata do Direito Positivo, mas se resume em alguns preceitos que sendo base da vida prática, condicionam também o mundo jurídico. Para os mestres do Direito Natural clássico, este não é senão a Moral mesma enquanto serve de pressuposto ao Direito, expressando, por conseguinte, certos princípios gerais de conduta, como exigências imediatas e necessárias da racionalidade humana”. REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 628-629.

[548] “Falta, ilegitimidade ou imoralidade da causa do ato jurídico. Falta a causa quando ela não é reconhecida pelo direito ou quando não existe ou desaparece uma causa remota, *v. g.*, o pagamento sem causa, o pagamento feito para compensar alguém da perda de uma coisa alheia que, afinal, é recuperada gratuitamente. A causa é ilícita quando atenta contra a norma jurídica, *v. g.*, a doação entre cônjuges. A causa é imoral quando contrária aos bons costumes, *v. g.*, a doação para evitar ação desonesta”. CHAMOUN, Ebert. **Instituições de direito romano**. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 100.

[549] “A lei natural estatui aquilo que o homem deve fazer ou deixar de fazer, segundo o princípio de ordem prática fundamental de toda a concepção tomista, de que o bem deve ser feito e o mal evitado. Estes princípios, que a razão natural atinge por si mesma, por hábito ou inclinação (*sinderesis*), formam o embasamento da conduta ou do comportamento humano. O Direito Natural, na concepção tomista, não é, porém, um Código da boa razão, nem

Tómas de Aquino também não chega a uma definição direta do conceito de direito natural, cunhando o conceito por meio de princípios.

Seguindo o mesmo raciocínio, mas com outras palavras, o direito natural está conectado com princípios universais das ciências do homem, “inerentes à natureza do homem, havido como ser dotado, ao mesmo tempo, de vida física, de razão e de consciência”[550].

Lancemos o repto: seria da natureza humana, conectada com princípios universais, como presunção de inocência, devido processo legal, direito de ir e vir, dentre inúmeros outros vetores que norteiam os Estados Democráticos de Direito, condenar um cidadão à pena de prisão sem a prova do fato delituoso? Seria razoável, sem agredir o direito natural ao pátrio poder, retirar o filho de uma mãe? As respostas só podem ser negativas. À medida que o Estado passa a exercer seu poder de forma arbitrária e totalitária, por meio de processos mal julgados por deficiência de prova, sua força motriz – que é justamente o contrato social entre governados e governantes –, vai se esvaziando e se perdendo à luz daqueles que delegaram sua soberania aos donos do poder.

O exercício do poder, quer seja em Estados democráticos ou teocráticos, pressupõe a tolerância, que, por sua vez, poderá se desdobrar em um ideal puramente político, “sendo expressa em função dos direitos e deveres que protegem a liberdade religiosa em conformidade com a concepção política razoável de processo”. A outra concepção, que não é puramente política, o exercício do poder além de exigir um

---

tampouco um ordenamento cerrado de preceitos, mas se resume, afinal, em alguns mandamentos fundamentais de conduta, derivados de maneira imediata da razão, por participação à *lex aeterna*. Tais princípios ou normas do Direito Natural impõem-se de maneira absoluta ao legislador e aos indivíduos, de tal maneira que não se pode considerar Direito qualquer preceito que de modo frontal contrarie as normas do Direito Natural, máxime quando consagradas como leis divinas (*jus sive justum*)”. REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 639.

[550] “Mas, acima dessas concepções particulares, uma concepção geral do direito existe, que a todos os povos se impõe, não pela força da coerção material, mas pela força própria dos princípios supremos, universais e necessários, dos quais resultam princípios, estes inerentes à natureza do homem, havido como ser social dotado, ao mesmo tempo, de vida física, de razão e de consciência. E, na verdade, é o homem um ser formado de corpo e alma, criatura que sua tendência ao aperfeiçoamento, caminha em direção ao Criador. Não são, portanto, apenas as suas exigências físicas, ou sociais, nem tampouco apenas os preceitos éticos, morais ou espirituais, nem ainda, exclusivamente, a razão, que definem a sua natureza; ao contrário, são todos estes elementos reunidos que integram a unidade natural da pessoa humana. A razão extrai e declara os princípios gerais que do concurso de tais elementos resultam e, pois, da natureza humana decorrem; mas, nesta e não naquela se encontra o fundamento do direito natural, que não é um superdireito, mas um conjunto de princípios supremos, universais e necessários que, extraídos da natureza humana pela razão, ora inspiram o direito positivo, ora por este direito são imediatamente aplicados, quando definem os direitos fundamentais do homem”. RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 7. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 93-94.

julgamento razoável, exige também a confirmação deste mesmo julgamento como verdadeiro “por uma doutrina razoável”[551].

A prova a instrumentalizar o próprio direito material que pertence aos homens torna-se mecanismo imprescindível para a manutenção deste Estado, alicerçando-o. Afinal, qual seria o sentido, ou melhor, a utilidade prática de os homens abrirem mão de sua liberdade em busca de segurança, se o beneficiário desta parcela de liberdade não lhe trará segurança porque não haverá justiça?

Leonardo Greco nos lembra de que não estamos mais vivendo nos tempos do poder absoluto dos reis ou no individualismo da livre convicção liberal, quando cabia ao julgador ditar a lei aplicável ao caso concreto. Hoje, a legitimidade política do exercício do poder pelo funcionário público a quem cabe julgar os casos submetidos ao Estado repousa na credibilidade das decisões proferidas. Até porque as exigências da sociedade aumentaram, quando os administrados passaram a requerer “a exata reconstituição dos fatos” como “pressuposto fundamental de decisões justas e da própria eficácia da tutela jurisdicional dos direitos, já que legitimadora do poder político de que estão investidos os julgadores”[552].

---

[551] “Os conflitos entre democracia e doutrinas religiosas razoáveis e entre as próprias doutrinas religiosas são grandemente mitigados e contidos dentro dos limites dos princípios razoáveis da justiça em uma sociedade democrática constitucional. Essa mitigação deve-se à ideia de tolerância, e fiz distinção entre duas ideias desse tipo. Uma é puramente política, sendo expressa em função dos direitos e deveres que protegem a liberdade religiosa em conformidade com uma concepção política razoável de justiça. A outra não é puramente política, mas é expressa a partir de dentro de uma doutrina religiosa ou não-religiosa. Contudo, um julgamento razoável da concepção política ainda deve ser confirmado como verdadeiro, ou certo, por uma doutrina abrangente razoável. Presumo, então, que uma doutrina abrangente razoável aceita alguma forma de argumento político a favor da tolerância. Naturalmente, os cidadãos podem pensar que as razões de fundamentação da tolerância e dos outros elementos de uma sociedade democrática constitucional não são políticas, mas, antes, devem ser encontradas nas suas doutrinas religiosas ou não-religiosas. E essas razões, podem muito bem dizer, são as razões verdadeiras ou corretas, e podem ver as razões políticas como superficiais e as de fundamentação como profundas. Contudo, não há nenhum conflito no caso, mas simplesmente julgamentos concordantes feitos dentro de concepções políticas de justiça, por um lado, e de doutrinas abrangentes, por outro”. RAWLS, John. **O direito dos povos**. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 230-231.

[552] “Essa indiferença com o resultado da apuração dos fatos no processo encontrava justificativa na inspiração divina da decisão judicial, aceita desde a Antiguidade grega, ou no poder absoluto do soberano, que substituiu na Idade Moderna o poder divino, ou no individualismo da livre convicção liberal, em que o juiz emanava a lei do caso concreto, mas seguramente não satisfazia aos ideias democráticos do Estado contemporâneo, que assenta a legitimidade política do poder dos juízes na credibilidade das suas decisões. A sociedade do nosso tempo é mais exigente. Ela não mais se contenta com qualquer reconstrução dos fatos, mas apenas com aquela que a consciência coletiva assimila e aceita como autêntica, porque a exata reconstituição dos fatos é um pressuposto fundamental de decisões justas e da própria eficácia da tutela jurisdicional dos direitos, já que legitimadora do poder político de que estão investidos os julgadores”. GRECO, Leonardo, O conceito de prova. *In:* **Estudo de direito civil**: em homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: RT, 2005, p. 425.

Se o Estado no qual lhe foi confiada valiosa parcela dos direitos de seus cidadãos por meio do contrato social não é capaz de garantir, possivelmente, a razão mais valiosa de sua constituição, ou seja, a paz judiciária, através da utópica observância do devido processo legal, um procedimento "equitativo" em busca de um desfecho tão justo quanto possível por meio da equitativa distribuição do ônus da prova conforme sustenta Chaïm Perelman em *Ética e Direito*, para que ele servirá? Qual será a finalidade deste Estado?[553]

Norberto Bobbio explica que o direito natural, ou melhor, os princípios e vetores os quais o homem pode se utilizar ao se humanizar, uma vez que estão atrelados ao seu próprio caminhar, tornam-se indissociáveis da sua moral, assim entendido como pertencente ao domínio de seu espírito. A consequência desta associação leva à obrigatoriedade do Estado em observar por meio de suas leis, o respeito a estes vetores e princípio tão nobre à raça humana, já que obrigatoriamente deverão estar positivados por este mesmo Estado que busca e precisa se legitimar[554].

O direito da prova está diretamente conectado ao acesso à justiça a ser garantido pelo Estado, plasmado no direito natural, impondo um ônus equitativo a cada parte, que deverá comprovar o ato que lhe aproveita. Concluindo com as palavras de Leonardo

---

[553] "Quando um processo é iniciado, é importante restabelecer, assim que possível, a paz judiciária, observando os procedimentos que garantem um processo equitativo (*due process law*) e um desfecho tão justo quanto possível. Uma condição prévia é que a decisão tenha um fundamento fático, que os fatos pertinentes sejam estabelecidos pela intervenção daqueles que têm o ônus da prova, ou seja, daqueles que terão seus pedidos indeferidos se a prova for insuficiente". PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 593.

[554] Esse discurso adquire um interesse particular quando se pensa nos direitos do homem que experimentaram historicamente a passagem de um sistema de direitos em sentido fraco, na medida em que estavam inseridos em códigos de normas naturais ou morais, para um sistema de direitos em sentido forte, como o são os sistemas jurídicos dos Estados nacionais. E hoje, através das várias cartas de direitos promulgadas em fóruns internacionais, ocorreu a passagem inversa, ou seja, de um sistema mais forte, como o nacional não despótico, para um sistema mais fraco, como o internacional, onde os direitos proclamados são sustentados, quase que exclusivamente, pela pressão social, como ocorre habitualmente no caso dos códigos morais, e são repetidamente violados, sem que as violações sejam, na maioria dos casos, punidas, sofrendo uma outra sanção que não a condenação moral. No sistema internacional, tal como ele existe atualmente, inexistem algumas condições necessárias para que possa ocorrer a passagem dos direitos em sentido fraco para os direitos em sentido forte: a) a de que o reconhecimento e a proteção de pretensões ou exigências contidas nas Declarações provenientes de órgãos e agências do sistema internacional sejam consideradas condições necessárias para que um Estado possa pertencer à comunidade internacional); b) a existência, no sistema internacional, de um poder comum suficientemente forte para prevenir ou reprimir a violação dos direitos declarados. Não há melhor ocasião do que este congresso internacional de estudiosos – em particular, de sociólogos do direito, que se ocupam profissionalmente com a observação da inter-relação entre sistema jurídico e sistema social – para denunciar o abuso (ou melhor, o uso enganoso) que se faz do homem na sociedade internacional". BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 9. ed. São Paulo: Campus, 1992, p. 21.

Greco, “sem que nós tivéssemos percebido, o direito probatório banhou-se de valores humanitários, muitos dos quais de encalce ainda impreciso”[555].

2.2 O conceito de prova

A prova tem aspecto prático ao instrumentalizar a forma, o modo e o tempo em que o fato relevante para a vida em sociedade ocorreu. O registro da data do casamento contraído pelo casal e o nome de seus filhos no registro civil. O registro da casa adquirida pelo casal no registro geral de imóveis. Justamente para que a existência do casamento como um fato ocorrido possa ser demonstrado pelo casal ao adquirir empréstimo no banco para compra da casa, será necessário ir ao registro civil das pessoas naturais e, mediante cópia da certidão, apontar a ocorrência do fato, a existência do casamento, sua data e o regime de bens, provando-o para o banco. Poderíamos afirmar, conforme destaca Gustavo Tepedino, que “todo fato social interessa ao direito”[556].

Da mesma forma, na relação jurídica processual, a prova demonstra que o fato existiu, ocorreu de determinada forma, em determinado dia e de um determinado modo, possibilitando ao julgador encontrar segurança ao decidir, embasado na veracidade dos fatos relevantes para a solução do litígio. “O que não está nos autos não está no mundo” é a dura realidade para aqueles que têm alguma experiência com o contencioso.

Ora, se o mesmo administrado ou jurisdicionado tivesse o direito de usufruir ou gozar de determinado bem ou de determinada situação jurídica, tanto no dia a dia, o que é a regra, ou quando surgisse a pretensão resistida de determinado interesse, mas não tivesse como prová-lo, para que o direito lhe serviria? Leonardo Greco, citando Alessandro Giuliani, lembra que se “chegou a dizer que toda a ciência jurídica se reduz

---

[555] “O método processual de busca da verdade vai aos poucos se aproximando do método histórico e do método científico, e a livre convicção não pode transformar-se em instrumento de arbítrio, nem tampouco convencer apenas ao próprio juiz”. GRECO, Leonardo. **A prova no processo civil** – do Código de 1973 ao novo Código Civil. Campos dos Goytacazes: Scientia Iuris, 2005, p. 96.

[556] Gustavo Tepedino destaca: “A rigor, todo fato social interfere, ao menos potencialmente, na convivência social, encontrando-se, portanto, no espectro de incidência do ordenamento jurídico. Desse modo, “quando se fala em ato jurídico, o que se tem em vista é a relevância do acontecimento para o Direito” (Villela, 1982, p. 259), não sendo por isso mesmo suficiente a percepção de que a normativa do Código Civil possuiria aplicação limitada a certos fatos, conforme a classificação adotada. Investigando-se as razões da opção pela disciplina civil da prova – além do fato de representar reminiscência histórica da relação entre a forma e a prova do negócio jurídico – nota-se a preocupação com a regulamentação da prova exclusivamente no âmbito do processo judicial”. TEPEDINO, Gustavo. A evolução da prova entre o direito civil e o direito processual civil. **Pensar Revista de Ciências Jurídicas**, maio-ago. 2017, p. 554.

a uma ciência das provas e que o próprio direito não existe independente de sua prova"[557].

O processo, como um conjunto de atos controvertidos pelas partes, exige do juiz a solução de questões de fato decorrentes dos pontos controvertidos. É necessário a um julgador cioso de seus deveres averiguar como os fatos ocorreram e as coisas realmente se passaram. Ademais, a função cognitiva do juiz não é apenas averiguar como as coisas ocorreram e os fatos se enredaram, mas buscar também as consequências jurídicas daqueles fatos para "enunciar a regra concreta que deve disciplinar aquela determinada situação". Não há dúvidas também de que quanto "mais abundantes e mais seguros subsídios se puderem obter das provas, tanto menor a margem de erro a que ficará o órgão julgador na hora de sentenciar" nas palavras de José Carlos Barbosa Moreira[558].

A necessidade de se garantir "os meios mais abundantes e seguros" no tocante à prova também vem suprir outro importante aspecto prático das relações jurídicas processuais que abarca todas as espécies possíveis de fatos e abrange todas as áreas do saber. Fala-se em uma concepção metajurídica da prova. Segundo a doutrina, como movimento contrário ao sistema das provas legais e da retórica, esta concepção "identifica-se como um fenômeno utilizado pelo conhecimento humano em todas as áreas

---

[557] "Alessandro Giuliani, o jusfilósofo italiano cuja obra inspirou o título deste estudo, chegou a dizer que toda a ciência jurídica se reduz a uma ciência das provas e que o próprio direito não existe independentemente de sua prova. Como é possível assegurar que todos os juízes direcionem os seus esforços para definir de modo consistente os fatos, sem esclarecer previamente o que é a atividade probatória, qual é o seu objeto, qual é a sua função; sem definir qual é o método mais apropriado, quais são os seus poderes e as suas limitações? Lessona, no seu majestoso Tratado, considerava a definição de prova um conceito comum, eminentemente prático: dar ao juiz a certeza do ser e do modo de ser dos fatos controvertidos". GRECO, Leonardo. O conceito de prova. *In:* **Estudo de direito civil**: em homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: RT, 2005, p. 424-425.

[558] Segundo José Carlos Barbosa Moreira: "O julgamento da maior parte dos litígios, ninguém o ignora, implica necessariamente a solução de questões de fato: as partes apresentam, em regra, versões não coincidentes dos acontecimentos que deram origem ao pleito, e o órgão judicial, para aplicar as normas de modo correto, precisa averiguar como foi que realmente se passaram as coisas. Se parece impróprio enxergar na descoberta da verdade o fim último do processo, é sobretudo porque, em relação ao ato de jugar, ela desempenha papel instrumental; a função cognitiva do juiz não se esgota com a exposição daquilo que, a seu ver, aconteceu, mas vai além, para determinar as respectivas consequências jurídicas – ou, de acordo com fórmula clássica, enunciar a "regra jurídica concreta" que deve disciplinar aquela determinada situação. Reconhecê-lo de modo algum importa relegar a plano secundário, na atividade jurisdicional, o momento da apuração da realidade fática. Leve-se em conta que, com poucas exceções, só por meio das provas tem o juiz acesso ao conhecimento dos fatos, e facilmente se concluirá que, ao menos em princípio, a probabilidade de atingir-se uma decisão justa cresce na razão direta do rendimento dos mecanismos probatórios. Quanto mais abundantes e mais seguros subsídios se puderem obter das provas, tanto menor a margem de erro a que ficará sujeito o órgão judicial, na hora de sentenciar. Tal ideia, em si, não é com certeza de hoje, nem de ontem; vários de seus desdobramentos, porém, vão ganhando relevo particular, por diferentes razões, no quadro atual da administração da justiça". MOREIRA, José Carlos Barbosa. Alguns problemas atuais da prova civil. **Revista Crítica Judiciária**, Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 1.

do saber, procurando desprendê-la de uma caracterização especializada, exclusivamente técnico-jurídica"[559].

As provas serviriam como pontes por meio das quais os fatos chegariam "aos sentidos, depois à mente do juiz". Mas, qual seria o ponto de partida destes fatos? Tudo o que estiver ao alcance do conhecimento humano poderá ser o ponto de partida para se exteriorizar o fato que poderá influenciar na formação da convicção do juiz. A ducha de um chuveiro poderá ser a causa de um vazamento que acabou comprometendo o sistema elétrico da casa, gerando incêndio de prejuízo incalculável com o falecimento de um dos homens mais ricos do mundo em um procedimento que se discute não só os prejuízos com a morte, mas a perda da chance no que seria o maior negócio empresarial do planeta então engendrado pelo falecido. O tempo necessário de viagem em um avião supersônico, a fim de averiguar a possível presença de forças militares em determinado cantão do planeta, poderá ser essencial para caracterizar a impossibilidade de que determinadas tropas chinesas tivessem estado no Alasca em determinado horário e, assim, evitar lançar o mundo em uma Terceira Guerra Mundial.

Ou, como prefere José Carlos Barbosa Moreira, "em terminologia mais rigorosa, a esses pontos de partidas é que se deve aplicar, ao nosso ver, a designação fontes de prova", que podem ser concebíveis de forma mais simples como "outras pessoas, coisas e fenômenos naturais (sucessão de dias e noite, precipitações atmosféricas, modificação do solo ou da paisagem devido a movimentos tectônicos, e assim por diante) ou artificialmente provocados (*v.g*., uma reação química em laboratório)"[560]. Na medida em

---

[559] Leonardo Greco, com base em Francesco Carnelutti, relembra: "a concepção meta-jurídica se distancia das provas legais porque, enquanto estas são um sistema fechado, que submete o juiz às regras da lei, aquela é um sistema aberto, em que o juiz deve recorrer aos métodos e critérios de todas as outras áreas de conhecimento, porque o Direito não é capaz, por si só, de fornecer-lhe os meios e as diretrizes para definir com segurança os fatos. Se o método das ciências biológicas é o mais adequado para apurar ou avaliar os dados que podem acertar os fatos, a ele deve recorrer o juiz. E assim, do mesmo modo, deve ele fazer uso dos métodos de todas as demais áreas do conhecimento humano, como a psicologia, a física, a matemática, a sociologia etc". GRECO, Leonardo. O conceito de prova. *In:* **Estudo de direito civil**: em homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: RT, 2005, p. 434-435.

[560] "De onde podem partir essas pontes? À evidência, de tudo quanto seja acessível aos comuns sentidos humanos – já que, ainda a admitir-se (como pessoalmente admite o autor destas linhas) a possibilidade de uma revelação sobrenatural, nenhum ordenamento jurídico moderno autorizaria o juiz a pô-la como fundamento da decisão. Logo, os pontos de partida concebíveis são: outras pessoas, coisas e fenômenos naturais (sucessão de dias e noites, precipitações atmosféricas, modificações do solo ou da paisagem devidas a movimentos tectônicos e assim por diante) ou artificialmente provocados (*v.g*., uma reação química em laboratório). Em terminologia rigorosa, a esses pontos de partida é que se deve aplicar, ao nosso ver, a designação de fontes de prova". MOREIRA, José Carlos Barbosa. Alguns problemas atuais da prova civil. **Revista Crítica Judiciária**, Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 4.

que a sociedade evolui, novos fatos passam a ser importantes para o direito. Por exemplo, na década de 1950, o computador para o direito, como fato, ou melhor, como coisa, não existia. Hoje, fala-se em direito da informática, em processo eletrônico [...]

As fontes de prova são todas aquelas captáveis pelo sentido. Eventualmente, em procedimento arbitral que tenha duas famílias espíritas litigando, é possível que ambas as partes sugiram ao árbitro, um forte espírita que decidirá por equidade, tentar conversar com o falecido, buscando entender determinada carta praticamente ilegível deixada para as duas famílias.

A prova é vista como "ato de inteligência", por meio do qual "a realidade da vida", ou até mesmo da vida espiritual, como no exemplo hipotético, transparece para o espectador, prestigiando a própria razão humana com a sua diversidade de culturas e a lógica do processo. Aristóteles, utilizando-se das ciências como a lógica, a física, a tópica e a política para discordar das inspirações divinas da Antiguidade, utilizou o método dialético para favorecer a construção do raciocínio do juiz ao decidir. A este método se opuseram os sofistas, que utilizaram a retórica que "como tentativa de persuasão e de racionalização da revelação da verdade passam a estabelecer regras probatórias sobre o julgamento dos fatos no processo"[561].

Com o desenvolvimento das ciências, ganha força a busca da verdade por meio da concepção metafísica da prova como elemento funcional do conceito; nesse contexto, Jeremy Bentham[562] foi um dos seus maiores expoentes. Nesta concepção, a verdade

---

[561] "As regras dessa construção racional de conclusões, que definem a prova como instrumento do saber humano, não são exclusivas do Direito. Todos os indivíduos extraem cotidianamente conclusões sobre a ocorrência de fatos para tomarem decisões. O mesmo ocorre no âmbito do processo judicial, no qual o juiz tem de chegar a conclusões racionais sobre a existência ou não de certos fatos. Aristóteles, valendo-se da lógica, da física, da tópica e da política para discordar da inspiração divina existente na Antiguidade, no tocante à revelação da verdade por parte do juiz, constrói o raciocínio dialético. Mais adiante, os sofistas constroem o argumento retórico e, então, a dialética e a retórica, como tentativas de persuasão e de racionalização da revelação da verdade, passam a estabelecer regras probatórias sobre o julgamento dos fatos no processo. Tais regras, originadas no raciocínio filosófico, faziam com que o raciocínio do juiz ou a sua conclusão sobre a verdade dos fatos resultasse mais dos argumentos do que da própria realidade da vida. Essa tradição dialética e retórica foi transmitida aos romanos e enriquecida por Cícero, para quem a prova é o domínio do duvidoso. Nas suas palavras, "o argumento é a razão que faz fé da coisa dúbia", ou seja, que dá credibilidade àquilo de que se duvida. A prova, então, era vista como um meio da inteligência, devendo ser conduzida de maneira universalmente convincente, forçando os destinatários da decisão a reconhecerem a verdade de uma proposição antes considerada como duvidosa. GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil**. v. II. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 100-101.

[562] "El hombre natural puede ser amigo de la verdad, el hombre artificial es su enemigo. El hombre natural puede raciocinar con exactitud y sencillez: el hombre artificial no sabe discurrie sino á favor de sutilezas, de suposiciones y de ficciones. El hombre natural puede caminar á sus lines por el caminho recio, el hombre artificial no puede llegar al suyo sino por rodeos infinitos". BENTHAM, Jeremias. **Tratado de las pruebas judiciales**. Granada: Comanes, 2001. Tradução livre: "O homem natural pode ser amigo da verdade; o homem artificial é inimigo dela. O homem natural

representa o justo; e o homem imbuído dos princípios e dos deveres naturais é amigo da verdade.

Com o desenvolvimento da civilização a partir dos movimentos Iluminista e Renascentista, as ciências se desenvolveram ao largo do conceito de verdade. Várias vozes passaram a afirmar que os instrumentos de investigação poderiam errar ou gerar erros, até porque as partes só demonstram o prisma do quinhão da verdade que lhes atende e por meio de suas interpretações parciais. Neste ponto, as lições de Leonardo Greco são importantes, ao lembrar que Piero Calamandrei negava que a verdade pudesse brotar, emergir do processo, reproduzindo a posição pessimista de Voltaire: "É certo, doze mil testemunhas poderiam representar doze mil versões dos fatos. Mas, se todas as ciências relatassem os mesmos fatos, seria difícil desmentir a veracidade dos seus depoimentos"[563].

Infelizmente, as palavras de Voltaire não ficam esquecidas em casos nos quais a sentença foi alicerçada em provas forçadas, como testemunhas subornadas ou amedrontadas, ou documentos alterados com cuidado e sem qualquer pudor. Durante a minha prática forense, um bom amigo, com importante cargo de comando em uma multinacional, horrorizado com festejado escritório de advocacia, confidenciou-me que lhe havia sido oferecido serviço de terceiro pelos advogados, cujo objetivo seria montar um álbum de provas adulteradas em eventual conflito societário de seus competidores ou possíveis desafetos.

Os operadores do direito, reconhecendo que a busca da verdade no processo não equivale à busca da verdade científica, e, considerando as próprias limitações da relação

---

pode raciocinar com simplicidade e precisão; o homem artificial não sabe raciocinar, senão por meio de sutilezas, suposições e ficções. O homem natural pode chegar ao seu objetivo por um caminho reto; o homem artificial nunca chega ao seu, senão por infinitos rodeios […]". BENTHAM, Jeremías. **Tratado de las pruebas judiciales**. Traducida del francés al castellano por C.M.V. Paris: Bossange Fréres, 1825. Disponível em: http://cdigital.dgb.uanl.mx/la/1080045433_C/1080045433_T1/1080045433_MA.PDF Acesso em: 22 jan. 2021.

563 "Calamandrei, que em alguns estudos se debruçou sobre o tema, apresenta conclusões bastante céticas sobre a verdade no processo. Esclarece ele que o processo, fundamentalmente baseado no princípio dispositivo, não pode chegar a formular mais do que juízos relativos e contingentes sobre os fatos, juízos esses que não podem transmitir qualquer credibilidade fora do próprio processo. Os instrumentos de investigação são falhos. As partes somente produzem provas de circunstâncias fáticas que a cada uma delas interessam. Nega o Autor que a verdade possa emergir do processo, reproduzindo a frase pessimista de Voltaire: "celui qui a entendu dire la chose à douze mille témoins oculaires n'a que douze mille probabilités, égales à une forte probabilité, laquelle n'est pas égale à la certitude". É certo, doze mil testemunhas poderiam representar doze mil versões dos fatos. Mas se todas, de ciência própria, relatassem os mesmos fatos, seria difícil desmentir a veracidade dos seus depoimentos". GRECO, Leonardo. O conceito de prova. *In:* **Estudo de direito civil**: em homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: RT, 2005, p. 444.

jurídica processual de várias naturezas (cabe destacar os custos e o tempo), se valem de outras ferramentas em busca da certeza dos fatos. Transparecem para o processo os conceitos de verossimilhança, probabilidade e prova, e graus de probabilidade e *standards* de decisões em busca da verdade, ou melhor, em busca da maneira como os fatos realmente ocorreram na relação conflituosa envolvendo as partes e precisa ser solucionada de forma justa, ou seja, da forma como os fatos se passaram[564].

A busca da verdade por meio da obtenção da certeza dos fatos "não significa transformar o processo numa busca interminável da verdade absoluta"[565], até porque a prova como meio de trazer aos sentimentos do julgador a exata cor, cheiro, tamanho, dinâmica e emoção do enredo processual, com seus personagens, protagonistas antagônicos, atores e terceiros, apresenta três fases bem delineadas quanto à sua finalidade e utilidade para a relação jurídica processual.

O primeiro momento ou fase ocorre com a própria constituição da prova, como fato jurídico *lato sensu* com consequência jurídica de constituir, modificar e extinguir direitos, como meio auferível pelo sentido humano, considerando o desenvolvimento atual das ciências. A certidão de casamento, a certidão de nascimento dos filhos deste casal, a certidão de propriedade do imóvel adquirido com uma vida de trabalho, as certidões de óbito deste mesmo hipotético casal, o formal do imóvel transferindo a propriedade aos filhos em condomínio. Assim, com o nascer do dia e o pôr do sol, os fatos giram como um relógio, exigindo do interessado que prove os fatos constitutivos, modificativos ou

---

564 Michele Taruffo foi o maior precursor da análise dos elementos da sentença. Destacamos seus escritos sobre a formação do convencimento do julgador, quando o julgador estabilizará e formará sua convicção ou achará a sua verdade, e, em seguida, quando esta verdade será demonstrada através da motivação da sentença. TARUFFO, Michele. **A motivação da sentença civil**. Coleção Processo e Direito. Madri, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, 2015. O exame do trabalho *Veritá e probabilitá nella prova dei fatti* também merece destaque: "Coloro i quali engano che la verita debba essere accertata nell'ambito del processo si fondano – senza chiedersi in realtà se la verità possa essere accertata-su um atteggiamento teórico (*rectius*: ideológico) che muove da una premessa generale relativa ala funzione che si assegna al processo". Tradução livre: "Aqueles para quem a verdade deve ser verificada no processo baseiam-se – sem realmente questionar se a verdade pode ser assegurada – em uma atitude teórica (*rectius*: ideológico) que parte de uma premissa geral relativa à função atribuída ao processo". TARUFFO, Michele. Verità nella prova dei fatti. **Revista de Processo**, dez. 2007. Humberto Ávila, em estudo específico, fundamenta sua argumentação em quatro *standards* de prova em geral adotados: a prova irrefutável, a prova acima de qualquer dúvida razoável, a prova clara e convincente e a prova convincente ou de verossimilhança razoável. ÁVILA, Humberto. Teoria da prova: *standards* de prova e os critérios de solidez da inferência probatória. **Revista de Processo**, v. 282, ago. 2018.

565 GRECO, Leonardo. O conceito de prova. *In:* **Estudo de direito civil**: em homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: RT, 2005, p. 444.

extintivos que lhe são importantes, ou melhor, que lhe tragam ou garantam a satisfação de um direito subjetivo ou de uma situação jurídica.

O segundo momento ocorre quando o fato jurídico *lato sensu* ingressa no curso da relação jurídica, transpondo para o mundo dos fatos, do direito material, para o mundo do processo, ingressando no curso do procedimento e, para isso, observando também determinadas regras para sua existência, validade e eficácia na relação jurídica processual. Nessa fase, é interessante observar uma flagrante e real igualdade entre autor e réu, verdadeiro direito natural decorrente do direito à igualdade a impor, como tarefa a ser cumprida pela parte interessada, ou seja, como seu ônus, trazer ao processo os fatos e os meios de prova que alicerçariam os fatos constitutivos do direito no caso do autor, ou os fatos impeditivos ou modificativos que alicerçam o direito de tutela jurisdicional ao réu, com a declaração de improcedência do pedido.

O autor, em regra, apresentará a sua prova documental com a petição inicial (art. 319, VI, do CPC/2015). O réu, ao protocolar sua contestação, apresentará os documentos necessários a fim de comprovar suas alegações (art. 336 do CPC/2015). As partes poderão apresentar documentos novos até mesmo durante a execução, caso o recibo de quitação da dívida exequenda só tenha sido encontrado naquela fase do processo (art. 435, CPC/2015). A prova pericial será produzida antes da audiência de instrução e julgamento, se não for o caso da produção antecipada do laudo pericial, para que o perito possa esclarecer pontos específicos do seu trabalho (arts. 358-361, CPC/2015). Por fim, a prova oral, com a oitiva das testemunhas, das partes, dos informantes, do perito e de todos aqueles que poderão contribuir para o processo, como o *amicus curiae*, em regra, será produzida no curso da audiência de instrução e julgamento. De qualquer maneira, a produção da prova, ou melhor, o seu resultado, não poderá ser descartado pelo julgador embasado em eventual preclusão, salvo se houver prejuízo à outra parte ou ao próprio processo.

Nas arbitragens, o arcabouço traçado pelo CPC/2015 no tocante à produção da prova é observado pelas câmaras arbitrais, temperado com as peculiaridades deste meio alternativo de conflito, decorrentes das adaptações albergadas pelo procedimento, .

Dentre as peculiaridades, em regra, a produção da prova oral ocorrerá antes do início da perícia[566].

O terceiro momento da prova, por meio do qual a prova fecha o sistema jurídico, objetivando declarar o direito da parte, ocorre quando o julgador decide, julga à luz dos fatos provados no curso do procedimento. As provas são as pontes para comprovar os fenômenos físicos do acidente de carro, do ato improbo, do abuso do direito a balizarem a formação da convicção do julgador[567].

O terceiro momento, possivelmente, é o que mais se exige da prova nas questões que não envolvam matéria unicamente de direito. A solução das questões fáticas no curso da relação procedimental ocorre a partir do acesso do juiz aos fatos, merecendo atenção dos operadores do direito até porque, "as mais das vezes", a prova torna-se "a encruzilhada decisiva do processo"[568].

---

[566] Assim se manifestam os especialistas no procedimento: "Os árbitros procuram conhecer os fatos tal como estes aconteceram e, nesse sentido, não estão sujeitos às formalidades e ritualismo próprios do Código de Processo Civil. A atividade probatória torna-se fundamental no processo arbitral, uma vez que, por meio dela, os árbitros conseguirão obter uma ampla compreensão dos fatos. Na arbitragem, os aspectos procedimentais possuem menor relevância. A grande vedete é a prova. As provas destinam-se a formar o convencimento dos árbitros. Daí que estes, apoiados na flexibilidade do procedimento arbitral, podem indeferir provas cuja produção é requerida pelas partes, quando consideram estas impertinentes, bem como podem ordenar a produção de provas não oferecidas pelas partes, quando entendem ser necessário aos esclarecimentos dos fatos. Podem os árbitros alterar a ordem de produção das provas. É frequente o tribunal arbitral determinar a produção da prova oral e deixar para um momento posterior a prova pericial, cuja produção poderá ou não ser deferida segundo os árbitros a considerarem relevante para o esclarecimento dos fatos. AZEVEDO NETO, Mario Cunha. **Perícias em arbitragem**. 2. ed. Francisco Maia Neto e Flávio Fernando de Figueiredo (coord.). São Paulo: Leud, 2019, p. 41-42.

[567] Cândido Rangel Dinamarco também destaca entre três momentos de utilização da prova para o reconhecimento de um direito: "O bom entendimento do conceito de prova e do modo que se insere entre as categorias do processo civil; depende, portanto, da consciência dessa diversidade de significados do vocábulo, que ora designa (a) as atividades e técnicas de verificação (meios de prova), ora (b) os resultados que essa verificação produz para o convencimento do juiz, ora (c) os elementos materiais externos sobre os quais são exercidas aquelas atividades (fontes de prova). As atividades (meios de prova) e os resultados são elementos dinâmicos da prova; as fontes, elementos estáticos". DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. v. II. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 631. Leonardo Greco, além de apontar os três momentos da utilização da prova destacados pela doutrina, indica cinco definições para a prova: "Provas são, em primeiro lugar, os fatos probantes, os fatos representativos, ou seja, os fatos que apresentam circunstâncias das quais se extrai o conhecimento dos fatos probandos. Provas são também todos os meios de comunicação que transmitem os fatos probantes ou os fatos probandos ao conhecimento do julgador. Na prova judiciária, são os testemunhos, os documentos, os laudos periciais ou quaisquer outros, ainda que não previstos ou regulados em lei (CPC, art. 332). Provas são as atividades humanas desenvolvidas por diversos sujeitos, através das quais os meios de prova comunicam ao julgador o conhecimento dos fatos, de modo adequado a influir no seu julgamento. Na prova judiciária é o procedimento probatório, com todos os seus atos de proposição, admissão e produção. Provas são ainda os argumentos ou inferências desenvolvidas racionalmente, com base em deduções, para influir no julgamento da existência dos fatos. Prova é, por fim, o conclusivo acertamento da existência ou não dos fatos probandos, manifestado em decisão fundamentada pelo julgador com base em todos os elementos anteriores". GRECO, Leonardo. O conceito de prova. *In:* **Estudo de direito civil**: em homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: RT, 2005, p. 439.

[568] Conforme destaca José Carlos Barbosa Moreira, o que não é variável, sublinhe-se: "Todos os que temos alguma experiência da vida judiciária, sob qualquer de seus aspectos, entendemos perfeitamente que é muito pequeno o número das causas que se podem julgar à luz da solução de puras questões de Direito. Na maior parte dos casos,

Nicola Framarino dei Malatesta, para quem “consistindo a certeza em geral na posse que se crê ter adquirido da verdade, e chegando essa posse ao espírito humano por meio de eficácia reveladora das provas”, em seu clássico *Tratado sobre a prova*, subdivide as provas pelo seu objeto, sujeito e forma[569].

O objeto da prova judiciária, nas palavras de Moacyr Amaral Santos, que utiliza a subdivisão do conceito de prova formulado por Nicola Framarino dei Malatesta, “são os fatos da causa, ou seja, os fatos deduzidos pelas partes como fundamento da ação ou da exceção”. Fatos estes que poderão ser “um cálculo matemático, a distância do equador ao polo, o grau alcoólico do vinho, a potência de uma alavanca, uma afirmação científica, um fato histórico”[570]. O objeto da prova, em suma, resume-se a tudo aquilo que poderá ser averiguado pelo homem[571].

A finalidade da prova judiciária seria formar a convicção do julgador quanto à dinâmica do enredo processual, permitindo que o julgador decida, já que “tornada inabalável, pela exclusão de todos os motivos contrários ou divergentes, se faz a

---

na imensa maioria dos casos, a dificuldade consiste principalmente nas questões de fato. E as questões de fato, tem o juiz que resolvê-las através da mediação das provas, já que o juiz, em regra, não tem conhecimento pessoal e direto dos acontecimentos que deram origem ao litígio. E ainda quando porventura, casualmente, tenha esse conhecimento, porque, por exemplo, assistiu da janela de sua casa ao acidente de trânsito, não está o juiz autorizado a valer-se desse seu conhecimento pessoal e direto na fundamentação de sua sentença, pela razão simples e óbvia de que não pode funcionar ao mesmo tempo como juiz e como testemunha, o que implicaria, para ele, a necessidade de valorar a prova, e, se a maior dificuldade consiste, as mais das vezes, repito, na reconstituição dos fatos, então se pode muito bem compreender que a prova seja, as mais das vezes, a encruzilhada decisiva do processo. Daí a importância do assunto, que não precisa, a meu ver, ser mais ressaltada”. MOREIRA, José Carlos Barbosa. O juiz e a prova. **Revista de Processo**, out. 2011, p. 1.

569 “Consistindo a certeza em geral na posse que se crê ter adquirido da verdade, e chegando essa posse ao espírito humano por meio de eficácia reveladora das provas, julgamos necessário considerar a certeza tanto na sua natureza lógica interna, quanto na sua fonte ontológica. Começamos, por isso, por estudar o que é a certeza como um estado lógico interno, analisando os variados e possíveis estados de espírito relativamente ao conhecimento da realidade; e passamos em seguida ao estudo das provas, como geradoras daqueles estados psicológicos. Das cinco partes em que se desdobra o livro, só a primeira se ocupa do estudo dos vários estudos de espírito relativamente ao conhecimento da realidade, e em particular ao estudo da certeza; todas as outras partes referem-se, ao contrário, ao estudo da prova como fonte daqueles – atados psicológicos em geral, e da certeza em particular”. MALATESTA, Nicola Framarino dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. São Paulo: Conclusão, 1927.

570 SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 337.

571 Moacyr Amaral Santos afirma que a finalidade da prova é trazer certeza dos fatos para o magistrado: “b) Insta distinguir-se a perícia facultativa da necessária ou obrigatória. Em princípio, a perícia é facultativa no sentido de que pode ser ordenada, a requerimento ou de ofício, segundo o critério geral que faculta ao juiz deferir ou negar a admissão de provas. Na direção do processo, ao juiz compete ordenar a realização das perícias úteis à instrução da causa e indeferir as inúteis em relação ao seu objeto, ou requeridas com propósitos manifestamente protelatórios (art.130). Mas, por exceção, há perícias *necessárias ou obrigatórias*, no sentido de que a lei as impõe como meio próprio para a demonstração de certos fatos. Quer dizer que, em se tratando desses fatos, a perícia deverá ser necessariamente admitida e realizada. Nesses casos especiais – observa MORTARA – se torna manifesta, mais que a utilidade, a necessidade de perícia, de modo que ao juiz cumpre socorrer-se quanto à existência dos fatos, ou de suas qualidades ou de suas circunstâncias”. SANTOS, Moacyr Amaral. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. 4. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 338.

convicção". Já o destinatário principal da prova será o julgador, visto que destinatários, embora indiretos, são as partes, que igualmente precisam ficar convencidas, a fim de acolherem como justa a decisão, legitimando, consequentemente, o Estado de Direito[572].

Quanto à classificação das provas, o objeto será o fato a ser provado de forma direta ou indireta. A forma direta liga-se intrinsecamente ao fato probando, representando-o ou, simplesmente, relatando-o. É o caso do corpo do morto ou da confissão da esposa assassina. Já as provas indiretas, nas quais não há referência ao fato probando diretamente, trazem presunções e indícios que induzem à conclusão do que se objetiva provar[573].

Para um bom juiz, que se preocupa em decidir conforme os fatos ocorreram, o ideal ao sentenciar é poder contar com a prova plena, como o recibo de quitação, a declaração assinada do devedor, reconhecendo a dívida. Ou, para encerrarmos os exemplos, o vídeo comprovando a agressão do marido à esposa. Quando o julgador não pode contar com a certeza de que forma, modo ou tempo determinado ocorreu o fato decisivo para solucionar a pretensão resistida de interesses, ele poderá formar sua convicção com base no material probatório produzido, relacionado com aquele fato que não se conseguiu provar plenamente. Através de um fato ou fatos conhecidos chega-se ao fato desconhecido sem a certeza, mas com forte probabilidade. "O resultado desse raciocínio é que configura, propriamente, a presunção judicial". Conforme destaca José Carlos Barbosa Moreira,

> em termos sintéticos, poder-se-ia dizer que a prova (documental, testemunhal etc.) é um ponto de partida, é algo que permite ao juiz adquirir o conhecimento de certo fato, ao passo que a presunção judicial é um ponto de chegada, já corresponde ao conhecimento adquirido[574].

---

572 SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 338.

573 "Se se refere ao próprio fato probando, ou consiste no próprio fato, a prova é direta. Na ação de indenização por acidente de tráfego, a testemunha que narra o fato do acidente, a que assistiu, ou conforme o que lhe narrou testemunha ocular; na ação de cobrança de dívida proveniente de mútuo, o documento de confissão de dívida, em que se funda; a testemunha ou documento são provas diretas, pois se referem imediatamente ao fato probando, reproduzindo-o ou representando-o. Se se não refere ao próprio fato probando, mas sim a outro, do qual, por trabalho do raciocínio, se chega àquele, a prova é indireta. Assim, por exemplo, na ação de indenização por acidente de tráfego, a testemunha ou o perito descrevem a posição em que encontraram os veículos sinistrados, após o acidente: na ação demarcatória, a existência de sinais de cerca antiga na divisa dos imóveis. Ali e aqui não há referência direta ao fato probando, mas a outros fatos, dos quais, pelo raciocínio, se pode chegar a uma conclusão quanto à existência daquele fato. São provas indiretas as presunções e os indícios". SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 339-340.

574 José Carlos Barbosa Moreira fornece lapidar definição do conceito de presunção judicial, destacando que ela não é um meio de prova, como um documento ou depoimento de uma testemunha: "Pode acontecer, no entanto – e o caso não é raro –, que com referência a determinado fato, decisivo para a solução do litígio, a atividade instrutória se

Os indícios já seriam uma etapa intermediária, já que funcionam como ponto de chegada e ponto de partida. Por meio da prova documental, o órgão julgador conhece um fato, e utiliza-se dele, “num segundo passo”, para formar sua convicção. “Note-se que o segundo passo não seria necessário se o fato de cuja existência o juiz toma conhecimento pelo exame da prova documental ou testemunhal já consubstanciasse, em si mesmo, o ponto decisivo para o julgamento da causa”, conforme apontou José Carlos Barbosa Moreira ao tratar da diferença entre indícios e presunções judiciais[575].

As presunções judiciais diferem-se das presunções legais. Nas presunções estabelecidas pelo legislador, a correlação entre o fato desconhecido e o conhecido é feita pela lei, “excluindo em certa medida, a valoração do juiz”. Por meio de política legislativa, a lei estabelece dois graus de presunção. A primeira, absoluta, que não admite prova em contrário; a segunda, as relativas, que permitem serem elididas por prova em contrário[576].

---

revele incapaz de ministrar, diretamente, elementos bastantes de convicção; e, por outro lado, venha aos autos material probatório suficiente para que o juiz se convença de ter ocorrido fato diverso, mas relacionado com aquele que constituía o *thema probandum*. A relação entre os dois fatos – o conhecido – é tal, suponhamos, que da existência do primeiro se possa logicamente inferir, senão com absoluta certeza, ao menos com forte dose de probabilidade, a existência (ou a inexistência) do segundo. Nessas circunstâncias, nada mais razoável que valer-se o juiz do conhecimento adquirido sobre o fato x para tirar suas conclusões a respeito do fato y. O resultado desse raciocínio é que configura, propriamente, a presunção judicial: o juiz presume que ocorreu o fato y porque sabe que ocorreu o fato x, e sabe também que a ocorrência de um implica, necessária ou normalmente, a ocorrência do outro. Por exemplo: ficou provado que, na ocasião em que se praticara o crime, o réu estava na posse da única arma capaz de produzir a lesão: desse fato, já conhecido, extrai o órgão judicial a ilação de que foi o réu quem desfechou o golpe. *Presume*, em outras palavras, que o fato delituoso é imputável ao réu”. MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**. As presunções e a prova. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 56-57.

[575] José Carlos Barbosa Moreira sustenta que o indício é um meio de prova: “O que o indício tem em comum com um documento ou com o depoimento de uma testemunha é a circunstância de que todos são pontos de partida. Enquanto, porém, o documento ou o testemunho são unicamente pontos de partida, o indício, repita-se, já é, ao mesmo tempo, um ponto de chegada. Não, ainda, o ponto final; mas um ponto, sem dúvida, a que o juiz chega mediante o exame e a valorização do documento ou do depoimento da testemunha. O indício, para resumir, é ponto de partida em confronto com a presunção, e é ponto de chegada em confronto com a prova documental ou testemunhal. Tanto basta, ao nosso ver, para que seja impróprio colocá-lo no mesmo nível destas. Em todo caso, se se quiser dar à expressão ‘meios de prova’ sentido amplo, a abranger todos os elementos que desempenham, no descobrimento da verdade pelo juiz, papel instrumental não haverá maior inconveniente em catalogar entre aqueles meios o indício, desde que não se perca de vista a diferença notável que existe entre a maneira por que funciona esse e a maneira por que funcionam os outros instrumentos. À presunção judicial é que jamais se há de reconhecer lugar entre os meios de prova, porque o seu papel não é de modo algum instrumental em relação ao estabelecimento dos fatos: o fato presumido, com efeito, não vai servir ao juiz, ainda uma vez, de trampolim para o conhecimento de outro fato. Não se observa, aqui, a função ambivalente do indício: o fato presumido corresponde a um conhecimento adquirido, e basta”. MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**. As presunções e a prova. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 59.

[576] “A diferença capital reside em que, numa hipótese, se deixa ao órgão judicial o estabelecimento da correlação entre os dois fatos, o conhecido e o desconhecido, ao passo que na outra, é o próprio legislador quem dá como pressuposta a correlação, excluindo, em certa medida, a valoração do juiz. Em certa medida, reitere-se: pois resta a possibilidade de que venham aos autos elementos capazes de demonstrar que naquele caso concreto, não existe o nexo, tendo-se passado as coisas de modo diverso do costumeiro; e ao órgão judicial, naturalmente, competirá valorar a prova colhida, a fim de verificar se ela tem ou não suficiente força persuasiva para afastar a presunção”.

Com o desenvolvimento da relação jurídica processual, a prova será necessária para esclarecer os pontos controvertidos, ou seja, impugnados pela outra parte, porque naqueles em que não houver controvérsia, o fato se estabilizará na relação jurídica, sem necessidade de prová-lo, salvo se estivermos diante de fatos que só poderiam ser fixados por meio da realização de prova pericial demonstrativa das suas conclusões ou através de alguma formalidade prevista em lei que condicionaria o efeito do ato jurídico *lato sensu*.

O fato não controvertido ou incontroverso precisa ser relevante para que incida interesse da parte no exercício da produção da prova. Ou seja,

> os fatos relevantes são basicamente aqueles dos quais as partes podem extrair consequências jurídicas favoráveis a sua pretensão, os fatos jurígenos, os fatos constitutivos do direito do autor e os fatos extintivos, modificativos ou impeditivos do direito do autor[577].

Por outro lado, os fatos notórios, como o prazo do mandato do presidente da república, na linha expressa do art. 374, I, do CPC/2015, não precisam ser provados.

O sujeito da prova é a pessoa ou coisa que atesta a existência do fato probando. A prova poderá ser pessoal (quando contextualizada a afirmação em um documento ou feita por uma testemunha). Já a prova real de um fato consiste na atestação inconsciente do desespero ou do terro ou do fato do peso que leva a coisa a afundar na água, por exemplo[578].

A prova também é classificada pela forma a qual exterioriza o fato jurídico na relação jurídica processual. Em relação à forma, poderá ser testemunhal, documental ou material. A testemunhal compreende também o depoimento da parte, a confissão e o juramento. A documental abarca as gravações, as escrituras públicas ou particulares, cartas, arrazoados, fotografias, vídeos, projeto de construção, planta do imóvel. Já a prova material seria a materialidade do próprio fato, quando uma testemunha, um documento ou algum outro meio de prova exteriorizar a materialidade do fato. A

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**. As presunções e a prova. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 60.

577 GRECO, Leonardo. O conceito de prova. *In:* **Estudo de direito civil**: em homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: RT, 2005, p. 452.

578 SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 340.

testemunha ver o acusado na hora e no local do crime, ou ter em posse documento pelo qual seu sócio lhe reconhece dever uma soma de dinheiro ou "como o corpo de delito, os exames periciais, os instrumentos do crime etc."[579].

Apesar de o Código Civil ter positivado a prova em capítulo próprio, separando-a das regras do negócio jurídico, a opção do legislador não fez cessar a confusão entre a forma do negócio jurídico e a prova dos fatos jurídicos. Conforme explica Gustavo Tepedino, "destaca-se em doutrina que a forma constitui o meio para exprimir a vontade interna" (MONTEIRO, 2007, p. 292), de modo que "não há negócio sem forma" (AZEVEDO, 2002, p. 126)[580].

2.3 A prova como direito material

Os fenômenos naturais como o dia e o horário de um furacão que fechou determinado aeroporto, gerando caso fortuito, poderá ter que ser provado por meio de um procedimento no qual se discute a responsabilidade da empresa aérea pelo cancelamento de determinado voo em que o ponto controvertido seja a data e o horário do incidente. A queda de um raio que matou uma pessoa poderá ser o ponto controvertido da lide, na qual a família do falecido está processando o clube pelo suposto choque elétrico causado por uma instalação.

Os fatos produzidos pelos homens que não geram consequências jurídicas, como a colisão de um carro em um muro, a performance em uma competição escolar, ou aqueles que geram efeitos jurídicos, constituindo, modificando e extinguindo direitos, como o casamento, o reconhecimento de paternidade, o reconhecimento posterior do pai biológico, a separação do casal e o estado de viuvez, se gerar controvérsia sobre sua existência ou eventual data de constituição ou extinção, tornando pontos ainda

---

[579] "Forma da prova é a modalidade ou a maneira pela qual se apresenta em juízo. Em relação à forma, a prova é testemunhal, documental ou material. Testemunhal, no sentido amplo, é a afirmação pessoal oral. No quadro das provas testemunhais, ou orais, se compreendem as produzidas por testemunha, depoimento de parte, confissão, juramento. Documental é a afirmação escrita ou gravada: as escrituras públicas ou particulares, cartas missivas, plantas, projetos, desenhos, fotografias etc. Diz-se prova material a consistente em qualquer materialidade que sirva de prova do fato probando; é a atestação emanada da coisa: o corpo de delito, os exames periciais, os instrumentos do crime etc. SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 340-341.

[580] TEPEDINO, Gustavo. A evolução da prova entre o direito civil e o direito processual civil. **Pensar Revista de Ciências Jurídicas**, maio-ago. 2017, p. 558.

controvertidos na relação jurídica processual, ou melhor, no mundo do processo, deverão ser provados[581].

Os atos jurídicos nos quais o homem imprime determinada manifestação de vontade e, no outro lado da relação, encontra outra manifestação de vontade convergente – havendo recepção simultânea das partes quanto aos efeitos de constituição daquele ato – chama-se negócio jurídico[582]. Antônio Junqueira de Azevedo, na obra *Negócio jurídico*, apesar de discordar, assim como a parte mais abalizada da doutrina civilista acerca da possibilidade de o negócio jurídico ser classificado como norma jurídica, ao trazer à tona a discussão entre os defensores da teoria da vontade, ou seja, os que defendiam a preponderância da declaração de vontade em detrimento da real manifestação de vontade (tese diametralmente oposta à sustentada pelos defensores da teoria da vontade), deixa evidente mais uma necessidade vital do sistema probatório a fim de garantir a distribuição do direito material àquele a quem cabe receber a tutela estatal.

Na medida em que a sociedade evolui, adquire conhecimento e expande sua cultura, quando, por exemplo, começa a considerar e a interpretar os atos até mesmo tácitos visando demonstrar que a declaração de vontade expressa no documento não corresponde à vontade do agente, será necessário utilizar todos os meios de prova existentes, de alguma forma captáveis pelo conhecimento atual das ciências e que não sejam ilegais[583].

---

581 "Dos factos jurídicos – A expressão factos jurídicos tem duas acepções diversas: pela primeira, significa todos os acontecimentos capazes de fazer nascer, transmitir, modificar ou extinguir direitos; pela segunda, representa os factos capazes de fazer nascer, transmitir, modificar ou extinguir direitos, enquanto esses factos são independentes da vontade do homem. Na primeira acepção representa o gênero, e na segunda, uma das espécies das causas geradoras dos direitos. Dos actos jurídicos – Os actos jurídicos são a segunda espécie do gênero – factos jurídicos – e representam os factos voluntários, os actos praticados pelas pessoas, com o deliberado propósito de fazerem nascer, transmitir, modificar ou extinguir direitos; ou sem esse propósito, mas com esse efeito determinado pela lei. Nem todas as acções humanas produzem consequências jurídicas, no entanto, como a vida do homem é uma série de permutas e relações com seus semelhantes, a maior parte de seus actos produz efeitos de direito. A função do direito positivo, diz Capitant, consiste precisamente em fazer uma classificação desses actos, em fixar os traços característicos de cada espécie e em precisar os efeitos jurídicos que eles produzem. LEAL, Câmara. **Manual elementar de direito civil**. São Paulo: Livraria Academia Saraiva, 1930, p. 123-124.

582 De acordo com Caio Mário da Silva Pereira, o negócio jurídico é "a declaração de vontade, em que o agente persegue o efeito jurídico (Rechtsgeschaft) [...]. Os "negócios jurídicos" são, portanto, declarações de vontade destinadas à produção de efeitos jurídicos queridos pelo agente". PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições do direito civil**. v. IV. Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho (Atual.). 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 388.

583 "A transformação do negócio em norma jurídica concreta é artificial, na medida em que a expressão "norma jurídica" implica sempre num *jubere* que o negócio jurídico não possui. Esse o seu principal defeito. O próprio Betti, dado como partidário da teoria preceptiva, reconhece as diferenças entre norma jurídica e negócio, ao dizer expressamente que o conteúdo do negócio é elevado a preceito jurídico, por um processo de recepção do

Apesar de o negócio jurídico não ser classificado como norma jurídica específica para determinada situação jurídica, a importância da prova para o fechamento da ciência do direito, ou dos meios de prova, pode ser extraída das lições de Hans Kelsen conforme lembrado por Antônio Junqueira de Azevedo.

Em *Teoria Pura do Direito*, o negócio jurídico constituiria direitos, ao instrumentalizar determinado comando concreto, possibilitando que os homens regulem suas relações, através da estipulação de sanções por meio das normas criadas pela via jurídico-negocial. Ou seja, na visão kelseniana, o negócio jurídico instrumentalizaria o próprio direito, já que "as normas jurídicas em combinação com as normas gerais que estatuem as sanções" precisam ser levadas ao mundo do processo, ou seja, à relação jurídica formada pelas partes e o Estado, através de todos os meios de prova que podem ser instrumentalizados pelo homem[584].

O art. 369 do CPC/2015, que manteve as disposições do CPC/1973, sublinha que "as partes têm o direito de empregar", ou seja, autor e réu têm o direito subjetivo consagrado expressamente no ordenamento jurídico de utilizarem "todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos", sem a necessidade de que o meio de prova aventado pela parte tenha sido tipificado pelo legislador, ou seja, o CPC/2015 manteve-se abraçado ao princípio da atipicidade dos meios de prova como fez o legislador de 1973[585].

---

ordenamento, mas que esse conteúdo, por si só, não é preceito jurídico". AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1974, p. 16.

584 "Kelsen, discorrendo sobre o negócio jurídico, coloca como primeiro subtítulo do tema "O negócio jurídico como fato criador de Direito", onde já se percebe a atenção voltada, antes aos efeitos (função), que à vontade (gênese); em seguida, o negócio jurídico como fato produtor de Direito confere aos indivíduos, que lhe estão subordinados, o poder de regular as suas relações mútuas, dentro dos quadros das normas gerais criadas por via legislativa ou consuctudinária, através de normas criadas pela via jurídico-negocial. Estas normas jurídicas-negocialmente criadas, que não estatuem sanções, mas uma conduta cuja conduta oposta é o pressuposto da sanção que as normas jurídicas gerais estatuem, não são normas jurídicas autônomas. Elas apenas são normas jurídicas em combinação com as normas gerais que estatuem as sanções". AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1974, p. 15.

585 "O art. 369 do novo Código de Processo Civil consagra a regra da atipicidade dos meios de prova em nosso ordenamento. Ou seja, embora a legislação contenha disciplina própria para determinados meios de prova, isso não significa que estes não possam ser admitidos no processo para que a parte com eles possa demonstrar a veracidade de suas alegações. O rol estabelecido pela lei, portanto, é meramente exemplificativo. No que concerne às provas atípicas, contudo, deve-se ficar atento a dois aspectos relacionados com a sua admissibilidade e a sua valoração. Esse dispositivo que permite à parte empregar meios de prova não especificados pelo Código de Processo Civil não representa uma porta de entrada para que provas em desacordo com a lei sejam introduzidas no processo. Provas inquinadas com vício de qualquer natureza que impeça sua regular utilização no processo não são consideradas provas atípicas, portanto, não devem ser admitidas por via transversa com fundamento no art. 369 do Código de Processo Civil de 2015. No que diz respeito à valoração das provas atípicas, oportuno registrar a liberdade conferida ao julgador, condicionada à exposição das razões na motivação da decisão de atribuir a elas o significado que

Como exemplo de algumas provas atípicas, merecem destaque a prova emprestada, as declarações de terceiros, as perícias extrajudiciais, o comportamento das partes, quando por exemplo, a falta de colaboração no esclarecimento dos fatos "pode fornecer indícios sobre a sinceridade e a seriedade de sua posição processual", reportagens ou notícias de jornais ou televisão para esclarecer, por exemplo, a data e o horário de um furacão[586] [587].

Os meios de prova, ao viabilizarem o acesso à justiça e, assim garantirem, aqui cabendo o pleonasmo, o acesso à garantia constitucional prevista pelo legislador como cláusula pétrea no art. 5º, LVI, da Constituição Federal de 1988, ganham não só maior destaque no sistema jurídico, como também gozam de maior proteção como direito constitucional inalienável e irrenunciável, quando se relacionam com direitos indisponíveis. Isso ocorre porque o acesso à justiça é um importante instrumento para a manutenção do contrato social, já que o Estado, através de repetidas decisões justas porque associadas aos fatos da causa e, assim, aos meios de prova, mantém-se tolerável aos olhos de seus cidadãos, que continuarão respeitando as leis promulgadas pelos governantes, mantendo-se assim, a paz social.

O ordenamento jurídico brasileiro reconhece que toda lesão ou ameaça de direito será examinada pelo Poder Judiciário. Consequentemente, como meio de viabilizar o texto expresso da Constituição, conforme sustenta Paulo Henrique dos Santos Lucon, é necessário "orientar toda a análise da legislação infraconstitucional em matéria de provas", viabilizando a "garantia constitucional do acesso à justiça, à postulação

---

entender devido tal como ocorre com os demais meios de prova". LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 573.

586 João Batista Lopes, em artigo sobre o tema, destaca: "a especial atenção às provas atípicas justifica-se à luz da moderna concepção do princípio do contraditório, que não se exaure no binômio informação-reação, mas inclui o direito à prova, assim entendido: A) o direito de indicar os meios pertinentes para demonstrar a existência dos fatos alegados; B) o direito de produzir efetivamente as provas pertinentes e adequadas ao caso; C) o direito de demonstrar que as provas produzidas pelo adversário não são concludentes ou idôneas; D) o direito à valoração da prova segundo critérios técnicos admitidos pelo sistema". LOPES, João Batista. Provas atípicas e efetividade do processo. **Revista Eletrônica de Direito Processual** (REDP), v. V, 1995, p. 392.

587 José Carlos Barbosa Moreira, ao escrever sobre o Código de 1973, elogia a postura do legislador: "Corolário imediato de tal princípio é o de que a lei não deve encerrar em enumeração taxativa o elenco das provas utilizáveis. Adotou orientação louvável o legislador processual brasileiro de 1973, quando, no art. 332, inspirado no art. 87 do Codice di procedura civile dello Stato della Cittá del Vaticano, estabeleceu: "todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa". MOREIRA, José Carlos Barbosa. Alguns problemas atuais da prova civil. **Revista de Processo**, out. 2011, fl. 2.

probatória, o direito à produção das provas deferidas com respeito ao contraditório, e o direito à valoração adequada do acervo probatório produzido"[588].

Leonardo Greco, ao comentar o art. 332 do CPC/2015, cita Peter Häberle para lembrar que a verdade é um valor humanitário fundamental no Estado Democrático de Direito, uma vez que "dela dependem a eficácia da liberdade, da justiça e do próprio bem comum"; e critica as concepções puramente lógicas das provas porque não se preocupam com "seu papel garantístico", "favorecendo o arbítrio, ora do soberano, ora do próprio juiz". Através deste alerta, o professor classifica a prova como uma garantia[589].

O art. 332 do CPC/1973, agora um pouco mais elaborado pelo legislador do CPC/2015, ao reconhecer expressamente o direito à prova como um direito no seu art. 369 – diga-se, sem conteúdo prático algum, porque o direito ao acesso a todos os meios de prova transcende a legislação ordinária e já vinha sido reconhecido como direito constitucional ao acesso à justiça –, pelo menos, debelou a debatida polêmica acerca da natureza da prova. Conforme explica Leonardo Greco, as regras de direito material foram incorporadas pela legislação processual como ocorreu na Itália, já que o CPC/1973 cuidou de forma pormenorizada de todos os meios de prova[590].

O CPC/2015, nos seus arts. 369 a 484, tem um sem número de regras de direito material. O § 1º do art. 392 determina a ineficácia da confissão feita por quem não pode dispor do direito. O art. 405 permite a constituição, a revogação ou a modificação do direito no processo através da apresentação de documento público. Já o art. 408 autoriza, por exemplo, a constituição de um direito, se o agente declara em documento particular assinado dever determinada soma de dinheiro para o portador ou beneficiário do documento.

Para a administração da pessoa jurídica, o art. 417 do CPC/2015 possibilita à sociedade constituir direitos por meio de seus livros empresariais. Por meio do art. 446,

---

588 LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 572.

589 GRECO, Leonardo. O conceito de prova. *In:* **Estudo de direito civil**: em homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: RT, 2005, p. 468-469.

590 "Em matéria probatória, o Código de Processo Civil de 1973 procurou refletir a doutrina dominante à época, superando a infindável polêmica sobre a natureza material ou processual das normas probatórias através da regra acolhedora do artigo 332, que incorpora ao direito processual todos os meios de prova previstos em leis substanciais, e reproduzindo disposições consagradas em outros sistemas jurídicos, especialmente o italiano, dos quais sofreu notória influência". GRECO, Leonardo. **A prova no processo civil** – do Código de 1973 ao novo Código Civil. Campos dos Goytacazes: Scientia Iuris, 2005, p. 95.

I, a parte, através da prova documental, poderá demonstrar a divergência de vontade real e a declarada em um contrato, garantindo, assim, por exemplo, o direito à parte ré não cumprir determinado contrato assinado mediante uma arma apontada para a cabeça.

Por outro lado, apesar de bem recepcionadas pela doutrina a absorção e a incorporação das regras acerca dos meios de prova pela legislação processual, o mesmo não podemos afirmar sobre o Código Civil de 2002. Conforme explica José Carlos Barbosa Moreira, o legislador andou mal ao manter a duplicidade de regras em dois ordenamentos distintos como ocorre na França: "O título 'Da prova', no novo Código Civil, não faz qualquer contribuição digna de nota à sistematização da matéria; ao contrário, deixa-a mais desordenada que antes"[591].

O Código Civil atual não só perdeu a oportunidade de eliminar a sobreposição de textos em legislações distintas, como trouxe à tona superada discussão em torno da taxatividade do rol de provas em seu art. 212, prevendo expressamente as hipóteses dos meios de prova, como a confissão, as provas documental, testemunhal, pericial e as presunções. Nesta linha de raciocínio, questionamos: "então, a inspeção judicial não seria um meio de prova, já que lei específica e anterior não se debruçou sobre o tema? Não é verdade. A despeito de lei específica anterior, a inspeção judicial será sempre meio de prova".

Por outro lado, para não ser injusto com o legislador do Código Civil de 2002, quanto à confissão, a legislação civil foi feliz, ao excluir a possibilidade de revogação do ato pelo agente[592].

---

[591] "Nem se compreende bem o critério adotado para a escolha dos tópicos que o novel diploma regularia, com preterição de outros. Para dizer diversamente: não fica muito claro o motivo por que o legislador de 2002 entendeu de levar para o Código Civil determinada porção da disciplina e deixar de lado a porção restante. Não se terá seguido à risca, exemplificativamente, a orientação preconizada em obra clássica, segundo a qual pertencem ao direito substantivo "as disposições relativas à essência das provas, à sua admissibilidade, aos seus efeitos, às pessoas que devem ministrá-las" e ao direito processual "as regras propriamente relativas ao modo, tempo e cautelas da sua constituição e produção". À luz da cláusula que grifamos, deveriam incorporar-se ao Código Civil, v. g., as disposições que distribuem o ônus da prova entre as partes, à semelhança do que ocorre na Itália (Códice Civile, art. 2697) e em Portugal (Código Civil, art. 342): entre nós, desprezou-se esse modelo, e a matéria continua versada exclusivamente no Código de Processo Civil, art. 333". MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 142-157.

[592] Neste mesmo sentido defendido pelo articulista, Ravi de Medeiros Peixoto: "O Código Civil de 2002, ao optar por inserir um título tratando do tema das provas, acabou por não trazer nenhuma grande inovação às disposições existentes no CPC tendo, em certos casos, gerado até certo retrocesso ao dar a entender que haveria um rol taxativo de provas – muito embora a doutrina não tenha tardado a reconhecer a ilogicidade da previsão legal. Por vezes, limitou-se a repetir os textos já existentes na legislação processual, com poucas inovações, com a exceção da feliz revogação da hipótese de revogação da confissão mencionada anteriormente. Enfim, tentamos neste breve ensaio fazer uma análise geral do título acerca das provas no atual Código Civil, além de realizar, quando cabíveis, as

Retornando ao exame da natureza de direito material ou processual das regras que estipulam os meios de prova, no caso do ordenamento jurídico brasileiro, com visão apenas de um ângulo do fenômeno, inclusive sem interpretar a norma pelo seu conteúdo conforme a melhor exegese das regras de hermenêutica, mas classificando-a pela sua posição enciclopédica, poderíamos afirmar que os meios de prova ora seriam de direito material, ora seriam de direito processual, já que estão tanto no Código Civil quanto no CPC/2015[593].

A classificação sugerida, agrupando a norma pela sua posição enciclopédica, não atende à distribuição das normas que regulam as provas no CPC/2015, porque a legislação não só apresenta artigos que fixam o modo pelo qual a prova será constituída em juízo, ou seja, normas de natureza processual, como apresenta os meios de prova e a indicação do seu valor jurídico, o que a doutrina classifica como regras de direito material[594] [595].

---

devidas comparações com a legislação processual, verificando as eventuais revogações provocadas pela legislação civil". PEIXOTO, Ravi de Medeiros. Notas sobre o título "da Prova" no Código Civil e a sua relação com o Código de Processo Civil. **Temas de direito processual**. (Nova Série). São Paulo: Saraiva, 2007, p. 133.

593 "Existe entre o legislador e o juiz a mesma relação que entre o dramaturgo e o ator. Deve este atender às palavras da peça e inspirar-se no seu conteúdo; porém, se é verdadeiro artista, não se limita a uma reprodução pálida e servil: dá vida ao papel, encarna de modo particular a personagem, imprime um traço pessoal à representação, empresta às cenas um certo colorido, variações de matiz quase imperceptíveis; e de tudo faz ressaltarem aos olhos dos espectadores maravilhados belezas inesperadas, imprevistas. Assim o magistrado: não procede como insensível e frio aplicador mecânico de dispositivos; porém, como órgão de aperfeiçoamento destes, intermediário entre a letra morta dos Códigos e a vida real, apto a plasmar, com a matéria-prima da lei, uma obra de elegância moral e útil à sociedade. Não o consideram autômato, e, sim, árbitro da adaptação dos textos às espécies ocorrentes, mediador esclarecido entre o direito individual e o social". MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 59.

594 Moacyr Amaral Santos lembra que o sistema brasileiro de prova seguiu os sistemas francês, belga e italiano, ora apresentando normas de direito material, ora apresentando normas de direito processual no tocante à prova: "Natureza das leis relativas à prova. Tema controvertido o das leis relativas à prova, sobre o qual se debatem cinco correntes; a) a que as considera de direito material; b) a que lhes atribui natureza mista; c) a que lhes dá caráter processual; d) a que as classifica, umas no direito material, outras no direito processual; e) a que lhes confere natureza especial. A nosso ver, na sistemática do direito brasileiro, que no tocante se prende de perto ao sistema francês, italiano e belga, os princípios referentes à prova se incluem no direito material e no direito formal. Entram na esfera do direito material, particularmente o direito civil e o comercial, a determinação das provas e a indicação tanto do seu valor jurídico quanto das condições de sua admissibilidade. Ao direito formal cabe estabelecer o modo de constituir a prova e produzi-la em juízo". SANTOS, Moacyr Amaral. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. 4. Arts. 332-475. Rio de Janeiro: Forense, 1973, p. 25.

595 "Direito probatório material e formal. Verificado que as regras sobre prova se encontram tanto no direito material quanto no direito processual; lembradas as vantagens de manter uma termologia precisa e de fugir às posições estremadas, é tempo de responder à pergunta: há direito (processual) probatório material e direito probatório formal? A doutrina dominante atualmente é que a matéria das provas pertence ao direito processual, não só no que respeita à disciplina dos procedimentos probatórios, como também no que respeita ao regime do ônus da prova, da admissibilidade dos diversos meios de prova e da determinação da força probatória de cada um deles. Assim se expressa Alberto dos Reis, pela razão de que, se a prova se destina a formar a convicção do juiz (*judicifit probatio*), é claro que pertence ao direito processual regulá-la em toda a sua amplitude, em todos os seus aspectos". MILHOMENS, Jônatas. **A prova no processo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 65.

A natureza híbrida das normas de direito probatório foi exposta por Humberto Theodoro Júnior, ao afirmar: “há um direito probatório que navega nos mares tanto do direito material, como do direito processual, cabendo ao juiz harmonizar integralmente as duas áreas disciplinares”. Para ilustrar seus argumentos, o autor afirma, quanto ao juiz, “tem ele a liberdade de dirigir o processo, não tem, todavia, a autorização para julgar sem respeito às regras estabelecidas na lei civil, em relação à força e à prova dos atos jurídicos materiais”. Por fim, o jurista adverte a fim de evitar “tirania no comando do processo, que os meios de prova hão de ser utilizados em juízo segundo os princípios que emergem tanto da lei material como da processual”[596] [597].

A concepção processual da prova foi bem ilustrada por Leonardo Greco. Ela sobreviveu em decorrência da influência do positivismo dos séculos XIX e XX e atinge o extremo nas palavras de Jaime Guasp citadas pelo professor: “sem juiz não há prova”. Conforme observa o docente paulistano, no processo, para os defensores desta corrente, o juiz, por meio de seu raciocínio, “deve obedecer às regras da lógica, mas não da lógica comum ou da lógica de outras ciências, mas de uma lógica própria da prova judiciária, resultante do conjunto dos princípios e regras de cada ordenamento jurídico”[598].

Giuseppe Chiovenda foi um dos maiores defensores da natureza processual ou formal do direito probatório. Ao examinar o direito probatório apenas como meios idôneos a formar a convicção do juiz, declina o exemplo da impossibilidade do juiz em uma mesma audiência admitir determinado meio de prova e excluí-lo de um outro processo em trâmite

---

[596] “Há um direito probatório que navega nos mares tanto do direito material como do direito processual, cabendo ao juiz harmonizar inteligentemente as duas áreas disciplinares. Se tem ele a liberdade de dirigir a prova no processo, não tem, todavia, a autorização para julgar sem respeito às regras estabelecidas na lei civil em relação à força e à prova dos atos jurídicos materiais. Se assim não fosse, a segurança das relações jurídicas, valor supremo prestigiado pela Constituição como um dos fundamentos do Estado de Direito, seria vã e os critérios do legislador de impor cautelas especiais aos negócios solenes nenhum valor teriam na prática. Para que não haja dispositivo ou tirania no comando do processo, os meios de prova hão de ser utilizados em juízo segundo os princípios que emergem tanto da lei material como da processual, seja quanto à disponibilidade e quanto à forma, seja no valor probante, cujo conjunto recebe da doutrina a denominação de “direito probatório”. THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Comentários ao Novo Código Civil**. v. 3. t. I. – dos fatos jurídicos – do negócio jurídico. Arts. 138 a 184. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 467-468.

[597] Clóvis Beviláqua também classifica as normas de direito probatório como híbridas: “A teoria das provas desenvolve-se nas fronteiras entre o direito material e o processual, por isso há interesse em traçar a linha que separa a parte que cabe a um da que se acha nos domínios do outro. Cabe ao direito civil determinar as provas dos atos jurídicos, indicar-lhes o valor legal e as condições de sua admissibilidade, porque, nesses diversos momentos, as provas fazem corpo com a forma dos atos, orientam e limitam a atividade das pessoas na ordem jurídica. Ao direito processual pertence estabelecer os modos de constituí-las e de produzi-las em juízo”. BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria geral do direito civil**. São Paulo; Campinas: RED Livraria Editora e distribuidora, 2001, p. 332.

[598] GRECO, Leonardo. O conceito de prova. *In:* **Estudo de direito civil**: em homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: RT, 2005, p. 432-433.

“só porque os direitos substanciais, de que se trata, tiveram origem em épocas diversas”[599].

A tese defendida por Giuseppe Chiovenda quanto à natureza ou concepção formal da prova fica sujeita à crítica quando o professor italiano utiliza um exemplo hipotético, no qual o único meio de prova para constituir o direito do autor seria o juramento. Por outro lado, considerando apenas a natureza processual das normas, seria possível ao legislador abolir o juramento como meio de prova, fazendo com que o jurisdicionado ficasse sem poder exercer o seu direito porque não teria mais o meio de prova necessário para o seu reconhecimento. Ora, a visão estritamente processual da natureza dos meios de prova poderia levar a injustiças, como no exemplo formulado e defendido pelo autor sem qualquer escrúpulo para o direito da parte[600].

Sem dúvida, andou bem o legislador do CPC/1973 ao disciplinar o direito probatório, reconhecendo o caráter híbrido da natureza das provas, porque não tentou desmentir fatos evidentes que não poderiam fugir dos sentidos de qualquer homem médio, com exemplos usuais que só demonstram que os meios de prova ora são normas de direito material porque constituem uma relação jurídica, modificando, extinguindo ou constituindo direitos, ora são normas de natureza processual, quando estipulam como os fatos irão sair do mundo da realidade e tomar forma, cor, movimento, em suma, vida na relação jurídica processual e na compreensão do juiz como um ato de inteligência.

A natureza material dos meios de prova fica evidente na assinatura de um documento particular, por meio do qual o declarante se obriga a pagar R$ 5 mil por serviços odontológicos prestados ao seu dentista. Na esfera penal, é recorrente a

---

599 “Destinadas a formar a convicção do juiz, as provas pertencem por excelência ao direito processual e só se pode admitir a conformidade da lei do momento em que se fazem necessárias, porque só essa lei é possível dizer quais são os meios idôneos a formar atualmente aquela convicção. Não é concebível que o mesmo juiz, na mesma audiência, admita num processo um meio de prova e o exclua de um outro da mesma natureza só porque os direitos substanciais, de que se trata, tiveram origem em épocas diversas”. CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. v. 1. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva & Cia, 1942, p. 142.

600 “Abolido o juramento pela facilidade dos perjúrios e precária fé, ninguém poderia invocá-lo para prova de direito seu, ainda que nascido sob a lei anterior em condições de não se poder provar por outro modo. Não se nega que entre direito e prova corram estreitas relações, mas consistem em relações de fato, das quais, porém, não se deduz que o direito terá de ser acompanhado até a morte, através de qualquer mudança de leis e costumes, dos meios de prova usados ao tempo em que nascera. O direito subjetivo não é coisa inviolável e indefectível, isolada das condições do tempo; ao contrário, se, por um lado, seu destino se liga estreitamente ao da sociedade em que vem à luz, de outro lado a prescrição aí está a demostrar como o tempo lhe pode acarretar outra injúria que não a de privá-lo – quiçá só temporariamente – da prova”. CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. v. 1. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva & Cia., 1942, p. 143.

imputabilidade do tipo de ilícitos fiscais com consequência nesta seara também, quando há anotações, livros manuscritos ou qualquer tipo de prova documental produzida pelo próprio acusado da qual se extraia a confissão do ato ilícito. Com a evolução da tecnologia, Orlando Gomes não teve como escrever em seus livros que um complexo contrato poderia se materializar através de troca de mensagens de *whattsapp*.

A materialidade do direito probatório ao constituir, extinguir ou modificar direitos, conforme destacado por Moacyr Amaral dos Santos, funciona como como anteparo para o injusto exemplo de Giuseppe Chiovenda, ao fulminar direito subjetivo da parte porque o juramento, único meio de prova, teria sido abolido do sistema jurídico. O professor mineiro defende que o juiz não poderá desprezar as formas dos atos processuais, considerando as regras de direito material vigentes[601].

Por outro lado, examinando os meios de prova, transpondo-os do mundo da realidade para compor o mundo do processo, no qual o Senhor é o juiz, a concepção processual do ato ganha cor, quando regula a forma de exteriorizar os meios de prova na relação jurídica processual. Esta, por sua vez, só poderá distribuir justiça, ou seja, julgar de acordo com os fatos, se tiver meios bem delimitados pelas regras do procedimento para atingir essa missão em um Estado Democrático de Direito, no qual o poder constituinte é o povo que anseia segurança jurídica.

No processo judicial, normalmente, as provas são produzidas no curso do procedimento. A prova documental é apresentada pelo autor com a petição inicial. Em contestação, o réu também apresentará a sua prova documental. Em seguida, com o fim da fase instrutória e o início da fase postulatória, as partes poderão apresentar novos documentos e requerer a produção de provas pericial e testemunhal. A prova testemunhal, com a oitiva de testemunhas e a tomada de depoimento das partes, é produzida em audiência, na qual o perito também poderá ser ouvido. O juiz, a qualquer tempo, poderá fazer inspeções, indo pessoalmente a um determinado local.

Importante destacar também a possiblidade da produção antecipada de prova conforme previsto nos três incisos do art. 381 do CPC/2015, quando “haja fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na

---

[601] SANTOS, Moacyr Amaral. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. 4. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 23.

pendência da ação", ou quando "a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou meio adequado de solução de conflito", ou "o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação". O procedimento de exibição de documento e coisa é previsto no art. 396 do CPC/2015.

O momento de produção da prova no processo arbitral é mais fluido. Conforme examinado no segundo capítulo desta tese, o princípio da cooperação, hoje, nova metodologia de trabalho dos personagens do processo, está plasmado no procedimento arbitral desde sua origem, permitindo a adaptação do procedimento, que também é um dos principais motores desta engrenagem chamada arbitragem. Como já visto também, na arbitragem funciona o *in dubio pro* produção da prova[602].

O procedimento arbitral, ao despender maior custo, com a participação de partes que trabalham, em regra, de forma mais cooperada que as do processo judicial, não tem uma regulamentação mais exauriente sobre a matéria, tanto que "os árbitros têm ampla liberdade probatória, devendo buscar a verdade material"[603], conforme observa Joaquim de Paiva Muniz.

O autor sustenta a natureza de direito material do ônus probatório, ao afirmar "que a doutrina reconhece que, mesmo na arbitragem internacional, o ônus probatório tem natureza de direito material". Por outro lado, , de forma contraditória, argumenta "que a produção de provas não está sujeita às normas do Código de Processo Civil"[604].

---

[602] Carlos Alberto Carmona, ao escrever sobre a repetição da prova em caso de substituição do árbitro em homenagem ao princípio da oralidade, felizmente ainda em voga no procedimento arbitral, afirma que o juiz ainda poderia usar como escudo o fato do excesso de trabalho, mas o árbitro não teria esta escusa: "É verdade que, no processo estatal, a experiência mostra que raras vezes o magistrado se vale da prerrogativa prevista no art. 132, parágrafo único, do Código de Processo, inspiradora da regra ora comentada. Celso Agrícola Barbi chega a afirmar que provavelmente a repetição será supérflua, lembrando José Carlos Barbosa Moreira alguns dos percalços que levam os juízes a sacrificar o princípio da imediação. Em sede arbitral, de qualquer modo, cumpre ao árbitro ser muito mais cuidadoso que o juiz togado no trato da causa sob sua responsabilidade. Se o magistrado estatal pode apegar-se ao excesso de trabalho e à falta de estrutura para justificar muitas vezes a decisão de não repetir a prova produzida por seu antecessor, o árbitro não terá à disposição tal escudo de sorte que, vislumbrando benefício na reprodução da prova, não deverá hesitar em determinar a providência". CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo** – um comentário à Lei n. 9.307/96. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 332.

[603] "Em geral, os árbitros têm ampla liberdade probatória no processo arbitral e devem buscar a verdade material. Essa liberdade alcança também a valoração da prova. A princípio, o árbitro não está sujeito a um sistema de provas legais, nas quais o peso de cada prova estaria predeterminado. Pelo contrário, a Lei de Arbitragem determina o princípio do livre convencimento como pilar de atuação dos árbitros". MUNIZ, Joaquim de Paiva. **Curso básico de direito arbitral, teoria e prática**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2017, p. 24.

[604] MUNIZ, Joaquim de Paiva. **Curso básico de direito arbitral, teoria e prática**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2017, p. 219.

Ora, ocorre uma abissal incongruência em se reconhecer o aspecto de direito material do ônus da prova e aplicá-lo nas arbitragens em curso em território brasileiro e, por outro lado, deixar de aplicar inúmeras outras regras do sistema de prova que são genuinamente normas de direito material.

A segurança jurídica através de regras preestabelecidas quanto aos meios de prova evita o arbítrio do julgador na difícil distribuição do direito através da utilização do ônus da prova como se esta regra fosse a única que regulasse o tema. A partir desta realidade, o árbitro ou o painel arbitral poderia fazer tudo o que a regra do ônus da prova justificasse. E, em *hard cases*, conforme buscaremos demonstrar na próxima seção da pesquisa, o fato constitutivo para um determinado juiz titular poderia ser interpretado como um fato impeditivo do direito deste mesmo autor pelo juiz substituto[605].

2.4 Ônus da prova – tábua de salvação do magistrado

As tempestades na cidade do Rio de Janeiro, no início de 2019, geraram inúmeras consequências, atingindo um sem número de vítimas. Algumas perderam tudo o que tinham em suas casas. Outras, tiveram seus carros levados pela água; algumas, tiveram sorte e não amargaram prejuízos. Temos notícia de um prédio que não tinha licença para a construção ter desabado, matando moradores. O avião em que um amigo estava na ocasião não conseguiu pousar no Rio de Janeiro e retornou à Campinas.

Ao examinarmos este fenômeno natural como fato jurídico, aquelas pessoas que perderam tudo em sua residência ou que tiveram seus carros carregados pela água sofrendo prejuízos, tinham seguro, acionaram a sua apólice, pagaram a franquia e terão o direito de receber da seguradora o prêmio previsto pelo contrato em cada hipótese concreta. O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro proibiu a construção na área em que o edifício desabou. Ao meu amigo, a companhia aérea forneceu hotel e, no dia seguinte, o

---

605 Clóvis do Couto e Silva destaca a relação da prova com o direito material e, consequentemente, com o direito a ser aplicado no caso de conflitos de direito internacional privado. O autor apesar de não se valer da arbitragem como um bom exemplo, lembra que há regras de natureza dúplice: “As figuras do direito material e do direito processual não constituem uma substância (*Substanzbegriff*), sem nenhuma comunicação, pois há algumas que pertencem a ambas as esferas. Aliás, há no direito civil, para exemplificar, conceitos que são de direito obrigacional e real, como a “dominificação” de certas relações de créditos, resultantes, no geral, da eficácia do registro de imóveis. O exemplo comum de um ato jurídico dotado de natureza mista é o pré-contrato registrado. Em consequência, há quem sustente não importar tanto para classificação, o conceito de substância, mas o de função (*Funktionbegriff*) que certas relações jurídicas têm de exercer para disciplinar eficientemente certas relações sociais”. SILVA, Clóvis V. do Couto e. Direito material e processual em tema de prova. **Revista de Processo**, out. 2011, p. 9.

trouxe em outro voo para o Rio de Janeiro. Em suma, o fato jurídico, ou seja, a chuva desproporcional, fez nascer para muitos o direito ao seguro, levou o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro a não permitir ao proprietário exercer eventual direito de construção, e, também, em face da responsabilidade objetiva do contrato de transporte, fez com que a companhia área tivesse o dever jurídico de pagar hospedagem e alimentação àqueles que eram passageiros daquele voo e, possivelmente, de alguns outros que tinham direito à acomodação e refeição.

Por outro lado, se aqueles que tiveram prejuízos com as chuvas não conseguissem prová-los; ou, se não fosse possível provar a construção irregular do prédio que desabou; ou ainda, se o passageiro não conseguissse demonstrar que estava naquele voo que retornou a Campinas, poderíamos afirmar que o direito subjetivo nascido daquele fato jurídico não tinha qualquer valor.

É claro que os exemplos formulados beiram o limite dos filmes de ficção. Ora, aqueles que tiveram suas casas tomadas ou seus carros levados pela água terão como fazer a prova do fato e de seus prejuízos para receber o prêmio da seguradora sem qualquer dificuldade, assim como o Ministério Público já demonstrou com provas plenas e irrefutáveis que o prédio atingido estava em área irregular. E, no caso do passageiro, na pior das hipóteses, a companhia área teria o nome do viajante que perdeu o cartão de embarque em seu computador.

Se sairmos da ficção e saltarmos para o drama, os processos envolvendo direito de família, frente à dificuldade de uma prova insuspeita, inabalável, em suma, plena (já que aqueles que vivem os enredos familiares são pessoas próximas), ou da obtenção de provas lícitas (já que em algumas oportunidades, a vítima não terá como obter provas lícitas), exige uma atuação mais atenta que o usual do magistrado ao julgar, evitando, assim, que o direito subjetivo da parte seja sepultado por ausência de prova, ou melhor, porque o autor não conseguiu provar o fato constitutivo de seu direito com o julgamento de improcedência do pedido.

A ligação, a sinergia, a dependência entre o direito e a prova, nas palavras de Leo Rosenberg ao examinar o ônus da prova, é definida por meio de uma metáfora, como “a

coluna vertebral do processo”[606]. Nesta linha de ideias, podemos afirmar que a prova é o próprio direito, ou, sem a prova não existe o direito quando há controvérsia entre as partes, estabelecendo-se a pretensão resistida de interesses. Em outras palavras, o exercício do direito de ação é um ônus a ser exercido por aquele que busca a tutela do seu direito. Como o direito de ação é público, incondicional e abstrato, é necessário o autor demonstrar os fatos a fim de que o julgador possa subsumi-los às normais legais, fazendo com que o direito venha a ser constituído para uma das partes, e, às vezes, desconstituído para a outra.

Giuseppe Chiovenda afirma que “os fatos são o que são”. E, assim, mesmo que o juiz erre em sua sentença, nos limites da autoridade da coisa julgada, o juiz declara a vontade da lei de forma indiscutível, “mas não declara efetivamente existentes os fatos que a tornaram concreta”. Até porque uma coisa é a coisa julgada ilegalmente impor um dever jurídico ao sujeito errado, como o pagamento de determinada quantia, outra bem diferente é a coisa julgada impor um comando absolutamente inexequível, partindo de uma premissa equivocada, como por exemplo, a distância entre a centro da cidade de São Paulo e o da cidade do Rio de Janeiro ser de apenas 100 km; diante disso, o réu deveria fazer três viagens em seu caminhão para efetuar a entrega de determinado produto durante uma semana diariamente[607].

A partir do cenário traçado, poderíamos afirmar: do fato que tem repercussão, tornando assim um fato jurídico, nasce ou extingue-se um direito. Mas sem a prova deste fato jurídico, se houver controvérsia entre as partes, estabelecida a lide, na prática, não há direito subjetivo algum que possa ser exercido pela parte que não consegue prová-lo para o juiz. Ou seja, para que o juiz possa julgar da forma como a lei prevê, em princípio justa, reconstruir a verdade, demonstrar e comprovar o direito perpassam,

---

606 “La importancia de las normas sobre la distribución de la carga de las afirmaciones y de la prueba es muy grande; se la ha denominado con razón “la columna vertebral del proceso civil”. Tradução libre: “A importância das normas sobre a distribuição do ônus das afirmações e da prova é muito grande; denominaram-na, com razão, “a coluna vertebral do processo civil.” ROSENBERG, Leo. **Tratado de derecho procesal civil**. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America Buenos Aires, 1968, p. 228.

607 “O erro do juiz tem um corretivo nos limites da autoridade da coisa julgada. Declara o juiz como indiscutível a vontade concreta da lei, mas não declara como efetivamente existentes os fatos que a tornaram concreta: os fatos são o que são, e o Estado não pode pretender acreditá-los verdadeiros; não existe uma lógica de Estado. A sentença vale como expressão de uma vontade do Estado, e não por suas premissas lógicas: estas, deve o juiz desenvolvê-las nos “motivos” para garantia dos cidadãos; mas não passam em julgado”. CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. v. 1. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva & Cia, 1942, p. 81.

obrigatoriamente, por reconstruir os fatos exatamente como ocorreram e se desenrolaram sob pena, até mesmo, de eventual decisão final e de mérito se tornar inexequível porque distante da realidade dos fatos[608].

Todavia, reconstruir a verdade é uma utopia. Antes de tudo, a reconstrução de um fato ocorrido "no passado sempre vem influenciado por aspectos subjetivos" do reconstrutor, aqui, incluindo o julgador, que poderá, por exemplo, estar trabalhando com uma reconstrução já implementada pelo perito em seu laudo pericial[609]. Todavia, a busca

---

[608] Assim se manifestou Eduardo Cambi: "De nada adianta o direito, em tese, ser favorável a alguém se não consegue demonstrar que se encontra em uma situação fática que permite a incidência da regra jurídica (geral e abstrata). *Ex facto oriutur ius*: do fato nasce o direito sendo indispensável para a aplicação da lei verificar se o fato alegado, pela parte, está comprovado. A prova está voltada à reconstrução dos fatos investigados, buscando-se a maior coincidência possível com a realidade fática, tal como efetivamente ocorrida no tempo e no espaço. Por isso, o escopo da prova é um dos mais difíceis, quando não impossível, que é a reconstrução da verdade. Por mais que a reconstrução da verdade da maneira como ela foi praticada seja muitas vezes utópica, pois cada uma das partes pode apresentar narrativas, omitindo e acrescentando informações de seus interesses, para persuadir o jogador, caberá ao juiz fazer o trabalho mental de selecionar os argumentos mais coerentes e, com base neles, formar o convencimento racional para então decidir a causa. De qualquer modo, somente com a admissão, produção e valoração das provas pertinentes e relevantes ao caso em julgamento será possível maximizar a oportunidade de o magistrado alcançar uma proximidade com os fatos tal como aconteceram. O processo não se destina apenas a pôr fim a uma disputa ou a solucionar um caso concreto. Se fosse assim, pouca importância teria a reconstrução dos fatos e a avaliação das provas. Para a obtenção de decisões justas, exige-se uma interpretação adequada das regras e dos princípios jurídicos, mas também dos fatos inerentes à decisão da causa, pois nenhuma decisão pode ser considerada correta se for baseada em uma avaliação falsa ou errada dos fatos do caso". CAMBI, Eduardo. **Teoria das cargas probatórias dinâmicas** (distribuição dinâmica do ônus da prova) – exegese do Art. 373, 1º e 2º do NCPC). São Paulo: RT, 2015, p. 2. Giuseppe Chiovenda defende no interesse da paz social limites à busca da verdade: "Investigação do fato. Nem sempre são verdadeiros os fatos que o juiz reputa como tais. A convicção do juiz pode ser o efeito de erro, dolo, provas insuficientes; por vezes, a lei pode, sem mais, prescrever ao juiz que considere como existentes determinados fatos (fatos não contestados, confessados, jurados), dispensando-o de pesquisar se são verdadeiros. Nem só: no interesse da paz social, a lei traça limites à pesquisa da verdade; esgotadas algumas reclamações ou decorridos certos termos, a sentença passa em julgado, torna-se *res judicata*, isto é, o bem reconhecido ou negado pela sentença se torna indiscutível, não obstante os erros de fato e de direito que viciaram o raciocínio do juiz. Daí que alguns autores neguem redondamente a existência da ação como direito anterior ao processo, e neguem coerentemente que o processo seja atuação de lei, com este raciocínio: uma vez que a sentença do juiz pode de fato modificar o direito existente, é impossível concluir que o processo seja atuação do direito; antes se deve discernir entre o estágio de cognição e de execução; no primeiro, determina-se qual seja o direito entre as partes, no segundo somente é que se atua". CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. v. 1. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva & Cia, 1942, p. 79-80.

[609] Luiz Guilherme Marinoni e Sergio Cruz Arenhart, citando Wach, sustentam: "todas as provas, em verdade são provas de verossimilhança: embora toda a teoria processual esteja, conforme já visto, calçada na ideia e no ideal de verdade (como o único caminho que pode conduzir à justiça, na medida em que é o pressuposto para a aplicação da lei ao caso concreto), não se pode negar que a ideia de se atingir, por meio do processo, a verdade real sobre determinado acontecimento não passa de mera utopia. Deveras, a reconstrução de um fato ocorrido no passado sempre influenciada por aspectos subjetivos das pessoas que o assistiram, ou ainda do juiz, que há de valorar a evidência concreta. A interpretação sobre o fato – ou sobre a prova direta dele derivada – altera o seu real conteúdo, acrescentando-lhe um toque pessoal que distorce a realidade. Mais que isso, o julgador (ou o historiador, ou, enfim, quem quer que deva tentar reconstruir fatos do passado) jamais poderá excluir, terminantemente, a possibilidade de que as coisas possam ter-se passado de outra forma. Acreditar que o juiz possa analisar, objetivamente, um fato, sem acrescentar-lhe qualquer dose de subjetividade, é pura ingenuidade. De fato, é irrespondível o argumento trazido por Francesco Carnelutti. Mesmo as provas não têm a aptidão para conduzir seguramente à verdade sobre o fato ocorrido – apenas mostram elementos de como provavelmente, o fato ocorreu; são um indicativo, mas que não necessariamente levam à caracterização absoluta do fato, tal como efetivamente ocorreu (ou, ao menos, não se pode dizer que existe segurança absoluta sobre essa conclusão). Como disse Wach, "aller Beweis ist richtig verstanden nur Wahrscheinlichkeitsbeweis" (todas as provas, em verdade, não são provas de verossimilhança). E,

da verdade é algo impossível, quer seja porque a verdade para um cristão, nascido em meio próspero na cidade de Paris, pode ser completamente diferente da verdade para um mulçumano, nascido como escravo em um cantão carente do planeta. Assim, a doutrina sustenta que a verdade para o processo seria aquela obtida através do contraditório[610].

A importância da reconstrução da verdade ganha maior relevo no processo penal, já que, segundo Francesco Carnelutti, o julgamento de absolvição do réu, por falta de provas, é "um insucesso da administração da justiça", já que o Poder Judiciário "confessa a sua incapacidade de superar a dúvida e deixa o acusado na condição em que se encontrava antes do processo: acusado por toda a vida". A dúvida então insanável desmoraliza o poder constituído[611].

No processo penal, na ausência de prova da culpabilidade do réu, o *in dubio pro reo* levará o Estado absolvê-lo. Todavia, nas causas que não envolverem o direito penal em nosso ordenamento jurídico, obrigatoriamente, o Estado deverá prestar jurisdição com o deferimento da tutela para o autor ou para o réu. Não é possível o juiz, em caso de dúvida acerca de um fato não só essencial, como também, no caso dos fatos relevantes para o julgamento da causa, se escusar no *non liquet* do direito romano e, assim, não decidir[612]. Se o juiz não soubesse como julgar a causa, ele poderia remeter

---

especificamente sobre "aquele que ouviu dizer a coisa de doze mil testemunhas oculares não tem mais que doze mil probabilidades, iguais a uma forte probabilidade, a qual não é igual à certeza". MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. **Prova**. São Paulo: RT, 2010, p. 33-34; 37.

610 Rui Manuel de Freitas Rangel expõe a questão: "Falar-se de crise da verdade tornou-se um lugar comum. Para a crise da verdade contribuem, estamos certos, o sistema que temos, as leis processuais e orgânica judiciária, o excesso de garantismos e de regulamentação da vida, os intervenientes processuais e o modo de actuação do juiz nos termos atrás referidos. A aplicação do direito será necessariamente deturpada se no julgamento de facto o julgador não conseguir apurar a verdade. Refletindo sobre esta questão, Luso Soares, a propósito da justa composição da lide e boa-fé dos litigantes, refere: "também já ficou dito que a justa composição da lide implica o diálogo que o processo é. É que este não dispensa a boa-fé ou seja, a lealdade, verdade, respeito mútuo e até mesmo, certamente, a cooperação entre os litigantes [...] Entende-se, porém, que se trata de uma cooperação no contraditório; daí concluir que a contradição não existe e que, portanto, não há o dever de dizer a verdade objetiva (na realidade é impossível declará-la) mas sim, o dever de a parte dizer a sua verdade". RANGEL, Rui Manuel de Freitas. **O ônus da prova no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2002, p. 63.

611 "Entende-se até que o juiz possa ter essa tentação [...] A assim chamada absolvição por insuficiência de provas denuncia o insucesso da administração da justiça. Entre o sim e o não, o juiz, quando absolve por insuficiência de provas, confessa a sua incapacidade de superar a dúvida e deixa o acusado na condição em que se encontrava antes do processo: acusado por toda a vida". CARNELUTTI, Francesco. Verità, dubbio, certeza. **Rivista di Diritto Processuale**. Série 2, n. 20, Padova: Cedam, 1965, p. 7.

612 "No ônus da prova objetivo (ônus material) trata-se de saber que factos deverão ficar provados e não quem terá de os alegar e provar. Respeitar este ônus às consequências da não realização da prova; a falta de convicção do tribunal sobre a verdade dos factos controvertidos alegados pelas partes que sejam essenciais na medida em que só estes interessam à decisão. A base instrutória pode conter, por vezes, factos que são essenciais à verdade de uma afirmação de facto. E só são os factos essenciais que são potenciadores de gerar uma situação de *non liquet*, ou

os autos a um juiz superior ou ao próprio imperador através do procedimento conhecido como *consultatio*[613].

Assim como ocorre no processo penal com a absolvição do réu por ausência de prova, não seria mais lógico o Estado deixar de prestar jurisdição e, ocorrendo dúvida dos fatos, declarar o *non liquet* nos processos que não envolvam o direito de liberdade? A resposta é negativa. O detentor do poder, para legitimá-lo e não torná-lo arbitrário, tem o dever de buscar uma solução para a crise do direito instaurada[614].

Nesta encruzilhada, a ciência do direito forjou o conceito de provas plenas e semiplenas. As primeiras trariam uma carga suficiente para demonstrar o direito, fundar e alicerçar a decisão. Já as provas semiplenas exigiriam a conjugação de outras provas para que o direito estivesse configurado[615]. A partir do século XI, conforme explica Moacyr Amaral dos Santos, o sistema da prova tarifária começou a ser operado pelos juízes ao

---

seja, só a dúvida sobre uma afirmação de facto que é relevante pode suscitar que o tribunal não atenda à pretensão da parte que tinha essa incumbência de prova. O ônus que recai sobre a parte tem necessariamente a natureza de um ônus subjectivo (formal) e não de um ônus material ou objetivo. É verdade, como afirma Miguel Teixeira de Sousa, que a dúvida insanável sobre a verdade de uma afirmação de facto pode ocorrer ao catálogo de processos que existem no nosso ordenamento jurídico, quer aqueles em que, como regra, vigora o princípio da disponibilidade das partes sobre o objeto do processo (arts. 644º, segunda parte e 264º, n. 2, ambos do CPC), quer aqueles em que estejam vinculados à inquisitoriedade do tribunal. Sempre que o tribunal seja chamado a decidir, quer vigore um outro sistema, essa dúvida sobre a verdade de uma asserção de facto pode estar presente. Efetivamente, a existência de dúvida insanável sobre a verdade de uma afirmação de facto, quer resulte do princípio da disponibilidade das partes sobre o objeto do processo, quer surja nos casos em que cabe ao tribunal o poder de investigar, poderá ser resolvida ou superada quanto à decisão da causa, através do recurso às regras do ônus da prova objetivo é possível aclarar as dúvidas irredutíveis. Aparecem ligados a esta concepção de ônus da prova os princípios da aquisição processual e do inquisitório. Neste sistema que respeita o princípio dispositivo, no tocante à alegação dos factos e o princípio inquisitório, em relação à prova dos factos alegados (sistema misto), o tribunal, muito embora só possa socorrer-se na apreciação do julgamento da causa dos factos que tenham sido alegados pelas partes". RANGEL, Rui Manuel de Freitas. **O ônus da prova no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2002, p. 130.

613 "Mas, o juiz, ao invés de sentenciar, podia – quando ficasse sem saber como julgar a causa – remeter os autos a magistrado superior a ele, inclusive ao imperador. Essa remessa se denominava *consultatio*. Nesse caso, o juiz, dentro de prazos legais, redigia uma informação sobre o processo, e expunha suas dúvidas à autoridade destinatária. As partes podiam refutar o informe. Por fim, o juiz encaminhava ao superior sua informação, a refutação dos litigantes e os autos. Se o magistrado a quem se dirigira fosse o imperador, este, informando-se da causa, ou a decidia, ou a remetia a outro magistrado para que julgasse". ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano** – história do direito romano. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 251.

614 Eduardo Cambi tratou da questão tal como aqui desenvolvida: "Entretanto, há situações em que o juiz não tem opção senão aplicar a regra de julgamento, sob pena de não conseguir julgar a causa. Essa é uma solução que não privilegia, necessariamente, a justiça da decisão, porque o fato de a parte não ter fornecido as provas necessárias para comprovar as suas alegações não significa não serem as suas afirmações verdadeiras. A solução mais lógica talvez fosse determinar que, nesse caso, o juiz não estaria em condições de julgar, mas diante da impossibilidade de pronunciamento judicial *non liquet*, esse mecanismo jurídico se faz necessário para o julgamento da causa. Ademais, essa solução não é arbitrária, como seria se o litígio pudesse ser resolvido tirando a sorte dos litigantes nos dados, porque está baseada em uma máxima da experiência, a qual considera dever à parte, que tem interesse em convencer o juiz de que tem razão, provar aquilo que alega". CAMBI, Eduardo. **A prova civil** – admissibilidade e relevância. São Paulo: RT, 2006, p. 330.

615 MOREIRA, José Carlos Barbosa. O novo Código Civil e o direito processual. *In*: Texto proferido originalmente durante palestra, em 6 de maio de 2002, na EMERJ. Disponível em: www.amaerj.org.br. Acesso em: 26 dez. 2020.

julgar. Ou seja, com a abolição das ordálias e o fim dos duelos, a prova documental e, especialmente, as testemunhas, passaram a ter valor prefixado pelo legislador e o juiz não poderia alterá-lo[616] [617].

Em busca de uma metodologia de trabalho para permitir racionalizar a dúvida do julgador ao decidir, passar a ser intuitivo, como verdadeiro direito natural, forte nos valores de liberdade e de responsabilidade, exige-se daquele que afirma ter o direito demonstrar os fatos que o constitui[618]. Segundo a doutrina, o direito romano legou à humanidade textos que serviram como base para a formulação do conceito do ônus da prova[619].

Alfredo Buzaid, ao verificar o ônus da prova no direito intermédio, do qual "os sistemas jurídicos modernos herdaram", e chegar ao direito romano, no qual "as provas estavam circunscritas às *positiones* contestadas", conclui que este princípio, regra ou metodologia de trabalho foi abarcado com algumas retificações pela sociedade medieval

---

[616] "Sob a influência do direito canônico, e dos estudos do direito romano, a partir do século XI, abolidas as ordálias, e, a contar do século XIV, condenado o duelo, restauraram-se os meios romanos de prova, documentos e testemunhas, especialmente estas. Mas as provas tinham valor prefixado em lei. Cada prova tinha valor inalterável e constante, previsto em lei, e por isso, ao juiz não era lícito apreciá-la senão na conformidade de eficiência que a lei lhe atribuía". SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 356-357.

[617] Lívia Gaigher Bósio Campello destaca que mesmo diante de uma prova plena, assim tarifada, o juiz, ao julgar, analisará um conjunto de fatos e circunstâncias: "Em outras palavras, para mensurar a prova como "plena" não basta que haja um valor tabelado, e sim, que seja analisado um conjunto de fatos e circunstâncias, daí, então, o juiz obtém a certeza necessária para qualificar a prova como "plena" e decidir a questão controversa. Os membros dos Tribunais do Brasil não desconsideram o significado de "prova plena" e têm constantemente empregado a expressão para fundamentar várias decisões sobre diferentes matérias". CAMPELLO, Lívia Gaigher Bósio. As provas e o recurso à ciência no processo. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, ano VI, n. 6, jun. 2005, p. 9.

[618] Eduardo Cambi destaca: "Aliás, o maior interessado em que o juiz se convença da veracidade de um fato é o próprio litigante a quem aproveita o reconhecimento dele como verdadeiro. É esse interesse que estimula a parte a atuar no sentido de persuadir o julgador, mediante as provas, de que o fato realmente ocorreu. Assim, o desejo de vencer o litígio cria, no litigante, a necessidade de pesar os meios de que se pode valer, em seu trabalho de persuasão, e de esforçar-se para que esses meios sejam efetivamente utilizados na instrução da causa. Por isso, esse critério subjetivo está baseado no binômio liberdade-responsabilidade, pois, se é certo que as partes têm liberdade para produzir ou não as provas, a não-observância do *onus probandi* pode acarretar-lhes consequências desfavoráveis, eis que diminui as suas chances de poder convencer o juiz de que têm razão". CAMBI, Eduardo. **A prova civil** – admissibilidade e relevância. São Paulo: RT, 2006, p. 322.

[619] "É inquestionável que o direito romano nos oferece uma variedade de textos que vieram a permitir que as doutrinas que se seguiram os tivessem considerado como textos-base orientadores na formulação da construção doutrinária do ônus da prova. Existem alguns princípios romanos que ainda hoje são chamados à colação por alguns autores, tais como *necessitas probandi incumbit ei qui agit*, lançar sobre o que actua, sobre o autor, o ônus de provar. Este princípio era, todavia, insuficiente como princípio geral, na medida em que a prova não recaía sempre sobre o autor; casos existiam em que esta incidia sobre o réu. Houve, então, necessidade de completar este princípio. É, assim, que surge o princípio *reus excepiendo fit actos*, com um sentido jurídico mais amplo do que o existente actualmente. Para a repartição do ônus da prova entre os litigantes, a trilogia de princípios no direito romano é completada com o princípio *ei incumbit probatio qui dicit non qui negat e per rerum naturam negantis probatio nulla est*. RANGEL, Rui Manuel de Freitas. **O ônus da prova no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2002, p. 79-80.

e, em seguida, incorporado pelo direito português. O Regulamento n. 737 não contém disposições explícitas sobre o ônus da prova, o que permitiu que os Códigos de Processo Civil dos Estados abordassem o tema, “prescrevendo de modo geral que compete a cada uma das partes fornecer os elementos de prova das alegações que fizer”. Ou seja, aquele que afirmou, deverá provar o conteúdo da sua afirmação[620].

A produção da prova do fato constitutivo, impeditivo, modificativo ou extintivo do direito exige trabalho da parte, como atividade efetiva daquele que tem direito à tutela jurisdicional e quer vencer o processo. Giuseppe Chiovenda define precisamente o significado de ônus da prova como atividade: “L’attività che si spende nella prova, como in genere l’ attività che s’ impiega a favore è una condizione per ottenere vittoria, non un dovere giuridico”[621].

Como exemplo hipotético citamos Pedro, que ao sofrer prejuízos decorrentes de um vazamento cujo vizinho culpado não assumiu as consequências, deverá contratar advogado para ingressar com ação, sofrendo com o ônus do pagamento de todas as custas iniciais do processo, como também da perícia e, possivelmente, de inúmeras outras. Contudo, se Pedro objetiva uma liminar, ou seja, uma vitória parcial, ele deverá buscar provas do vazamento e da urgência do conserto, através de fotos e, se possível, um laudo técnico. E não é só. O trabalho a ser realizado por Pedro poderá exigir a obtenção de orçamentos, a fim de apresentar os prejuízos ao perito, evitando-se, assim, um eventual cálculo aleatório. Na pior das hipóteses para Pedro, caso não ocorra o pagamento das custas necessárias para o processo com perícia, a contratação de advogado e a obtenção de provas do vazamento e dos prejuízos, o autor não sofrerá qualquer sanção com a aplicação de cominações antes previstas pelo legislador. Pedro apenas perderá a oportunidade de gozar e de usufruir de um determinado direito. O ônus processual exige o exercício de inúmeras faculdades no curso da relação jurídica processual para obter o resultado. Em suma, a atividade da parte é necessária para a consecução do seu interesse jurídico.

---

620 BUZAID, Alfredo. **Do ônus da prova**. São Paulo: RT, 1962, p.117-123.

621 Tradução livre: “A atividade consumida no processo, geralmente aquela que se emprega a favor, é uma condição para alcançar a vitória, não um dever jurídico”. CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. v. 2. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva & Cia., 1942, p. 309.

Francesco Carnelutti apontou precisamente a diferença entre o ônus decorrente de ser parte em uma relação jurídica processual e o dever jurídico. Ao descumprir o seu ônus processual, a parte não sofrerá qualquer espécie de sanção, mas a perda de uma oportunidade para o exercício e fruição de um direito a ser exercido no processo em decorrência da relação jurídica ali estabelecida. O autor lembra que o exercício do direito de ação é um ônus para o autor que busca a tutela do seu direito subjetivo violado por terceiro, ou seja, a ele caberá o ônus da prova de todos os fatos constitutivos do seu direito[622].

A consequência do descumprimento do ônus da prova como atividade das partes em busca da vitória no processo ficou bem desenhada na figura dos julgamentos de improcedência em decorrência "da prova frustrada". Como explica a doutrina, o ônus da prova pelo seu aspecto subjetivo já era conhecido pela prática judiciária, contudo, coube aos doutrinadores, em especial a Leo Rosenberg, cunhar a figura do ônus da prova material ou objetiva (*Feststellungslast*)[623].

O ônus da prova como atividade das partes – subjetivo – resume-se a uma regra de conduta para o autor, aos réus e a todos os intervenientes na relação jurídica. Para vencerem, há atividades a serem cumpridas por meio do exercício de faculdades processuais. O ônus da prova para o juiz, como ferramenta de trabalho, não deixa de ser

---

622 "a) Indiqué ya, que no sólo la parte tiene necesidad del processo, sino que el processo tiene necessidade de la parte, o mejor dicho: el ordem jurídico tiene necessidade de que la parte haga actuar el processo para la composición del litigio. De ahi que se le atribuya a la parte el poder de que em este subtítulo me vengo ocupando, y cuya natureleza definir é más adelante. Pero a la necesidad que el processo tiene actividad de la parte no le basta com concederle um poder, sino que hace falta estimularia a su ejercício. El estimulo sólo puede obtenerse poniendo a cardo de la parte uma consequência penosa para el caso de falta de ejerccicio, o sea, em sentido lato, uma sancion. Em teoria, cabria también pensar en este caso en la sancion jurídica; el poder de la parte seia entonces um deber asimismo". CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de derecho procesal civil**. Argentina: Uteha, 1944, p. 81. Tradução livre: "a) Indiquei, anteriormente, que não somente a parte tem necessidade do processo, mas o processo tem necessidade da parte, ou melhor: a ordem jurídica tem necessidade de que a parte faça com que haja o processo para a constituição do litígio. Por isso, é atribuído à parte o poder sobre o qual me ocupo neste subtítulo, e cuja natureza definirei mais adiante. Porém, à medida que o processo tem atividade da parte, não lhe basta conceder um poder, é necessário estimular o seu exercício. O estímulo somente pode ser obtido se estiver sob o encargo da parte uma consequência penosa para o caso de falta de exercício, ou seja, em sentido *lato*, uma sanção. Em teoria, caberia também pensar, neste caso, na sanção jurídica; o poder da parte seria, então, um dever da mesma forma".

623 "A distinção entre ônus formal (ou subjectivo) e ônus material (ou objetivo) da prova surge pela primeira vez no século passado na obra de Julius Glaser, em 1883, para depois ser sistematizada por Rosenberg. Com Rosenberg caminhou-se para a distinção actual entre ônus da prova formal, ou subjectivo (*Beweisfuhrunglas*t) e ônus em sentido material, ou objetivo *(Feststellungslast*). Coube aos processualistas austríacos o mérito de terem precisado esta distinção que entraria na doutrina alemã por influência de Rosenberg, irradiando depois para a doutrina italiana. Sucede que anteriormente a ter-se estabelecido esta distinção entre ônus da prova subjectivo e ônus da prova objetivo, a doutrina só conhecia e considerava o primeiro, com base na teoria das consequências da prova frustada". RANGEL, Rui Manuel de Freitas. **O ônus da prova no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2002, p. 125.

uma ficção criada pelo legislador e utilizada pelo árbitro, juiz, em suma, pelo julgador, que deverá ter atenção aos fatos provados ao decidir. O ônus da prova pelo aspecto objetivo seria uma ficção porque a partir de regras de julgamento, o julgador deverá construir o seu raciocínio à luz do fato ou dos fatos não provados e da responsabilidade da parte que teria o ônus da prova daquele ou daqueles fatos[624].

O ônus da prova, ora concebido como instrumento do Estado (para que o juiz tenha uma regra objetiva para julgar), ora como atividade das partes em produzir as provas (para que o Poder Judiciário possa deferir a tutela jurisdicional àquela parte que tem o direito e pode prová-lo), nada mais são do que dois prismas do mesmo fenômeno. Ou melhor, dois prismas pelos quais se enxergam as provas concretamente produzidas pela atividade dos personagens do processo, ora como ônus das partes em produzi-las, ora como ferramenta do juiz, que, a partir das provas, poderá utilizar uma metodologia de trabalho preestabelecida pelo legislador ao decidir[625].

O ônus da prova pelo seu viés objetivo serve como ferramenta de trabalho para o juiz decidir nos casos em que o direito não esteja alicerçado em prova ou em provas irrefutáveis. Na dúvida, o julgador se socorre à ferramenta chamada ônus da prova. Giuseppe Chiovenda, ao examiná-la, sustenta que "quem reclama a execução de uma obrigação deve prová-la, e quem pretende liberar-se deve, por seu lado, provar o

---

624 "É certo que estas regras não solucionam as situações de *non liquet*, isto é, não resolveram a dúvida do tribunal, que permanece. Estas regras ajudam a suportar a decisão do tribunal, não obstante a existência de dúvida insanável sobre a realidade do facto. Trata-se de regras de decisão. A verdadeira função do ônus objetivo ou material da prova é fornecer um critério de decisão. O critério de decisão configura-se no facto de, perante uma dúvida irredutível sobre a realidade do facto que é pressuposto da aplicação de uma norma jurídica, o juiz decide como se o contrário se encontrasse provado (vd. Ac R. E. de 29.4.86, in BMJ 358.º, pág. 626). O significado do ônus da prova está fundamentalmente em determinar como deve o tribunal decidir no caso de não se provar certo facto (vd. Ac.R.C. de 3.2.1981, in C.J., tomo I, 1981, pág. 32)". RANGEL, Rui Manuel de Freitas. **O ônus da prova no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2002, p. 133.

625 Leo Rosenberg, ao examinar o conceito de ônus da prova, lembra que a ferramenta vem a atender a impossibilidade de o Estado, na figura do juiz, se utilizar do *non liquet* e, assim, não decidir: "Dada la insuficiência de nuestros médios y los limites de nuestras possibilidades de conocimiento puede suceder em cada processo que no sea aclarado en todos sus detalles el acontecimento que sirve de base a la controvérsia y qye circunstancias importantes no puedan ser averiguadas. Pero tal non liquet em cuestiones de derecho: el magistrado debe dictar em cada caso uma resolución. Esto se le facilita gracias a las normas sobre carga de la prueba, que em tal caso le dan una indication sobre el contendo de su sentencia; em particular, para resolver cuando se há mantenido incierta, em contra de la parte que soporta la carga de probar, la afirmación sobre los hechos". ROSENBERG, Leo. **Tratado de derecho procesal civil**. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1968, p. 221. Tradução livre: "Dada à insuficiência de nossos meios e os limites de nossas possibilidades de conhecimento, pode acontecer, em cada processo, que não seja esclarecido, em todos os seus detalhes, o acontecimento que serve de base à controvérsia e que circunstâncias importantes não possam ser averiguadas. Contudo, isto *non liquet* em questões de direito: o magistrado deve ditar, em cada caso, uma resolução. Isto é possível graças às normas sobre ônus da prova, que, neste caso, lhe dão uma indicação sobre o conteúdo de sua sentença; em particular, para resolver quando se manteve incerta, contrariamente à parte que suporta o ônus de provar, a afirmação sobre os fatos".

pagamento ou o fato que produziu a extinção de sua obrigação”[626]. Neste caso, como regra objetiva de julgamento, aquele que não fez a prova da extinção de sua obrigação, ou seja, do ônus constitutivo de seu direito, terá o seu pedido julgado improcedente.

Pelo seu aspecto subjetivo, o ônus da prova exige da parte que tem direito à tutela jurisdicional o ônus de produzir, no curso da relação jurídica, as provas necessárias para o juiz reconhecer-lhe o direito. Nada mais natural do que exigir daquele que busca a tutela, a prova que possa constituir o seu direito, até mesmo porque, geralmente, as partes são as pessoas mais habilitadas a produzirem a prova dos fatos que constituem o seu direito, independentemente da sua formação acadêmica, já que a intuição do seu direito, daquilo que é seu porque é justo que seja, verdadeiro direito natural, nasce com o homem, conforme sustenta Jean-Jacques Rousseu, em *Contrato Social*.

Alfredo Buzaid destaca que coube à doutrina o mérito de distinguir os ônus objetivo e subjetivo. A partir desta distinção, como explica o professor com base em Leo Rosenberg, surge um princípio natural: “cada litigante sofre o ônus da prova acerca da existência de todos os pressupostos (ainda que negativos) das normas, sem cuja aplicação não vingam a pretensão, isto é, pressupostos das normas que lhe são favoráveis”. Se Paulo alega que não praticou o crime porque nunca esteve em Santos e tampouco esteve com a jóia, caberá a ele também provar que não esteve naquela cidade naquela data, assim como não esteve na posse da jóia roubada[627].

Os ônus da prova pelos seus aspectos subjetivos, “como o desejo de obter vitória, cria para os litigantes a necessidade, antes de mais nada, de pesar os meios de que se poderá valer no trabalho de persuasão, e de esforçar-se, depois, para que tais meios sejam utilizados na instrução da causa”[628]. O fundamento para a distribuição do ônus da

---

[626] “A regra geral do art. 1.312 refere-se aos fatos constitutivos e aos fatos extintivos: quem reclama a execução de uma obrigação deve prová-la e quem pretende liberar-se dela deve, por seu lado, provar o pagamento ou o fato que produziu a extinção de sua obrigação”. CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. v. 2. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva & Cia., 1942, p. 503. “Se o ônus da prova for considerado na perspectiva da posição das partes, esse será do autor, que terá de provar a inexistência dos fatos constitutivos do direito. Se o ônus da prova for pensando na dimensão do interesse, na demonstração dos pressupostos fáticos para a incidência da existência dos fatos constitutivos, a coisa julgada material, ao qualificar eventual decisão de improcedência, confere ao réu os mesmos efeitos que obteria se a ação declaratória fosse positiva. Caso o ônus da prova seja deixado ao autor, admitir-se-á que o direito do réu seja declarado sem que ele tenha produzido prova, ou pior, que o direito do réu seja declarado apenas porque o autor não conseguiu provar a inexistência dos fatos constitutivos”. MARINONI, Luiz Guilherme. **Prova**. São Paulo: RT, 2011, p. 165.

[627] BUZAID, Alfredo. **Do ônus da prova**. São Paulo: RT, 1962, p. 129.

[628] José Carlos Barbosa Moreira define o aspecto subjetivo do ônus da prova com usual precisão: “Para bem compreender o mecanismo hoje mais difundido, é preciso atentar na ideia que o inspira. Parte-se da premissa,

prova a cargo das próprias partes tem razões de oportunidade e se fundamenta em uma regra de equidade. Se afirmamos ter o direito, nada mais razoável que possamos demonstrar os fatos que substanciam e alicerçam aquilo que dizemos ter[629].

Giuseppe Chiovenda, ao sustentar que não é possível afirmar, hipoteticamente, que a repartição do ônus da prova seja rigorosamente lógica e justa, assegura que a regra garantiria a igualdade das partes diante de uma justiça distributiva[630]. Na verdade, o ônus da prova, pelo seu aspecto objetivo, também espelha e reflete o princípio da isonomia, porque o magistrado terá um critério objetivo para julgar na falta de um conjunto probatório irrefutável[631].

Apesar de juristas com luzes próprias como Giuseppe Chiovenda, Alfredo Buzaid e Leonardo Greco sustentarem que o ônus da prova seria uma ferramenta justa e isonômica de trabalho do magistrado na "coluna vertebral do processo", *rectius*: na interseção entre os fatos, a prova e a aplicação da norma ao caso concreto, a garantir a

---

explícita ou implícita, de que o maior interessado em que o juiz se convença da veracidade de um fato é o litigante a quem aproveita o reconhecimento dele como verdadeiro, por decorrer daí a afirmação de um efeito jurídico favorável a esse litigante, ou a negação de um efeito jurídico a ele desfavorável. Semelhante interesse naturalmente estimula a parte a atuar no sentido de persuadir o órgão judicial de que o fato deveras ocorreu – numa palavra: de prová-lo. Todo ordenamento processual, sejam quais forem as diretrizes filosóficas ou políticas que inspirem, conta em larga extensão com a eficácia desse estímulo. O desejo de obter a vitória cria para o litigante a necessidade, antes de mais nada, de pesar os meios de que se poderá valer no trabalho de persuasão, e de esforçar-se, depois, para que tais meios sejam efetivamente utilizados na instrução da causa. Fala-se, a propósito, de ônus da prova, num primeiro sentido (ônus subjetivo ou formal)". MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**. As presunções e a prova. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 74.

629 "O seu fundamento está, como demostra Wach, em uma regra de equidade, que nasce da consideração que, litigando as partes e devendo conceder-se-lhe a palavra igualmente para o ataque e a defesa, é justo não impor só a uma o ônus da prova. Do autor não se pode exigir senão a prova dos fatos que criam especificamente o direito. Poderá o réu negar, mediante exceção, os pressupostos gerais desse estado". BUZAID, Alfredo. **Do ônus da prova**. São Paulo: RT, 1962, p. 128.

630 No mesmo sentido manifestou-se Alfredo Buzaid: "Freqüentemente, no caso concreto, sente-se a oportunidade de atribuir o ônus da prova a uma das partes, enquanto seria difícil formular uma regra geral para fazê-lo. Não é possível dizer *a priori* que a repartição da prova seja rigorosamente justa e lógica. É uma razão de oportunidade que leva a repartir o ônus da prova. Mas há igualdade das partes. E como, prevalecendo o processo dispositivo, às partes incumbe, em regra, a tarefa de preparar o material de cognição, de alegar e provar ao juiz aquilo que pretendem, daí resulta que a distribuição do ônus é feita de modo que deixe a cada uma das partes fazer valer os fatos que ela quer sejam considerados como verdadeiros". BUZAID, Alfredo. **Do ônus da prova**. São Paulo: RT, 1962, p. 135. Segundo Giuseppe Chiovenda: "O autor deve provar os fatos que ela quer sejam constitutivos, isto é, fatos que normalmente produzem determinados efeitos jurídicos; o réu deve provar os fatos impeditivos, isto é, a falta daqueles fatos que normalmente concorrem com os fatos constitutivos, falta que impede que estes produzam o seu efeito natural". CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. v. 1. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva & Cia., 1945, p. 209.

631 Neste sentido se manifestou Leonardo Greco: "As regras de distribuição do ônus da prova têm duplo objetivo: primeiramente definir a qual das partes compete provar determinado fato, o chamado ônus subjetivo, em seguida, no momento da sentença, servir de diretriz no encadeamento lógico do julgamento das questões de fato, fazendo o juízo pender em favor de uma ou de outra parte conforme tenham ou não resultado provados os fatos que cada uma delas interessam, o chamado ônus objetivo". GRECO, Leonardo. **A prova no processo civil** – do Código de 1973 ao novo Código Civil. Campos dos Goytacases: Scientia Iuris, 2005, p. 103.

isonomia das partes na arena processual em busca do seu direito, ou melhor, da comprovação de seu direito, acabamos pecando ao discordar destas sagradas lições. Mas, teremos que discordar.

A desvantagem do autor frente ao réu fica evidente quando se sintetiza o ônus da prova em duas regras. Se a parte tem o ônus da prova das suas afirmações, cada parte deverá provar os fatos pelos quais pede o reconhecimento de seu direito. Assim, competiria ao autor a prova do fato constitutivo. Nesta linha de raciocínio, eventualmente, se o autor não fizer prova plena do seu direito, mesmo que o réu também não tenha se desincumbido de seu ônus, possivelmente, o pedido será julgado improcedente por ausência de prova do fato constitutivo. É como se ocorresse uma relação prejudicial, se o autor não se desincumbir do seu ônus assumido através das suas afirmações, a análise do direito do réu ficará prejudicada, não havendo mais a necessidade de o julgador perquirir os fatos impeditivos ou modificativos que comprovariam a tese do réu[632].

Em busca de critério justo e satisfatório, já que o autor estaria em desvantagem ao ter que provar o fato constitutivo do seu direito em relação ao réu, que poderia simplesmente negá-lo[633], a doutrina busca substituir o critério de interesse da prova pelo

---

[632] Neste sentido se manifestou Moacyr Amaral dos Santos: "Aproximando-nos mais de Chiovenda, sintetizamos a distribuição do ônus da prova em duas regras: 1ª) Compete, em regra, a cada uma das partes fornecer os elementos de prova das alegações que fizer. Ao autor cabe a prova dos fatos dos quais deduz o seu direito; o réu a prova dos fatos que, de modo direto ou indireto, atestam a inexistência daqueles (prova contrária, contraprova). O ônus da prova incumbe *ei qui dicit*. 2ª) Compete, em regra, ao autor a prova do fato constitutivo e ao réu a prova do fato extintivo, impeditivo ou modificativo. Essa regra reafirma a anterior, quanto ao autor, e atribui o ônus da prova ao réu que se defende por meio de exceção, no sentido amplo. *Reus in excipiendo fit actor*. Ambas as regras impõem ao autor a prova do fato em que se fundamenta o pedido, ou seja, do fato constitutivo da relação jurídica litigiosa. Consagram o princípio de que *actori onus probandi incumbit*. A consequência é que, não provado pelo autor o fato constitutivo, o réu será absolvido: *actore non probante, réus est absolvendus*. Ambas as regras também impõem ao réu a prova dos fatos em que se fundamenta a defesa, quer quando por meio daqueles vise a) atestar a inexistência dos fatos alegados pelo autor (prova contrária, contraprova), quer quando b) aqueles consistem em fatos impeditivos, extintivos ou modificativos do fato constitutivo, ou, ainda, consistam em fatos destinados a elidir os efeitos do fato constitutivo (prova da exceção, no sentido amplo)". SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 357.

[633] José Américo Zampar Filho, em artigo específico acerca das teorias sobre o ônus da prova, ao escrever sobre a posição de Francesco Carnelutti, aponta o desnivelamento das partes: "Alegava Chiovenda *iudicet secundum allegata et probata e quod non est in actis non est in mundo* e continuava dizendo que para se respeitar a igualdade entre as partes dever-se-ia deixar para que cada uma delas tivesse a iniciativa de demonstrar os fatos que quisesse reconhecidos pelo juiz. Desta teoria surge, pois, a dificuldade de se saber quando aparece o interesse por parte do réu na produção da prova, vez que este somente terá de provar após a prova ter sido produzida pelo autor, e ainda, como se distinguir a simples negativa da alegação de fato diverso? Respondendo a estes questionamentos, Chiovenda buscou no princípio da normalidade a solução, para enunciar que "[...] o autor deve provar os fatos constitutivos, isto é, os fatos que normalmente produzem determinados efeitos jurídicos; o réu deve provar os fatos impeditivos, isto é, a falta daqueles fatos que normalmente concorrem em fatos constitutivos, falta que impede a estes produzir o efeito que lhes é natural". O problema que se apresenta é a estaticidade das normas sobre o ônus da prova, ao se fixar de maneira rígida que o autor deve provar os fatos constitutivos e o réu os impeditivos. Embora, quando analisada ante regra geral do CPC brasileiro encontre sua adequação". ZAMPAR FILHO, José Américo.

critério do ônus da afirmação, desenvolvido por Francesco Carnelutti. Assim, independentemente de a prova ter sido produzida pelo autor ou pelo réu, em decorrência do princípio da aquisição, ela servirá ao processo. O interesse da afirmação seria unilateral, enquanto o interesse na produção da prova seria bilateral. Com outras palavras, "a declaração de um fato favorável a uma parte não tem necessidade, normalmente, para ser levada em conta, de ser feita pela parte a quem beneficia". De qualquer maneira, este critério não apresenta qualquer novidade prática porque o ônus da afirmação corresponde ao ônus da prova independentemente da parte que tenha produzido a prova para o processo[634].

A distinção formulada por Francesco Carnelutti entre o interesse na afirmação e o interesse na produção da prova é criticada por Emilio Betti, porque seria necessário substituir o conceito de interesse na afirmação pelo ônus da afirmação. Nesta linha, inicialmente, poderíamos sustentar posição de simetria entre as partes, já que o autor deveria provar os fatos decorrentes das suas afirmações. O mesmo deveria ser feito pelo réu. Por outro lado, isto não é verdade. Por força de uma relação de prejudicialidade, enquanto o autor não demonstrar o ônus da sua afirmação, ou seja, o ônus da prova do seu direito, o réu não terá nada a provar. Em suma, enquanto o autor não fizer a prova do seu direito, caberá ao réu apenas impugnar os fatos para não torná-los incontroversos na forma dos arts. 336 e 374, III, do CPC/2015[635].

Direito probatório. (Coleção Grandes Temas do Novo CPC). DIDIER JUNIOR, Fredie (coord.). Salvador: Juspodivm, 2018, p. 455.

634 "Segundo Betti, para se poder sancionar, a cargo das partes, a falta de prova, como consequência de sua inércia ou de atividade instrutória infrutuosa, é preciso tomar por base um critério diverso do interesse na prova. Francesco Carnelutti procurou encontrar tal critério no interesse da afirmação de cuja prova se cuida; mas a proposição enunciada nesses termos é equívoca. É certo que o réu tem interesse em demonstrar a inexistência dos fatos afirmados pelo autor; mas enquanto este não provar os fatos que afirma, aquele nada tem que provar, não estando sujeito, portanto, a nenhum risco. Assim, é necessário considerar não tanto o interesse, quanto o ônus. Sim, o ônus da afirmação e da prova. Para chegar a um critério plenamente satisfatório, cumpre, pois, substituir o critério do interesse pelo ônus da afirmação. A repartição do ônus da prova corre paralelamente com a repartição do ônus da afirmação (ou da contestação) e se inspira num critério de igualdade entre as partes, entendida no sentido das diferentes posições que assumem no processo. Como ao ônus da afirmação corresponde o ônus da prova. Entre o ônus da afirmação e o ônus da prova há uma coordenação rigorosa, que só em relação aos fatos notórios desaparece. Dado o princípio da aquisição processual, que governa não só as produções, mas também as afirmações em juízo, a declaração de um fato favorável a uma parte não tem necessidade, normalmente, para ser levada em conta, de ser feita pela parte a quem beneficia". BUZAID, Alfredo. **Do ônus da prova**. São Paulo: RT, 1962, p. 137.

635 Neste mesmo sentido se manifestou Rui Manuel de Freitas Rangel: "O critério de que o réu tem interesse em afirmar a inexistência dos factos, lhe incumbe fazer a prova da alegação, mesmo quando o autor não consiga provar a existência dos factos que tem por base a sua pretensão. Esta ideia é errada. É verdade que o réu tem interesse em demonstrar a inexistência dos factos que afirma, aquele nada tem que provar, não ficando, por isso, sujeito a qualquer risco por falta de prova da sua parte. É por esta razão que Betti, em vez do critério do interesse, considera o

A utilização do ônus da afirmação como remédio para tentar senão curar, ao menos remediar a posição assimétrica do autor, conforme sustenta Emilio Betti ao citar Francesco Carnelutti, ao contrário de curar o paciente, agrava a doença, quando se percebe que o ônus do pedido (ônus constitutivo do direito), se confunde com o próprio ônus da afirmação (ônus da prova), tudo a fim de comprovar o que sustentamos: o autor tem um ônus maior na relação jurídica processual do que o réu para vencer[636].

Gian Antonio Micheli, em seu *L'onere della prova*, sustenta que o ônus da prova deve ser entendido como responsabilidade de cada parte. O professor italiano destaca o ônus subjetivo da prova em seu trabalho. As partes, ao possuírem faculdades, deveriam exercê-las como verdadeiros deveres. Neste estudo, ao destacar a responsabilidade das partes, o autor sublinha a interseção entre o ônus da prova e a produção da prova pelo juiz à luz do direito envolvido, ora disponível, a exigir da parte a responsabilidade na produção da prova, ora indisponível, prevalecendo a gestão do juiz na produção da prova[637].

A utilidade e os benefícios na produção da prova de ofício pelo juiz refletem no ônus da prova, seja pelo aspecto subjetivo ou objetivo. Ao falarmos em ônus da prova subjetivo, como atividade que cabe às partes, nos referimos a poderes instrutórios do juiz, que não poderá ser responsabilizado pela não atividade da parte, ao não preencher o ônus processual que lhe recaia, eventualmente, preenchido pelo julgador no caso concreto. Por outro lado, em regra, o julgador precisará da produção da prova para formar

---

critério do ônus de afirmação e da prova. Este ônus só aparece quando o autor produza a prova dos factos idôneos para fazerem surgir o direito que se arroga. Só depois disto incumbe ao réu alegar e provar factos que obstem ao efeito jurídico dos factos afirmados pelo autor. Assim, enquanto o autor não conseguir fazer a prova dos factos constitutivos do seu direito, o réu pode limitar-se a uma posição passiva, limitando-se a negá-los, sem embargo, naturalmente, de, por princípio, ter que impugná-los, especificadamente, para que, tendo eles sido invocados pelo autor na petição, se não considerem admitidos por acordo (art. 490.º, n. 1 do CPC)". RANGEL, Rui Manuel de Freitas. **O ônus da prova no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2002, p. 145.

636 "É por isso que o ônus da afirmação é o critério mais perfeito. Existe uma sintonia completa entre o ônus do pedido, o ônus da afirmação e o ônus da prova. A repartição do ônus de prova corre paralelamente com a repartição do ônus da afirmação ou da contestação e, partindo do pressuposto de que na estrutura do processo as partes assumem posições diferentes, inspira-se num critério de igualdade das partes. Ao ônus do pedido corresponde o ônus da afirmação. Ao ônus da afirmação corresponde o fazer nascer o ônus da prova. Significa que a parte que, em juízo pretenda fazer valer determinada pretensão, tem ônus de alegar os factos que sustentam a mesma (ônus da afirmação), ou seja, que tem o ônus de afirmar os factos que servem de fundamento ao seu pedido tem o correspondente ônus de demonstrar a existência desses factos (ônus de prova). A correspondência de que há pouco falamos entre ônus do pedido e ônus da afirmação traduz-se, na prática judiciária, no seguinte: ao autor incumbe alegar os factos em que fundamente a acção e a excepção". RANGEL, Rui Manuel de Freitas. **O ônus da prova no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2002, p. 146.

637 MICHELI, Gian Antonio. **L'onere della prova**. Padova: Cedam, 1966, p. 5.

seu convencimento conforme os fatos ocorreram, independentemente da parte que a produziu. Ele precisará da prova para julgar. Caso contrário, possivelmente, o autor sairá derrotado[638].

A posição assimétrica do autor frente ao réu pode ser verificada se imaginarmos que o ônus do direito de ação (ou ônus da afirmação ou ônus da prova) visa modificar uma situação jurídica. Por outro lado, o réu visando apenas a manutenção do *status quo*, precisa exercer uma atividade defensiva, bastando aguardar que o autor não demonstre o fato constitutivo do seu direito. Ou seja, o ônus da prova do réu só estará configurado quando o autor se desincumbir do seu ônus no curso da relação jurídica[639].

Ao analisarmos outras hipóteses a demonstrar que o ônus da prova pende a favor do réu, a desvantagem do autor em fazer a prova do fato constitutivo fica evidente quando lhe é imposto o ônus da prova de um fato negativo. Giuseppe Chiovenda formula alguns exemplos para demonstrar a dificuldade de o autor fazer a prova negativa, ou melhor, a prova no sentido de que o fato não ocorreu: na ação de indenização por omissão culposa, deve-se provar que não foi feito pelo réu aquilo que lhe cumpria fazer. Na ação de prescrição por servidão, deve-se provar o não uso, dentre outros exemplos que só atestam a dificuldade maior do autor em relação ao réu para provar o seu direito[640].

---

638 Neste sentido, as palavras de Eduardo Cambi são extremamente oportunas: "Do mesmo modo, saber a quem incumbe a prova é uma medida necessária para se cobrarem as despesas que a atividade probatória pode exigir e que devem ser feitas por ocasião de cada ato processual (art. 19 do CPC), o que demonstra, novamente, que o aspecto subjetivo do *onus probandi* não se coloca, tão-somente, no momento da sentença. Enfim, somente a partir do conceito de ônus da prova em sentido subjetivo é possível falar em poderes instrutórios do juiz, que, por essa simples razão, não deve ser considerado responsável pela frustração das atividades probatórias, na medida em que, nessa hipótese, é a parte quem deve ser prejudicada e arcar com as consequências desfavoráveis do não-cumprimento do *onus probandi*". CAMBI, Eduardo. **A prova civil** – admissibilidade e relevância. São Paulo: RT, 2006, p. 318-320.

639 Segundo Eduardo Cambi: "Em contrapartida, o réu, como geralmente quer a manutenção do *status quo*, exerce uma posição defensiva, sendo, por isso, gravado com ônus de provar os fatos negativos (i.e., extintivos, impeditivos ou modificativos) à pretensão do autor. A necessidade de ter de provar esses fatos decorre da superação de uma antiga tradição consubstanciada no brocardo negativo *non sunt probanda*, embora os ônus do réu sejam menores, porque ele não precisa alegar nenhum desses fatos para ser vitorioso, bastando, para isso, que o autor não se incumba de seu *onus probandi*. Logo, a posição do réu é mais cômoda do que a do autor, pois não tem nenhum ônus até que o autor demonstre o fato constitutivo (*actore non probante, réus absolvitur*), somente após a demonstração do fato constitutivo, surge-lhe a necessidade de contrapor-lhe uma exceção, que pode limitar-se a negar a existência desse fato ou, ainda, alegar ser tal fato ineficaz, podendo, para isso, fazer menção a novos fatos para dar fundamento à sua defesa, cabendo-lhe, então, o ônus da prova". CAMBI, Eduardo. **A prova civil** – admissibilidade e relevância. São Paulo: RT, 2006, p. 324.

640 "A fórmula negativa *non sunt probanda* é, ademais, contraditada em muitos casos em que o fundamento da demanda do autor, cuja prova ao autor incumbe, representa um fato negativo. Assim que, na *condictio indebiti*, deve-se provar que aquilo que se pagou, não era devido. Na ação de indenização por omissão culposa, deve-se provar que não foi feito pelo réu aquilo que lhe cumpria fazer. Na ação de prescrição de servidão, deve-se provar o não uso. No caso de um direito dependente de condição suspensiva negativa (*Si Titius ante Calendas Maiae in Italiam non venerit, decem dares pondes?*) deve-se provar ocorrido o fato negativo (o de Tício não ter vindo à Itália antes

Moacyr Amaral dos Santos, embora reconhecesse a dificuldade do autor em provar as afirmações negativas, sustentava que a prova deste fato seria possível, exemplificando: “se Caio nega ter estado em certo dia em determinado lugar, bem poderá provar ter estado em tal dia em outro lugar” ou, “se nega que seu cavalo seja preto, bem que pode provar qual seja a cor do mesmo”. Por outro lado, as negativas infinitas são praticamente impossíveis de serem provadas porque “dificílimo será a Caio, provar que nunca foi a Santos, como lhe será dificílimo provar que permanentemente usou determinada joia”[641].

A posição assimétrica do autor também transparece ao se examinar a obrigatoriedade para ele em fazer a prova do ônus constitutivo de seu direito, já que o réu só terá que provar o seu direito se o autor demonstrar a existência do fato constitutivo do seu, havendo evidente prejudicialidade. Se o autor não demonstrar os fatos que circunscrevem seu direito, o réu precisará apenas impugná-los. Ademais, o réu, ao invés de apresentar um fato ou fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor, pode demonstrar a inexistência da configuração do fato que o autor busca provar.

A fim de ilustrar a hipótese da maior dificuldade para o autor provar o seu direito, Giuseppe Chiovenda utiliza o exemplo do fato jurídico autônomo, ou seja, fundamento de um meio autônomo de defesa, e pergunta se estaria sujeito a prova ou se a simples negação do fato seria suficiente, se o autor não fez a prova do fato constitutivo de seu direito:

---

daquele dia). E, ainda que se obtenha a prova do fato negativo mediante a prova de um outro fato positivo (Tício esteve, até aquele dia, na Grécia, logo não estava na Itália), mesmo assim, não obsta a que o verdadeiro tema da prova seja o fato negativo. Nas ações declaratórias negativas acontece o mesmo: cumpre ao autor provar a NÃO existência do direito do réu. A não ser, é claro, que a não existência do direito do réu represente a simples consequência da existência do direito do autor; assim na *actio nagatoria servitius*, bastará que o autor prove a propriedade, porque esta, por si, exclui o direito de passagem no terreno, se não se prova a existência de tal direito (questão sumamente controvertida)”. CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. v. 2. São Livraria Acadêmica Saraiva & Cia.,1943, p. 506-507.

641 “Esse era o pensamento diretor no direito medieval, que penetrou no mais antigo direito português, com as restrições que desde logo se fizeram à segunda dessas máximas. Assim, as Ordenações Filipinas, Livro III, Título 53, 10, admitindo, embora, que a negativa, como regra, não se pode provar, reconheciam que essa regra nem sempre é verdadeira, porque bem se pode provar quando coartada a certo tempo e lugar ou quando se resolve em afirmativa. Se Caio nega ter estado certo dia em tal lugar, bem que poderá provar ter estado em tal dia em outro lugar; se nega que seu cavalo seja preto, bem que pode provar qual seja a cor do mesmo. Por outro lado, a máxima de que a negativa não se pode provar enfraqueceu-se sobremaneira à observação de ser verdadeira apenas em relação às negativas indefinidas. Estas, com efeito, são de prova impraticável, tão-somente por serem indefinidas, como também é impraticável a prova de afirmações indefinidas. Dificílimo será a Caio provar que nunca foi a Santos, como lhe será dificílimo provar que permanentemente usou determinada joia”. SANTOS, Moacyr Amaral. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. 4. Arts. 332-475. Rio de Janeiro: Forense, 1973, p. 31.

> Se o autor afirma que o réu se obrigou a dar 100 e o réu afirma tê-lo feito por brincadeira, a quem incumbirá o ônus da prova? Terá o autor de provar somente que o réu se obrigou, ou também que se obrigou a sério? Deve-se considerar como fato constitutivo do direito o FALAR A SÉRIO, ou como fato impeditivo o FALAR POR BRINCADEIRA? Como o autor poderá provar que o réu falou sério?[642]

Leo Rosenberg, na obra *La carga de la prueba*, sustenta que cabe ao autor o ônus da sua afirmação, ou seja, caberá a ele provar aquilo que afirma. Por outro lado, como o juiz é obrigado a proferir sentença, não tendo como se valer do *non liquet*, caso o autor não cumpra com o ônus constitutivo de seu direito, seu pedido será julgado improcedente. A fim de caracterizar a dificuldade da parte em cumprir com a prova da sua afirmação, como o ônus da prova, o professor da faculdade de Munique apresenta interessante exemplo da venda de cedros e sustenta: "las normas relativas a la carga de la prueba sólo están destinadas a resolver las dudas em el terreno de la cuestión de hecho, solo tienen capacidade para ello"[643]. Ou seja, a utilização das regras do ônus da prova jamais servirá para preencher o quebra-cabeça dos fatos na mente do julgador. E, na ausência de algumas peças dos fatos, ou até mesmo de uma que o julgador repute essencial, o quebra-cabeça dos fatos não ficará preenchido e o autor perderá a ação ao não cumprir com o ônus da prova dos fatos que alicerçam o seu direito[644].

---

642 CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. v. 2. São Livraria Acadêmica Saraiva & Cia.,1943, p. 510.

643 Tradução livre: "As regras sobre o ônus da prova destinam-se apenas a dirimir dúvidas no campo do fato, apenas têm capacidade para o fazer". CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. v. 2. São Livraria Acadêmica Saraiva & Cia.,1943, p. 510.

644 "Se descarta la posibilidad de que el juez llegue a un non liquet con respecto a la cuestión de derecho, a causa de lo dudoso de la cuestión de hecho. El juez debe siempre o afirmar o negar la consecuencia jurídica que es objeto del pedido de la demanda, esto es, en el processo civil, o condenar al demandado o rechazar la demanda, con tal que estén cumplidos los presupuestos procesales de la sentencia em cuanto al fondo de la causa. La sentencia no puede tener outro contenido. Un ejemplo servirá para demostrar esto. El demandante habia encargado al demandado que vendiera cerdos por cuenta del primero; el demandado estaba autorizado a conceder crédito Y no tuvo que responder del cumplimiento de las obligaciones de los compradores. Habiéndose roto después de vários años las relaciones comerciales entre las partes, el demandante reclama un saldo. Se discutió sobre la suma de 6.366 marcos, entre otros puntos. El damandado afirmo haber vendido uma cantidad de cerdos que le habiía enviado el demandante, por 6.366 marcos, a crédito, a um señor X, el que poco después se habia fugado a América, de suerte que la deuda se convirtió em incobrable. Ofreció al demandante la cesión del créidito contra X. Pero aquél reclama el pago del precio, y niega que los cerdos se hayan vendido a X. No existen médios de prueba. La afiramción discutida queda sin aclaración. Sin embargo, el juez no puede abstenerse de resolver el punto. Debe condenar al demandado a pagar los 6.366 marcos, o bien debe rechazar la demanda respecto de esta suma. ¿Cómo debe falar, y a base de quê princípios? ¿Sobre cuál de las partes recaem las consecuencias desventajosas de la duda que cabe con respecto a la verdade de uma afirmación de hecho? Estos ejemplos muestran los limites del problema de la carga de la prueba; tales limites coinciden con los existentes entre la cuestión de hecho y la cuestión de derecho. Las normas relativas a la carga de la prueba sólo están destinadas a resolver las dudas em el terreno de la cuestión de hecho, y sólo tienen capacidade para ello". ROSENBERG, Leo. **La carga de la prueba**. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1956, p. 2-10. Tradução livre: "Descarta-se a possibilidade de que o juiz chegue a um *non liquet* com respeito à questão de direito, em virtude da dúvida relacionada ao fato. O juiz deve sempre afirmar ou negar a

Alfredo Buzaid, apesar de defender o ônus da prova como instrumento de justiça distributiva, aponta problema prático frequente, quando a situação de fato é duvidosa. Se o juiz não estiver absolutamente convencido, o pedido será julgado improcedente, o que comprova a posição assimétrica do autor frente ao réu. Exemplo comum é o caso da cobrança indevida com previsão de devolução em dobro no art. 940 do Código Civil. Infelizmente, incomuns são as condenações na devolução em dobro de cobranças indevidas, já que o autor não consegue provar a má-fé do réu, então credor, ao efetuar a cobrança[645].

A posição assimétrica do autor pode ser captada também quando o ônus constitutivo do seu direito em diversas oportunidades se confunde com o ônus impeditivo do direito do réu. O autor ingressa com ação declaratória sustentando que tem direito a uma determinada retenção de valores por força de um contrato de consórcio. Invertendo os polos do exemplo, o réu daquela ação e agora autor teria que provar, possivelmente com base nas mesmas cláusulas contratuais, que tem o direito de receber os valores, não cabendo eventual retenção. Ora, utilizando aqui a boa ficção dos exemplos acadêmicos – cada vez mais frequentes neste mundo multicultural –, e se o contrato

consequência jurídica que é o objeto do pedido da demanda, isto é, no processo civil, condenar o demandado ou recusar a demanda, de modo que sejam cumpridos os pressupostos processuais da sentença no que se refere ao conteúdo da causa. A sentença não pode ter outro conteúdo. Um exemplo servirá para demonstrar isto. O demandante havia encarregado ao demandado que vendesse porcos por conta do primeiro; o demandado estava autorizado a conceder crédito e não teve que responder ao cumprimento das obrigações dos compradores. Após vários anos, a relação comercial entre as partes foi rompida e o demandante reclama um saldo. Discutiu-se sobre a soma de 6.366 marcos, entre outros pontos. O demandado afirmou que havia vendido uma quantidade de porcos que lhe havia enviado o demandante por 6.366 marcos, a crédito, a um senhor X, que pouco depois havia fugido para a América, de sorte que a dívida converteu-se em incobrável. Ofereceu ao demandante a cessão do crédito contra X. Mas aquele reclama o pagamento do valor e nega que os porcos tenham sido vendidos a X. Não existem meios de prova. A afirmação discutida fica sem esclarecimentos. Entretanto, o juiz não pode abster-se de solucionar esta questão. Deve condenar o demandado a pagar os 6.366 marcos ou deve refutar a demanda referente a essa soma. Como deve falar e com base em quais princípios? Sobre qual das partes recaem as consequências desvantajosas da dúvida que cabe com respeito à verdade de uma afirmação do fato? Estes exemplos mostram os limites do problema do ônus da prova; tais limites coincidem com os existentes entre a questão de fato e a questão do direito. As normas relativas ao ônus da prova destinam-se, somente, a resolver as dúvidas no campo do fato, e somente têm capacidade para isto".

645 "Exatamente por ser incerto o estado de fato é que a ordem jurídica positiva confere ao juiz uma regra, que serve de critério no julgamento, dando-lhe o conteúdo da sentença. É claro que a adoção dessa regra de julgamento levou uma parte da doutrina a sustentar que, diante do juiz, as afirmações de fato, ou são verdadeiras ou falsas, não sendo admissível uma terceira categoria de fatos duvidosos. Donde deve ter-se por falsa a afirmação de cuja veracidade não está convencido o juiz. Contestando a legitimidade dessa construção, mostraram Rosenberg e outros autores que inegavelmente o juiz não pode recusar-se a decidir, porque a situação de fato não está suficientemente esclarecida. Há de julgar sempre ainda que não haja comprovação positiva da verdade ou falsidade da afirmação discutida. Um *non liquet* na questão de direito. A função das normas sobre ônus da prova consiste precisamente em evitar a confusão entre os dois modos de encarar *o non liquet*". BUZAID, Alfredo. **Do ônus da prova**. São Paulo: RT, 1962, p. 132.

tivesse sido perdido? Apesar de ambas as partes terem trazidos inúmeras testemunhas, prova documental alicerçada em diversos *e-mails*, ocorrendo assim o fato duvidoso, possivelmente, os autores de ambas as ações iriam perder[646].

Leonardo Greco, ao defender a flexibilização do ônus da prova através da utilização pelo juiz das presunções para fixar as premissas e concluir a decisão ou a sentença, também destaca a confusão que poderá ocorrer quando o ônus constitutivo se confunde com o ônus impeditivo, exigindo uma atuação mais participativa do juiz[647]. O autor exemplifica:

> No contrato de locação, a omissão do pagamento dos aluguéis pelo inquilino é fato constitutivo do direito do locador à rescisão do contrato, mas o inverso, o pagamento, é fato extintivo do direito do autor, que ilide o pedido de rescisão do contrato. Pode impor-se ao autor o ônus de provar o inadimplemento contratual do locatário ou cabe ao réu a prova do seu cumprimento?[648]

Na mesma linha defendida por Leonardo Greco – nivelar autor e réu quanto ao ônus da prova – Eduardo Cambi defende o uso de "critérios complementares para o julgamento da causa, além dos previstos no art. 333 do CPC/2015". O professor da Universidade do Paraná sustenta que o ônus da prova como critério de julgamento

---

646 "Assim, havendo dúvidas quanto à existência dos fatos que servem de pressupostos concretos à aplicação da norma abstrata, o juiz deve valer-se do art. 333 do CPC como regra de julgamento, pesando as consequências desfavoráveis, peculiares ao *onus probandi*, sobre a parte que se beneficiaria com a aplicação dessa norma. O ônus da prova, em sentido objetivo, serve como uma regra de julgamento, porque o juiz deve considerar sucumbente a parte que não demonstre os fatos preestabelecidos nas normas jurídicas, as quais deveriam ser aplicadas para que a tutela jurisdicional fosse assegurada". CAMBI, Eduardo. **A prova civil** – admissibilidade e relevância. São Paulo: RT, 2006, p. 328.

647 "Esse princípio significa que as pessoas, quaisquer que sejam elas, que participam direta ou indiretamente da atividade judicial ou extrajudicial, devem atuar da forma mais produtiva e laboriosa possível para assegurar o efetivo acesso à justiça. Assim, para atender aos fins preconizados neste trabalho e que garantem, na prática, tal acesso, é indispensável: a) atuação ética de todos quantos participem da atividade judicial ou extrajudicial; b) utilização dos instrumentos e dos institutos processuais de forma a obter a melhor produtividade possível, ou seja, utilização da técnica a serviço dos fins idealizados. Atuação ética: Inicialmente, cumpre destacar que todos devem cooperar com as atividades destinadas à democratização do processo, tendo como meta ideal a participação de quem quer que seja, em igualdade de condições, de sorte a possibilitar a justa composição dos conflitos individuais ou coletivos que surjam em determinada sociedade. Seria um absoluto contra-senso imaginar que os fins sociais e políticos que informam o processo como instrumento de realização de uma das funções essenciais do Estado pudessem ser alcançados sem que os operadores e cooperadores da justiça participem de forma correta, ética; daí por que, no momento em que qualquer um dos participantes dessa atividade atue de forma a prejudicar ou impossibilitar o alcance dos fins idealizados, ele estará tendo um comportamento inadequado, contrariando as normas éticas que informam aquele sistema jurídico. Cumpre destacar, desde logo, que não temos a menor pretensão de conceituar e muito menos discutir as teorias éticas da justiça; antes, o nosso campo de ação estará absolutamente circunscrito ao modo pelo qual os principais personagens que participam da atividade jurisdicional devem se comportar. Fica evidente que quanto melhor e mais competente for o comportamento dos operadores da justiça em geral, maior será a possibilidade de alcançarem os fins almejados". CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Acesso à justiça**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 63-65.

648 GRECO, Leonardo. **A prova no processo civil** – do Código de 1973 ao novo Código Civil. Campos dos Goytacazes: Scientia Iuris, 2005, p. 104.

repousa em critérios lógicos, máximas de experiência. Como exemplo, ele apresenta um caso um pouco diferente do formulado por Leonardo Greco, por meio destes critérios complementares então solúveis: “o autor alega a existência de locação e pede o despejo por falta de pagamento, enquanto o réu contesta a ação, afirmando ser comodatário do imóvel. Sendo a onerosidade da ocupação do imóvel um fato normal, enquanto a ocupação gratuita é um fato extraordinário”, conclui o professor comprovando em parte a tese ora sustentada, “não tendo nenhuma das partes provado suficientemente as suas alegações, a regra de julgamento deve recair sobre o litigante que estava incumbido de demonstrar o fato extraordinário”. Com outras palavras, através de regras de experiência, o julgador estabeleceu o conceito de fato extraordinário e, a partir desta premissa, pode julgar procedente o pedido. Todavia, um juiz menos cuidadoso, poderia exigir do autor, então proprietário, o contrato de locação que nunca existiu. Como se este fato não essencial pudesse elidir o direito do comodante[649].

A função do ônus da prova como regra de julgamento, aspecto objetivo, ao exigir uma carga maior de produção da prova (a prova plena) pelo autor dentro de uma “distribuição de riscos”, segundo José Carlos Barbosa Moreira, serve para “permitir uma decisão judicial, apesar da obscuridade dos fatos, o que se caracteriza como regra de julgamento (*Entscheidungsnormen*)”[650].

O fundador da Escola de Copacabana ensina que a concepção da regra de julgamento generalizou-se na Itália como *regola di giudizia* (regra de justiça), lembrando que “está longe de ser acadêmica a hipótese”, de que o “produto da atividade de instrução revela-se, então, insuficiente para formar no espírito do julgador uma convicção razoavelmente sólida a respeito de fato relevante”. Assim, uma vez que o “juiz simplesmente não consegue saber se o autor adquirira ou não a propriedade do imóvel, se o réu nele realizara ou não benfeitorias, e assim por diante”, ele deverá utilizar a regra de julgamento, uma vez que não poderá deixar de sentenciar. E, conforme

---

649 CAMBI, Eduardo. **A prova civil** – admissibilidade e relevância. São Paulo: RT, 2006, p. 332-333.
650 MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual** (segunda série). Julgamento e ônus da prova. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 76.

demonstramos, possivelmente, fará o mesmo na ausência da prova de todos os fatos jurídicos que constituem o direito requerido pelo autor[651].

O ônus da prova como regra de julgamento serve para orientar o juiz no momento de julgar a lide. Se o autor trouxe a confissão da dívida não impugnada no curso da ação, ou se a mulher traída apresentou nos autos a carta da amante não impugnada pelo marido em processo no qual o contrato matrimonial prevê o pagamento de indenização em caso de infidelidade do cônjuge, ou se o comodatário não impugnou a validade e a eficácia do contrato em ação em que o proprietário busca ser restituído na posse do imóvel, ou se o dono do cachorro não negou que o ataque que mutilou o vizinho foi perpetrado pelo seu animal, que estava solto em área comum do prédio, o juiz, ao sentenciar, não precisará se valer do ônus da prova para condenar o réu a pagar a dívida, ou a condenar o réu por quebra dos deveres matrimoniais, ou a obrigar o comodatário a sair do imóvel, tampouco o juiz precisará utilizar o ônus da prova para condenar o dono do cachorro a indenizar a vítima mutilada. O quebra-cabeça dos fatos está completo. Não será necessário ao julgador perquirir qual foi o jogador – à luz dos ensinamentos de Piero Calamadrei, o processo como um jogo – o responsável por não preencher o quebra-cabeça dos fatos no processo, até porque "o que não está no processo não está no mundo", conforme velho brocardo latino[652].

O juiz precisará se socorrer do ônus da prova apenas nos casos em que a prova não for plena, irrefutável, completa, em suma, nos *hard cases*, utilizando expressão da doutrina, nos quais a prova é duvidosa, ou melhor, os fatos são duvidosos e, assim, o direito do autor não se encontra constituído mesmo por meio da relativização do ônus da prova através do critério da prova suficiente[653]. Nestes casos, segundo José Carlos

---

[651] MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual** (segunda série). Julgamento e ônus da prova. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 73-77.

[652] Humberto Theodoro Júnior afirma: "as regras sobre o ônus da prova (art. 333 do CPC de 1973) destinam-se a orientar o juiz no momento de julgar a lide, quando toda a instrução probatória já se conclui. Aí sim, a parte que não logrou trazer para os autos a prova convincente acerca dos fatos necessários à acolhida de sua pretensão, sofrerá a sucumbência inevitável". THEODORO JÚNIOR, Humberto. O ônus da prova. **Revista de Direito Privado**, out. 2011, p. 6.

[653] "Quando o juiz profere uma sentença, porque considerou, atentos todos os elementos apontados, que a prova foi suficiente para formar a sua convicção, fez gerar em si próprio e na comunidade jurídica um grau de probabilidade ou verossimilhança de pelo menos 99%. Não é possível equacionar uma escala inferior, em cifras na ordem dos 55% ou 75%, para que o juiz forme a sua convicção e profira uma decisão de mérito, condenando o réu no pedido ou o autor no pedido reconvencional. Esta escala é insuficiente em matéria de grau de convencimento do juiz. Se o grau de convencimento se situar entre 55% e 98%, o juiz deve absolver o réu do pedido ou o autor no caso do pedido reconvencional. E neste contexto não se deve falar na existência de um grau de arbítrio do julgador na apreciação e

Barbosa Moreira, “o juiz se vê compelido a lançar mão das normas sobre distribuição do ônus da prova, espécie de *ultima ratio*, que lhe permite sair de uma “situação embaraçosa”, seria um “critério de julgamento para os casos de incerteza acerca de fato(s)”[654].

Rui Manuel de Freitas Rangel, ao examinar o ônus da prova no direito português, destaca que em 90% dos processos, o magistrado, ao decidir, não poderá contar com o preenchimento do quebra-cabeça dos fatos. Possivelmente, deverá trabalhar com a dúvida insanável. É certo que apenas nos 10% restantes seria possível falar-se em “existência de um ônus da prova puro e perfeito”[655].

À luz da obrigação do julgador decidir, através da utilização do aspecto objetivo do ônus da prova, conforme explica Rui Manuel de Freitas Rangel, “encontra-se nos sistemas modernos”, a percepção “de que a conjugação entre o princípio da aquisição processual e do inquisitório levou à valoração especial da prova produzida com clara desconsideração das vias pelas quais essa produção se fez, constitui, decisivamente, o caminho para se chegar à noção de ônus objetivo ou material da prova”[656]. Nesta linha de pensamento, o magistrado português sustenta que “*onus probandi* acomoda-se, em perfeição, ao princípio inquisitório, dispensando o princípio dispositivo”. Assim, o princípio inquisitório enfraqueceria o ônus subjetivo da prova, tornando, assim, o ônus da prova

---

valoração da matéria de facto controvertida. Não concebemos a existência de qualquer arbítrio do juiz nesta atividade jurisdicional de fixação da matéria de facto. O arbítrio implica em dar-se como provada matéria diferente da que se discute. Se assim acontece não estamos no campo do arbítrio que a lei concede ao juiz em determinados casos, mas sim no domínio de uma errada e deficiente técnica de apreciação e valoração dos factos, que deve ser sancionada de nulidade, por via de recurso ou em sede de reclamação para a mesma instância”. RANGEL, Rui Manuel de Freitas. **O ônus da prova no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2002, p. 120-121.

654 MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual** (segunda série). Julgamento e ônus da prova. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 79-80.

655 “No segmento de todas as questões suscitadas, pensamos poder afirmar que não existe, como regra, no nosso ordenamento jurídico, numa escala de cerca de 90% das acções pendentes, um sistema puro e perfeito (expressão que preferimos relativamente à expressão ficcio adoptada por Miguel Teixeira de Sousa que já foi objeto de crítica) de funcionamento das regras do ônus de prova que se podem desenhar desde o início da lide e não só, como afirma Alberto dos Reis, no momento crucial de dúvida insanável, embora aqui, obviamente, com maior incidência. Esta nossa afirmação fundamenta-se exatamente no facto do juiz ter o dever, por imposição legal, de tomar em consideração todas as provas dos autos, venham de onde vierem, o que pode significar que a parte a quem incumbe o ônus da prova, nesta apreciação global de prova, nem sequer tenha feito prova dos seus factos e aproveita-se deste sistema, para levar de vencimento a causa, o que por vezes sucede tribunais por deficiência da matéria de facto articulada, tornando difícil traçar com nitidez as fronteiras dos ônus de prova. O questionário de outrora, hoje em dia a base instrutória, deve ser rigoroso, tanto quanto possível, a fim espelhar a fisionomia dos factos e com rigor, em respeito das regras do ônus de prova. No domínio da via excepcional que representam os restantes 10% de acções que tramitam nos tribunais, é que é possível estabelecer-se com rigor a existência de um ônus de prova puro e perfeito”. RANGEL, Rui Manuel de Freitas. **O ônus da prova no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2002, p. 137.

656 RANGEL, Rui Manuel de Freitas. **O ônus da prova no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2002, p. 127.

imperfeito por esta ótica, já que o juiz poderá suprir o ônus da parte com a sua atividade[657].

O aspecto objetivo do ônus da prova, ou seja, como ferramenta a ser utilizada pelo juiz nos casos em que a sua convicção não está formada pelo conjunto de provas, justifica a produção da prova de ofício pelo juiz, sem deixar que ele perca sua parcialidade ao determinar a produção da prova x ou y. Em primeiro lugar, porque ele não sabe qual será o resultado; em segundo lugar, porque, forte no princípio da aquisição ou da comunhão, as provas então produzidas permitem que o juiz julgue sem precisar considerar se a iniciativa veio ou não da parte que será beneficiada pela produção da prova[658] [659] [660].

---

[657] RANGEL, Rui Manuel de Freitas. **O ônus da prova no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2002, p. 127-132. Eduardo Cambi também defende a produção da prova de ofício à luz do ônus objetivo da prova: "Esta última hipótese requer algumas considerações adicionais, para ser possível compreender que o ordenamento jurídico brasileiro, ao conferir poderes instrutórios ao juiz (art.130 do CPC), acaba prevendo um modo de atenuar o rigor do aspecto subjetivo do ônus da prova. Com efeito, a efetivação desses poderes instrutórios não implica a supressão do ônus da prova como regra de conduta para as partes, porque é a própria parte interessada quem, melhor que ninguém, tem condições de indicar as fontes de prova ou ter acesso a elas. Destarte, o estímulo à atividade probatória não é eliminado, quando a parte sabe que o seu esforço próprio não é o único meio de convencer o órgão judicial, não havendo, pois, eliminação do ônus da prova em sentido subjetivo, mas apenas a sua mitigação. Desse modo, é possível compatibilizar, sistematicamente, as regras contidas nos arts. 130 e 333 do CPC, que não se contrapõem, mas se completam, o que permite concluir que a utilização dos poderes instrutórios do juiz não causa o desvirtuamento dos critérios subjetivos e, também, objetivos, inerentes à distribuição do ônus da prova". CAMBI, Eduardo. **A prova civil** – admissibilidade e relevância. São Paulo: RT, 2006, p. 326.

[658] Neste sentido se posiciona Humberto Theodoro Júnior: "Uma coisa é o aspecto instrumental da prova – o meio jurídico de busca da verdade – outra muito diversa é o seu conteúdo subjetivo, qual seja, o convencimento gerado no destinatário da prova. Assim, enquanto se pesquisam os fatos, joga-se com simples instrumentos que podem ou não alcançar a produção dos efeitos desejados em torno da verdade. Somente afinal, depois de exaurida a atividade instrutória do processo, é que se terá condição de definir se realmente se alcançou, ou não, a prova do fato controvertido. O juiz, portanto, enquanto determina a produção dos elementos probatórios, não está fazendo prova para uma das partes, está apenas procurando chegar à prova efetiva, que é o seu convencimento acerca dos fatos que interessam à justa solução do litígio. O *onus probandi*, todavia, não se deve aplicar como regra pertinente à iniciativa da prova porque a esse respeito existe norma expressa assegurando ao juiz o poder de determinar as provas necessárias ao julgamento da lide, tanto a requerimento da parte como de ofício (art. 130 do CPC (LGL\1973\5)), e destinam-se a orientar o juiz no momento de julgar a lide, quando toda a instrução probatória já se concluiu. Aí, sim, a parte que não logrou trazer para os autos a prova convincente acerca dos fatos necessários à acolhida de sua pretensão sofrerá a sucumbência inevitável. Em síntese, no processo civil contemporâneo não vigora mais, em tema de prova, o princípio dispositivo, segundo o qual cabia ao juiz julgar a causa conforme o alegado e provado pelas partes e a prova disponível, pouco importando se sua produção proveio de iniciativa ou não das partes (arts.130 e 131, do CPC (LGL\1973\5)". THEODORO JÚNIOR, Humberto. O ônus da prova. **Revista de Direito Privado**, out. 2011, p. 5-7.

[659] Aluísio de Castro Mendes defende: "a interferência do magistrado na fase probatória não o torna parcial, pelo contrário: seria parcial se ficasse inerte". E aponta que tal ônus tem pouca influência depois de produzida a prova, pois esta não pertencerá mais às partes que as produziram, mas, sim, ao processo, por força do princípio da comunhão ou aquisição da prova (art. 371, 2 parte)". MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. A teoria geral da prova no Código de Processo Civil de 2015. **Revista de Processo**, jan. 2017, p. 5-6.

[660] Rui Manuel de Freitas Rangel sublinha imperativo de ordem pública a temperar o princípio disposto. O juiz não poderá se abster de julgar à luz da "informação" "verdadeira": "Vejamos, agora, o lado que se relaciona com o ônus da prova objetivo. Para esta segunda modalidade (classificação e distinção), o que é relevante é saber que factos, de entre aqueles que foram alegados pelas partes e selecionados para a base instrutória é necessário provar para que a decisão de facto possa ser proferida neste ou naquele sentido. Encontra-se subjacente a esta modalidade de ônus da prova, um princípio de direito público que se liga à atividade jurisdicional, por força de um imperativo de ordem jurídica que não permite que o juiz se abstenha de julgar, a pretexto de os factos serem duvidosos ou incertos. É

Um caminho oportuno a ser utilizado pelo julgador no âmbito dos direitos disponíveis e nos procedimentos arbitrais, é permitir a produção da prova, mesmo que, em um primeiro momento, ela pareça desnecessária. O julgador terá o dever de estimular a produção da prova até porque, ao decidir, ele não poderá se utilizar do ônus objetivo da prova, ferramenta usada quando o acervo de prova é deficitário, sob pena de cercear o direito da parte em produzi-la[661].

José Carlos Barbosa Moreira, já em 1979, sustentava que as partes são chamadas a "colaborar no descobrimento da verdade, independentemente dos respectivos interesses". Neste ambiente de colaboração, "há um dever de esclarecimento", que decorreria do art. 17, III, do CPC/1973, correspondente ao art. 80, III, do CPC/2015[662]. Por outro lado, o dever de esclarecimento que incidiria sobre todos os fatos da causa objetiva busca a verdade material, quer seja, quando "o *onus probandi* acomoda-se com perfeição ao princípio inquisitório, dispensando o dispositivo", quer seja em sede de

verdade que o ônus da prova preenche funções diferentes consoante seja considerado no sentido subjectivo ou objetivo. Mas se esta afirmação é verdadeira, também o é a que considera que não obstante essas funções serem diferentes, ambas procuram atingir um fim comum que é a realização da verdade e da justiça". RANGEL, Rui Manuel de Freitas. **O ônus da prova no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2002, p. 129.

661 "Assim, o papel das leis processuais e do juiz, ao conduzir o processo, deve ser o de estimular a produção da prova, dando todas as oportunidades para que as partes possam exercer adequadamente o seu direito à prova. Se os litigantes são omissos e não fazem tudo o que está ao seu alcance para produzir a prova, devem suportar os riscos decorrentes da sua inatividade, ainda que, com isso, excepcionalmente, a decisão não corresponda à verdadeira situação substancial. Aliás, o juiz não pode buscar obsessivamente a verdade, mesmo porque a verdade absoluta é impossível de ser alcançada e acarretaria a excessiva rigidez na aplicação do ônus da prova em sentido objetivo (regra de julgamento), o que causaria a inviabilização da tutela jurisdicional, já que um fato não pode ser considerado inexistente quando está, no contexto da causa, suficientemente provado. Por essa razão, já foi afirmado que a regra do ônus da prova em sentido objetivo deve ser aplicada subsidiariamente, não podendo o juiz restringir indevidamente o exercício do direito à prova e, depois, decidir a causa com base nessa regra de julgamento, uma vez que, nesse caso, restaria caracterizado o cerceamento de defesa". CAMBI, Eduardo. **A prova civil** – admissibilidade e relevância. São Paulo: RT, 2006, p. 331.

662 José Carlos Barbosa Moreira adverte que a parte, frente ao cumprimento do seu ônus da prova, não poderia ser tão otimista de esperar que a outra parte ou o juiz fizesse seu trabalho: "Em primeiro lugar, ao ângulo psicológico, não parece exato supor que a parte interessada, com a mera consideração de que a prova do fato a ela favorável pode resultar dos esforços do juiz ou da colaboração do adversário, haja de sentir-se a tal ponto tranquila que se dispense, só por isso, da fadiga de procurar demonstrá-lo. Seria, com certeza, excesso de otimismo, que talvez lhe custasse bem caro. No que concerne à iniciativa oficial, cumpre ter em mente que os ordenamentos ocidentais, ainda quando autorizem o juiz a proceder *ex officio* à colheita de provas, não chegam a criar-lhe o dever de fazê-lo. Aliás, mesmo no mundo socialista, tão avesso ao "dispositivismo", a secção 18 dos Princípios do processo civil da União Soviética, por exemplo, limita-se a estatuir que, se a prova produzida for insuficiente, o tribunal pode instruir as partes e outras pessoas no sentido de fornecerem provas adicionais, "ou colher tais provas por iniciativa própria" – isso depois de estabelecer que a cada parte incumbe provar os fatos em que se apoia como base de suas pretensões ou defesas". MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual** (segunda série). Julgamento e ônus da prova. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 78.

direitos disponíveis, por exemplo, em procedimento arbitral, no qual o ônus da prova subjetivo tende a não ser enfraquecido pela atividade do julgador[663].

De qualquer forma, o dever de colaboração na produção da prova conjugado com o princípio da comunhão da prova não consegue evitar o pêndulo em desfavor do autor, que, em tese, terá maior trabalho e, talvez, dificuldade para provar a constituição do seu direito, mantendo desnivelado o ônus da prova sob o prisma que exige das partes a produção das provas das suas afirmativas, dos seus diretos. No âmbito do procedimento arbitral, considerando que os árbitros não têm a prática de buscar suprir as carências das partes na produção da prova, mesmo em um ambiente maior de cooperação em relação à justiça estadual, deverá prevalecer o *in dubio* a favor da produção da prova pelas partes[664] [665].

---

663 "Aqui, o *onus probandi* acomoda-se, em perfeição, ao princípio inquisitório, dispensando o princípio dispositivo. Em qualquer destas situações processuais, considerando que o que interessa, acima de tudo, é a verdade material, o seu exercício, distribuído por qualquer um dos intervenientes processuais, deve sempre ser feito em cooperação, o que, a acontecer, seria o ideal de justiça. Neste sentido passa para o plano secundário o ônus subjectivo, ficando em primeiro plano o ônus objetivo que se fundamenta na necessidade real e efectiva de que tais factos fiquem suficientemente provados. A consagração destes princípios veio, em certa medida, enfraquecer a figura do ônus da prova subjectivo (ou formal), na medida em que a parte sobre quem recaía o encargo desse ônus passou a beneficiar-se também de todas as provas que se encontram no processo e que aí tenham chegado por outra via, provas essas que lhe podem aproveitar e favorecer a sua pretensão". RANGEL, Rui Manuel de Freitas. **O ônus da prova no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2002, p. 131-132.

664 Francesco Carnelutti, ao escrever sobre o ônus da prova, destaca o caráter híbrido da regra de julgamento, ora como direito processual, já que a prova é produzida no curso do processo, se confundindo com o próprio direito material: "El instituto de la carga de la prueba, tiene, pues, dos caras, uma de derecho procesal y outra de derecho material, por lo cual es justo que de él se ocupen tanto el Código de procedimento como el Código Civil; este último dispone precisamente em el art. 2697, con uma fórmula analiticamente construída sobre la distinción de los hechos jurídicos segun la función (infra, n. 286), que "quien quiere hacer valer um derecho em juicio, debe probar los hechos que constituyen su fundamento" y quien "excepciona la ineficácia de tales hechos o excpepciona que el derecho há sido modificado o extinguido, debe probar los hechos em que se funda la excepción. Esta regla, aunque su fórmula no contenga uma reserva análoga a aquella com la cual se abre el art.115, sufre, sin embargo, frecuentes excepciones em virtude de otras normas que, como suele decirse, invierten la carga de la prueba (em sentido material); alguna de tales excepciones está estatuída en el Código de procedimento civil: véanse entre otros, los artículos 662 y 663, em matéria de processo de desalojo, de los cuales resulta que si el intimado no comparece o comparecendo no se opone a la demanda, debe ésta ser acogida sin que quien la propuso tenga que suministrar la prueba". CARNELUTTI, Francesco. **Instituiciones del proceso civil**. v. I. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1973, p. 347-348. Tradução livre: "O instituto do ônus da prova tem, portanto, duas caras: uma de direito processual e outra de direito material, pelo que é justo que dele se ocupem tanto o Código de Procedimento Civil quanto o Código Civil; este último dispõe, precisamente no art. 2697, de uma fórmula analiticamente construída sobre a distinção dos fatos jurídicos de acordo com a função (infra, n. 286), segundo a qual "quem quer fazer valer um direito por meio de um processo jurídico deve provar os fatos que constituem seu fundamento" e "Quem "isenta a ineficácia de tais fatos ou isenta que o direito tenha sido modificado ou extinto, deve provar os fatos em que se baseia a exceção". Esta regra, ainda que sua fórmula não contenha uma reserva análoga àquela com a qual se abre o art. 115, sofre, não obstante, frequentes exceções em virtude de outras normas que, como habitualmente se diz, invertem o ônus da prova (no sentido material); alguma dessas exceções está estatuída no Código de Procedimento Civil: observam-se, entre outros, os artigos 662 e 663, em matéria de processo de despejo, por meio dos quais se estabelece que se o intimado não comparece ou comparecendo não se oponha à demanda, deve esta ser recebida sem que quem a propôs tenha que fornecer a prova".

665 "Chiovenda, apontando a relação direta entre o ônus da prova e o direito material, afirma que o ônus da prova não pode deixar de considerar as especificidades das situações de direito material até porque a distribuição do ônus

Conforme procuramos demonstrar, o ônus da prova pelo aspecto objetivo, ou seja, como regra de julgamento, também se apresenta falha e, por vezes incompleta, quando estamos diante das ações declaratórias negativas[666] ou das negativas infinitas, como "nunca fui a Santos" ou "sempre uso aquela joia", ou quando o ônus constitutivo se identificar com o ônus impeditivo, como no exemplo envolvendo o locador e o locatário[667].

A maior dificuldade para o autor, contudo, decorre da relação de prejudicialidade entre o seu direito e o direito do réu. Isto porque, se ele não comprovar todos os fatos, eventualmente os não essenciais, mas que o julgador entender necessários, e, assim, persistir a dúvida insanável, o autor não terá comprovado o fato constitutivo do seu direito. Desta forma, haverá a denegação da justiça caso ele tenha efetivamente o direito material, mas não tenha conseguido completar o quebra-cabeça dos fatos através das provas para o julgador[668].

Considerando as carências do ônus da prova, diante da ausência da prova plena, a doutrina sustenta que a verossimilhança dos fatos seria um meio de convicção

---

da prova a partir da classificação dos fatos, pode ser vista como um mecanismo artificial, ou melhor, como algo comprometido com a própria natureza universalista do procedimento ordinário, que distribui os riscos do processo e o ônus da prova sem qualquer atenção para o que ocorre no plano do direito material e na realidade de vida. A distribuição do ônus da prova não pode deixar de considerar as especificidades das situações de direito material. Para tanto, além das presunções legais relativas, são importantes normas particulares ligadas a determinadas situações de direito substancial que prevejam uma distribuição do ônus da prova diferenciada em relação à regra do art. 333 ou a possibilidade da atenuação do rigor dessa regra ou ainda a possibilidade de inversão do ônus da situação de direito material controvertida, que trate de forma particularizada a questão do ônus da prova, logicamente, justificando o seu procedimento". MARINONI, Luiz Guilherme. **Prova**. São Paulo: RT, 2009, p. 167-168.

666 Conforme explica Luiz Guilherme Marinoni: "caso o ônus seja deixado ao autor, admitir-se-á que o direito do réu seja declarado sem que tenha produzido prova, ou pior, que o direito do réu seja declarado apenas porque o autor não conseguiu provar a inexistência dos fatos constitutivos". MARINONI, Luiz Guilherme. **Prova**. São Paulo: RT, 2009, p. 165.

667 Moacyr Amaral dos Santos, ao descrever a postura do réu, afirma que em sua defesa, ele poderá reconhecer o pedido, não contestar, negar de forma absoluta o fato, o que implica uma contraprova, ou o réu poderá negar de forma pura e simples, o que implicará a prova do fato ao autor: "Conforme o sistema de defesa adotado pelo réu, assim se aplicam as duas regras: a) O réu nega pura e simplesmente os fatos alegados pelo autor. Trata-se de negativa absoluta, ou indeterminada. Donde o réu não ter fatos por provar. Assim, ao autor incumbe dar a prova dos fatos em que se fundamenta a sua pretensão, porque não os provando não encontrará o juiz elementos para concluir pela verdade deles. *Actore non probante, réus est absolvendus*. É a regra que se continha no § 1º do art. 209 do Código de Processo Civil de 1939: "Se o réu, na contestação, negar o fato alegado pelo autor, a este incumbirá o ônus da prova". SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 358.

668 "A regra de julgamento (ônus da prova em sentido objetivo) é uma *sub-rogação* da prova, uma vez que, quando não se pode conhecer, a fim de que as dúvidas sejam dirimidas, e se deve julgar, é necessário *adivinhar*. Consequentemente, o ônus da prova em sentido objetivo é uma *exigência prática*, visto que, não sendo possível a pronúncia judicial *non liquet*, se não existisse esse mecanismo de resolução das dúvidas, dar-se-ia ensejo à *denegação de justiça*, contrariando a regra constitucional, contida no art. 5º, inc. XXXV, CF, que prevê a garantia do acesso à justiça. Trata-se, ademais, de um critério de racionalização da dúvida para, além de possibilitar o julgamento, evitar, mediante a disciplina de um modelo legal preexistente, o árbitro judicial". CAMBI, Eduardo. **A prova civil** – admissibilidade e relevância. São Paulo: RT, 2006, p. 329.

suficiente a permitir que o juiz não precise utilizar as regras do ônus da prova. Até porque "o juiz que decide com base em verossimilhança basta diante das circunstâncias do caso concreto". Conforme sustenta Luiz Guilherme Marinoni, as hipóteses envolvendo direito do consumidor e a tutela do meio ambiente, em virtude do direito material em jogo, relativizam as exigências do ônus da prova, reduzindo a obrigatoriedade de verossimilhança, o que não se confunde com inversão do ônus da prova[669].

A dificuldade do juiz em trabalhar com as provas plenas, assim irrefutáveis, em todos os casos sob sua jurisdição em busca da prova do fato constitutivo, impeditivo ou modificativo levou a doutrina a desenvolver *standards* de prova. Fala-se em prova irrefutável, como o exame do DNA. No segundo nível, teríamos a prova acima de qualquer dúvida razoável, ou seja, a prova que evite qualquer dúvida para o homem médio. Em seguida, teríamos a prova clara e convincente, exigida no processo administrativo sancionador, obtida através de indícios qualificados que possam assegurar a maior probabilidade de a hipótese discutida ser verdadeira. No quarto nível de prova teríamos a prova convincente ou de verossimilhança, exigível nos litígios envolvendo direitos patrimoniais disponíveis, extraída de um "balanço de probabilidades"[670].

Carlos Roberto Barbosa Moreira, ao escrever sobre a inversão do ônus da prova do Código de Defesa do Consumidor, ressalta a diferença entre a verossimilhança e a inversão do ônus da prova. Com a verossimilhança das alegações, inverte-se o ônus da prova. E, mesmo que não ocorra verossimilhança nas alegações, se houver hipossuficiência do autor, o ônus da prova também será invertido. Como exemplo, sustenta a hipótese na qual um portador do vírus da Aids, hipossuficiente, alega, na década de 1980, ter contraído a doença. No caso desta doença, o paciente pode permanecer anos sem manifestar os sintomas, embora esteja contaminado. O tempo poderá dificultar a produção da prova. É razoável, todavia, diante da verossimilhança das

---

669 Luiz Guilherme Marinoni não concorda com a afirmação de que a ausência de verossimilhança poderia justificar a não estabilização da coisa julgada material. Até porque o juiz é obrigado a julgar e, se a sua sentença não fizesse coisa julgada material, estabilizando assim os fatos, pelo menos para o mundo do processo, de nada serviria o processo e a prestação jurisdicional, todavia, o tratamento diferenciado do ônus da prova diante das várias necessidades do direito material como ocorre no CDC ou diante da coisa julgada nas ações civis públicas por ausência de prova. MARINONI, Luiz Guilherme. Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto. **Revista de Direito Geral**, Rio de Janeiro, 50 anos, 2006, p. 736.

670 Ver: ÁVILA, Humberto. Teoria da prova: *standards* de prova e os critérios de solidez da inferência probatória. **Revista de Processo**, v. 282, ago. 2018, p.113-139.

alegações, inverter o ônus da prova, determinando ao hospital que fizesse a prova no sentido de que aquele paciente não fora medicado em suas dependências[671].

Considerando as peculiaridades do direito material na área do meio ambiente, tendo em vista os valores relativos a esse direito pertencente a todos, seria possível a concessão de tutela inibitória para impedir a ocorrência do dano, relativizando a prova do fato constitutivo do autor, cabendo a inversão do ônus da prova. Assim, o réu deverá provar que seu empreendimento não causará danos ao meio ambiente, conforme defende a doutrina[672]. Por outro lado, no âmbito dos direitos disponíveis, cuja titularidade está sendo discutida em procedimento arbitral, por exemplo, o direito em jogo não permite a inversão do ônus da prova.

No direito administrativo, o Estado sempre tentou se escusar na presunção de legalidade dos seus atos, o que também levaria à verossimilhança de suas afirmações e à consequente inversão do ônus da prova contra o cidadão oprimido. Todavia, conforme explica Leonardo Greco, no Estado Contemporâneo, a presunção de legalidade dos atos

---

671 "Exemplifico: um portador do vírus da Aids alega ter contraído a doença em transfusões de sangue realizadas em certo hospital brasileiro, na primeira metade da década dos anos 80. Os sintomas, como é notório, podem permanecer anos sem se manifestar, e quanto maior o tempo decorrido entre a prestação dos serviços hospitalares e a eclosão do mal, maior será, evidentemente, a dificuldade em estabelecer, com clareza, o vínculo de causalidade entre os dois fatos. Neste caso, a passagem do tempo pode contribuir como fator de dificultação da prova: o médico que prescreveu a transfusão pode ter falecido; o consumidor talvez não mais possua quaisquer documentos, atestando a prestação dos serviços (as pessoas comuns não têm o hábito de guardar faturas, recibos e laudos médicos tão antigos). Mesmo se os tiver, será razoável presumir, em semelhante panorama, o nexo causal, quando, ao longo de mais de uma década, o paciente, em tese, pode ter se exposto a várias outras situações de risco de contágio? Será correto afirmar, quanto aos dois fatos, tal como nas hipóteses de verossimilhança que "a ocorrência de um implica, necessária ou normalmente, a ocorrência do outro?" MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor. São Paulo, **Revista do Direito do Consumidor**. v. 22, 1993.

672 MARINONI, Luiz Guilherme. Prova e convicção judicial na tutela do meio ambiente. **Revista Jurídica da Universidade de Santa Catarina**, Santa Catarina, 2018. Leonardo Greco, em trabalho específico sobre as provas e o direito ambiental, também defende a inversão do ônus da prova em defesa do meio ambiente, cabendo o ônus da prova à parte que deverá demonstrar que não há danos ao meio ambiente. Neste trabalho, o professor critica "a insuficiência das regras legais de distribuição do ônus da prova": "A inversão do ônus da prova para compensar a dificuldade em que se encontra o autor da ação de tutela ambiental, para que ao acusado pela poluição caiba o encargo de provar que a sua atividade não é causadora do dano, é a solução defendida pela generalidade dos ambientalistas, aplicando a regra do artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, que consideram característica de todas as ações coletivas. Já defendi em outras ocasiões a insuficiência das regras legais de distribuição do ônus da prova que se encontram no artigo 333 do Código de Processo Civil, que a meu ver, não têm caráter imperativo e, em certos casos, são de difícil e injusta aplicação. Parece-me que a inversão do ônus da prova, prevista na regra acima citada do Código de Defesa do Consumidor, deve ser estendida a todas as situações em que as regras do artigo 333 do Código de Processo Civil gerem uma real desigualdade entre as partes ou tornem a uma delas excessivamente onerosa ou mesmo impossível a demonstração da verdade fática que lhe interessa". GRECO, Leonardo. **As provas no processo ambiental** – estudos de direito processual. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Campos, 2005, p. 638-639.

administrativos restou ultrapassada, já que o Estado tem o dever de se justificar, provando aquilo que alega[673].

Fernando Gama de Miranda Netto, em trabalho sobre o ônus da prova na Administração Pública, destaca a dificuldade em se demonstrar a verdade absoluta a respeito dos fatos, mesmo em sede de direitos indisponíveis, quer seja pelos limites temporais, impossibilidade jurídica (prova ilícita), impossibilidade prática (a testemunha se esqueceu de como os fatos ocorreram), irrelevância prática ou porque a prova já apresenta descrições subjetivas e parciais. O autor, numa concepção garantista, defende o direito do ônus da prova justo, com a possiblidade da produção da prova de ofício, mas, para isto, o cidadão deverá cooperar na medida das suas possiblidades[674].

No direito societário, ramo do direito para o qual a arbitragem nasceu, conforme trazido no segundo capítulo, a produção da prova com sua previsibilidade ganhou extrema importância. É o que destaca Pedro Batista Martins:

> Inclui-se, portanto, na atividade arbitral a competência para interpretar e suprir lacunas contratuais, cada vez mais presentes nos contratos de longa duração, tidos como contratos incompletos por força da escolha das próprias partes, dada a impossibilidade de previsão de todas as circunstâncias, fatos e eventos que

---

673 Leonardo Greco, ao criticar a visão distorcida das coisas, afirma que o Estado Contemporâneo é aquele que se justifica: "No Estado-Providência, a palavra do funcionário público valia mais do que a de qualquer cidadão comum, pois as declarações daquele gozavam de fé pública, somente podendo ser desmentidas por prova cabal em contrário. O Código de Processo Civil brasileiro, no art. 364, ainda traduz esse entendimento. Ocorre que o Estado Democrático de Direito contemporâneo não pode mais prevalecer com a mesma força e presunção de legalidade e de veracidade dos atos da Administração Pública, porque esta tem o dever de justificar e exibir aos destinatários dos seus atos os elementos de convicção que fundamentam os seus atos. O Estado Contemporâneo é aquele que se justifica, que tem o dever de apresentar as provas concretas dos fatos afirmados pelos seus agentes, sob pena de sujeitar os cidadãos ao mais completo arbítrio. Sérgio Ferraz enfatiza que o prestígio da presunção de legalidade dos atos administrativos é um reflexo do autoritarismo que caracterizou a Administração Pública brasileira e que o moderno conceito de cidadania é incompatível com a colocação em posição subalterna aos agentes administrativos". GRECO, Leonardo. A busca da verdade e a paridade de armas na jurisdição administrativa. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, ano VII, n. 9, dez. 2006, p.131.

674 "Dentro de uma concepção garantística, deve-se exigir a distribuição justa do ônus da prova. Assim, como manifestação da ampla defesa e do processo justo, deve-se falar não só no direito de se defender provando, como também no direito ao ônus da prova justo. Se for considerado o direito ao ônus da prova contida no Código de Processo Civil deve ser avaliada a partir da adequada tutela dos direitos materiais. É possível afirmar a existência do ônus da afirmação, mas o ônus da prova subjetivo tem, no contencioso judicial administrativo alemão, importância mais reduzida que no processo civil. Ora, quem busca determinada consequência jurídica e pretende fundamentar a sua pretensão precisa, necessariamente, afirmar a *causa petendi* (ônus da afirmação), sob pena de indeferimentos de fato. Tem a parte, ainda, de requerer os meios de prova pertinentes, de forma a vincular *ab initio* o tribunal ao procedimento probatório (ônus da prova formal). Se não o faz, deverá o tribunal investigar os fatos alegados de ofício, mas se apenas a parte interessada conhece os meios de prova disponíveis (ex: a única testemunha do fato, onde se encontra a prova), ela precisa cooperar na medida de suas possibilidades". MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. **Ônus da prova no direito processual público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 281; MARTINS, Pedro A. Batista. **Normas e princípios aplicáveis aos árbitros** – aspectos fundamentais da Lei de Arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 295.

> possam ocorrer no futuro e, consequentemente, pelo custo que essa atividade de futurologia acarretaria à transação[675].

Quer seja pelas imperfeições do ônus da prova, tanto pelo seu aspecto subjetivo como objetivo, quer seja em face das peculiaridades do direito material em jogo, o que poderá levar à inversão do ônus da prova pelo julgador em decisão fundamentada, até mesmo à produção da prova de ofício pelo juiz a fim de que o julgador possa se desincumbir do seu ônus da prova objetivo, conforme sustenta José Carlos Barbosa Moreira, são "as regras destinadas a ser aplicadas em relação aos fatos que afinal não se provam, que afinal não resultam provados". Nesta linha, afirma: "o julgamento, segundo o ônus da prova, é uma tragédia psicológica para qualquer juiz de sensibilidade apurada". E alerta: "esse julgamento, segundo o ônus da prova, só deve sobrevir depois que se esgotarem todos os meios"[676].

O ônus da prova é uma ferramenta imperfeita, até mesmo porque é um ônus imperfeito, utilizado na falta da prova plena, completa ou suficiente. O autor não consegue compreender porque a prática das arbitragens, no tocante à produção da prova, prefere se afastar das regras de direito material, como as que regulam a prova documental ou testemunhal por exemplo, sustentando que a única regra aplicável quanto à prova seria a que distribuiria o ônus da prova. Ou seja, uma regra que "seria a tragédia psicológica para qualquer juiz de sensibilidade apurada" parece ser a singular regra nas câmaras arbitrais[677].

---

675 MARTINS, Pedro A. Batista. **Normas e princípios aplicáveis aos árbitros** – aspectos fundamentais da Lei de Arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 295.

676 José Carlos Barbosa Moreira sustenta, inclusive, que frente à proibição de deixar de julgar, o juiz estaria autorizado a produzir a prova de ofício, como a tábua de salvação que a lei lhe atira: "Assim, essas regras, quando se aplicam, é porque já se fez tudo que se devia ter feito no sentido de conseguir a prova do fato. Basta pensar no seguinte: se a prova for feita, pouco importa a sua origem. Nenhum juiz rejeita a prova de um fato extintivo pela circunstância de, porventura, ter sido ela trazida pelo autor. A prova do fato não aumenta nem diminui de valor segundo haja sido trazida por aquele a quem cabia o ônus, ou pelo adversário. A isso se chama o "princípio da comunhão da prova": a prova, depois de feita, é comum, não pertence a quem a faz, pertence ao processo; pouco importa a sua proveniência. E quando digo que pouco importa a sua proveniência, não me refiro apenas à possibilidade de que uma das partes traga a prova que em princípio competiria à outra, senão também que incluo aí a prova trazida aos autos pela iniciativa do juiz. Então, as regras sobre o ônus da prova subsistem; não são afetadas pelo poder do juiz de determinar *ex officio* a realização de quaisquer provas, porque elas constituem a última solução, a tábua de salvação que a lei atira ao juiz em contrapartida da proibição que lhe impõe de deixar de julgar por não ter conseguido formar uma convicção segura. No velho Direito Romano, quando o juiz não conseguia formar uma convicção segura sobre os fatos, dizia: *non liquet*, não está claro, e o processo recomeçava perante outro juiz". MOREIRA, José Carlos Barbosa. O juiz e a prova. **Revista de Processo**, out. 2011, p. 4.

677 MOREIRA, José Carlos Barbosa. O juiz e a prova. **Revista de Processo**, out. 2011, p. 4.

Encerrando o exame do tema, a fim de trazer o último argumento a favor do que aqui defendemos, a distribuição do ônus da prova pode ser feita pelo legislador, como no caso da presunção relativa de propriedade daquele que consta como proprietário no registro geral de imóveis. Sendo prévia e estática, a inversão do ônus da prova também poderá ser feita pelo juiz diante das peculiaridades do caso concreto. A lei presume a fraude à execução a alienação de bens no curso de processo judicial. Diante de um caso envolvendo fraude a credor, diante da ausência de presunção decorrente da lei, o juiz poderá exigir que o ônus da não ocorrência da fraude seja transferido ao réu. Não se pode confundir a regra que autoriza a inversão com a regra que inverte, criando, assim, uma nova regra. Na hipótese de o legislador já ter invertido, ocorrerá uma regra de julgamento (ônus objetivo). Nas hipóteses em que se autoriza a distribuição, haverá uma nova regra de procedimento.

O CPC/2015 encampou o sistema misto – o que já havia sido adotado pelo Código de Defesa do Consumidor – com a dinamização do ônus da prova. Assim, o juiz poderá inverter "nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do *caput* ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário". Paulo Henrique dos Santos Lucon sustenta, posição com a qual concordamos, que a dinamização dos ônus da prova deverá ocorrer antes da fase probatória, abrindo oportunidade efetiva para a parte se desincumbir deste ônus[678] [679].

Na hipótese de as regras do ônus da prova, com todas as suas imperfeições, por se tratarem de regras de direito material e, assim, aplicáveis às arbitragens com observância do ordenamento jurídico brasileiro, questionamos: poderia o painel arbitral aplicar o ônus dinâmico da prova? E se aplicável, então, qual seria a segurança jurídica

---

[678] CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coord.). **Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

[679] Willian Santos Ferreira aponta a diferença entre ônus da prova perfeito e imperfeito: "No ônus perfeito a inobservância do ônus gera consequências negativas para a parte (como o ônus de recorrer da sentença desfavorável, em que não o fazendo consumar-se-á pelo trânsito em julgado), já o ônus da prova é imperfeito porque embora uma parte não se desincumba do ônus (Moniz de Aragão. Exegese do CPC. Rio de Janeiro: Aide, 1984. Vol. IV, t. I, p.86), não necessariamente perderá, porque pelo princípio da comunhão da prova, independentemente de quem a produziu, uma prova aportada nos autos deve ser considerada pelo juiz (art. 371: "O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido [...])". FERREIRA, William Santos. **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil** – de acordo com as alterações da Lei n. 13.256/2016. 2. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 1.071-1.072.

das partes para evitar o arbítrio dos árbitros, se a única regra aplicável no tocante às provas aos procedimentos arbitrais seria aquela que também poderia ser relativizada? Nas palavras de Leonardo Greco, “as regras do ônus da prova, portanto, não podem mais ser vistas como sagradas”[680].

Freitas Rangel lembra que Josef Kohler defendia investir o juiz de maiores poderes quanto à distribuição do ônus da prova. Por outro lado, o juiz português adverte que a liberdade total do julgador em distribuir ônus da prova segundo seu livre arbítrio poderia redundar em decisões e atos arbitrários, já que “abriria, seguramente, as portas para que os litigantes facilmente acusassem o juiz de falta de imparcialidade e de isenção na distribuição do ônus da prova de acordo com os factos carreados ao processo”[681].

A terceira hipótese de inversão do ônus da prova decorreria do negócio jurídico processual. O procedimento arbitral e os negócios jurídicos apresentam inúmeros pontos comuns, quando permitem às partes regularem o procedimento. Assim como as partes podem abrir mão da produção de determinada prova no negócio jurídico, com mais razão ainda, poderá fazê-lo no procedimento arbitral, longe do juiz estatal[682] [683].

O que buscamos defender é um mínimo de previsibilidade como direito do autor e do réu, quando, ao abrir mão de determinada prova, o autor terá certeza de que a declaração do documento particular que ele tem em mãos será presumida como verdadeira em relação ao seu signatário na linha expressa do art. 408 do CPC/2015. Ou, o réu saberá que a data do documento será considerada pelo painel arbitral com o dia do seu registro na linha expressa do art. 409, I, do CPC/2015 e, assim, poderá dispensar

---

[680] GRECO, Leonardo. A busca da verdade e a paridade de armas na jurisdição administrativa. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, ano VII, n. 9, dez. 2006.

[681] “O arbítrio do juiz em liberdade total e não condicionado a determinados parâmetros legais que balizem a sua actuação não é um bom princípio. O poder de distribuir o ônus da prova segundo o seu prudente arbítrio não iria solucionar a “pecha” de ausência de um princípio geral que nos forneça em todos os casos a solução do problema e abriria, seguramente, as portas para que os litigantes facilmente acusassem o juiz de falta de imparcialidade e de isenção na distribuição do ônus da prova de acordo com os factos carreados para o processo”. RANGEL, Rui Manuel de Freitas. **O ônus da prova no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2002, p. 142.

[682] Robson Renault Godinho abarcou o tema com profundidade. Ver: GODINHO, Robson Renault. **Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo Código de Processo Civil**. São Paulo: RT, 2015.

[683] Neste sentido se posiciona Flávio Luiz Yarshell: “Nonostante tutto ciò non faccia parte della cultura giuridica brasiliana, forse com il tempo e non solo nei processi arbitrali, sarà possibile svolgere processi stragiudiuziali per lo scambio di documenti, realizzazione di perizie e audizione di testimoni”. YARSHELL, Flávio Luiz. **Il sistema probatorio nel CPC del 2015**. Publicação da Escola da AGU, v. 8, n 1, jan.-mar. 2016, p. 118. Tradução livre: “Embora tal opção ainda não faça parte da cultura jurídica brasileira, talvez com o tempo e não apenas em procedimentos arbitrais, será possível realizar processos extrajudiciais por meio da troca de documentos, realização de pareceres e audição de testemunhas”.

determinada prova. Se fosse possível ao painel arbitral não aplicar as regras de experiência comuns subministradas pela observação do que ordinariamente ocorre segundo dicção expressa do art. 375 – norma jurídica relacionada à formação do livre convencimento motivado – as partes, ao celebrarem sua convenção de arbitragem, teriam menor previsibilidade ao abrir mão de determinada prova. Deixariam tudo para ser resolvido, ou melhor, o reconhecimento da existência do direito, a depender de regras tão imperfeitas que regulam os ônus da prova sem que o juiz pudesse, no exemplo formulado, utilizar regras complementares, já que as partes vetaram a utilização das regras de experiência do julgador no compromisso arbitral.

Em suma, o uso pelo juiz do ônus da prova ao sentenciar, quando não se tem a prova plena, quiçá a satisfatória, porque as partes, por exemplo, preferiram abrir mão na convenção arbitral, ao convencionarem que os livros da sociedade não poderiam ser abertos, merece o alerta de José Carlos Barbosa Moreira:

> Em qualquer caso, com a lembrança da tábua de salvação que a lei lhe atira, quando lhe permite contornar as remanescentes manchas escuras da matéria fática pelo simples aplicação das normas legais de distribuição do ônus da prova é uma saída de que não há como prescindir, mas cuja utilização costuma deixar certo ressaibo amargo na mente do juiz consciencioso[684].

Então, em homenagem ao direito das partes em abrir mão de determinada prova com maior previsibilidade, autor e réu podem saber que as regras que cuidam do direito material serão respeitadas e observadas pelos árbitros. Assim, o painel arbitral terá sua discricionariedade delimitada, evitando um verdadeiro buraco negro, uma vez que haverá outras regras de direito material a serem respeitadas em procedimentos arbitrais por meio da observância do ordenamento jurídico brasileiro e não apenas as imperfeitas normas que cuidam do ônus da prova. A arbitragem, como meio alternativo de resolução de conflitos, cujo procedimento oferece total flexibilidade e agilidade durante o seu curso,

---

[684] "A insistência do juiz em esclarecer cabalmente ponto a cujo respeito lhe pareça faltar informações completas nos autos, levada às últimas consequências, pode acarretar demora excessiva na solução do litígio. A garantia do contraditório estará posta em causa se ao órgão judicial parecer que a testemunha a ser interrogada se expressaria com maior liberdade, e, portanto, prestaria depoimento mais útil, fora da presença da parte, que a constrange e inibe. A observância rigorosa de uma regra de preclusão processual talvez prive o juiz da aquisição de elemento probatório valioso. Esses e outros tantos conflitos entre solicitações legítimas, a puxá-lo cada qual para um lado, assaltam a todo momento o espírito do julgador. Se ele o tem muito sensível, dificilmente se tranquilizará [...]" MOREIRA, José Carlos Barbosa. Alguns problemas atuais da prova civil. **Revista de Processo**, out. 2011.

permite às partes adaptarem as peculiaridades da pretensão resistida ao próprio procedimento, deixando assim, em regra, exclusivamente a cargo das partes a produção da prova. Não seria, então, a arbitragem, a maior perdedora quando busca se libertar de todas as regras que cuidam da prova, abrindo, por outro lado, um vácuo sobre a matéria?[685]

Em suma, quais as regras aplicáveis à prova no curso do procedimento? Seria natural e universal a ideia de que caberá ao autor fazer a prova do fato constitutivo do seu direito e ao réu a prova dos fatos do seu direito. Como se a repartição do ônus da prova fosse justificada por uma lógica universal e, assim, pudesse resolver todos os casos, o que não é verdade.

Os princípios que orientam o ônus da prova, conforme citado no início deste capítulo, foram cunhados em Roma, e se resumem às máximas: *semper onus probandi incumbit qui dicit; necessitas probandi incumbit ei qui agit; reus excipiendo fit actor* e *iudex debet iudiccare secundum allegata et probata.* Ou seja, "o ônus da prova incumbe sempre a quem alega; a necessidade da prova incumbe a quem afirma; cabe ao reú apresentar exceção à afirmação do autor e o juiz julga conforme alegado e provado". De qualquer forma, por mais equilibrada que seja a distribuição do ônus da prova à luz do CPC/2015, art. 373, esta regra, alicerçada nos princípios mencionados, não soluciona previamente os casos complexos, permitindo que as partes possam se programar como farão a prova do seu direito, especialmente nos procedimentos arbitrais, nos quais ao adaptarem o procedimento conforme as necessidades da lide, poderão dispensar a faculdade de produzir determinada prova[686].

Concluindo, , a falta de regras acerca das provas no procedimento arbitral, ou melhor, a utilização apenas da regra contida no art. 369 do CPC/2015, torna-se ainda

---

[685] "A doutrina brasileira costuma ensinar que os tipos de prova que não são usuais no processo civil brasileiro (ou mesmo inexistentes no Brasil) podem ser utilizados na arbitragem (realizada no Brasil ou que seja regida pela lei brasileira). A melhor doutrina referida por Montoro encontra seus principais expoentes e defensores nos seguintes doutrinadores: Carlos Alberto Carmona, Ernane Fidélis do Santos, Elio Fazzalari e Briguglio, todos eles favoráveis à flexibilização procedimental na arbitragem com relação à produção de provas". MONTORO, Marcos André Franco. Flexibilidade do procedimento arbitral. **Revista de Processo**. Teresa Arruda Alvim (coord.), set. 2018.

[686] Rodrigo Xavier Leonardo, em trabalho sobre a imposição e a inversão do ônus da prova, examina cuidadosamente os quatro princípios e conclui que os próprios princípios foram criticados: "Diante do peso histórico do tema da distribuição do ônus da prova no processo e de escassa resposta aos problemas práticos derivados da aplicação das máximas consolidadas, a doutrina desenvolveu pensamento crítico sobre o assunto. Dada sua relevância, algumas linhas mestras do trabalho doutrinário desenvolvido merecem comentários". LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Imposição e inversão do ônus da prova**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 98.

mais preocupante quando analisamos a possibilidade de flexibilização do procedimento. Justamente para que as partes possam abrir mão da produção de alguma prova com segurança, não seria interessante que outras regras pudessem trazer certa segurança à parte que irá abdicar do seu direto à prova? Até porque, na esfera arbitral, o princípio inquisitório é mais fluido, fazendo com que o descumprimento do ônus subjetivo por parte do autor – geralmente a parte lesada é que tem o ônus de buscar a tutela – venha a levar ao julgamento de improcedência do seu pedido.

Ao reconhecermos que outras normas que cuidam da prova, especificamente, as que se debruçam sobre o direito material probatório devem ser observadas pelos julgadores, ao invés da regra singular refletida no art. 373 do CPC/2015, poderíamos afirmar que os procedimentos arbitrais não ficaram engessados, todavia, "quanto mais for reduzida a margem de arbítrio do julgador, em sede de apreciação e de valoração da prova, melhor será para o sistema"[687].

2.5 A prova e o contraditório

Com o exercício do direito de ação e o cumprimento dos ônus a ele inerentes, notadamente o ônus da afirmação do direito invocado (possivelmente, mais custoso para o autor do que para o réu, a quem incumbe apenas excepcionar), o ônus da prova e o reconhecimento do direito material à parte que tem direito à tutela, a prova e o direito material entrelaçam-se ao direito natural do autor, do réu ou daqueles que têm interesse jurídico em ser ouvido em qualquer procedimento em que reside uma pretensão resistida de interesses.

Na soma destes elementos, quais sejam, postulação, defesa e produção de provas – tudo com a necessária observância do contraditório –, a "coluna vertebral do processo" se estrutura, chegando ao produto final da prestação jurisdicional, qual seja, a decisão que examinará o mérito, caso estejam presentes as condições da ação e os pressupostos processuais.

---

[687] RANGEL, Rui Manuel de Freitas. **O ônus da prova no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2002, p. 141.

O ônus da prova e a respectiva produção da prova não andam sozinhos. Não andam sem o contraditório, são inseparáveis. Até porque o ônus da prova é uma ferramenta de julgamento defeituosa, tanto pelo seu aspecto subjetivo – que poderá ser esterilizado com a produção da prova de ofício pelo juiz –, quanto pelo seu aspecto objetivo, já que não é possível desenvolver critério objetivo para empregá-lo (cabendo propositadamente o pleonasmo). Dessa forma, o exercício da regra de julgamento restará sempre atrelado à discricionariedade do julgador.

Ademais, o imperfeito ônus da prova enquanto atividade das partes e como regra de julgamento (que não deixa de ser atividade intelectual do julgador e, portanto, humana e falível), sofre os influxos do princípio da comunhão da prova, da persuasão racional ou do livre convencimento motivado, assim como da atividade do julgador na produção da prova, o que impossibilita a uniformização total e a coerência absoluta em sua aplicação como ferramenta de julgamento a ser utilizada "na coluna vertebral do processo"[688] [689].

Assim, a fim de garantir a atividade das partes de forma isonômica, legitimando o procedimento e, normalmente, sanando eventual nulidade, o contraditório, ou seja, o trabalho em cooperação entre as partes, por meio de um diálogo desenvolvido através da relação jurídica processual e estabelecido com o exercício do direito de ação, tem assento no capítulo I do CPC/2015, como norma fundamental do processo, conforme disciplinam os arts. 6º e 7º do Código[690].

---

[688] Mirna Cianci e Rita Quartieri, citando Michelli, destacam: "Para Michelli tais fatores desaguaram na relativização da atividade probatória, levando em conta o princípio da comunhão das provas; a existência de poderes instrutórios do juiz e o princípio da persuasão racional, distanciando a relação antes direta entre o ônus e o julgamento". CIANCI, Mirna; QUARTIERI, Rita. **Direito probatório** (Coleção Grandes Temas do Novo CPC v. 5.). Salvador: Juspodivm, 2018, p. 410.

[689] "Assim pode definir-se a prova, no domínio processual, como a atividade ou o conjunto de operações destinadas à formação da convicção do juiz, sobre a veracidade dos factos controvertidos que foram carreados para o processo pelas partes e que se encontram selecionados na base instrutória. Ela visa fornecer todos os elementos ao julgador sobre a realidade dos factos controvertidos, sanando, na medida do possível, as dúvidas existentes na sua mente sobre os factos carecidos de prova". RANGEL, Rui Manuel de Freitas. **O ônus da prova no processo civil**. São Paulo: Almedina, 1999, p. 22.

[690] Fredie Didier Junior comenta os dois artigos do CPC/2015: "Os princípios do devido processo legal, da boa-fé processual e do contraditório, juntos, servem de base para o surgimento de outro princípio do processo: o princípio da cooperação define o modo como o processo civil deve estruturar-se no direito brasileiro [...] A parte final do art. 7º do CPC impõe ao órgão julgador o dever de zelar pelo efetivo contraditório. A disposição normativa é nova, embora a norma pudesse ser compreendida como concretização dos princípios constitucionais da igualdade e do contraditório. É que essas normas de direitos fundamentais impõem ao órgão jurisdicional o dever de protegê-los; o dispositivo, aqui, apenas concretiza essa exigência. Não é por acaso que essa norma decorre do mesmo artigo onde está consagrado o princípio da igualdade processual. A igualdade processual revela-se na "paridade de armas" (para usar uma expressão clássica, que denota uma preocupação com igualdade formal) e no "equilíbrio processual" (expressão mais contemporânea, relacionada à igualdade material; ABREU, 2014). Em suma, é preciso que as

O direito de ser ouvido e de demonstrar as suas afirmações antes que possa ser emitido qualquer juízo de valor acerca de determinada conduta é indissociável do ser humano, o qual está inserido num universo, ou seja, num conjunto que constitui uma totalidade tomada como referência. O direito de se justificar antes de ser julgado é um sentimento inerente à razão humana. São poucos os textos na doutrina nos quais, ao examinar a origem histórica do direito natural de ser ouvido, deixam de citar a Bíblia como exemplo do exercício do contraditório. Deus, antes de expulsar os pecadores do Paraíso, ouve Adão, permitindo o exercício do contraditório antes de aplicar a sanção. Leonardo Greco explica que a audiência bilateral surgiu na Antiguidade Clássica, conforme mencionado nos textos de Eurípedes, Aristófanes e Sêneca, como um direito natural, já que o juiz somente poderia decidir após dar ciência da existência da ação e permitir que o réu se manifestasse. No período medieval, à luz do raciocínio retórico dialético, o princípio atingiria o conhecimento e o saber que as ciências demonstrativas não conseguiriam alcançar[691] [692].

No início do desenvolvimento dos Estados Nacionais já no século XVI, época em que a divisão de poderes sequer tinha sido desenhada por Montesquieu, a arbitragem já existia enquanto meio alternativo e facultativo de resolução de conflitos, e incumbia ao poder constituído empregar sua autoridade para assegurar aquilo que foi decidido pelo terceiro escolhido pelas partes. Todavia, para que o procedimento pudesse ser instaurado, os envolvidos deveriam estar necessariamente presentes, até porque a "arbitragem era o resultado de uma convenção".

Conforme explica José Joaquim Calmon de Passos,

> a justiça era exercida em nome do príncipe e o juiz representava a pessoa do soberano, a ausência ou abandono do juízo importava desprezo à autoridade. Uma vez instaurado o procedimento com a presença das partes

partes possam exercer o contraditório em condições iguais". DIDIER JUNIOR, Fredie. **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 18-22.

691 GUINCHARD, Serge. Droit processuel – droit commun et droit compare du procé. 2. ed. Paris: Dalloz, 2003, p. 701 *apud* GRECO, Leonardo. O contraditório. **Estudos de direito processual** (Coleção José do Patrocínio). Editora Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 541: "Ainda em nossos dias, autores sustentam esse fundamento jusnaturalista do contraditório".

692 "O contraditório já foi visto historicamente como um símbolo do direito natural, o que alguns ligaram à análise de trecho da Bíblia, e mesmo no século XVIII era tido como um princípio da razão natural, inerente ao próprio processo. Nota-se que, no período medieval, o raciocínio retórico dialético alçou o contraditório à base da apuração da verdade, pois por meio dele o juiz atingiria o saber das partes revelador da realidade prática, que as ciências demonstrativas sozinhas não conseguem alcançar". RODRIGUES, Marco Antônio dos Santos. **A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil**. Rio de Janeiro: GZ, 2014, p. 155.

> obrigatoriamente, a fim de que os envolvidos pudessem defender os fatos que alicerçavam o seu direito e demonstrá-los, poder-se-ia falar em um dever de comparecimento perante a autoridade judicial[693] [694].

Com o desenvolvimento, o progresso e a evolução dos Estados nacionais, os cidadãos, naturalmente buscaram delimitar o poder constituído. Os direitos do homem ou liberdades fundamentais, aqui incluindo o devido processual legal, emergem da nova legislação na figura das liberdades públicas. Na Inglaterra, a Magna Carta (1215), a Petition of Rights (1628), o Habeas Corpus Amendment Act (1679) e o Bill of Rights (1688). Nos Estados Unidos da América, a Declaração de Virgínia (1776) constituiu a primeira declaração de direitos fundamentais que, ao destacar direitos inatos e, assim, naturais do homem, influenciou diretamente a Constituição dos Estados Unidos da América, e, por consequência, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, adotada pela Assembleia Constituinte francesa em 1789[695].

Posteriormente, com o fortalecimento da burguesia e o desenvolvimento do positivismo jurídico como contraponto à teoria do direito natural, o princípio do contraditório foi reduzido a um método meramente formal. Na Itália, Francesco Carnelutti criticava o uso do contraditório de forma ampla e generalizada, restringindo-o apenas a alguns procedimentos. Emilio Betti sustentava que a decisão justa poderia ser obtida à revelia da participação das partes[696]. Ultrapassada a Segunda Guerra Mundial, o

---

693 "Posteriormente, quando o Estado tornou facultativa a arbitragem, limitando-se apenas a emprestar sua autoridade para fazer respeitado o decidido pelo terceiro desinteressado que as partes livremente escolheram, ainda permaneceu a impossibilidade do procedimento na ausência de qualquer dos litigantes. A arbitragem era o resultado de uma convenção e não convém ou acorda quem está ausente ou se recusa a fazê-lo [...] Contudo, porque a justiça era exercida em nome do príncipe e o juiz representava a pessoa do soberano, a ausência ou abandono do juízo importava desprezo à autoridade, sujeitando quem assim procedesse a sanções de gravidade às vezes desmedida. Havia o dever do comparecimento perante a autoridade judicial e seu inadimplemento acarretava punição". PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Da revelia do demandado**. Salvador: Livraria Progresso Editora, 1960, p. 7-8.

694 "A civilização helênica ainda em formação já utilizava a arbitragem para solucionar disputas: embora, na verdade, as disputas fossem às vezes submetidas à apreciação do *basileus*, em tais casos ele agia simplesmente como árbitro e não como juiz. Na realidade, a consciência política dos gregos desse tempo estava tão pouco desenvolvida que não existia qualquer concepção do governo como uma força indispensável à preservação da ordem pública. Quando Ulisses, senhor de Ítaca, esteve ausente durante vinte anos, não foi designado um regente para substituí-lo, nem se convocou uma sessão do conselho ou assembleia. Ninguém parece ter pensado que uma suspensão completa do governo, mesmo por tempo tão dilatado, fosse assunto de grave importância". BURNS, Edward McNall. **História da civilização ocidental** – do homem das cavernas às naves espaciais. v. 1. São Paulo: Globo, 1986, p. 92.

695 José Afonso da Silva divide os direitos fundamentais em seis espécies e sublinha que o contraditório estaria inserido nos direitos individuais: "Em síntese, com base na Constituição, podemos classificar os direitos fundamentais em cinco grupos: (1) direitos individuais (art. 5º); (2) direitos à nacionalidade (art. 12); (3) direitos políticos (arts. 14 a 17); (4) direitos sociais (arts. 6º e 193 e ss.); (5) direitos coletivos (art. 5º); (6) direitos solidários (arts. 3º e 225)". SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p.184.

696 "O positivismo da segunda metade do século XIX e da primeira metade do século XX, por sua vez, se encarregou de esvaziar a função axiológica da audiência bilateral e do próprio contraditório, desclassificando-o como princípio

contraditório voltou a ganhar relevo, deixando de ser visto como um mero fim em si mesmo, e passando a consistir num meio, ou seja, num instrumento do processo apto a garantir a paridade de armas e a isonomia das partes, tornando-se verdadeiro núcleo do processo[697].

No Brasil, o direito ao contraditório passou a ser reconhecido como garantia constitucional por meio da CF/1967, quando da edição da Emenda Constitucional n. 1/1969, já que "a instrução criminal será contraditória". O contraditório no processo civil, por sua vez, foi disciplinado em lei ordinária. É certo que "não falte quem faça decorrer a garantia do contraditório", como afirma José Carlos Barbosa Moreira, "da própria garantia constitucional do direito de ação". A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, LV,

imanente do processo judicial e sobrevivendo circunstancialmente como regra técnica característica de alguns procedimentos, mas não de outros. Nas décadas de 20 e 30, foram expressivas as críticas de Carnelutti e Betti a um contraditório generalizado. Este último chegou a dizer que uma decisão justa poderia ser atingida sem a cooperação das partes. Na Alemanha nazista chegou a ser proposta a eliminação do contraditório e a absorção do processo de partes na jurisdição voluntária". GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório. *In*: GRECO, Leonardo. **Estudos de direito processual** (Coleção José do Patrocínio). Campos dos Goytacazes: Editora Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 543.

[697] Nas palavras de Nicola Picardi: "In effetti, la diversa, la diversa impostazione della tematica del contraditorio contribuisce probabilmente a collocare nella giusta prospettiva le più autorevoli impostazioni degli anni. Ci si riferisce all`affermazione secondo la quale il principio del contraddittorio è "um mezzo del processo non um fine" per cui "il difetto di contradditorio può pregiudicare, ma non pregiudica in ogni caso lo scopo del processo; il contraddittorio è uno strumento utile del processo, quando vi sono ragione per contraddire, se non vene sono , è um ingombro" oppure a quella per la quale "la mancanza effettova di contraddittorio non sta punto in contrasto logico con fine del processo, perchè l`attuazione della legge, attraverso una decissione giusta , può ottenersi anche senza la cooperazione delle parti [...] [...] Nella fase più recente della scienza processuale si avvertono, peraltro, chiari segni di um diverso atteggiamento nei confronti del principio del contradditorio e del processo. Bem consapevole della difficoltà di fissari um pensiero ancora in elaborazione, mi limiterò a qualche cenno per cercare di chiarire a me stesso quelle che portrebbero essere le possibili, future linee di evoluzione, attraverso le quali sembra possibile um recupero dell`idea clássica di contraddittorio e, quindi, uma sua utilizzazione quale nucleo centrale del processo. [...] Un ulteriore e decisivo passo nella nuova direzione è, poi, rappresentato dagli sforzi compiuti dalla giurisprundeza per elevare, in base al coordinamento tra gli artt. 24 e 3 della Costituzione italiana il principio del contradditorio al rango di garanzia constituzionale. La difesa in giudizio è, in primo luogo, garanzia di contraddittorio e l`uguaglianza dele norma processuale. Con ciò non si postula l´assoluta identità tra i poteri delle parti, ma si mira ad evitare ingiustificabili differenze di trattamento". PICARDI, Nicola. Principio del contraddittorio*. In*: **Rivista di diritto processuale**, v. 53, n. 3, p. 673-681, jul.-set. 1998. Tradução livre: "Efetivamente, a abordagem diferente do princípio do contraditório contribui para colocar na perspectiva correta as abordagens mais influentes dos anos 30. Faz-se referência à afirmação de que o princípio do contraditório é «um meio do processo, e não um fim" para o qual "a falha do contraditório pode prejudicar, mas não prejudica em toda e qualquer circunstância a finalidade do processo; o contraditório é um instrumento útil do processo, quando há motivos para usá-lo, se não houver, é um obstáculo" inclusive quando "a falta do contraditório não apresenta contraste lógico com a finalidade do processo porque a aplicação da lei, por meio de uma decisão justa, pode ser alcançada sem a cooperação das partes [...] [...] Já na fase mais recente da ciência processual, há sinais claros de uma abordagem diferente sobre o princípio do contraditório e do processo. Entendendo a dificuldade de fixar um pensamento ainda em elaboração, limitar-me-ei a pontualidades que clarificam possíveis futuras linhas de evolução. Tais linhas recuperam a ideia clássica de contraditório e, portanto, sua utilização como núcleo do processo. [...] Um passo avante e decisivo na nova direção é representado pelos esforços feitos pela jurisprudência para elevar, com base na coordenação entre artigos 24 e 3 da Constituição italiana, o princípio do contraditório à posição de garantia constitucional. A defesa em juízo é, primeiramente, a garantia do contraditório e da igualdade da norma processual. Esse elemento por si só não postula a identidade absoluta entre os poderes das partes, mas visa evitar diferenças de tratamento injustificáveis".

passou a reconhecer o contraditório como um direito individual, fundamental e inato do homem, em todos os processos judiciais ou administrativos[698].

O princípio do contraditório passou a ser desenhado como "a expressão processual do princípio político da participação democrática"[699]. Consequentemente, a estrutura do procedimento deve ser moldada e desenhada de maneira a garantir o exercício do contraditório. Assim, a *ratio* do contraditório repousa na participação ativa de todos aqueles que buscam a tutela administrativa ou jurisdicional, por meio de um procedimento em que as partes possam dialogar, através do contraditório, ou seja, por meio de suas alegações e provas a alicerçar a postulação formulada.

O contraditório enquanto atividade exercida pelos personagens do processo e instrumento viabilizador da participação democrática impõe a audiência bilateral das partes por meio da citação do réu, e da posterior intimação daqueles que participam ou tenham interesse no processo, de maneira que tenham ciência de qualquer ato praticado no curso da relação processual, a fim de que os "sujeitos principais do processo" possam adotar as providências necessárias, tendo a possibilidade "de impugnar e contrariar os atos dos demais sujeitos". Leonardo Greco conclui:

> contraditório também pressupõe o direito das partes de apresentar suas alegações, propor e produzir provas, participar da produção das provas requeridas pelo adversário ou determinadas de ofício pelo juiz e exigir a adoção de todas as providências que possam ter utilidade na defesa dos seus interesses, de acordo com as circunstâncias da causa e as imposições do direito material, em igualdade de condições com os demais sujeitos principais do processo[700].

---

698 "Não cuidou o legislador constituinte de estender o princípio, em termos expressos, ao processo civil. A disciplina da matéria ficou relegada à lei ordinária, embora não falte quem faça decorrer de ação, insculpida no § 4º, 1ª parte, do mesmo art. 153: "A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual". MOREIRA, José Carlos Barbosa. A garantia do contraditório na atividade de instrução. **Revista de Processo IBDP**, 1984, p. 67.

699 "O princípio do contraditório pode ser definido como aquele segundo o qual ninguém pode ser atingido por uma decisão judicial na sua esfera de interesse, sem ter tido a ampla possibilidade de influir eficazmente na sua formação em igualdade de condições com a parte contrária. O contraditório é a expressão processual do princípio político da participação democrática, que hoje rege as relações entre o Estado e os cidadãos na Democracia contemporânea. Essa compreensão estendeu o contraditório também aos processos administrativos, o que está, inclusive, expresso na Constituição (art. 5º, inc. LV). O processo se desenvolve através de uma marcha dialética, na qual, na medida em que as questões surjam, o juiz deverá colocá-las em debate para obter o pronunciamento das partes sobre elas e, depois, decidi-las. Esse é um princípio tradicional do processo judicial, que remonta à Antiguidade e é uma consequência da própria imparcialidade do juiz". GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil** – introdução ao direito processual civil. v. I. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 513.

700 GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil** – introdução ao direito processual civil. v. I. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 513.

A definição acima demonstra que a atividade do contraditório, além de representar para as partes o ônus de apresentar suas alegações, exige mais do autor e do réu na fase instrutória, quando, diversamente da fase postulatória, em que simplesmente o ônus se encerra com a alegação, por meio da afirmação e da exceção, os protagonistas da relação processual deverão propor provas, produzi-las, participar da sua produção, quer a prova venha a ser requerida pela outra parte, quer a prova seja determinada de ofício pelo juiz. Em outras palavras, uma coisa é alegar – até mesmo porque o papel aceita tudo –, outra tarefa bem mais custosa e difícil é fazer a prova das alegações, muitas vezes lançadas pelas partes já cientes da falta de seriedade e verdade de suas alegações.

O CPC/2015 disciplina uma fase postulatória bem simples e curta. O autor apresentará sua petição inicial, na forma do art. 319 do CPC/2015. O réu, por sua vez, ofertará sua contestação, na forma do art. 335 do CPC/2015. Os arts. 350 e 351 do mesmo diploma substituíram os arts. 326 e 327 do CPC/1973, ampliando o prazo para a apresentação da réplica para 15 dias.

Por outro lado, a fase instrutória ou probatória requer das partes o cumprimento de um ônus mais pesado, por meio de uma atividade mais intensa e exauriente, já que os personagens deverão “propor e produzir provas” e “participar da produção da prova”. A fase instrutória é, pois, bem mais longa que a primeira, notadamente quando determinada a produção de prova pericial, a qual pode perdurar por anos. É possível haver uma, duas, três ou mais perícias em um único processo. O labirinto processual pode se tornar infinito nessa etapa do procedimento, muito vezes, fazendo com que o direito material acabe falecendo, quer seja por velhice, inação, ou perda do interesse em meio a um desses labirintos[701].

Agora, examinando o contraditório por outro prisma, não faria sentido o poder constituído reconhecer o direito de alegação ou postulação das partes se essas não pudessem ser demonstradas e provadas. Até porque, são raros os casos em que o julgamento da causa requer de modo exclusivo do juiz a solução de questões puramente

[701] O artigo 350 do CPC/2015 não exige o reconhecimento pelo réu do fato em que se funda a ação para dar oportunidade ao direito de réplica ao autor, assim como a parte final do artigo deixou expressa a possibilidade de o juiz não só determinar a prova da prova documental de ofício, como também, de qualquer outra espécie de prova.

de direito. “A garantia do contraditório na atividade de instrução”, conforme explica José Carlos Barbosa Moreira, apresenta duas perspectivas: de um lado, “atende à precisão, por assim dizer universalmente reconhecida em nosso tempo, de preservar a dignidade da disputa processual”, “eliminando-se as surpresas desleais, o emprego insidioso de armas secretas, os golpes desfechados no escuro”; de outro, o contraditório como direito de ação, como direito à tutela, passa a exigir como missão do processo a obtenção de “uma solução que corresponda, com maior fidelidade possível, à realização do direito material no caso concreto”. E, assim, o fundador da Escola de Copacabana conclui no ponto que aqui nos interessa: “a atividade judicial cognitiva, consciente das suas inevitáveis limitações, deve tender à reconstituição verdadeira dos fatos, pressuposto da correta aplicação da norma jurídica”[702].

O direito à prova e à contraprova integra, afinal, o princípio do contraditório? Parte da doutrina sustenta que sim; outra parte, entende que não, argumentando que o direito à prova não consiste em mera consequência das garantias constitucionais da ação, da ampla defesa e do contraditório, porque, com a ratificação da Convenção Americana de Direitos Humanos e do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, o direito à prova integrou o rol dos direitos fundamentais, munidos, portanto, de autonomia, apesar de serem figuras indissociáveis[703] [704].

---

[702] MOREIRA, José Carlos Barbosa. A garantia do contraditório na atividade de instrução. **Revista de Processo IBDP**, 1984, p. 65-66.

[703] José Antonio Fichtner e outros chegam a esta a conclusão ao buscar definir o princípio do contraditório: “O princípio do contraditório também possui expresso assento constitucional, especificamente no art. 5º, inciso LV, da Carta, segundo o qual “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Conforme já destacado, a Lei de Arbitragem brasileira também exige, expressamente, o respeito ao princípio do contraditório no § 2º do art. 21. Segundo Nelson Nery Junior: “por contraditório deve entender-se, de um lado, a necessidade de dar conhecimento da existência da ação e de todos os atos do processo às partes, e, de outro, a possibilidade de as partes reagirem aos atos que lhes sejam desfavoráveis. Humberto Theodoro Júnior traz relevante complementação ao esclarecer que “o princípio do contraditório reclama, outrossim, que se dê oportunidade à parte não só de falar sobre as alegações do outro litigante, como também de fazer a prova contrária”, razão pela qual “nega-se o princípio e comete-se cerceamento de defesa quando se assegura a audiência da parte adversária, mas não se lhe faculta a contraprova. O direito à prova e o direito à contraprova, portanto, integram o princípio do contraditório”. FICHTNER, José Antonio. **Teoria geral da arbitragem**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 164-165. No mesmo sentido, manifestou-se José Batista Lopes: “Sob outra perspectiva, porém, a prova é um dos aspectos essenciais do princípio do contraditório. É cediço que o contraditório ganhou maior elastério para compreender não só a informação e a reação como também o diálogo e a participação. E o direito à ampla defesa foi constitucionalmente assegurado com a observação de que, diversamente do que ocorre no processo penal, no processo civil é suficiente possibilitar à parte o exercício da defesa, e não efetivá-la em todos os casos”. LOPES, João Batista. **Direito probatório** (Coleção Grandes Temas do Novo CPC). Salvador: Juspodivm, 2018, p. 57.

[704] Adriano Ribeiro Caldas, citando Eduardo Cambi e João Carlos Adalberto, em nota de rodapé a fim de abonar sua tese, sustenta a autonomia do direito à prova. CALDAS, Adriano Ribeiro. A distribuição dinâmica do ônus da prova no sistema processual brasileiro e o projeto de novo Código de Processo Civil. **Revista Ajuris**, mar. 2015, p. 17-18.

Parece acertada a classificação do direito à prova como direito fundamental, consistindo, pois, em garantia constitucional autônoma, e não simples corolário do direito ao contraditório. Até porque a prova não depende do contraditório: ela tem vida própria. Nesta linha de raciocínio, conforme defende Wellington Moreira Pimentel ao comentar o art. 322 do CPC/1973, reproduzido no art. 346 do CPC/2015, "não faz sentido que, comparecendo o revel, não possa desde logo ilidir, com aquela prova, os efeitos decorrentes do art. 319. Isto seria dar ao processo demasiado cunho estético, com sacrifício do aspecto ético que sempre deverá preponderar"[705].

Se fosse possível cindir o direito ao contraditório do direito à prova, poder-se-ia afirmar que o direito à prova absorveria o direito ao contraditório? O exame da própria dicção do CPC/2015 revela que sim. Afinal, conforme previsto no art. 345 do CPC/2015, caso o réu citado não compareça ao processo e seja decretada a sua revelia, o pedido do autor poderá ser julgado improcedente, nos termos do inciso IV do dispositivo, que veio a positivar entendimento já cristalizado pelos tribunais no sentido de que se as alegações de fato formuladas pelo autor forem inverossímeis ou estiverem em contradição com a prova constante dos autos, o procedimento não poderá legitimar a declaração ou a constituição de um direito inexistente.

Antes de examinarmos os efeitos da revelia e demonstrarmos que o direito à prova poderá ser mais eficiente do que o direito ao contraditório, principalmente quando este último é analisado apenas sob o prisma do ônus da postulação – com afirmações e exceções – esclarecemos que o exemplo dado linhas acima é meramente ilusório. Afinal, o direito à prova e o direito ao contraditório (*rectius*, o ônus da prova e o ônus da ação) são absolutamente inseparáveis. Vale mencionarmos a relevante lição de José Carlos Barbosa Moreira:

> A garantia do contraditório significa, antes de mais nada, que ambas as partes se hão de conceder iguais oportunidades de pleitear a produção de provas. [Mesmo porque, nas palavras do autor], seria manifestamente inadmissível a estruturação do procedimento por forma tal que qualquer dos litigantes ficasse impossibilitado de submeter a indicação dos meios de prova de que pretende valer[706] [707].

[705] PIMENTEL, Wellington Moreira. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. III. São Paulo: RT, 1975, p. 342.
[706] MOREIRA, José Carlos Barbosa. A garantia do contraditório na atividade de instrução. **Revista de Processo IBDP**, 1984, p. 67.
[707] James Goldschmidt destaca os ônus processuais mais importantes, sem deixar de fora o ônus de provar, o de jurar e o de exibir documentos: "Os ônus processuais mais importantes são: a de comparecência (independentemente do § 141), a da afirmação e declaração – contestação – especialmente a que pesa sobre o

Como exemplo, se Pedro tem um crédito a receber de Fernando, que lhe deve a entrega de 100 sacos de batatas, conforme reconhecido em documento particular assinado pelo devedor (art. 408 do CPC/2015), e o devedor se nega a quitá-lo, o credor passa a conviver com duas escolhas e dois possíveis caminhos. Amargar e digerir o prejuízo, ou exercer e preencher o seu ônus do exercício do direito de ação, possivelmente contratando advogado, despendendo ainda valores com o pagamento das custas judiciais, se a petição inicial não for dirigida ao Juizado Especial mais próximo da sua residência. De qualquer forma, ainda que haja a opção do Juizado, Pedro terá o ônus de pagar as custas e de contratar um advogado com *jus postulandi* se precisar recorrer da sentença proferida.

Respeitando a lógica, sem ferir o bom senso ou maltratar a razoabilidade, se o autor não tivesse a possibilidade de apontar, demonstrar e comprovar suas alegações perante o juiz, de que valeria, na prática, o exercício da ação, salvo se para arcar, ao final do procedimento, o pagamento do ônus de sucumbência? O masoquista seria facilmente identificado ao distribuir uma ação cujo procedimento não viabiliza a comprovação das alegações formuladas. No caso, o autor pode alegar, mas não pode provar. Nada mais ilógico e ofensivo ao nosso senso de justiça.

Os direitos de ação e de defesa não podem andar sem o direito à prova, até porque todos decorrem da observância do direito ao contraditório como garantia do próprio direito de ação, o qual é reconhecido pelo Estado por meio das faculdades e das garantias acopladas ao procedimento. Luiz Guilherme Marinoni e Sergio Cruz Arenhart, ao examinarem o direito da parte em realizar a contraprova mesmo tendo o julgador já formado o seu convencimento, apontam importante diferença entre o ônus da prova como regra de julgamento, e o direito à prova no curso do procedimento enquanto direito de ação, consistindo este último no direito subjetivo da parte oponível ao Estado, “que não pode negar, inclusive a quem tem o ônus probatório, o direito de produzir a prova”. O juiz

---

demandado de pronunciar-se sobre os fatos alegados pelo autor como fundamento da demanda, para colocar-se protegido das consequências dos §§ 138, II e 331, I (“ônus de intervir na causa”), a de provar, a de jurar, a de exibir documentos, a de caução e adiantamento das custas e a de gestão do processo”. GOLDSCHMIDT, James. **Direito processual civil**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 174.

que já possui sua convicção formada deverá, justamente para afastar a parcialidade, deferir a produção da prova[708].

E diferente não poderia ser, até porque os fatos levados ao processo pelas partes em decorrência do cumprimento, pelo autor, do ônus do direito de ação (aqui incluindo o ônus da afirmação) e, pelo réu, do ônus da sua declaração por meio de sua exceção, funcionam como argumentos cujo objetivo é formar o raciocínio jurídico, que plasmará a sentença judicial ou o laudo arbitral.

Até mesmo para que seja dotado de legitimidade, o raciocínio jurídico precisa ser construído com bases sólidas, estruturas reais e alicerçadas naquilo que as partes, com parâmetro na racionalidade do homem médio, possam acreditar. Consequentemente, a prova assume um papel fundamental na construção de uma sentença ou laudo arbitral, na formação de um raciocínio baseado nos fatos ocorridos, ou melhor, naqueles que racionalmente ocorreram, mesmo porque "o argumento probatório cada vez mais se assenta na lógica e na metodologia das ciências e cada vez mais o juiz precisa expandir os seus conhecimentos para além da fronteira do Direito, em busca de solidez para a verdade fática por ele investigada"[709].

José Carlos Barbosa Moreira sustenta que a produção da prova, aliada ao exercício do contraditório, permitirá a reconstituição verdadeira dos fatos, pressuposto da

---

[708] "A regra do ônus da prova, assim, configura mais precisamente um indicativo à parte de que a produção da prova lhe confere maiores chances de obter um julgamento favorável. Ainda que o ônus da prova seja associado ao risco da sua não produção, não se pode negar que a parte que possui esse ônus tem o direito de produzir todas as provas adequadas à demonstração do seu direito. O ônus e o direito, no caso, não se chocam, pois o ônus tem a ver com as consequências processuais do comportamento da parte, enquanto o direito se dirige contra o Estado, que não pode negar, inclusive a quem tem ônus probatório, o direito de produzir prova. Mas se não há dúvida de que aquele que tem o ônus probatório também possui o direito à prova, não tão clara assim é a situação da parte sobre a qual não recai o ônus da prova. A parte que não tem o ônus da prova somente deve requerer a produção da contraprova quando temer que a parte onerada possa influir sobre o convencimento do juiz. Porém, o problema surge exatamente quando o juiz não admite a contraprova com base no argumento de que a parte onerada já o convenceu". MARINONI, Luiz Guilherme. **Prova**. São Paulo: RT, 2009, p. 173.

[709] Conforme sustenta Cândido Rangel Dinamarco, as regras estabelecidas pelo procedimento acabam legitimando o exercício da prestação jurisdicional, legitimando o poder do juiz em um procedimento que favoreça "a participação efetiva dos sujeitos interessados": "O procedimento resguarda a legalidade no exercício do poder. A lei traça o modelo dos atos do processo, sua sequência, seu encadeamento, disciplinando com isso o exercício do poder e oferecendo a todos a garantia de que cada procedimento a ser realizado em concreto terá conformidade com o modelo preestabelecido. Isso significa que, se, de um lado, a observância do procedimento é fator legitimante do exercício do poder, por outro, ele próprio recebe legitimidade do modo como a lei a disciplina. É fundamental que o procedimento condicione ou limite o exercício do poder segundo as garantias constitucionais e favoreça a efetiva participação dos sujeitos interessados, sabendo-se que a participação dos sujeitos interessados é o núcleo da garantia constitucional do contraditório (supra, n. 33) e constitui postulado inafastável da democracia. O processo em si mesmo deve ser sempre participativo, sob pena de não ser legítimo. Essa é a razão para se concluir que processo é todo procedimento realizado em contraditório". DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do novo processo civil**. v. II. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 123-124.

correta aplicação da norma jurídica[710]. Leonardo Greco, por sua vez, defende que o princípio do contraditório permite que as partes não só produzam a prova, como também dialoguem com o juiz acerca dela, garantindo-se assim, "o direito de defender-se provando, que não se exaure no direito de propor a produção das provas, compreendendo também o direito de efetivamente produzir todas as provas que potencialmente tenham alguma relevância para o êxito da sua postulação ou defesa"[711].

Em outras palavras, cabe às partes "participar pedindo" por meio do exercício do ônus da ação ou da exceção, "participar provando", na medida em que se desincumbem do ônus da prova, e "participar alegando", por meio da atividade do autor e do réu encerrada em contraditório, a fim de que os fatos relevantes não se tornem incontroversos pelo não preenchimento do ônus pela parte a quem cabia a atividade, até porque dispunha, no curso da relação jurídica processual, de todos os meios de prova admitidos pelo ordenamento jurídico[712] [713].

---

[710] "Tanto maior, conforme bem se compreende, a necessidade de assegurar às partes, nesse momento capital, o pleno gozo das garantias que o ordenamento lhes deve proporcionar, com o fito de permitir-lhes influir no desfecho do processo, tornando-lhes possível, ao mesmo tempo que uma atuação eficiente na defesa de seus interesses, também – e sobretudo – uma colaboração prestada no trabalho de esclarecimento dos fatos e na formação do material probatório a cuja luz tratará o juiz de reconstruí-los. Avulta aqui, como postulado de boa administração da justiça, o respeito escrupuloso do chamado "princípio do contraditório*": audiatur et altera pars.* Em linha de princípio, seria pouco dizer que nenhum litigante pode ver-se repelido em razão de prova a cujo conhecimento não tivesse possibilidade de acesso; cumpre acrescentar que ao órgão judicial, na motivação *in facto* da sentença, não é dado levar em conta senão elementos probatórios colhidos segundo procedimento em que as partes hajam tido oportunidade real (e não apenas nominal!!) de participar". [...] "Semelhante exigência, vale a pena frisar, reveste-se de significação em dupla perspectiva. De um lado, ela atende à precisão, por assim dizer universalmente reconhecida em nosso tempo, de preservar a dignidade da disputa processual, que deve situar-se em plano compatível com o respeito à personalidade dos litigantes, eliminando-se as surpresas desleais, o emprego insidioso de armas secretas, os golpes desfechados no escuro. Tal a relevância da questão numa perspectiva "garantística" como é a que em geral se adota no tratamento da matéria. Convém, no entanto, apontar, ainda que de passagem, para outra dimensão do problema, decerto não mais acanhada ao prisma do interesse público na efetividade da tutela jurisdicional. É missão do processo conduzir o litígio a uma solução que corresponda, com a maior fidelidade possível à realização do direito material no caso concreto; por conseguinte, a atividade judicial cognitiva, consciente embora das suas inevitáveis limitações, deve *tender* à reconstituição verdadeira dos fatos, pressuposto da correta aplicação das normas jurídicas. Ora, o conhecimento humano da realidade, unilateral e fragmentário por natureza, só pode torna-se menos imperfeito na medida em que as coisas sejam contempladas por mais de um ângulo e se ponham em confronto as diversas imagens parciais assim colhidas". MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual** (segunda série) Regras de experiência e conceitos jurídicos indeterminados. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 65-66.

[711] GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil** – introdução ao direito processual civil. v. I. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 514.

[712] Cândido Rangel Dinamarco, examinado a arbitragem e o contraditório, deixa palavras úteis ao nosso trabalho: "Sabido que essa garantia se resolve na oferta de oportunidades para *participar*, tudo quanto for feito com vista a flexibilizar o procedimento arbitral, tornando-se aderente às peculiaridades do caso e promovendo a celeridade, deve ser feito de modo a não tolher às partes efetiva oportunidade para participar do processo – *participar pedindo, participar provando, participar alegando*". DINAMARCO, Cândido Rangel. **A arbitragem na teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 26.

[713] A doutrina destaca que o princípio do contraditório significa também o direito à prova, como também sublinha a faculdade das partes de propor e apresentar todos os meios de prova admitidos e potencialmente relevantes: Dierle

O art. 322, em seu parágrafo único, permite ao revel, ao intervir no processo em qualquer fase, a possibilidade de produzir provas se o estágio em que se encontrar o procedimento não tiver levado à preclusão do direito à produção da prova. Segundo essa linha de pensamento, poderíamos afirmar que o direito de alegar ficaria absorvido pelo direito de produzir a prova? Pensamos que sim. E o que poderíamos falar do já não tão novo art. 345, IV, do CPC/2015, que positivou o entendimento dos tribunais no sentido da não incidência dos efeitos da revelia, se "as alegações de fato formuladas pelo autor forem inverossímeis ou estiverem em contradição com a prova constante dos autos"?

Revelia e contumácia são termos que a doutrina entende equivalentes. A contumácia consiste na ausência de comparecimento das partes, como na hipótese de o autor não comparecer à audiência no juizado especial. Já a revelia seria a contumácia do réu, a inatividade do demandado em deixar de apresentar a contestação, apesar de citado para compor a relação jurídica processual, como sustentam Giuseppe Chiovenda e Emilio Betti[714].

A revelia do réu, segundo Giuseppe Chiovenda, ao examinar o sistema italiano, "importa admissão dos fatos deduzidos pelo autor (sistema do regulamento alemão e austríaco), o nosso juiz, pouco mais ou menos, como o juiz francês, deve examinar se os fatos estão provados pelo autor" e, assim, "a revelia por si só não dispensa da prova o

---

José Coelho Nunes desdobra o princípio do contraditório em: "a) participação das partes através do direito a uma cientificação regular durante todo o procedimento, ou seja, citação adequada e intimação de cada evento processual; b) o direito à prova, aqui incluído o direito de assistir e colaborar com a assunção da prova e de se contrapor aos fatos alegados pela parte contrária, ou de se contrapor às provas produzidas pelo adversário ou determinadas de ofício pelo juiz ativo e presente e; c) por fim, o contraditório se resume ao direito da parte a um julgamento com base em provas e elementos adquiridos ao longo do debate em contraditório em um ambiente de colaboração". NUNES, Dierle José Coelho. **Teoria do processo** – panorama doutrinário mundial. Salvador: Juspodivm, 2008, p.170-171. José Lebre Freitas, examinando a legislação portuguesa, aponta que essa participação ocorre através da faculdade das partes em apresentar e propor todos os meios de prova admitidos e potencialmente relevantes até o momento em que melhor possam decidir sobre a conveniência da produção da prova, deve ser observada a necessidade do andamento do processo, por meio das preclusões, bem como que a produção ou admissão da prova tenha lugar em audiência com a participação de ambas as partes e, que estas possam se manifestar sobre a produção das suas provas, daquelas do adversário e das produzidas de ofício". FREITAS, José Lebre. **Introdução ao processo civil** – conceito e princípios gerais à luz do novo Código. Coimbra: Gestlegal, 2019, p.125-135.

[714] Carlos Alberto Carmona explica que a revelia já foi vista como direito de rebelião pela doutrina penal, como renúncia, segundo a teoria da renúncia atribuída a Gonner no século XIX. Já no século XX, com o desmembramento do direito material e o surgimento do direito de ação, a revelia passa a ser vista como o não exercício da faculdade de agir. CARMONA, Carlos Alberto. **Revelia e seus efeitos** (Coleção Atlas de Processo Civil) São Paulo: Atlas, 2006, p. 58-61.

adversário. Para obter o efeito da *ficta confessio* deve-se deferir ainda ao réu expresso interrogatório"[715].

Os efeitos da revelia, conforme explica José Joaquim Calmon de Passos e à luz das leis carolíngias, atingia o demandado, fazendo com que perdesse a lide se não comparecesse em juízo, já que se entenderia que o comportamento teria decorrido da impossibilidade do réu de apresentar provas. Os romanos modificaram a regra na medida em que defeririam o ônus da prova ao autor, tanto na presença como na ausência do demandado. Ao comentar o art. 209 do CPC/1939, o professor baiano critica a inovação legislativa, uma vez que o artigo contraria "uma orientação plurisecular, quando sempre se emprestara ao silêncio do réu o valor de contestação e não de confissão tácita ou de admissibilidade dos fatos, ou de presunção desfavorável ao réu, como agora se construiu". Até porque, nas palavras do autor, "apenas os fatos expressamente admitidos eram de logo tidos como verdadeiros e provados, dispensando-se o autor do ônus da prova"[716].

Em resumo, a ficção jurídica extraída do silêncio do réu não teria a força de criar e fazer surgir os fatos constitutivos do autor, inexistindo qualquer regra de julgamento que permita ao julgador reputar como existentes fatos que não foram comprovados. O que sabemos, todavia, é que prova não há com o silêncio.

A inovação trazida pelo legislador de 1939, ao reconhecer que a revelia levaria à confissão ficta do réu revel, permitiu que os fatos narrados pelo autor pudessem ser reputados como verdades intransponíveis, o que fomentou rica discussão na doutrina, conforme explica José Joaquim Calmon de Passos. A revelia isentaria o autor do ônus da prova dos fatos constitutivos do seu direito? O silêncio do demandado faria com que o direito do autor aflorasse, brotasse, surgisse em verdadeiro passe de mágica?

---

[715] "Corre ao revel depositar em cartório as razões finais com o mandato, quando houver, e com os documentos das outras partes; o presidente decreta, ao pé do requerimento, a suspensão do processo e designa a audiência a que as partes deverão novamente comparecer; transcreve-se o decreto em todos os exemplares do requerimento. O revel não é mais obrigado, como outrora, a prestar caução prévia das custas da revelia. Notifica-se a reabertura da discussão às outras partes por nota do escrivão, no prazo fixado pelo presidente. Na nova audiência caberá às outras partes o direito de fazer debater imediatamente a causa, mas, se apresentarem novos documentos, deverão tê-los depositado no prazo do art. 5º da lei de 31 de março de 1901, se pretenderem requerer a discussão imediata". CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. v. 3. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva & Cia., 1945, p. 209.

[716] PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Da revelia do demandado**. Salvador: Livraria Progresso, 1960, p. 77-78.

O próprio José Joaquim Calmon de Passos parece concordar com a posição assumida pelo Código de Processo Civil de 1939, afirmando que o princípio contido no art. 302 é “salutar”, e sua admissibilidade, “em termos mais rigorosos que os vigentes no direito anterior”, seria uma “arma poderosa contra a chincana e o desnecessário e desmoralizante retardamento dos processos”[717].

De forma diametralmente oposta, o professor da Universidade Federal da Bahia, em obra intitulada *Da revelia do demandado*, esclarece que o “silêncio da contestação não exclui o fato do *thema probandum*”. E, assim, o art. 209 do CPC/1939 deveria ser interpretado, nas palavras do autor,

> em harmonia com o nosso código, com a disciplina que êle ofereceu ao procedimento ordinário, na primeira instância e não procurarmos, com inspiração germânica e comportamento de mazombos, dar ao dispositivo entendimento que o faz corpo estranho no código e um instrumento de iniquidade[718].

O ônus do exercício do direito de ação – o qual engloba o cumprimento dos ônus da alegação e da prova –, impõe que o autor se desincumba do ônus de comprovar os fatos constitutivos do seu direito por meio da sua afirmação e correspondente prova da mesma, fato que independe de o réu estar ou não inserido na relação jurídica e participando efetivamente da comunidade de trabalho estabelecida com o processo. Os fatos constitutivos do direito do autor, o seu direito substancial, consistem no *thema probandum* e, como aponta José Joaquim Calmon de Passos, a demonstração dos fatos constitutivos “passa a configurar objeto de cuidado e de preocupação de tôda a

---

[717] PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. III. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 281.

[718] “A jurisprudência tem variado entre essas concepções, nada havendo construído de novo no particular. Observa-se, entretanto, nítida preferência pelas interpretações que veem no silêncio da parte sujeita ao ônus de contestar uma confissão ficta, ou fazem derivar do silêncio uma presunção de verdade dos fatos, aquela e esta sujeitas ao confronto com as demais provas dos autos, para que prevaleçam a final. Ambas, entretanto, nos parecem inaceitáveis. Da falta de contestação não deriva confissão tácita, tanto que ela não pode ser retratada por erro de fato, dolo ou violência. E confissão tácita fosse, não haveria como oferecer tratamento diverso para ela, sim tratamento paritário com aquele da confissão tácita que deriva da pena cominada à parte que não comparece para prestar o seu depoimento pessoal. Por outro lado, valesse o silêncio como confissão tácita e seria incompreensível a parte final do art. 209, obrigando ao confronto com as demais provas dos autos. Nem faz melhor a conceituação o ponto de vista de LOPES DA COSTA, exigindo interpretação do comportamento das partes, quando, segundo nos parece, o art. 209 se limita a valorar o fato objetivo do silêncio daquele que tinha o ônus de afirmar o contrário, sem atender a *animus* de qualquer espécie”. PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Da revelia do demandado**. Salvador: Livraria Progresso Editora, 1960, p. 80-81; 86-87.

comunidade de trabalho que constitui o juízo", até porque "se faz sempre mister o confronto com as demais provas dos autos"[719].

Em resumo, o autor, mesmo na ausência de participação do demandado, terá que fazer a prova de todos os fatos constitutivos do seu direito, cabendo ao julgador, inclusive, determinar a produção da prova de ofício para esclarecer o material fático apresentado pelo demandante, se necessário.

Até porque, a inatividade do réu em deixar de cumprir com os ônus da impugnação específica dos fatos constitutivos do direito do autor, na forma do art. 336 do CPC/2015, faz surgir a "presunção da não impugnação", "demais frágil para se sobrepor a qualquer outro meio de prova", conforme sublinhou José Joaquim Calmon de Passos. Assim, da mesma forma que o autor tem o ônus da prova dos fatos constitutivos do seu direito, o réu tem o ônus da impugnação específica. Contudo, se o autor não comprovar os fatos constitutivos do seu direito, ou se houver dúvidas acerca do cumprimento integral desse ônus quando aplicadas as regras de distribuição do ônus da prova (art. 373 do CPC/2015), mesmo que o réu venha a sofrer os efeitos da revelia, o pedido poderá ser julgado improcedente por carência da prova plena ou pela aplicação dos arts. 345 e 349 do CPC/2015[720].

Outra questão controversa na doutrina, a abonar a tese de que a revelia não é um "mar de rosas" para o demandante, como também a de que o ônus da prova a ser preenchido é sempre uma atividade mais custosa para o autor do que para o réu, cinge-se à possibilidade de o juiz conhecer de ofício fatos não alegados pelas partes. Poderia o juiz conhecer de fatos que irão repercutir em seu livre convencimento acerca da existência, validade e eficácia dos fatos constitutivos alegados pelo autor?

Carlos Alberto Carmona responde afirmativamente à pergunta, valendo-se do escólio de Mauro Cappelletti e fundamentando seu raciocínio a partir do exame do fato secundário: "aqueles que *per si* não são constitutivos, impeditivos, modificativos ou extintivos de determinado direito, mas são relevantes porque daqueles secundários se pode deduzir, direta ou indiretamente, a ocorrência, inocorrência, ou modo de ser destes". O autor sustenta, então, não só a possibilidade, como o dever do juiz em produzir a prova

[719] PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Da revelia do demandado**. Salvador: Livraria Progresso, 1960, p. 83.
[720] PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Da revelia do demandado**. Salvador: Livraria Progresso, 1960, p. 280-281.

de ofício, já que o julgador, ao examinar a prova documental produzida pelo requerente, à luz de um fato secundário, poderá ter dúvidas para formar seu convencimento a favor do autor e, assim, "sempre que não estiver suficientemente convencido de sua veracidade, deve determinar a produção de provas e dela participar ativamente"[721] [722].

O ônus constitutivo do direito do autor poderá ser ilidido por meio da apresentação de prova documental que comprove um fato extintivo, impeditivo ou modificativo do seu direito. Conforme defendia José Joaquim Calmon de Passos durante a vigência do CPC/1939, a prova documental poderia ser produzida pelo réu revel, pelo simples fato de que o direito à produção da prova não emergiria da apresentação da alegação formulada por meio da contestação, mas sim do direito de defesa.

Ao desenharmos a automação do direito à prova, o exercício do direito de ação em observância ao contraditório permite ao demandado produzir a prova documental, caso a fase do procedimento não tenha levado à preclusão desta faculdade. Assim, se o processo ainda estiver em fase de apelação, encontrando-se pendente, por exemplo, o transcurso do prazo para opor embargos de declaração, em homenagem ao devido processo legal e à luz do direito ao contraditório e à prova, o demandado poderá constituir advogado e apresentar sua prova documental ao tribunal que, em decorrência do efeito

---

[721] "Partindo das premissas eleitas para nortear o presente estudo, há que se exigir postura ativa do juiz na instrução do processo, que não pode, apenas porque o réu não compareceu em juízo, simplesmente aceitar os fatos alegados pelo autor sem um mínimo de prova para a sua demonstração. Ocorrendo a revelia do réu, não deve o juiz limitar-se a aceitar a "verdade formal" acerca dos fatos constitutivos do direito do autor, solução decorrente de inadequada interpretação do artigo 319 do Código de Processo Civil. Pelo contrário, decorrido *in albis* o prazo para a apresentação de resposta, caracterizada a revelia do réu, o juiz deve apreciar tais fatos, cotejá-los com as provas eventualmente já produzidas pelo autor, especialmente os documentos juntados com a petição inicial e, sempre que não estiver suficientemente convencido de sua veracidade, deve determinar a produção de provas e dela participar ativamente, solução que encontra fundamento no artigo 130 do Código de Processo Civil. Nesta última categoria, o ilustre processualista enquadra os fatos que caracterizam exceção que fulmine automaticamente o direito do autor e ainda aqueles que interessam à ordem pública. Seguindo tais ensinamentos e esmiuçando as categorias ali propostas, em primeiro lugar reconhece-se ao juiz a possibilidade de conhecer de ofício dos fatos secundários, quais sejam, aqueles que por si sós não são constitutivos, impeditivos, modificativos ou extintivos de determinado direito, mas são relevantes porque daqueles (secundários) se pode deduzir direta ou indiretamente, a ocorrência, inocorrência ou modo se ser destes. Importa observar, ainda na esteira do pensamento de CAPPELLETTI, que o conhecimento ex *officio* de fatos secundário é um fenômeno relacionado exclusivamente à técnica do processo, portanto ao chamado *verhandlungsmaxime*, dispensando a necessidade de alegação das partes porque visa apenas e tão-somente a buscar a verdade dos fatos principais, estes sim de obrigatória alegação pelas partes". CARMONA, Carlos Alberto. **Revelia e seus efeitos** (Coleção Atlas de Processo Civil). São Paulo: Atlas, 2006, p. 143-147.

[722] Eduardo Cambi defende a produção da prova de oficio também, já que juiz "tem a faculdade de usar outras fontes de conhecimento, que decorrem do poder instrutório: "Para formar a sua convicção, o juiz não está limitado à confissão nem às provas produzidas pelas partes, pois também tem a faculdade de usar outras fontes de conhecimento, que decorrem do poder instrutório (art. 130 do CPC). Dessa maneira, a confissão não vincula o magistrado, não retira os seus poderes instrutórios, muito menos o exime de realizar investigações próprias". CAMBI, Eduardo. **A prova civil** – admissibilidade e relevância. São Paulo: RT, 2006, p. 387.

devolutivo amplo do recurso de apelação, poderá conhecer das alegações, já que comprovadas pela prova documental.

A fim de evitar a inobservância do direito ao contraditório e à prova do réu então revel, fazendo assim, na posição defendida por José Joaquim Calmon de Passos, com que o nosso sistema jurídico retroagisse milênios – como se os efeitos da revelia pudessem fazer nascer um direito então inexistente para o autor que deixa de comprovar os fatos constitutivos alegados e necessários ao reconhecimento da sua pretensão –, o CPC/2015 permite que o réu até então ausente participe até mesmo da produção de prova pericial. Assim, no caso da produção de prova pericial requerida pelo autor ou determinada de ofício, é possível que o réu revel formule quesitos, participe, fiscalize, conduza e influencie ativamente na formação da prova.

No que toca à confissão, considerando que esta seria tácita – já que decorre dos efeitos da revelia –, o direito ao contraditório emergente do direito de ação permite que o réu, até então omisso, evite os efeitos da sua inatividade, comparecendo oportunamente ao processo e, assim, por meio da sua atividade em contraditório, preencha o seu ônus, trazendo a sua versão do enredo para o mundo do processo e evitando que os fatos alegados pelo autor restem incontroversos.

Nesta linha de raciocínio, o direito do réu a evitar a operação dos efeitos da confissão ficta – corporificado na possibilidade de ser ouvido, prestar depoimento, requerer a produção de prova testemunhal, pericial, do depoimento do autor, e de apresentar documentos –, restará precluso com o encerramento da fase instrutória e a conclusão dos autos para sentença. Assim, mesmo que o réu permaneça omisso, caso o autor venha a recorrer, e, posteriormente oponha embargos de declaração contra o acordão proferido, o demandado poderá apresentar documentos, fazendo com que o julgador, se assim entender, determine a realização da prova, convertendo o julgamento em diligência ou devolvendo o processo ao juiz de primeiro grau, tudo para viabilizar que o magistrado de piso cumpra com a determinação do órgão revisor[723].

[723] "Mesmo quando o revel não haja requerido prova pericial, porém assim o fez o autor e o juiz deferiu, tem o revel o direito de indicar o seu perito e formular quesitos. A prova pericial, se não está sendo produzida a seu requerimento, dela ele participa, fiscalizando-a, utilizando-a ou conduzindo-a na direção que satisfaça ou atenda ao seu direito. Ainda mais, se determinada *ex officio*, a situação é idêntica. E, ainda, quando precluso o seu direito de requerer prova pericial, pode o revel, em petição fundamentada, arguir a necessidade da prova convencimento do juiz,

Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça, em observância à jurisprudência consolidada dos tribunais, tem posicionamento firme: “o revel em processo cível pode produzir provas, desde que compareça em tempo oportuno”. O legislador do CPC/2015 cuidou de positivar o entendimento, conforme se infere do seu art. 349: “Ao réu revel será lícita a produção de provas, contraprovas às alegações do autor, desde que se faça representar nos autos a tempo de praticar os atos processuais indispensáveis a essa produção”.

O art. 349 deverá ser interpretado em harmonia com a regra contida no § 1º do art. 346, ambos inseridos no CPC/2015. Conforme explica Leonardo Greco, “se estiver vencido o prazo para a propositura de alguma prova, não poderá o réu requerer a sua produção”. E conclui:

> se o juiz, entretanto, a requerimento do autor ou de ofício tiver determinado a produção de alguma prova, na sua produção o réu poderá intervir. Também se o autor, depois de purgada à revelia, juntar documento, terá o réu oportunidade de juntar outros para a eles se contrapor[724] [725].

O direito ao devido processo legal garante ao réu o direito à prova e, na medida em que é possível ele produzir ou aproveitar a prova apresentada pelo autor, ou até mesmo determinada de ofício e, eventualmente, vença a demanda, acaba representando verdadeira regra de ouro. Conforme lembra Rogério Cruz e Tucci ao invocar as palavras de Jeremias Bentham, “a arte do processo é senão a arte de bem administrar as provas”.

---

procurando deste obter a sua determinação de ofício”. PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Da revelia do demandado**. Salvador: Livraria Progresso, 1960, p. 95.

[724] “O artigo 349 do Código de 2015 admite que o réu revel produza provas para desmentir as alegações do autor, “desde que se faça representar nos autos a tempo de praticar os atos processuais indispensáveis a essa produção”. Esse dispositivo deve ser interpretado em harmonia com o preceito do parágrafo único do artigo 346. Se estiver vencido o prazo para a proposição de alguma prova, não poderá o réu requerer a sua produção. Se o juiz, entretanto, a requerimento do autor ou de ofício tiver determinado a produção de alguma prova, na sua produção o réu poderá intervir. Também se o autor, depois de purgada a revelia, juntar algum documento, terá o réu oportunidade de juntar outros para eles se contrapor”. GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil** – processo de conhecimento. v. II. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 82.

[725] Bruno Dantas sustenta que o direito de o réu revel participar da atividade probatória decorreria do direito ao contraditório, implementado “como o exercício do direito de ação e da defesa como meio do direito à prova: “Os efeitos da revelia, contudo, são minimizados quanto à atividade probatória, tratando-se de uma inovação do NCPC dispor, no art. 349, sobre a possibilidade do réu revel apresentar provas contrapostas às alegações do autor, o que deverá ser realizado por meio de representante nos autos em tempo hábil para a prática de tais atos. O que o NCPC possibilita é a participação do réu na atividade probatória mesmo quando este é revel. Isto porque o contraditório é realizado tanto com o exercício do direito de ação e do direito de defesa como por meio do direito à prova. Portanto, ao possibilitar o contraditório na atividade probatória para réu revel, o NCPC permite que esse produza prova contraposta às alegações do autor”. DANTAS, Bruno. **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 551.

Para José Joaquim Calmon de Passos, não "se julga segundo o alegado e provado, mas sim, exclusivamente, segundo o provado, e o que é provado serve para a solução da demanda, mesmo que não alegado"[726] [727].

A afirmação de que não "se julga segundo o alegado e provado", mas "segundo o provado", decorre não só da prática jurisprudencial dos tribunais, como também da teoria da substanciação, abraçada tanto pelo CPC/1973, como pelo CPC/2015, em seu art. 319, III. A invocação dos fatos e fundamentos jurídicos do pedido pelo autor na sua petição inicial não passa de "mera proposta ou sugestão endereçada ao juiz". Caberá ao julgador, apesar de não poder proceder de ofício, interpretar se aquele suposto fato constitutivo do direito do autor, ao invés de constituir uma relação locatícia – como alegado, por exemplo, na peça inaugural – caracteriza uma relação de comodato – como provado pelo réu, aplicando, consequentemente, o direito ao caso concreto conforme o provado e não o alegado. Até porque, os efeitos da revelia incidem sobre os fatos e não sobre o direito – *narra mihi factum dabo tibis jus*[728]*.*

Desconectando a prova do direito material (apenas hipoteticamente, uma vez que, conforme expusemos nesta tese, a cisão é impraticável na medida em que a prova não deixa de ser o próprio direito substantivo ao materializá-lo), o direito ao devido processo legal com observância ao contraditório e, consequentemente, a possibilidade de se produzir as provas decorrentes do exercício do direito abstrato de ação tanto pelo réu como pelo autor, fundamenta o direito das partes em produzir todas as provas admitidas em lei. Isso decorre justamente da atividade destes personagens exercida em

---

[726] "E todos esquecem, os que assim doutrinam, não somente aquele aspecto publicístico, hoje reconhecido entre nós, sem discrepância, mas também, o que é mais grave, que já não se julga segundo o alegado e provado, mas sim exclusivamente segundo o provado, e o que é provado serve para solução da demanda, mesmo que não alegado. Todos se esquecem que o ônus da prova atende apenas à necessidade de solução para a hipótese de falta de prova, sendo indiferente ao juiz, para firmar sua convicção, tenha a prova sido produzida pelo autor ou pelo réu. Se o demandante prova fatos que deveriam ter sido provados pelo demandado, ou vice-versa, pouco importa, o juiz apenas cuida de saber o que nos autos está ou não provado". PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Da revelia do demandado**. Salvador: Livraria Progresso, 1960, p. 98.

[727] TUCCI, José Rogério Cruz e. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 222.

[728] "Vige no sistema processual brasileiro o sistema da substanciação, pelo qual os fatos narrados influem na delimitação objetiva da demanda e consequentemente da sentença (art.128) mas os fundamentos jurídicos, não (infra, n.994). Tratando-se de elementos puramente jurídicos e nada tendo de concreto relativamente ao conflito e à demanda (supra, n. 436), a invocação dos fundamentos jurídicos na petição inicial não passa de mera proposta ou sugestão endereçada ao juiz, ao qual compete fazer depois os enquadramentos adequados – para o que levará em conta a narrativa de fatos contida na petição inicial, a prova realizada e sua própria cultura jurídica, podendo inclusive dar aos fatos narrados e provados uma qualificação jurídica diferente daquela que o demandante sustentara (*narra mihi factum dabo tivi jus*)". DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. v. II. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 132.

contraditório, como uma parcela do direito de ação e, assim, como garantia das partes oponível ao Estado[729].

Nesta linha de ideias, examinando o direito à prova sob o prisma do direito público e abstrato de ação, indissociável do direito ao contraditório, não se pode deixar de examinar o artigo de José Carlos Barbosa Moreira, intitulado *A garantia do contraditório na atividade de instrução*. Nesse trabalho, o autor aponta a existência de direitos subjetivos dos jurisdicionados no tocante ao direito à prova e à sua produção em decorrência do exercício do direito de ação, tudo isso à luz do procedimento em contraditório, conforme defendido ao longo desta tese[730] [731].

No tocante ao direito à produção da prova documental, José Carlos Barbosa Moreira, à luz do CPC/1973, menciona o art. 396, que possibilita ao autor e ao réu o direito de produzir a prova documental com a petição inicial ou com a defesa. Cita, em

---

[729] José Carlos Barbosa Moreira sublinha que a doutrina nacional é unânime ao reconhecer a autonomia do direito processual, como direito oponível ao Estado, com regras próprias que não se confundem com as regras de direito material: "A feição do ordenamento jurídico brasileiro permite compreender com facilidade que, no Brasil, perdem a razão de ser algumas questões que ainda se vêem suscitadas noutros países com referência à autonomia do direito processual civil e ao correto enquadramento de suas normas em face da distinção, geralmente consagrada, entre direito público e direito processual civil, posição autônoma no quadro das ciências jurídicas. Com isso, não se pretende negar que, através do processo, recebam aplicação concreta as regras do direito material, de acordo com as quais devem ser julgadas as causas da competência dos órgãos da jurisdição civil: é frequente, na literatura, a referência ao caráter instrumental do processo, que nesse sentido se deve entender. Mas logo se vê que seria absurdo considerar o processo civil mera subdivisão ou apêndice de qualquer dos ramos do direito material, e em particular do direito privado: conforme se explicou (n. 1), não são só as normas integrantes deste que o juiz civil tem de aplicar, no exame e solução dos casos a ele submetidos". MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**. As bases do direito processual civil. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 6.

[730] MOREIRA, José Carlos Barbosa. A garantia do contraditório na atividade de instrução. **Revista de Processo IBDP**, 1984, p. 68.

[731] O direito ao contraditório como parcela do exercício do direito de ação, conforme sustenta Cândido Rangel Dinamarco, efetiva-se por meio da perspectiva política e pela perspectiva técnico processual: "A ideia de processo como procedimento em contraditório não deve, no entanto, provocar o total abandono da teoria que precedeu, que constrói o conceito de processo com a inclusão da relação jurídica processual como um de seus elementos essenciais (supra, n.4). Dizer apenas que os sujeitos precisam participar, ou ao menos ter oportunidade de fazê-lo, é permanecer no limitar do sistema processual, sem penetrar na sua dogmática e nas técnicas de que ele se vale. A efetivação do contraditório no procedimento dá-se pela outorga de situações jurídicas aos litigantes: situações jurídicas ativas, que lhes permitem atos de combate na defesa dos seus interesses (faculdades ou poderes, e situações jurídicas passivas, que lhes exigem a realização de atos ou impõem abstenções ou sujeição a situações jurídicas processuais ativas e passivas (poderes, faculdades, deveres, ônus, sujeição) traduz-se em um complexo e dinâmico vínculo entre os sujeitos do processo, definido como relação jurídica processual: "Também como em todo processo civil, no arbitral é em tese admissível a ulterior agregação de outros sujeitos à relação processual, além do autor e do réu, na condição de intervenientes. A admissibilidade das intervenções de terceiros no processo arbitral pode, todavia, estar condicionada a um requisito adicional, que é a vontade do terceiro não signatário da convenção de arbitragem. Não desejando participar do processo arbitral, sua inserção por provocação de uma das partes seria um ultraje à sua liberdade de contratar e equivaleria a uma indevida extensão subjetiva da cláusula compromissória (supra, n.31). A esse propósito, é fundamental a distinção entre intervenções provocadas, que são o resultado de uma vontade manifestada por uma das partes já presentes no processo, e intervenções voluntárias, resultantes da vontade do próprio terceiro que toma a iniciativa de intervir". DINAMARCO, Cândido Rangel. **A arbitragem na teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 124.

seguida, o art. 397, sublinhando o direito da parte de juntar documentos novos destinados a fazer prova dos fatos ocorridos depois dos articulados, ou para contrapô-los, assim como, em consonância com os arts. 326, 327 e 398, apresentar documentos novos em determinadas hipóteses. Contudo, será sempre facultado à parte o direito à prova, através de sua atividade a contrapor o fato apresentado por meio do documento. Já o art. 399 faculta à parte o direito de requisitar de repartições públicas certidões ou autos de processos administrativos. A exibição de documento ou coisa que se encontre com a outra parte ou com terceiro, também é direito do jurisdicionado, alicerçado e movido pelo princípio do contraditório, ou seja, decorrente do exercício do direito de ação[732].

Ainda segundo José Carlos Barbosa Moreira, a observância do direito ao contraditório no tocante à produção da prova testemunhal faz emergir importantes direitos às partes, que deverão ser garantidos no curso da relação jurídica processual. Em regra, a prova testemunhal é produzida em audiência. As partes podem depositar o rol de suas testemunhas em até 5 dias antes da realização da audiência. Na forma do art. 407 do CPC/1973, a outra parte terá direito à contradita. Cabe sublinhar que o CPC/2015 não modificou os artigos ora citados que, agora, são dotados de nova renumeração[733].

Ainda, ao examinar a garantia do contraditório na atividade de instrução, por meio da qual, segundo José Carlos Barbosa Moreira, serão franqueadas as possibilidades de "exercer os direitos inerentes ao contraditório e que ao juiz se impõe a assegurar, na realização dos atos instrutórios", justamente em decorrência destes direitos oriundos do direito de ação, "ampla é a participação do litigante na prova pericial". Corolário do direito de ação, em suma, do contraditório, as partes podem nomear um ou mais assistentes técnicos. Podem também apresentar quesitos no curso da própria perícia, ou até mesmo após a sua conclusão. As partes podem, ainda, contraditar o perito nomeado e, caso a primeira perícia não venha a esclarecer os fatos, poderão requerer uma segunda perícia se, assim, o juiz não determinar de ofício[734].

---

[732] MOREIRA, José Carlos Barbosa. A garantia do contraditório na atividade de instrução. **Revista de Processo IBDP**, 1984, p. 68-70.
[733] MOREIRA, José Carlos Barbosa. A garantia do contraditório na atividade de instrução. **Revista de Processo IBDP**, 1984, p. 71-72.
[734] MOREIRA, José Carlos Barbosa. A garantia do contraditório na atividade de instrução. **Revista de Processo IBDP**, 1984, p. 72-73.

José Carlos Barbosa Moreira, encerrando o exame dos meios de prova em seu trabalho, destaca o direito das partes de requerer a inspeção judicial de pessoas ou coisas, caso a prova não venha a ser determinada de ofício. As partes serão intimadas da realização do ato processual e poderão ser acompanhadas por assistentes técnicos, assim como o juiz, pelos seus peritos. O CPC/1939 não previa a inspeção judicial como um meio de prova. Todavia, na prática forense, o exame presencial da coisa ou do bem pelo julgador decorreria da própria atividade das partes, como ônus subjetivo. Assim, o juiz não poderia se furtar à inspeção, evitando que a sua omissão impeça à parte esclarecer o fato.

Por outro lado, a inspeção judicial como meio de prova decorreria também da atividade do juiz, como ônus objetivo. Nesses casos, como regra de julgamento, o juiz deverá buscar esclarecer o fato ou os fatos duvidosos, se necessário, ou seja, se ainda presente alguma lacuna, contradição ou dúvida na história dos fatos, inspecionando a pessoa ou a coisa. Como regra de julgamento, mesmo que os autos do procedimento estejam conclusos para sentença, o julgador, em caso de dúvida decorrente da lacuna no material produzido pela atividade das partes, deverá converter o procedimento em diligência, realizando a inspeção da coisa ou da pessoa à luz do contraditório, ou seja, com a ciência e participação das partes[735].

Hélio Tornaghi, em sua obra *A relação processual penal*, escrita em 1945, elucubrou acerca de conceitos caros ao processo, como relação jurídica processual, situação jurídica, pressupostos processuais e ônus processuais. O visionário autor, ao escrever sobre o comportamento das partes, destacou que a relação jurídica, uma vez triangulada pelo autor, réu e juiz, deverá seguir com “colaboração e não luta”. As partes e o juiz, ao incutirem o espírito colaborativo – já que o processo deixa de ser visto como uma luta –, proporcionam ganhos para a relação jurídica, para o processo e, em última

[735] “Regula o Código expressamente, como meio de prova, a inspeção judicial de pessoas ou coisas, aliás já admitida na prática judiciária, mesmo antes de sua vigência, não obstante o silêncio da lei precedente. A inspeção pode realizar-se de ofício ou a requerimento de parte (art. 440); em qualquer hipótese, porém, cabe sempre aos litigantes o direito de assistir a ela, “prestando esclarecimento e fazendo observações que reputem de interesse para a causa” (art.442, parágrafo único). Também aqui, portanto, é indispensável a prévia cientificação dos litigantes, embora a eventual ausência de um, ou até de todos, desde que regularmente intimado, não obste à diligência, nem a torne imprestável. Do mesmo modo que o juiz pode fazer-se assistir por um ou mais peritos (art. 441), é lícito às partes, se bem que não o diga o texto, trazer em sua companhia técnicos, caso o justifique a natureza do objeto da inspeção, ou a especial finalidade desta”. MOREIRA, José Carlos Barbosa. A garantia do contraditório na atividade de instrução. **Revista de Processo IBDP**, 1984, p. 73.

análise, para a melhor prestação de justiça às partes, já que o processo foi concebido pelo Estado para atendê-las. Nas palavras do autor, “caberá ao juiz pesar as provas e as alegações. Ele é a terceira dimensão que permitirá conhecer a verdade. Tem razão Guarneri quando afirma: “Se as partes não existissem, o Estado deveria criá-las, porque sem elas praticamente não há processo e muito menos processo do Estado”, pelo menos como entendemos essa expressão a partir da Revolução Francesa”[736].

José Joaquim Calmon de Passos, nos casos em que o réu é revel, destaca a importância da atividade dos personagens do processo por meio de uma metodologia de trabalho na qual ocorre colaboração, decorrente justamente do diálogo formado com a relação jurídica processual. O resultado dessa atividade, já que “a essência do processo civil moderno se encontra numa comunidade de trabalho”, terá como objetivo “facilitar ao juiz a firme obtenção da verdade e restabelecer, mediante um procedimento vivo, a paz jurídica entre as partes em disputa e, com isto, assegurar a paz da comunidade”. O autor baiano destaca que os efeitos da revelia, dentre os quais a impossibilidade de o réu requerer a contraprova, resultam na inobservância do “dever de atuar”, que se desdobra no “dever de participação do demandado, assegurando e valorizando o contraditório. Considerando este ponto, o legislador sancionou a omissão do réu, impondo ao juiz o imediato conhecimento do mérito da causa, para esse fim retirado do réu o seu direito à prova contrária”[737].

Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, em *Acesso à justiça*, de 1995, obra em que examinou as Leis da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/1985) e dos Juizados Especiais

---

[736] “Colaboração e não luta. Esse modo de fazer as coisas decorre do fato de que a experiência demonstra ser o debate a melhor maneira de chegar à verdade. A discussão ilumina o caminho para ela e remove os obstáculos que lhe dificultam o alcance. Enquanto no litígio as partes estão em conflito, no processo elas se acham em oposição dialética. O juiz deve chegar ao conhecimento da verdade: para isso ele tem duas vias: procurá-la sozinho (processo inquisitório) ou ter a colaboração dos interessados (processo acusatório). Essa última proporciona algumas vantagens: a fiscalização do juiz e a colaboração dos interessados no oferecimento de provas (matéria de fato) e de argumentos (matéria de Direito). As partes interessadas na decisão têm a seu cargo ministrar ao juiz tudo quanto possa ajudar no descobrimento da verdade e na reta aplicação da lei. É a origem dos ônus processuais. A sorte de cada uma delas está um pouco em suas próprias mãos. Elas são artificieis de seus próprios destinos: *artifex vitae*, *artifex sui*. Ninguém melhor que elas conhecem os fatos. Ninguém mais que elas têm interesse em que o juiz saiba tudo quanto lhes convém. É certo que cada uma só levará ao processo o que lhe for útil. Caberá ao juiz pesar as provas e as alegações. Ele é a terceira dimensão que permitirá conhecer a verdade. Tem razão Guarneri quando afirma: “Se as partes não existissem, o Estado deveria criá-las, porque sem elas praticamente não há processo e muito menos processo do Estado, pelo menos como entendemos essa expressão a partir da Revolução Francesa”. TORNAGHI, Hélio. **A relação processual penal**. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 157-158.

[737] PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. III. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 348-350.

Cíveis (Lei n. 9.099/1995), pelo prisma da acessibilidade, utilidade, proporcionalidade e operosidade, destaca que este último vetor objetiva "que as pessoas, quaisquer que sejam elas, que participam direta ou indiretamente da atividade judicial, devem atuar da forma mais produtiva e laboriosa possível para assegurar o efetivo acesso à justiça"[738].

O professor da Universidade Estadual do Rio de Janeiro lembra que o Código de Processo Civil então vigente, em seu art. 311, continha importante regra de trabalho para o juiz, buscando a operosidade do próprio processo. No despacho saneador, o magistrado, objetivando a colaboração das partes, deverá distribuir o ônus da prova conforme a parte que estiver em melhores condições de trazê-la para a comunidade de trabalho, a qual é fixada por meio da estabilização da relação jurídica. Essa metodologia de trabalho, inclusive, permite ao autor, com a inversão do ônus da prova, fazer a prova do fato constitutivo do seu direito, como ocorre nas causas oriundas da relação de trabalho, em que normalmente o patrão, então réu, dispõe de amplo acesso às provas[739].

A atividade das partes realizada de forma colaborativa, metodologia abraçada pelo CPC/2015, tem como alicerce o princípio do contraditório. O art. 6º germinou e positivou o princípio da cooperação como uma nova metodologia dos personagens da relação jurídica processual, já que "todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva"[740].

---

738 CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Acesso à justiça**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 63.

739 "Apesar de permitir a utilização de todos os meios moralmente legítimos, a lei que regulou os Juizados Especiais Cíveis deu especial valor às regras de experiência comum ou técnica em decorrência: a) da concentração e da informalidade do procedimento, esta última inclusive no que se refere à colheita da prova (parte final do parágrafo único do art. 35); b) da preocupação com os costumes, com as regras de vida e da experiência daquela comunidade afeta à competência do Juizado, permitindo uma uniformidade nos resultados; c) da rigidez das regras sobre o ônus da prova, incentivando o juiz a trabalhar com possibilidades e probabilidades, mais próximo do senso de justiça, afastado da exigência da certeza. Importante consignar a preocupação do legislador no que concerne ao ônus da prova, enfatizando a liberdade do juiz não só para determinar as provas a serem produzidas, mas também para apreciá-las da melhor forma que entenda, visando a adotar em cada caso a decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais e às exigências do bem comum (art. 6º)". CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Acesso à justiça**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 109.

740 Leonardo Greco desenha com sua comum precisão os contornos do princípio da colaboração: "Hoje o contraditório ganhou uma projeção humanitária muito grande, sendo, provavelmente, o princípio mais importante do processo. Ele é um megaprincípio que, na verdade, abrange vários outros e, nos dias atuais, não se satisfaz apenas com uma audiência formal das partes, que é a comunicação às partes dos atos do processo, mas deve ser efetivamente um instrumento de participação eficaz das partes no processo de formação intelectual das decisões e de cooperação entre todos os sujeitos do processo (Código de 2015, artigo 6º). Assim, impõe-se que as partes sejam postas em condições de, efetivamente, influenciar as decisões. As regras tradicionais da igualdade das partes e da sua audiência bilateral são básicas, mas, como já se afirmou, não satisfazem o contraditório participativo como um instrumento do princípio político da participação democrática. É necessário que o contraditório instaure o diálogo humano, que permita, por exemplo, ao juiz flexibilizar prazos e oportunidades de defesa, para assegurar a mais ampla influência das partes na formação da sua decisão". GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil**. v. I. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 514.

Antonio do Passo Cabral afirma que o contraditório participativo deve ser examinado sob três enfoques: (i) o contraditório como direito de informação-reação no processo; (ii) o contraditório como direito de influência; e o (iii) contraditório como dever em um processo colaborativo. O contraditório como direito de informação-reação no processo resume-se à ampla possibilidade de participação dos personagens, por meio do dever do juiz em facultar aos litigantes a possibilidade de discutir questões das quais não se pronunciaram, conforme expresso no art. 10 do CPC/2015[741].

O contraditório como direito de influência é o objetivo do contraditório como direito de participação. A partir da comunicação dos atos orquestrados pelos personagens da relação procedimental, por meio da comunicação tempestiva, da oportunidade de se manifestar sobre o ponto controvertido, da atividade das partes e do juiz num ambiente em que todos podem se manifestar, o direito de influência emerge justamente do processo em contraditório[742].

Já o contraditório, enquanto dever no âmbito de um processo colaborativo, passa a exigir do juiz a participação ativa em todo o curso da relação jurídica processual. Mesmo porque, o magistrado, na qualidade de sujeito imparcial, representa peça essencial da nova metodologia de trabalho na qual o diálogo das partes tem por objetivo esclarecer os fatos àquele que, antes de julgar, precisa ter ciência de toda a história que os envolve. O Estado não pode deixar de julgar, mesmo que seja para absolver o réu por falta de provas no caso da incidência do *in dubio pro reo*, como ocorre no processo criminal. Por outro lado, não se pode deixar de apontar que a inobservância dos deveres inerentes à cooperação como metodologia de trabalho dos personagens do processo, além de ser fluido – já que não há regras objetivas caracterizando o seu descumprimento –, também não apresenta sanções em caso de inobservância pelas partes ou pelo julgador.

Em Portugal, Miguel Teixeira de Souza, ao examinar os princípios estruturantes da legislação processual civil naquele país, minudencia as garantias do processo justo, destacando o contraditório como decorrência do princípio da igualdade, que se resume

---

[741] CABRAL, Antonio do Passo. **Nulidades no processo moderno**: contraditório, proteção da confiança e validade *prima facie* dos atos processuais. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 152-153.

[742] Nicoló Trocker destaca que o contraditório como direito de participação tem como meta a possibilidade de influenciar ativamente o desenvolvimento e o resultado do processo. NICOLÓ, Trocker. **Processo civile e costituzione**. Milano: Giuffré, 1974, p. 304.

ao direito à audição prévia e ao direito de resposta. O dever de colaboração dos personagens do processo desdobra-se nos deveres de esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio[743].

O dever de cooperação para as partes revela-se mais fluido se considerarmos que as partes querem vencer. Há parcialidade nos atos praticados pelo autor e pelo réu. Parte da doutrina, com a qual concordamos, afirma que as partes não querem colaborar. Elas querem ganhar. E é justo. "A colaboração no processo que é devida no Estado Constitucional é a colaboração do juiz para com as partes"[744].

De qualquer maneira, na medida em que o processo não pertence às partes, a metodologia fundada na cooperação no âmbito da relação jurídica processual impõe ao autor, ao réu e a todos que participam do processo o dever do *honeste procedere*. O cumprimento deste dever é verificado a partir da má-fé subjetiva, auferida pelo conhecimento ou não da parte, ou objetiva, se resulta da inobservância nos padrões de comportamento exigíveis[745]. O trabalho em cooperação veda o abuso do direito. A fim de sistematizar a questão, a doutrina alemã agrupou em quatro casos a aplicação da boa-fé ao processo: "a) proibição de criar dolosamente posições processuais, ou seja,

---

[743] SOUSA, Miguel Teixeira. **Estudos sobre o novo processo civil**. 2. ed. Lisboa: Lex, 1997, p. 46-48; 65-67.

[744] "A colaboração impõe a organização de processo cooperativo – em que haja colaboração entre os seus participantes. O legislador tem o dever de perfilar o processo a partir de sua normatividade, densificando a colaboração no tecido processual. E aqui importa desde logo deixar claro: a colaboração no processo não implica colaboração entre as partes. As partes não querem colaborar. A colaboração no processo que é devida no Estado Constitucional é a colaboração do juiz para com as partes. Gize-se: não se trata de colaboração entre as partes. As partes não colaboram e não devem colaborar entre si simplesmente porque obedecem a diferentes interesses no que tange à sorte do litígio". MITIDIERO, Daniel. **Processo justo, colaboração e ônus da prova**. Brasília: TST, v. 78, n. 1, 2012, p. 71.

[745] Neste sentido se manifestou Miguel Teixeira de Souza: "a. O dever de cooperação assenta, quanto às partes, no dever de litigância de boa-fé (art. 266º-A). A infracção do dever do *honeste procedere* pode resultar de uma má fé subjectiva, se ela é aferida pelo conhecimento ou não ignorância da parte, ou objectiva, se resulta da violação dos padrões de comportamento exigíveis. Segundo o art. 456º, n. 2 proémio, essa má fé pressupõe quer o dolo, quer – o que constitui importante inovação – tão só a negligência grave. Comparativamente ao regime anterior (arts. 456º, n. 3, e 457º, n. 1, al. b), CPC /61 e à corrente maioritária da jurisprudência, alargou-se justificadamente o âmbito da má fé processual aos casos de negligência grave. Basta assim, uma falta grave de diligência para justificar a má fé da parte. Qualquer das referidas modalidades da má fé processual podem ser substancial ou instrumental: – é substancial se a parte infringir o dever de não formular pretensão ou oposição cuja falta de fundamento não devia ignorar (art. 456º, n. 2, al. a)),alterar a verdade dos factos ou omitir factos relevantes para a decisão da causa (art. 456º, n. 2, al.b)), isto é, violar o dever de verdade; – é instrumental se a parte tiver omitido, com gravidade, o dever de cooperação (art. 456º, n. 2, al.c)) ou tiver feito do processo ou dos meios processuais um uso manifestante reprovável , com o fim de conseguir um objetivo ilegal, impedir a descoberta da verdade, entorpecer a acção da justiça ou protelar, sem fundamento sério, o trânsito em julgado da decisão (art. 456º, n. 2, al.d); também art. 720)". SOUSA, Miguel Teixeira de. **Estudos sobre o novo processo civil**. 2. ed. Lisboa: Lex, 1997, p. 62-63.

proibição de agir de má-fé; b) proibição de *venire contra factum proprium*; c) proibição de abusos processuais; d) *Verwirkung* (supressio)"[746].

Fredie Didier Junior apresenta *standard* ou arquétipo como régua para medir o comportamento probo das partes, ou seja, alinhado à observância do contraditório e ao dever de cooperação. O autor desenvolve um elo entre a cooperação e o direito obrigacional. No centro da relação obrigacional repousa o dever principal: o adimplemento é o objetivo da relação. Em seu entorno, encontram-se os deveres secundários, divididos em autônomos e anexos. Já os deveres anexos se subdividem em deveres de prestação e de cooperação. O primeiro visa a criar as condições necessárias para que o dever principal seja adimplido ("dever de embalar e transportar a coisa, com segurança, que viabiliza e prepara o perfeito adimplemento de um contrato de compra e venda"). Esses deveres têm por fundamento a vontade contratual e sempre a pressupõem". Já os deveres de cooperação alicerçam-se na boa-fé "e servem para garantir uma efetivação leal e correta da prestação". Os deveres anexos de cooperação têm por fim assegurar o adimplemento leal da obrigação. No caso, como deveres anexos à prestação jurisdicional encartada em um processo cooperativo, conforme sugerido por esse *standard*, surgem para as partes os deveres de esclarecimento, de lealdade e de proteção[747].

A observância do princípio da cooperação pelo juiz implica em reconhecer um dever de lealdade do magistrado, que se divide no dever de esclarecimento, consulta e prevenção. A doutrina sustenta também a incidência de um dever de auxílio, como

---

[746] DIDIER JUNIOR, Fredie. **Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português**. Coimbra: Coimbra, 2010, p. 84.

[747] "Os deveres de cooperação podem ser divididos em deveres de *esclarecimento*, *lealdade* e de *proteção*. O dever de esclarecimento (*Aufkarungspflicht*) dirige-se ao outro participante da relação jurídica, "para tornar clara certa circunstância de que o "alter" tem conhecimento imperfeito, errôneo, ou ainda ignora totalmente". O dever de esclarecimento obriga as partes a na vigência do contrato que as une, informarem-se mutuamente de todos os aspectos atinentes ao vínculo, de ocorrências que, com ele, tenham certa relação e, ainda de todos os efeitos que, da execução contratual, possam advir". O dever de lealdade (*Loyalitatspflicht*) obriga as "partes a, na pendência contratual, absterem-se de comportamentos que possam falsear o objetivo do negócio ou desequilibrar o jogo das prestações por elas consignado". Os deveres de proteção (*Schutzpflichten*) têm por objetivo impedir que, sob a confiança gerada pela existência de uma obrigação, surjam danos para as partes. Em razão dos deveres acessórios de proteção, "considera-se que as partes, enquanto perdure um fenômeno contratual, estão ligadas a evitar que, no âmbito desse fenômeno, sejam infligidos danos mútuos". DIDIER JUNIOR, Fredie. **Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português**. Coimbra: Coimbra, 2010, p. 100-101.

desdobramento do dever de esclarecimento, a fundamentar não só a produção da prova de ofício, como a inversão do ônus da prova pelo julgador[748].

O dever de esclarecimento resume-se no dever imputado ao juiz de buscar esclarecimentos junto às partes, acerca das dúvidas sobre as suas alegações, pedidos ou posições assumidas no curso da relação jurídica processual. Nesta linha, o dever de esclarecimento também possui relação direta com o dever de decidir e de motivar a decisão. Consequentemente, o dever de esclarecimento tem relação direta com a possibilidade da produção da prova de ofício pelo juiz. Se o julgador é obrigado a motivar e fundamentar as suas decisões em consonância com as normas expressas no CPC/2015, art. 489, § 1º, é necessário garantir os meios para se obter o fim pretendido, conforme sustenta a doutrina[749]. Sob esse prisma, questionamos: poderíamos afirmar que o dever do julgador em produzir de ofício a prova necessária para julgar o mérito ganharia maior destaque no CPC/2015? Entendemos que sim.

O trabalho em cooperação no curso da arbitragem, procedimento mais flexível quando comparado aos ritos e liturgias do processo judicial, é a regra de ouro, e viabiliza uma melhor adaptabilidade do procedimento aos anseios do caso concreto. “Também pelo diálogo o juiz participa em contraditório”, ou melhor, parafraseando Cândido Rangel Dinamarco, também pelo diálogo o juiz adaptará o procedimento em contraditório. “avançando prudentemente em considerações sobre a pretensão mesma ou a prova, ou quando as adverte da necessidade de provar melhor”[750].

---

[748] GRASSI, Lucio. **Revista de Processo**, ano 34, n. 172. São Paulo: RT, jun. 2009, p. 33-34.

[749] “Mas também em relação ao órgão jurisdicional é possível visualizar a aplicação *do princípio da cooperação*. O órgão jurisdicional tem o *dever de lealdade*, de resto também consequência do princípio da boa-fé processual, conforme já examinado. *O dever de esclarecimento* consiste no dever de o tribunal de se esclarecer junto das partes quanto às dúvidas que tenha sobre as suas alegações, pedidos ou posições em juízo, para evitar decisões tomadas em percepções equivocadas/apressadas. Assim, por exemplo, se o magistrado estiver em dúvida sobre o preenchimento de um requisito processual de validade, deverá providenciar esclarecimento da parte envolvida, e não determinar imediatamente a consequência prevista em lei para esse ilícito processual (extinção do processo, por exemplo). Do mesmo modo, não deve o magistrado indeferir a petição inicial, tendo em vista a obscuridade do pedido ou da causa de pedir, sem antes pedir esclarecimentos ao demandante – convém lembrar que há hipóteses sem que se refere a não-advogados a capacidade de formular pedidos, o que torna ainda mais necessária a observância desse dever. O *dever de esclarecimento* não se restringe ao dever de o órgão jurisdicional esclarecer-se junto das partes, mas também o dever de esclarecer os seus próprios pronunciamentos para as partes. É certo que esse dever decorre do dever de motivar, que é uma das garantias processuais já consolidadas ao longo de história. O dever de motivar contém, obviamente, o dever de deixar claras as razões da decisão. Essa circunstância do princípio da cooperação, já positivada. No Direito brasileiro, decisão obscura é impugnável por meio do recurso de embargos de declaração (art.535, I, CPC)”. DIDIER JUNIOR, Fredie. **Revista de Processo**, v. 198, ano 36. São Paulo: RT, ago. 2011.

[750] “Também pelo *diálogo* o juiz participa em contraditório. A moderna ciência do processo afastou o irracional dogma segundo o qual o juiz que expressa seus pensamentos e sentimentos sobre a causa, durante o processo, estaria

O professor da Universidade de São Paulo (USP), dissertando sobre as garantias do direito de ação e o princípio da adaptabilidade, sublinha que o princípio permite adaptações e modificações sem que o procedimento arbitral possa

> se prender aos modos formais como a lei é expressa (Calamandrei). O equilíbrio entre adaptabilidade e as garantias decorrentes da lei repousa em se evitar que a busca da simplicidade e adaptabilidade possa malferir a convenção estabelecida pelas partes em consonância com as regras da instituição arbitral, da lei eleita pelas partes, bem como das garantias decorrentes do direito de ação[751].

As garantias decorrentes do direito de ação são peças essenciais a justificar e legitimar o procedimento arbitral como meio alternativo de resolução de conflito. A fim de comprovar a afirmativa, analisemos a experiência italiana. Pietro Perlingieri, ao dissertar sobre os percalços e as dificuldades transpostos pela arbitragem para ser reconhecida como um meio alternativo de solução de controvérsias, lembra que Francesco Santos Passarelli, já em 1963, sustentava: “che soltanto il giudice puo dichiarare il diritto nei rapporti privati”[752]. Elio Fazzalari, por sua vez, afirmava: “se è privata non è giurisdizione, se è giurisdizione non è privata” [753]. Na linha defendida pela doutrina, a Corte Costituzionale, em 1991, entendeu que o procedimento arbitral como meio alternativo de resolução de conflito não se legitimaria justamente “non trova alcuna garanzia

---

prejulgando e, portanto, afastando-se do cumprimento do dever de imparcialidade. A experiência mostra que o juiz não perde a equidistância entre as partes quando tenta conciliá-los, avançando prudentemente em considerações sobre a pretensão mesma ou a prova, quando as adverte da necessidade de provar melhor. Tais premissas estão presentes na instituição da *audiência preliminar* que a *Reforma* introduziu no procedimento ordinário brasileiro (CPC, art. 331), na qual o juiz tenta conciliar as partes e as alerta do ônus probatório a cargo de cada uma delas. Nem decai o juiz de sua dignidade quando, sentindo a existência de motivos para emitir de ofício uma decisão particularmente gravosa, antes chama as partes à manifestação sobre esse ponto. O juiz mudo tem também algo do juiz Pilatos e, por temor ou vaidade, afasta-se do compromisso de fazer justiça”. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. v. II. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 230.

[751] “Tem-se por procedimento rígido aquele sujeito a fases e comandado por preclusões, insuscetível portanto a desvios e retrocessos em sua caminhada linear rumo ao provimento buscado pelas partes; por procedimento flexível, aquele que permite ao juiz (ou árbitro) adaptação às exigências e conveniências de cada caso, em aplicação do princípio da adaptabilidade – o qual visa a evitar decisões estereotipadas e insensíveis, e com isso autoriza o julgador a procurar a solução apropriada a cada caso com fidelidade à *mens legis* e sem se prender aos modos formais como a lei é expressa (Calamandrei). O equilíbrio do sistema inclui, porém, a necessidade de não permitir que os desideratos de simplicidade e adaptabilidade cheguem ao ponto de transgredir os parâmetros livremente estabelecidos pelas partes com observância de normas da instituição arbitral escolhida e da lei aplicável, bem como das garantias, princípios e normas estabelecidos na Constituição”. DINAMARCO, Cândido Rangel. **A arbitragem na teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 56-57.

[752] Tradução livre: “que apenas o juiz pode certificar o direito nas relações privadas”.

[753] Tradução livre: “ se é privada, não é jurisdição; se é jurisdição, não é privada”.

costituzione”[754], uma vez que estaria “di fuori del regime della sovranità statale”[755], já que apenas os magistrados poderiam exercer o poder jurisdicional. Consequentemente, para que o laudo arbitral tivesse eficácia, o órgão competente do Poder Judiciário deveria ser chamado a homologá-lo[756].

De forma diametralmente oposta ao entendimento da Corte Costituzionale, como explica o autor, a Corte de Cassazione, por meio de sessões reunidas em 2000, decidiu “che gli arbitri possano essere qualicati come organi giurisdizonali”[757]. A Corte entendeu que para a configuração da jurisdição como acesso à justiça, não havia importância em se examinar se a sentença foi proferida pelo magistrado ou se o laudo foi subscrito pelo painel arbitral. O tribunal, que em analogia à organização judiciária brasileira, corresponderia ao Superior Tribunal de Justiça brasileiro, entendeu que o exercício da jurisdição por meio do direito de ação se cristaliza com uma decisão que respeita os princípios e as regras do *giusto processo*[758]. Nesta linha de pensamento, o direito de ação abriria a possibilidade para o vencido “impugnare la decisione per il mancato rispetto dei princípi del giusto processo”[759]. Finalmente, a Corte Costituzionale, em 2001, “ammette la piena fugibilità tra giudizio arbitrale e giudizio ordinario”[760].

Ainda no que tange à experiência italiana, a reforma do Código de Processo Civil em 2006 explicitou a “fungibilità tra giustizia privata e giustizia statale ala luce dei principi del giusto processo” [761]. Na ocasião, o legislador tipificou o entendimento da jurisprudência, ao explicitar que as garantias aplicáveis no *giudizio ordinario*[762] também deverão ser observadas nos procedimentos arbitrais, com especial destaque ao princípio do contraditório. Neste quadrante, a escolha pelo procedimento arbitral como meio alternativo de resolução de conflito passou a ser vista como uma faceta do exercício do

---

[754] Tradução livre: “não encontra garantia alguma na Constituição”.
[755] Tradução livre: “além do regimento da soberania estatal”.
[756] TROCKER, Nicoló. Il giusto processo civile. *In*: BALENA, Giampiero; CHIZZINI, Augusto; MENCHINI, Sergio; MONTELEONE, Girolamo; LRUZZI, Giuseppe Trisorio. **Rivista trimestrale fondata da Franco Cipriani**, v. 1, 2019, p. 3-4.
[757] Tradução livre: “que os árbitros podem ser classificados como autoridades judiciárias”.
[758] Tradução livre: “processo justo”.
[759] Tradução livre: “contestar a sentença por não respeitar os princípios do processo justo”.
[760] TROCKER, Nicoló. Il giusto processo civile. *In*: BALENA, Giampiero; CHIZZINI, Augusto; MENCHINI, Sergio; MONTELEONE, Girolamo; LRUZZI, Giuseppe Trisorio. **Rivista trimestrale fondata da Franco Cipriani**, v. 1, 2019, p. 8. Tradução livre: “reconhece a total fungibilidade entre a ação arbitral e a ação ordinária”.
[761] Tradução livre: “fungibilidade entre justiça privada e justiça estatal pelo prisma dos princípios do processo justo”.
[762] Tradução livre: “ação ordinária”.

direito de ação. Com a reforma constitucional de 2001, e a introdução “del princípio di sussidiarietà (art.118 cost)”[763], o legislador reconhece expressamente o direito das partes em optar pela arbitragem como meio alternativo à justiça estatal. Referida escolha da parte é interpretada como exercício de uma parcela do próprio direito de ação, mas para isto, ou melhor, para que a arbitragem seja tida como jurisdição, as garantias do processo justo deverão ser observadas[764].

---

[763] Tradução livre: “do princípio da subsidiariedade (art.118 const)”.

[764] “Fungibilità tra giustizia privata e giustizia statale alla luce dei princípi del giusto processo. Com la novela del 2006, il legislatore ammette il procedimento arbitrale alle medesime garanzie previste per il giudizio ordinário, richiamando il principio del contraddittorio (art. 816-bis; 829, n.9, e 808-ter c.p.c.) attribuendo al lodo eficácia di sentenza passata in giudicato (art. 824-bis c.p.c.) e ammettendo l’impugnabilità dello stesso (art.827 ss.c.p.c.). La giusrisdizione civile non è piú un’esclusiva dello Stato. A questo punto, la Corte di casszione sceglie di spostare l’attenzione sulla natura dei dirittiper contenere i margini di arbitrabilità dele liti (l)’ autonomia dele parti si manifesta qui non già [...] come atto di disposizione del diritto, ma come atto incidente sull’esercizio del potere di azione che a quel diritto è conneso, sí che (l)’ autonomia dele parti, nel settore dei diritti disponibili, opera come pressuposto del potere, loro attribuito, di far decidir ele controversie ad arbitri privati [...]. Il fondamento dell’ autonomia negoziale non si riduce all’art. 41 cost. Al contrario, gli atti di autonomia hanno fondamento diversificati in funzione degli interssi e dei valori da realizzare. Cosí, ad esempio, l’autonomia associativa há, quali referenti normativi, gli art. 2,3 e 18 cost.; il riconoscimento del 2001 e l’introduzione del principio di sussidiarietà (art.118 cost.) è riconosciuta ai cittadini, singoli o associati, la facoltà di realizzare, con la própria liberainiziativa, anche interessi generali, sia purê nel rispetto dei princípi di adeguatezza e proporzionalità (art.5 Tratt. Lisbona). Nel conferire all’autonomia negoziale carattere non subordinato rispetto alla volontà dello Stato, cioè, si ammette (indiretamente) che potrebbe spiegare effetti anche nel settore della giustizia. Finisce per rivelarsi inutlie dispêndio di energie lo sforzo del legislatore, che, nel 2006, sceglie di passare dalla transigibilità all’indisponibilità come limite all’arbitrabilità. La disponibilità non riguarda i diritti, ma l’azione: grazie al principio di sussiarietà, le parti possono decidere che a risolvere la controvérsia sai un giudice privato e non uno statale; non possono pretendere, però, che la decisione da questo assunta sia vincolante e abbia valore di sentenza se non sono rispettate le garanzie del giusto processo”. TROCKER, Nicoló. Il giusto processo civile. *In*: BALENA, Giampiero; CHIZZINI, Augusto; MENCHINI, Sergio; MONTELEONE, Girolamo; LRUZZI, Giuseppe Trisorio. **Rivista trimestrale fondata da Franco Cipriani**, v. 1, 2019, p. 9-11. Tradução livre: Fungibilidade entre justiça privada e justiça estatal pelo prisma dos princípios do processo justo. Com a reforma de 2006, o legislador reconhece que o procedimento arbitral tem as mesmas garantias previstas em processos comuns, invocando o princípio do contraditório (art. 816-A; 829, n. 9 e 808-B do Código Civil italiano), atribuindo ao laudo caráter de decisão transitada em julgado (artigo 824-A do Código de Processo Civil italiano) e admitindo sua recorribilidade (artigo 827 e seguintes do Código de Processo Civil italiano). A jurisdição civil não é mais exclusiva do Estado. Nesse momento, o Supremo Tribunal de Cassação opta por desviar a atenção para a natureza dos direitos, a fim de conter as margens de arbitrabilidade dos litígios (a) autonomia das partes já não se manifesta aqui […] como um ato de disposição do direito, mas como ato que incide sobre o exercício do poder de ação vinculado ao direito, assegurando que […] (a) autonomia das partes, no interior dos direitos disponíveis, opere como pressuposto do poder, a elas atribuído, para que as controvérsias sejam decididas pela arbitragem privada [...]. O fundamento da autonomia na conciliação não se reduz ao art. 41 da Constituição. Pelo contrário, os atos de autonomia diversificam-se no que tange às funções dos interesses e aos valores. Por exemplo, a autonomia de associação tem, como modelo legal, os artigos 2, 3 e 18 da Constituição; o reconhecimento do filho nascido de relacionamento extraconjugal, o art. 2 da Constituição. Com a reforma de 2001, e a introdução do princípio da subsidiariedade (artigo 118 da Constituição), reconhece-se aos cidadãos, pessoas individuais ou agrupados, a capacidade de realizar, de livre iniciativa, também os interesses públicos, desde que respeitando os princípios de adequação e proporcionalidade (art. 5 do Tratado de Lisboa). Ao conferir à autonomia de conciliação caráter não subordinado em relação à vontade do Estado, admite-se (indiretamente) seus efeitos na justiça. Consequentemente, o esforço do corpo legislativo é visto como um desperdício de energia. Assim, em 2006, passa-se da transigibilidade à indisponibilidade como limite à arbitrabilidade. A disponibilidade não diz respeito aos direitos, mas à ação: graças ao princípio da subsidiariedade, as partes podem decidir que o juiz a resolver a controvérsia seja particular, e não um estadual; porém, não podem esperar que a decisão tomada seja vinculativa e tenha valor de sentença se as garantias do processo justo não forem respeitadas”.

A experiência italiana, conforme adiantado, comprova que o procedimento arbitral ganha legitimidade quando observa as regras do *giusto processo*. O direito de ação legitima a escolha de qualquer um dos dois meios de resolução de conflito. Até porque, havendo subsidiariedade, pouco importa a via ou o meio escolhido e seguido pelas partes. O que será imprescindível para legitimar a sentença estatal ou o laudo de uma câmara arbitral, é a observância das regras do *giusto processo*.

E como poderíamos definir o que seria *giusto processo* para o direito italiano? Nicoló Trocker, em artigo intitulado *Costituzione e processo civil e: dall´acesso al giudice all´effetività della tutela giurisdizionale*[765], sublinhou a importância do processo como instrumento de atuação da Constituição. Assim, as garantias contidas na Constituição Italiana compõem o *giusto processo*, a garantir a tutela à parte que tem o direito material no caso concreto, até porque "alla nozione di tutela riferita non solo alla possibilità diagire in giudizio, bensi alla più impegnativa prospettiva di disponibilità di adeguati rimedi capaci di garantir la piena realizzazione delle situazioni sostanziali"[766].

Paolo Comoglio, Angelo Dondi e Vincenzo Ansanelli, ao analisarem inúmeros ordenamentos jurídicos sublinham, como fenômeno latino-americano, a estreita ligação entre a Constituição e o processo. Segundo os autores, o CPC/2015 faz referência aos "valores e às normas fundamentais estabelecidas na Constituição" em seu primeiro artigo. E, em seu primeiro capítulo, expressamente dedicado às normas fundamentais do processo civil,

> são explicitados dois ulteriores cânones: o dever de busca, por parte de todos os sujeitos do processo, de soluções autocompositivas e a devida cooperação de tais sujeitos para o fim de alcançar, em um prazo razoável de tempo, uma definição justa e efetiva da controvérsia (arts. 4º e 6º do Código)[767].

---

[765] Tradução livre: "constituição e processo civil: do acesso ao juiz à eficácia da tutela jurisdicional".

[766] TROCKER, Nicoló. Il giusto processo civile. *In*: BALENA, Giampiero; CHIZZINI, Augusto; MENCHINI, Sergio; MONTELEONE, Girolamo; LRUZZI, Giuseppe Trisorio. **Rivista trimestrale fondata da Franco Cipriani**, v. 1, 2019, p. 44-45. Tradução livre: "à noção de tutela referida não só à possibilidade de intentar uma ação, mas sim à mais significativa perspectiva de disponibilidade de meios adequados capazes de garantir a plena realização de situações materiais".

[767] "De resto, essa nova cultura latino-americana do processo civil encontra um reconhecimento muito amplo, o que ocorre também mediante a explícita redução das normas processuais aos valores constantes das normas constitucionais. Assim, emblematicamente, na referência aos "valores e às normas fundamentais estabelecidas na Cosntituição", no primeiro artigo do Código de Processo Civil brasileiro de 2015. A propósito, também aí, o primeiro capítulo de título inicial é expressamente dedicado à disciplina das normas fundamentais do processo civil. Dentro desse capítulo, é prevista ainda, ao lado da consagração do princípio da demanda, a sua persecução por impulso oficial (art. 2º). Ao lado desse reconhecimento de uma função diretiva do juiz, são explicitados dois ulteriores cânones: o dever de busca, por parte de todos os sujeitos do processo, de soluções autocompositivas e a devida cooperação de tais sujeitos para o fim de alcançar, em um prazo razoável de tempo, uma definição justa e efetiva da

No Brasil, os procedimentos arbitrais a fim de observarem as regras do processo justo, obrigatoriamente, deverão observar as regras contidas no § 2º do artigo 21, da Lei n. 9.307/1996. Nesta linha de ideias, o direito ao contraditório, aqui incluindo o direito à prova, passa a fazer parte do giusto processo como um componente obrigatório.

Para aqueles que preferem se utilizar da expressão ordem pública processual, o direito ao contraditório, acrescido do direito à prova, passam a compor a chamada ordem pública processual.

Em suma, a observância do *giusto processo* a fim de legitimar o procedimento arbitral ou o procedimento judicial impõe a observância do direito ao contraditório, hoje, à luz da atividade das partes exercida de forma colaborativa através do direito à prova. Esse novo prisma do contraditório, com cores mais vibrantes e fortes, legitima a própria resolução do conflito. Por outro lado, não poderíamos deixar de lembrar de que os procedimentos arbitrais sempre exigiram uma participação mais colaborativa das partes mesmo antes de a entrada em vigor do CPC/2015.

Mesmo porque, neste meio alternativo de resolução de conflitos, em que a colaboração é exigida das partes, a comunicação entre os árbitros e os participantes da relação procedimental é feita por e-mail ou, em situações urgentes, por telefone. Os atos processuais são realizados em locais nos quais a liturgia forense, com suas becas e tratamentos pomposos, não se faz presente, como nos ambientes dos escritórios de profissionais liberais. Ademais, como a arbitragem é um meio alternativo mais caro, custoso e informal quando comparado à justiça comum, o procedimento exige comprometimento maior do advogado, que poderá ser chamado por e-mail a informar determinado fato, ou apresentar determinado documento ao painel arbitral em um prazo mais exíguo quando comparado àqueles praticados no âmbito do processo judicial. Exige-se, portanto, a colaboração mais generosa dos personagens no procedimento arbitral, sujeito às adaptações inerentes aos interesses e às necessidades das partes. Por outro lado, conforme advertido por Cândido Rangel Dinamarco, as adaptações do procedimento devem observar as regras estabelecidas pelo legislador.

---

controvérsia 9, arts. 4º e 6º do Código)". DONDI, Angelo; ANSANELLI, Vincenzo; COMOGLIO, Paolo. **Processo civil comparado** – uma perspectiva evolutiva (Coleção O Novo Processo Civil). São Paulo: RT, 2017, p. 65.

Aqui, cabe lançarmos um repto: no tocante à produção e à valoração da prova, considerando que o CPC/2015 não se aplica à arbitragem, quais seriam as regras de conteúdo mínimo ao direito à prova que deverão ser utilizadas pelo painel arbitral, além da regra imprópria que estabelece a distribuição do ônus da prova no art. 373 do referido diploma legal, a fim de garantir a observância do *giusto processo*, tudo com o objetivo de legitimar o procedimento como efetivo meio de resolução de conflitos, respeitando o contraditório e o direito à prova? A questão é preocupante ao lembrarmos, conforme destacado por José Carlos Barbosa Moreira, de que o direito de ação à luz do contraditório apresenta um feixe de faculdades às partes no curso do procedimento que não podem ser desprezadas em um procedimento que se intitula alternativo ao procedimento judicial, no qual, assim, de forma impositiva, as regras do *giusto processo* deverão ser respeitadas.

A preocupação com a observância do contraditório a legitimar o procedimento arbitral ganha mais cor quando se percebe que o procedimento tem como uma das suas vantagens a possibilidade de adaptar seus atos, tudo visando garantir a tutela de forma mais efetiva, ou ao menos mais célere, à parte que tem o direito material a ser protegido.

Em relevante obra na qual são compilados artigos escritos por peritos com experiência em processos arbitrais, Mauro Cunha Azevedo Neto aponta hipóteses nas quais a adaptação do procedimento, com a colaboração das partes, pode ser mais efetiva e produtiva na resolução da lide em relação ao processo judicial. O autor traz como exemplo a produção da prova oral antes da pericial; a depender do resultado, a perícia poderia deixar de ser produzida. A produção da prova oral também conta com a colaboração mais efetiva das partes. Quer seja por meio de testemunhas técnicas, quer seja por meio das audiências técnicas, quando as partes terão a oportunidade de apresentar os elementos técnicos do caso aos árbitros. Não é incomum nas arbitragens internacionais a presença de *experts* no direito material envolvido, como os conhecedores dos mercados de energia, de algodão ou da construção civil, para explicar como a verdade dos fatos ali, naquele campo muitas vezes inóspito para o julgador, se

passou. Assim, o autor conclui que a flexibilização do procedimento, com especial atenção à produção da prova, deixa mais acessível a descoberta da verdade material[768].

A flexibilização do procedimento, com a sua adaptabilidade frente aos interesses das partes, pode levar até mesmo à inobservância do contraditório, a garantir, em um contrassenso, o próprio direito à prova. Esse descompasso do sistema, por outro lado, acaba tornando eficaz a prestação jurisdicional à luz das necessidades do caso concreto, garantindo, assim, o direito de ação ao dar eficácia às garantias do justo processo, incluindo o direito à prova com a eventual inobservância do contraditório. Segundo Guilherme Rizzo Amaral, estudos apontam que entre 60 e 70% dos casos submetidos às arbitragens internacionais foram decididos com base na prova, e não na controvérsia sobre a interpretação jurídica das leis tanto de direito processual, como de direito material escolhidas pelas partes, o que comprova que a adaptabilidade do procedimento é um alicerce do procedimento[769] [770].

Para o autor, o princípio geral de direito, verdadeiro direito natural, determina ao *actori incumbit probatio*, ou seja, o ônus da prova incumbe a quem alega, conforme regra com ampla aceitação: “trata-se, contudo, de mera tendência, verificada na prática de inúmeros tribunais arbitrais, porém em poucas regras institucionais”. Até porque, à luz do dever de cooperação, no procedimento arbitral com partes de diferentes países envolvidas, a possibilidade de aplicar diferentes leis tanto pelo prisma do direito substancial em jogo, como regulando a lei aplicável ao procedimento, no tocante à

---

[768] MAIA NETO, Francisco; FIGUEIREDO, Flávio Fernando de (coord.). **Perícias em arbitragem**. 2. ed. São Paulo: Leud, 2019, p. 42; 47-48.

[769] AMARAL, Guilherme Rizzo. O ônus da prova e inferências negativas na arbitragem – uma análise sobre a importância da prova para a arbitragem. **Jota**. Publicado em 18 set. 2017, p. 1-2.

[770] Cândido Rangel Dinamarco lembra que a doutrina já sustentava a possibilidade de o dever de cooperação levar à adaptações do procedimento a serem efetivadas pelo julgador de acordo com as necessidades do caso concreto, até mesmo com a alteração da ordem da produção das provas: “O Código de Processo Civil vigente optou pela implantação de certas possibilidades, postas a cargo do juiz ou permitidas às partes, de alterar em casos concretos as regras procedimentais contidas na lei, segundo as conveniências do caso e delas próprias. Tal é o princípio da adaptabilidade, alvitrado na ciência do processo há muitas décadas e que no sistema do direito positivo deste país jamais fora adotado expressamente pela lei. O juiz tem, p. ex., o poder de “dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito” (CPC, art. 139, VI). Especificamente, a lei o autoriza também a “dilatar o prazo para manifestação sobre a prova documental produzida, levando em consideração a quantidade e a complexidade da documentação (art. 437, § 2º)”. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do novo processo civil**. v. II. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 125.

distribuição do ônus da prova, é possível que “os árbitros criem regras especiais à luz tanto do direito aplicável à substância quanto daquele aplicável ao procedimento”[771].

A possibilidade de adaptação do procedimento arbitral, que permite até mesmo a confecção de uma regra de julgamento própria para aquele caso específico, somado à confidencialidade, são vistos como os principais atrativos desse meio alternativo de resolução de conflitos, gerando ganhos efetivos para a prestação alternativa à justiça comum. Como exemplo, citamos os procedimentos judiciais envolvendo casos alicerçados no direito de família, quer seja pela dificuldade das partes em obter a prova plena, quer seja pelos valores abarcados pela lide, como o interesse do menor. José Carlos Barbosa Moreira destaca: a “prática judiciária não é estranha ouvida de pessoas pelo juiz ‘em segredo de justiça’, como se costuma dizer, sobretudo em matéria de direito de família”[772].

Nesses processos, segundo o autor, a adaptação do procedimento permite até mesmo a violação ao princípio do contraditório, decorrente das necessidades do caso concreto. Nesta linha de ideias, esse princípio acabou malferido porque, à luz das peculiaridades do caso concreto, a fim de garantir o acesso das partes ao justo processo, e assim, ao direito à prova, é necessário aos operadores do direito optar pelo mal menor.

Em outras palavras, a fim de garantir a tutela jurídica à parte detentora do direito material da melhor forma possível, o que se daria por meio da adaptação do procedimento, foi necessário relativizar o contraditório, afinal,

> não é pouco frequente, no direito processual – e no direito *tout court* – que primeiro o legislador, e depois o intérprete e o aplicador da lei se defrontem com situações em que um valor se contrapõe a outro também merecedor de tutela, e se vejam na impossibilidade de conciliá-los de tal modo que nenhum deles sofra o mínimo detrimento. [E, para isto, como destacado por Barbosa Moreira], impõe-se, nestes casos, uma opção, que há de ser guiada pela regra do mal menor[773].

[771] AMARAL, Guilherme Rizzo. O ônus da prova e inferências negativas na arbitragem – uma análise sobre a importância da prova para a arbitragem. **Jota**. Publicado em 18 set. 2017, p. 2.
[772] MOREIRA, José Carlos Barbosa. A garantia do contraditório na atividade de instrução. **Revista de Processo IBDP**, 1984, p. 76.
[773] MOREIRA, José Carlos Barbosa. A garantia do contraditório na atividade de instrução. **Revista de Processo IBDP**, 1984, p. 76.

Em suma, o direito ao contraditório foi preterido, frente ao direito à prova à luz das peculiaridades do caso concreto como um mal menor[774].

Ao examinar os benefícios do contraditório para a relação procedimental, Francisco Maia Neto, em relação à forma de nomeação do perito, aponta a participação mais colaborativa das partes na indicação consensual do *expert*, como ocorre no caso de listas abertas ou fechadas – nesta última hipótese, com a participação do tribunal –, quando as partes apresentarão os nomes de eventuais peritos, sem que uma tenha ciência do nome apresentado pela outra. Ou nos casos em que o Protocolo Sachs é observado: as partes apresentam listas de nomes e cada parte escolherá um nome da lista apresentada pela outra parte. Os dois nomes escolhidos, um por cada parte, realizarão a perícia em conjunto. Todavia, como a arbitragem permite maior aderência do procedimento frente às peculiaridades do caso, inclusive o julgamento por equidade, a adaptação do procedimento poderia até permitir que as partes elegessem técnico renomado em determinada área da ciência, concedendo a possibilidade de o perito fundamentar sua decisão[775].

Nas provas periciais, conforme explica Flávio Figueiredo, é possível adaptar o procedimento com sua divisão em etapas. Por exemplo, a segunda etapa compreenderia a análise das características da primeira etapa como verdadeira questão prejudicial, como se houvesse uma perícia embutida em outra. Aquilo que viesse a ser decidido na primeira perícia prejudicaria a linha de trabalho e o raciocínio a ser desenvolvida pelo segundo perito. Como explica o autor, a colaboração mais ativa dos assistentes técnicos é comum, quer seja através da apresentação de subsídios mais fortes e robustos do que os normalmente produzidos para os processos judiciais, quer seja por meio do acompanhamento de reunião, que pode durar horas, ou promovendo investigações e pesquisas complementares[776].

Por todo o exposto nesta tese, a colaboração das partes na produção de todas as provas no procedimento arbitral então adaptado, ao mesmo tempo que traz benefícios

---

774 MOREIRA, José Carlos Barbosa. A garantia do contraditório na atividade de instrução. **Revista de Processo IBDP**, 1984, p. 77.
775 MAIA NETO, Francisco; FIGUEIREDO, Flávio Fernando de (coord.). **Perícias em arbitragem**. 2. ed. São Paulo: Leud, 2019, p. 116.
776 MAIA NETO, Francisco; FIGUEIREDO, Flávio Fernando de (coord.). **Perícias em arbitragem**. 2. ed. São Paulo: Leud, 2019, p. 123-136.

ao sistema, merece atenção especial dos operadores do procedimento quanto ao direito ao contraditório, principalmente num ordenamento que não conta com regras rígidas no tocante à produção da prova. Selma Maria Ferreira Lemes, ao averiguar os princípios da Lei de Arbitragem, destaca o caráter informal do procedimento e aponta a preocupação das câmaras arbitrais com o viés garantista do contraditório, que decorreria do direito fundamental ao devido processo legal, ou seja, do justo processo[777].

Carlos Alberto Carmona sustenta o *in dubio* a favor da prova quando defende a possibilidade de repetição da sua produção naquelas hipóteses em que o tribunal repute necessário refazer o ato, tudo para evitar que a parte prejudicada não deixe de exercer o seu direito à prova, ao contraditório, decorrente do exercício do direito de ação, como dever do Estado a garantir a todos os seus jurisdicionados, de forma isonômica, a observância das regras do processo *giustio*[778].

Dalmo de Abreu Dallari, ao abordar a tradição da arbitragem e sua valorização contemporânea, destaca a atuação colaborativa dos árbitros, "competente e de bom senso, capaz de conhecer e avaliar bem os elementos essenciais de uma controvérsia e de proferir decisão com sabedoria e equilíbrio", procurando garantir sempre a produção da prova, forte no *in dubio* a favor da realização do ato procedimental a garantir a observância do processo justo[779] [780].

Os influxos do contraditório geram outros benefícios para esse meio alternativo de resolução de conflito. Até porque o contraditório, a prova, acaba legitimando a decisão obtida por meio do procedimento. José Carlos Barbosa Moreira, ao destacar a forma de

---

[777] LEMES, Selma Maria Ferreira. Os princípios jurídicos da Lei de Arbitragem. **Revista de Arbitragem e Mediação**, jan. 2013, p. 92-94.

[778] CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo** – um comentário à Lei n. 9.307/96. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 332.

[779] "A par da busca de conhecimento de todos esses elementos de ordem material ou relacionados a comportamentos, o árbitro deve proceder ao levantamento e exame de todos os dados jurídicos que interessam ao caso. Não é indispensável que o árbitro seja advogado, mas, seja qual for a natureza da controvérsia, haverá sempre implicações jurídicas, pois todo interesse relevante envolve direitos e garantias jurídicas, podendo envolver também obrigações legais. É necessário o conhecimento desses dados, tanto em relação ao local em que se construiu a situação controvertida quanto ao local em que deverá produzir efeitos a sentença arbitral. Além disso tudo, o árbitro deve estar atento aos argumentos e às opiniões das partes interessadas, procurando identificar eventuais distorções emocionais ou influenciadas por interesses, mas levando em conta tudo o que for relevante para a configuração de direitos e interesses legítimos". DALLARI, Dalmo de Abreu. A tradição da arbitragem e sua valorização contemporânea. *In*: **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo: RT, v. 9, n. 35, p. 299-313, dez. 2012, p. 106.

[780] José Antonio Fichtner destaca que o princípio do contraditório não permitiria aos árbitros provocar matérias que dependeriam exclusivamente da iniciativa da parte interessada como a compensação, a novação, o direito de retenção, a exceção do contrato não cumprido". FICHTNER, José Antonio. **Teoria geral da arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 166.

se exorcizar o fantasma da parcialidade, sugere submeter a atividade probatória ao escrutínio do contraditório e, assim, abrir a possibilidade da ampla produção de todos os meios de prova, o que levaria o juiz a se justificar de forma substancialmente motivada, ao indeferir a produção de qualquer prova requerida pelos participantes do procedimento. Afinal, a regra nestes procedimentos, que geralmente não comportam a interposição de recurso, é a ampla possibilidade de as partes produzirem suas provas[781].

Ada Pellegrini Grinover, em alusão a Giuseppe Tarzia, ao examinar o princípio do contraditório, sustenta que o juiz tem o dever de determinar a realização da prova de ofício e obrigação de permitir a participação dos interessados na sua produção[782]. Por outro lado, a cooperação das partes no processo arbitral por meio da presença de seus advogados acaba elidindo a participação do árbitro, diversamente do ocorrido nos processos judiciais, chancelados com selo publicista decorrente da postura ativa do julgador.

Quando falamos em cooperação, contraditório, direito à prova e ônus da prova, a distribuição do ônus da prova pelo julgador frente às necessidades do caso em exame integra o procedimento, que merece atenção da doutrina e do legislador desde a formação dos alicerces da ciência processual. Defendemos, portanto, a inversão do ônus da prova em decorrência das peculiaridades do caso pelo julgador. Humberto Dalla Bernardina de Pinho, examinando a inversão do ônus da prova à luz do CPC/2015, destaca que o princípio da cooperação exige da parte que estiver em melhores condições de fazer a prova o dever de apresentar os elementos de convicção, com a possibilidade

---

781 MOREIRA, José Carlos Barbosa. O juiz e a prova. **Revista de Processo**, out. 2011, p. 1

782 "Nessa mesma linha, já tive oportunidade de destacar a relevância do contraditório, "entendido como participação das partes no momento da produção das provas. Trata-se, agora, das atividades dirigidas à constituição do material probatório que vai ser utilizado pelo órgão jurisdicional na formação de seu convencimento". Lembramos, então, que a relevância dessas atividades tem sido posta em destaque pela doutrina universal, de que é ilustração o pensamento de Franco Cordero: "il contaddittorio (seriamente inteso come participazione dei contendenti alla formazione dele prove) è condizione di ogni atto di formazione della prova porque non sono prove quelle formate fuori del contraddittorio". Ou, ainda, a lição de Luigi Paolo Comoglio, para quem "L'accertamento e la valutazione dei fatti dedotti in giudizio a fondamento di uma pretesa devono scaturire dal contraddittorio dinanzi all'organo giudicante. Também já dissemos que "a exigência do contraditório, na formação e produção das provas, vem desdobrada, na experiência jurisprudencial e na lição doutrinária de diferentes países, em diversos aspectos, assim resumidos por Giuseppe Tarzia: a) a proibição de utilização de fatos que não tinham sido previamente introduzidos pelo juiz no processo e submetidos a debate pelas partes; b) a proibição de utilizar provas formadas fora do processo ou de qualquer modo colhidas na ausência das partes; c) a obrigação do juiz, que disponha de poderes de ofício para a admissão de um meio de prova, de permitir às partes antes da sua produção, apresentar os meios de prova que pareçam necessários em relação aos primeiros; d) a obrigação de permitir a participação dos interessados na produção das provas". GRINOVER, Ada Pellegrini. Princípios processuais fora do processo. **Revista de Processo**, out. 2011, p. 6.

de a inversão do ônus de forma dinâmica pelo juiz, conforme previsto no CPC/2015, art. 373, § 1º.

O CPC/2015, em seu art. 373, § 1º, reiterou a possiblidade de inversão do ônus por determinação legal, e estabeleceu: "diante de peculiaridades da causa, relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do *caput* ou maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso". Mas, para legitimar a escolha, conforme exigido pelo legislador, forte no contraditório e na atividade em cooperação, o julgador deverá fundamentar sua decisão "em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído"[783].

Alexandre Câmara sustenta que o ônus dinâmico da prova decorre de um modelo cooperativo de processo, buscando "um resultado constitucionalmente legítimo". Conforme lembrado pelo desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em muitos casos, geralmente o réu, tem ciência de que a insuficiência do material produzido levará à derrota do autor e, assim,

> a parte adversária estabelece como estratégia simplesmente nada fazer, nenhuma prova produzir, sabendo que a insuficiência de material probatório levará a um resultado que lhe será favorável (e, evidentemente, desfavorável à parte sobre quem recaía o ônus da prova).

Diante disso, o autor conclui que o modelo cooperativo de processo permite redistribuir o encargo à parte que inicialmente não teria esse ônus[784].

---

[783] "A) Princípio do acesso à justiça, na medida em que aquele que ostenta um direito material deve ter à sua disposição um provimento judicial apto a tutelar esse direito. B) Princípio da isonomia, compreendido no sentido material, ou seja, o magistrado ao identificar que as partes se encontram em situação desigual, deve dar tratamento diferenciado a elas, na exata medida necessária a reestabelecer a paridade de armas. C) Princípio da cooperação, uma vez que aquele que está em melhores condições de trazer os elementos de convicção aos autos deverá fazê-lo, pois o novo Código rompe a tradição adversarial do direito brasileiro e busca introduzir entre nós os postulados da advocacia colaborativa". PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Primeiras impressões sobre o sistema de distribuição do ônus da prova no CPC/2015. **Revista dos Tribunais**, n. 962, dez. 2015, p. 6.

[784] "Dito de outro modo, o que se tem aí é a previsão da possibilidade de uma retribuição dos ônus probatórios por decisão judicial (*ope iudicis*), a ser feita sempre que o juiz verificar que o encargo recai sobre parte que não teria condições de produzir a prova (por ser impossível ou excessivamente difícil obtê-la). A questão é que em alguns casos é muito difícil ou até mesmo impossível para uma das partes produzir determinada prova e, como é dela o ônus probatório, a parte adversária estabelece como estratégia simplesmente nada fazer, nenhuma prova produzir sabendo que a insuficiência de material probatório levará a um resultado que lhe será favorável (e, evidentemente, desfavorável à parte sobre quem recaía o ônus da prova). Ocorre que, em um modelo cooperativo de processo (art. 6º), em que todos os sujeitos do processo devem atuar juntos para a produção de um resultado constitucionalmente legítimo, dando-se ao caso concreto a solução correta, é perfeitamente possível estabelecer que, verificando o juiz a dificuldade (ou impossibilidade) de uma das partes desincumbir-se de seu ônus probatório, se promova uma

Quando os alicerces do direito processual estavam sendo trabalhados, talhados e desenvolvidos pela doutrina, Giuseppe Chiovenda, ao escrever sobre as tendências modernas do ônus da prova, destacava a posição de Josef Kohler, que já apontava a necessidade de certa flexibilidade e dinamismo por parte do julgador ao aplicar a regra geral do ônus da prova. Já se sinalizava a necessidade de haver um ônus dinâmico, ou seja, adaptado pelo julgador a cada caso concreto. Para o doutrinador alemão, o ônus da prova não deixava de representar "um período já sobrepassado, como uma derivação do sistema da prova legal", de maneira que, em "considerações precisas de equidade", a regra geral de distribuição do ônus da prova deverá ser aplicada caso a caso pelo juiz por meio da sua obra. Até porque, "o juiz já tem nas suas mãos, no próprio juramento supletório, um instrumento para dar preponderância à equidade no caso concreto"[785].

A inversão do ônus da prova, decorrente do seu tratamento dinâmico dado não só pelo julgador, como também pelas partes por meio da celebração dos negócios processuais, sempre mereceu atenção da doutrina. Giuseppe Chiovenda, ao distinguir o direito de ação do direito material em litígio, eventualmente disponível, alerta que o domínio das partes do processo, ou melhor, a disponibilidade do direito em litígio, não se confunde com o direito de ação e as garantias do processo. O procedimento, como relação jurídica pública e incondicionada, não permitiria que a atividade do juiz sofresse qualquer interferência decorrente da vontade das partes. Consequentemente, a distribuição do ônus da prova não poderia ser modificada por força de convenção das partes[786] [787].

---

redistribuição do encargo, de modo a atribuir o ônus da prova à parte que a princípio não teria". CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Gen/Atlas, 2019, p. 238.

[785] "Tendências modernas sobre o ônus da prova. A teoria do ônus da prova relaciona-se estreitamente com a conservação do princípio dispositivo no processo, pelo que respeita à verificação dos fatos (supra, n. 261). Num sistema que admitisse a pesquisa de ofício da veracidade dos fatos, não teria significação a repartição do ônus da prova. Ora, acontece, justamente, que, a passo com a tendência contrária ao princípio dispositivo na verificação legal do ônus da prova, encontramos vestígios já na doutrina e mesmo nas obras legislativas mais recentes". CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. v. 2. São Livraria Acadêmica Saraiva & Cia.,1943, p. 520.

[786] Quando se examina a expressão 'disposição de lei' a permitir a interferência das partes na atividade do juiz, não podemos deixar de lembrar do artigo 191 do CPC/2015, que estabeleceu a possibilidade de as partes constituírem negócios jurídicos processuais, estipulando "mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo".

[787] CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. v. 2. São Livraria Acadêmica Saraiva & Cia.,1943, p. 520.

Por outro lado, a inversão dinâmica do ônus da prova e a produção da prova de ofício pelo juiz se encontram, na medida em que as duas ferramentas de julgamento alteram a distribuição subjetiva do ônus da prova frente às peculiaridades do caso concreto, até porque, se o sistema jurídico "admitisse a pesquisa de ofício, não teria significação a repartição do ônus da prova". Conforme explica Giuseppe Chiovenda, a inversão dinâmica do ônus da prova e a produção da prova de ofício por meio de uma linha de atuação colaborativa das partes e, com destaque, do julgador, têm o mesmo propósito: manter equilibrada, reduzir a quebra da isonomia e da paridade de armas na relação jurídica processual, ora alterando a distribuição do ônus (a fim de atribuí-lo à parte em melhores condições de produzir a prova ou, até mesmo, a única apta a produzi-la), ora suprindo a inatividade de uma delas (assim, a prova será produzida por determinação do julgador)[788].

Eduardo Cambi, ao examinar a inversão dinâmica do ônus da prova, alerta que a colaboração dos personagens do processo deve estar presente durante todas as fases do procedimento, e não só na fase decisória. "A facilidade na demonstração da prova"[789] garante a isonomia entre as partes no curso da relação jurídica, a observância da solidariedade decorrente do dever dos litigantes em contribuir com a descoberta da verdade, além de tornar efetiva a exigência da litigância de boa-fé, já que o dever do magistrado em prevenir ou reprimir atos contrários à dignidade da justiça decorre desta nova metodologia de trabalho estabelecida pelo CPC/2015. Tudo a fim de tentar evitar, conforme advertido por Alexandre Câmara, que a parte que poderia produzir a prova

---

[788] Carlos Alberto Carmona, ao defender a postura ativa do juiz ao perseguir "o escopo magno da pacificação com justiça", não deixa de apontar a interferência da produção da prova de ofício na distribuição do ônus da prova pelo seu aspecto subjetivo. Já "em razão da omissão do réu", o juiz assume uma posição mais ativa, colaborando para a descoberta da história dos fatos do processo e, assim, buscando uma maior isonomia no curso do processo: "Importa consignar que a interpretação acerca dos efeitos da revelia relaciona-se a uma tomada de posição, de natureza ideológica, sobre o equacionamento, no bojo da relação jurídica processual, entre os poderes das partes e o poder do juiz; especialmente no que concerne à vinculação deste último aos fatos alegados pelo autor e não controvertidos pelo réu, que sequer compareceu ao processo. Caso se optasse por enfoque que privilegiasse excessivamente o comportamento das partes (quer comissivo – caso da revelia) em detrimento dos poderes do estado-juiz, numa visão privatista do processo civil, seria aceitável o entendimento de que, em razão da omissão do réu em constituir-se no processo e impugnar os fatos alegados pelo autor, estaria o juiz obrigado a admitir tais fatos como verdadeiros ("verdade formal"), mormente se relacionados a direitos disponíveis, independentes de sua correspondência à realidade e a despeito da convicção do juiz sobre os mesmos". CARMONA, Carlos Alberto. **Revelia e seus efeitos** (Coleção Atlas de Processo Civil) São Paulo: Atlas, 2006, p. 98-99.

[789] CAMBI, Eduardo. **A prova civil** – admissibilidade e relevância. São Paulo: RT, 2006, p. 343.

deixe de cooperar com o procedimento, já que tem ciência de que sairá vitoriosa uma vez que a outra parte não terá se desincumbido do seu ônus probante[790].

Buscando tornar isonômicas as relações de consumo, e evitando que os consumidores hipossuficientes (que não têm como fazer a prova plena do direito até então apresentado como verossímil), ficassem sem a justa e efetiva tutela jurisdicional, o Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 6º, VIII, determinou a inversão do ônus da prova a favor do consumidor "no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente". O art. 38 da Lei fecha o sistema de inversão do ônus da prova, determinando que "o ônus da prova da veracidade e a correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina". O artigo transborda a relação de consumo, uma vez que o art. 29 do mesmo diploma equipara ao consumidor "todas aquelas pessoas determináveis ou não às práticas nele previstas".

Após a entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor, com o objetivo de suprir a hipossuficiência do mutuário, a medida provisória n. 2.172-3-01 – reeditada até os dias de hoje –, inverte o ônus da prova "nas ações que visem à declaração de nulidade de estipulação", determinando que "incumbirá ao credor ou benificiário do negócio o ônus de provar a regularidade jurídica das correspondentes obrigações, sempre que demonstrada pelo prejudicado, ou pelas circunstâncias do caso, a verossimilhança da alegação".

Nesse caso, o legislador, ao vislumbrar a dificuldade para o autor em fazer a prova de operações de contratos financeiros, que muitas vezes apresenta disposições abarcando temas das ciências econômicas, determinou a inversão do ônus da prova. Todavia, em contrassenso, o mesmo legislador excluiu do âmbito de aplicação dessas regras as instituições financeiras e demais instituições autorizadas pelo Banco Central, além das operações realizadas no mercado de valores mobiliários. Em suma, nessa reunião de elementos à disposição do julgador como regra de julgamento quando do exercício do seu livre conhecimento, a medida provisória cria uma regra praticamente

[790] CAMBI, Eduardo. **A prova civil** – admissibilidade e relevância. São Paulo: RT, 2006, p. 343.

sem âmbito de aplicação gerando, possivelmente, mais ônus para o sistema do que reais benefícios[791].

É louvável a preocupação do legislador com a proteção do consumidor hipossuficiente, a fim de manter a paridade de armas na arena colaborativa do processo. Ao garantir o direito à prova e, assim, o direito material da parte que tem direito à tutela, o Estado acaba promovendo a paz social, oxigênio necessário para a manutenção do poder constituído. Andou bem o legislador nesse sentido. Todavia, não sendo possível agradar a "gregos e troianos", comentários críticos acerca de conceitos indeterminados, como hipossuficiência e verossimilhança, não são incomuns entre os operadores do procedimento.

Recentemente testemunhei algo muito estranho, e até então suspostamente amparado pelo Código de Defesa do Consumidor. Minha esposa possui comércio de sapatos e realizou uma venda para determinada consumidora que residia no interior do Espírito Santo. A consumidora realizou, com seu cartão de crédito, compras em 5 lojas no mesmo *shopping center* num intervalo de duas horas entre a primeira e a última compra. Ao retornar à sua cidade, "a consumidora" distribuiu 5 ações em determinado juizado cível. Ganhou as cinco. Apesar de a consumidora ter utilizado o cartão de senha, o juiz determinou a inversão do ônus da prova, exigindo que os lojistas comprovassem que haviam checado a assinatura da "vítima" no ato da compra. O pior é que o valor da indenização era praticamente idêntico ao valor que cada parte teria que recolher a título de custas para recorrer. Minha esposa, única lojista a contestar, já que as outras quatro ações correram à revelia, preferiu não assumir mais esse ônus. Em suma, a justiça, nesses cinco casos, foi desprestigiada, e a subjetividade inerente à interpretação de conceitos abertos acabou permitindo a inversão do ônus da prova, alimentando a indústria da indenização.

A teoria da carga dinâmica da prova foi incorporada pelo Código Modelo de Processos Coletivos em 2004, e acabou por temperar com maior subjetividade a atividade de julgamento por força da incorporação do exercício do ônus da prova pelo seu aspecto objetivo como regra de julgamento. O Código sugere a distribuição do ônus

[791] LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Imposição e inversão do ônus da prova**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 306-308.

da prova não com base nas regras tradicionais contidas no art. 333 do CPC/1973, ou do art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor. Conforme sustentam Paolo Comoglio, Vincenzo Ansanelli e Angelo Dondi ao examinarem o anteprojeto do Código, o legislador buscou caracterizar "uma perspectiva ética e moralizadora dos comportamentos dos sujeitos envolvidos no processo"[792] [793].

Segundo adverte Eduardo Cambi, a distribuição do ônus da prova alicerçada nas regras então aplicáveis, as quais eram despreocupadas com a posição da parte no processo e com a espécie do fato – geralmente constitutivo ou constitutivos do direito do autor –, acaba fomentando iniquidades, como a exigência da prova diabólica. A definição desse *Frankenstein* jurídico, verdadeiro celeiro de injustiça que culmina na desmoralização do próprio Estado de Direito, foi muito bem elaborada pelo autor:

> se o demandante não demonstrou o fato constitutivo, julga-se improcedente o pedido e, ao contrário, se o demandado não conseguiu provar os fatos extintivos, impeditivos ou modificativos, julga-se integralmente procedente o pedido, sem qualquer consideração com a dificuldade ou a impossibilidade de a parte ou de o fato serem demonstrados em juízo. Esta distribuição diabólica do ônus, por si só, poderia inviabilizar a tutela de direitos lesados ou ameaçados[794].

---

[792] "Tudo isso parece constituir um parterre de dados essenciais para entender o fenômeno tipicamente latino-americano da estreita ligação entre o dado constitucional e o dado processual. Um fenômeno particularmente interessante também para a caracterização, em uma perspectiva ética e moralizadora, dos comportamentos sujeitos envolvidos no processo. Especialmente nesses últimos trinta anos, esse *trend* manifestou-se primordialmente no plano supranacional, como em particular no Anteproyecto de Código Modelo de 1988, no qual os princípios gerais (arts.1 a 11) são enunciados enquanto objetivos fundamentais, albergando garantias com o devido processo e a efetividade da tutela jurisdicional. O que parece significativo para sua influência sobre as normas estatais está, em especial, a indicação entre tais objetivos de um processo estruturalmente caracterizado como: a) de *duracion razonable*; b) inspirado na boa-fé e lealdade processual; c) público, rápido e concentrado; d) com fortes poderes de controle pelo juiz para salvaguarda da igualdade entre as partes, do respeito ao contraditório e da eficiência na administração da justiça". DONDI, Angelo; ANSANELLI, Vincenzo; COMOGLIO, Paolo. **Processo civil comparado** – uma perspectiva evolutiva (Coleção O Novo Processo Civil). São Paulo: RT, 2017, p. 64.

[793] Alexandre Câmara explica que a teoria dinâmica do ônus da prova nasceu na Argentina: "Em regra, porém, o ônus da prova incumbe a quem alega, e é assim que se deve compreender o disposto no art. 373. Casos há, porém, em que a lei inverte o ônus da prova, como já visto (inversão *ope legis* do ônus probatório). E, além disso, há casos em que se admite a inversão do ônus da prova por decisão judicial (inversão *ope indicis* do ônus probatório). Este é fenômeno que já há algum tempo vem regulado no Código de Defesa do Consumidor (art. 6º, VIII), mas que recebe tratamento adequado e completo nos §§ 1º e 2º do art. 373, os quais trazem para o sistema processual civil brasileiro, definitivamente, a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova (ou, como alguns chamam, teoria da carga dinâmica da prova, designação que parece inadequada por ser uma tradução equivocada da expressão castelhana – a teoria aqui apresentada nasceu na doutrina argentina – *carga dinamica de la prueba*, sendo relevante lembrar que a palavra ônus não existe na língua espanhola, motivo pelo qual a expressão "ônus da prova" é, em espanhol, *carga de la prueba*)". CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Gen/Atlas, 2019, p. 237-238.

[794] CAMBI, Eduardo. **A prova civil** – admissibilidade e relevância. São Paulo: RT, 2006, p. 340-341.

O CPC/2015, art. 373, § 1º, a fim de mitigar a incidência da prova diabólica e o consequente desprestígio das decisões do Poder Judiciário, estabeleceu a possibilidade de inversão, pelo julgador, de forma dinâmica do ônus da prova, diante da "impossibilidade ou excessiva dificuldade de cumprir o encargo", ou da "maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário". Ou, em outras palavras, a fim de buscar um pouco mais de espaço à subjetividade do julgador, como mais uma regra de julgamento à sua disposição, "o ônus da prova incumbe à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade na sua demonstração"[795].

Novamente, o legislador trouxe como ferramenta de trabalho nova regra de julgamento para o julgador, permitindo a aplicação de conceitos fluidos, sem que as regras de inversão do ônus da prova contidas no Código de Defesa do Consumidor fossem revogadas. Tampouco, a dificuldade do julgador em distinguir o que seria o fato constitutivo ou impeditivo do direito no caso concreto, já que os conceitos se entrelaçam e se confundem. Não há como deixarmos de elogiar a nova regra, mas também não há como não ponderarmos que o julgador passou a contar com mais uma ferramenta de trabalho para formar seu livre convencimento, a qual é dotada de enorme fluidez. Em suma, mais um elemento construído por conceitos fluidos foi incorporado à complexa equação a ser operada pelo juiz ao decidir no exercício do seu livre convencimento[796].

A Lei, ao trabalhar com os conceitos fluidos para estabelecer as regras do ônus dinâmico da prova, acaba deixando de prefixar a quem caberia o cumprimento do ônus probatório – até porque ele é dinâmico, o que, em nossa opinião, não possibilita estabelecer uma regra objetiva e geral –, permitindo, assim, a manipulação do ônus pelas partes, com destaque, nestas hipóteses, à quebra do dever de cooperação, conforme

---

[795] CAMBI, Eduardo. **A prova civil** – admissibilidade e relevância. São Paulo: RT, 2006, p. 341.

[796] Alexandre Câmara lembra que a classificação dos fatos como constitutivos, modificativos e extintivos acaba obrigando o juiz, à medida que os fatos passam a ser controvertidos sequencialmente pelas partes, a buscar sempre a sua reclassificação, falando assim no fato extintivo a ser alegado pelo autor, uma vez que o réu já apresentou um fato extintivo ao fato constitutivo do direito do autor: "Além desses quatro tipos de fatos, porém, outros podem ser alegados. Imagine-se, por exemplo, um processo no qual o autor cobra do réu uma dívida resultante de um contrato (sendo o contrato o fato constitutivo do direito do autor). O réu, então, alega em sua defesa o pagamento (fato extintivo do direito). Pode ocorrer, então, de o autor, na réplica, afirmar que o pagamento foi inválido por ter sido feito a mandatário sem poderes para recebê-lo (fato impeditivo da eficácia extintiva do pagamento). Pois o texto do art. 373 não dá solução a uma questão sobre quem incidiria o ônus da prova acerca deste último fato alegado (o "fato impeditivo do fato extintivo")? Daí por que é multissecular a afirmação de que o ônus da prova incumbe a quem alega (*ei incumbit probatio que dicit, non qui negat*)". CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Gen/Atlas, 2019, p. 237.

sustenta parte da doutrina. Eduardo Cambi defende o estabelecimento de uma regra objetiva, geral e não aplicada casuisticamente, prefixando a distribuição dinâmica do ônus da prova, já que as "hipóteses de modificação devem estar positivadas e devem ser passíveis de controle, não importando em mera faculdade do juiz"[797] [798].

A quebra do dever de cooperação pelas partes, que eventualmente alteram a verdade dos fatos no processo, é outro fator que poderá influenciar na decisão com a inobservância do justo processo. Isto porque as inúmeras ferramentas de julgamento disponíveis serão aplicadas pelo julgador em terreno movediço, falso e que, possivelmente, não dará à obra do órgão julgador sustentação sólida, já que os fatos expostos na sentença não estão de acordo com a realidade dos fatos no mundo real, ou seja, no mundo das coisas como efetivamente são.

No procedimento arbitral, a interferência do contraditório se revela menor com a quebra do dever de veracidade decorrente do dever de colaboração, uma vez que o instituto do *discovery* permite a colaboração mais intensa das partes, com a possibilidade de se implementar uma série de diligências, visando esclarecer os fatos por meio do direito à prova. Nestes procedimentos, em homenagem ao *in dubio* a favor da produção da prova, é permitido uma extensa investigação, não só da prova em si, mas da forma pela qual foi constituída, sua origem e personagens envolvidos, chegando ao ponto, em

---

[797] "Ônus da prova (distribuição estática) – Aspecto prejudicial. Previsão estática (e prévia) que ignora as condições reais do caso concreto, mas já deixa as partes cientes em quais hipóteses são prejudicadas (aspecto subjetivo), permitindo que estas, previamente, deliberem sobre suas condutas probatórias de maneira marcadamente manipuladora e conveniente (se o ônus não é de determinada parte), em total descompasso com a cooperação e colaboração para a descoberta da verdade que é um dever processual preconizado no art. 378. A grande questão técnica é: como, neste caso, neutralizar este aspecto subjetivo que permite a "manipulação", sobretudo por aqueles que estão com melhores condições para o esclarecimento da questão fática? Para parcela considerável da doutrina, o elemento subjetivo (de conduta das partes) não faz parte do ônus da prova, não admitindo considerar a regra do atual art. 373, *caput*, uma regra de atividade, até para evitar esta manipulação". FERREIRA, William Santos. **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil** – de acordo com as alterações da Lei n. 13.256/2016. 2. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 1072.

[798] Bruna Braga Silveira critica a distribuição dinâmica do ônus da prova porque a subjetividade do julgador não seria apta a permitir o desenvolvimento de uma regra geral de julgamento, evitando-se, em última análise, uma possível parcela de arbítrio do julgador no exercício das regras de julgamento ao decidir: "Assim, entendemos necessária a existência de previsão da regra geral sobre a distribuição do ônus da prova, devendo haver modificação apenas excepcionalmente quando houver flagrante desigualdade entre as partes, o que deverá ser verificado em cada caso pelo magistrado. Nesse sentido, as palavras de Peyrano, 'do que se trata é, pois, não de propiciar outra regra rígida de distribuição do ônus da prova que concorre em pé de igualdade com os que só podem funcionar ali onde aquelas manifestamente operem mal, porque foram elaboradas para casos 'normais e correntes' que não os correspondentes ao caso concreto'". SILVEIRA, Bruna Braga. **Direito probatório** (Coleção Grandes Temas do Novo CPC). Salvador: Juspodivm, 2018, p. 311.

algumas oportunidades, da conduta pretérita das próprias testemunhas ser investigada milimetricamente, conforme retratado nos filmes norte-americanos de tribunal[799] [800].

Por outro lado, apesar de a quebra do dever de cooperação também interferir na aplicação das regras de julgamento, malferindo o contraditório, o comportamento de forma não colaborativa das partes como limite material à inversão não pode justificar a aplicação da inversão dinâmica pelo aspecto objetivo. Isso porque a atividade de julgamento do juiz não decorre de uma sanção imposta pela inatividade da parte onerada na produção da prova sem que, antes, o julgador e as partes tenham dialogado durante o curso dos atos do procedimento. Nesse momento, o julgador, após alertar à parte acerca da inversão, como consequência da omissão, começa a extrair presunções negativas decorrentes do descumprimento do ônus da prova pelo aspecto subjetivo, ou seja, pela parte então responsável por este encargo.

O ônus da prova como regra de julgamento e de conduta se confunde na medida em que o descumprimento de uma determinação no curso do procedimento tenha tornado dinâmico o referido ônus. As regras *da International Bar Association* no tocante à produção da prova (*Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration* – IBA) apresenta razões a justificar a negativa das partes em produzir a prova, como a inexistência de relevância para o procedimento, impedimentos legais ou éticos, ônus excessivo, impossibilidade prática de realizá-la (*rectius*: a prova impossível), ou até a confidencialidade decorrente dos interesses das partes. Caso o tribunal arbitral deixe de

---

[799] Paolo Comoglio, Angelo Dondi e Vicenzo Ansanelli, ao compararem os sistemas da *civil law* e do *common law*, destacam o espaço mais dilatado para o habilidoso advogado interagir e obter benefícios para o seu cliente na fase pré-*trial* ou *discovery*, forte no dever de cooperação, ou seja, no exercício do contraditório dos personagens envolvidos, aqui, incluindo o julgador: “Com relação ao passado, isso coloca um problema geral de extensão e de complexidade, seja no plano da inter-relação com o cliente, seja no da atividade de redação dos atos processuais, começando mesmo pelos atos postulatórios. Não é uma coincidência que nesse terreno específico se manifestem tendências de reforma e novas elaborações culturais, sem embargo de serem muito diversificadas de ordenamento para ordenamento. A capacidade de interagir na fase de pré-trial ou de *discovery* constitui, na verdade, um aspecto essencial das habilidades do advogado. Essa certamente constitui um terreno sobre o qual se medem os *standards* de correção profissional em relação aos colegas, mas resulta igualmente crucial para as relações em que há o dever de colaboração também para com o juiz. DONDI, Angelo; ANSANELLI, Vincenzo; COMOGLIO, Paolo. **Processo civil comparado** – uma perspectiva evolutiva (Coleção O Novo Processo Civil). São Paulo: RT, 2017, p. 72-73.

[800] Thiago Marinho Nunes aponta como o procedimento poderia ser flexibilizado a fim de atender aos anseios do caso concreto, comprovando, assim, tudo o que ora sustentamos: “a) o sistema arbitral brasileiro dispõe de uma ampla flexibilidade na forma de produção das provas; b) tal flexibilidade que não afronta o direito processual brasileiro; c) é possível e recomendado o uso de regras sobre as provas em arbitragem interna; d) a flexibilidade do tratamento das provas importa no controle de tempo e custos exercido pelo Tribunal Arbitral”. NUNES, Thiago Marinho. Flexibilidade na forma de produção da prova no procedimento arbitral. **Migalhas**, 25 set. 2019.

acatar as razões oferecidas para a não produção da prova, o tribunal terá quatro caminhos: (i) impor multa em decorrência do descumprimento de uma obrigação de fazer, (ii) requerer a colaboração do Poder Judiciário, por meio da apreensão da prova; (iii) inverter o ônus da prova como regra de julgamento ao proferir seu laudo arbitral, ou (iv) "extrair inferências negativas contra a parte renitente"[801].

Quando afirmamos que os ônus objetivo e subjetivo da prova se confundem, a hipótese fica comprovada ao examinarmos as consequências da não apresentação de determinada prova. Ora, a inversão do ônus da prova não se confunde com a possibilidade de se extrair inferências negativas contra a parte renitente. Na doutrina, não há unanimidade acerca do tema. "Alguns sustentam que, ao extrair a interferência negativa, o tribunal arbitral inverte o ônus da prova. Outros afirmam que o tribunal arbitral, em verdade, reduz o *standard* probatório para admitir prova circunstancial no lugar da prova direta". Em suma, uma vez invertido o ônus da prova ou reduzido o *standard* da prova do fato constitutivo, a inatividade do réu em cumprir com a inversão do ônus ou a atividade do autor em ter apresentado prova que se adeque à redução do *standard*, agora, como regra de julgamento, permitirá que o juiz venha a julgar procedente o pedido do autor, ao considerar demonstrados e, assim, provados os fatos constitutivos do direito[802] [803].

---

[801] "Vencida a análise das razões para não produção da prova e concluindo o tribunal arbitral por sua improcedência, pelo menos quatro caminhos se abrem. Pode o tribunal arbitral (i.) impor sanções econômicas à parte renitente, (ii.) distribuir desigualmente as custas do procedimento arbitral quando da prolação da sentença, (iii.) requerer a colaboração do Poder Judiciário na produção da prova (quando admitido na jurisdição sede da arbitragem) ou, finalmente, (iv.) extrair inferências negativas contra a parte renitente. Ocupar-me-ei, a partir de agora, dessa última alternativa". AMARAL, Guilherme Rizzo. O ônus da prova e inferências negativas na arbitragem – uma análise sobre a importância da prova para a arbitragem. **Jota**. Publicado em 18 set. 2017, p. 3.

[802] "Uma maneira simples de descrever uma inferência negativa é afirmar que, ao extraí-lo, o tribunal arbitral concluiu que o conteúdo da prova seria desconfortável à parte renitente ou, em outra perspectiva, confirmaria a versão dos fatos da parte que requereu a produção da prova, contanto que os fatos estejam diretamente relacionados à prova. Tal descrição, contudo, diz com o resultado final da inferência, e não com o fenômeno propriamente dito. Este é apresentado de forma distinta na doutrina arbitral. Alguns sustentam que, ao extrair a inferência negativa, o tribunal arbitral inverte o ônus da prova. Outros afirmam que o tribunal arbitral, em verdade, reduz o *stantard* probatório para admitir prova circunstancial no lugar da prova direta". AMARAL, Guilherme Rizzo. O ônus da prova e inferências negativas na arbitragem – uma análise sobre a importância da prova para a arbitragem. **Jota**. Publicado em 18 set. 2017, p. 3.

[803] Alexandre Câmara sustenta a aplicação do ônus dinâmico da prova apenas como regra de julgamento: "Ocorre que esta concepção subjetiva do ônus da prova não é compatível com o sistema processual civil. É que a prova, uma vez produzida, pertence ao processo, pouco importando quem a tenha produzido. Fala-se mesmo em um princípio da comunhão da prova (também chamado de princípio da aquisição da prova). E é exatamente por conta disso que, no art. 371, se estabelece que a prova será apreciada pelo juiz "independentemente do sujeito que a tiver promovido". Ora, mas se as regras de distribuição do ônus da prova não são regras de atividade, é preciso determinar qual sua natureza. Pois tal determinação não é difícil. Trata-se de considerar tais regras como normas de julgamento. O que se quer dizer com isso é que, ao estabelecer uma distribuição, entre as partes, dos ônus

A doutrina, além de sublinhar os limites materiais da inversão do ônus dinâmico da prova em observância ao justo processo, aponta o contraditório como limite formal para o uso dessa regra de julgamento. Assim, o respeito ao contraditório à luz do *giusto processo* demandará decisão fundamentada em observância às regras do CPC/2015, art. 489, § 1º, assim como

> se o magistrado pretender dinamizar o ônus, deverá, previamente, intimar as partes, para retirar a oportunidade da parte de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído, sob pena de violar a garantia constitucional do contraditório, não dando chances às partes à produção da prova contrária[804].

O procedimento encampado pelas partes em colaboração com especial atenção à produção da prova, por meio do exercício do contraditório em um processo justo, poderá sanar eventuais nulidades não só no curso da produção da prova, como durante a sua valoração pelo julgador. Tudo a legitimar o próprio meio de resolução de conflito utilizado pelas partes. Nesta linha de pensamento, Cândido Rangel Dinamarco destaca a possibilidade de o contraditório servir para retificar eventual nulidade decorrente da própria flexibilização do procedimento, caso o ato inválido tenha gerado prejuízo a uma das partes[805] [806].

A inversão dinâmica do ônus da prova, pelo seu aspecto subjetivo, ou seja, como atividade a ser exercida pelas partes no curso da relação jurídica processual, conforme sublinhado pela doutrina, deverá ser determinada pelo juiz na audiência do saneamento e de organização do processo (art. 357 do CPC/2015). Dentre os benefícios destacados

---

probatórios, a lei processual fixa o modo como o caso concreto será decidido se houver insuficiência do material probatório. Neste caso, dever-se-à proferir decisão desfavorável àquele sobre quem incidia o ônus da prova daquilo que não esteja suficientemente provado". CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Gen/Atlas, 2019, p. 235.

[804] CAMBI, Eduardo. **Direito probatório** (Coleção Grandes Temas do Novo CPC). Salvador: Juspodivm, 2018, p. 344-345.

[805] "Em resumo: a) de um lado, a observância do contraditório é rigorosamente necessária, sendo ilegítimas as flexibilizações contrárias à efetividade dessa garantia e nulos os atos praticados; b) de outro, a observância do contraditório é uma sanatoria que legítima flexibilizações ou qualquer outra possível infidelidade às regras de procedimento escolhidas pelas partes, dilatadas em lei ou contidas no regimento de dada instituição arbitral". DINAMARCO, Cândido Rangel. **A arbitragem na teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 27.

[806] Joaquim de Paiva Moniz também aponta a relação entre o contraditório e a adaptação do procedimento: "A ampla defesa pode ser definida como o direito das partes de serem informadas de todos os fatos, alegações e provas de um processo e de terem oportunidade de sobre eles se manifestarem. Contraditório, por sua vez, representa a garantia constituída, por um lado, em conferir oportunidades iguais para as partes apresentarem seus argumentos, contestarem os argumentos da contraparte, participarem da produção de provas e reagirem contra qualquer ato da parte contrária ou do julgador que vá contra seus interesses legítimos". MUNIZ, Joaquim de Paiva. **Curso básico de direito arbitral, teoria e prática**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2017, p. 158.

pela doutrina, estão a racionalização do processo, “de maneira que não se perca energia com fatos não controvertidos” e “facilitar a compressão das provas necessárias e adequadas”[807]. No despacho saneador, o julgador, agindo em observância ao “princípio da operosidade”, trabalhará em cooperação com as partes, buscando evitar não só a quebra do princípio da isonomia, como também constituindo situações anômalas e disformes ao conceito de justiça, como a determinação da produção da prova diabólica a uma das partes[808].

A inversão dinâmica do ônus da prova pelo seu aspecto objetivo, como regra de julgamento, e não como divisão de responsabilidades das partes na produção da prova a ser efetuada no despacho julgador, sem maltratar a lógica, só ocorrerá após o encerramento da fase probatória, possivelmente quando os autos do processo estiverem conclusos para sentença. Nestes casos, para evitar a inobservância do contraditório mediante a prolação da decisão surpresa, Eduardo Cambi discorda de Alexandre Câmara quanto à utilização da inversão do ônus da prova como regra de julgamento, já que nestes casos, “a distribuição deixaria de ser solidária na medida em que daria ensejo às decisões surpresas”[809].

Se consideramos a maior dificuldade para o autor provar todos os fatos constitutivos do seu direito, gerando dúvida razoável quanto ao cumprimento integral do

---

[807] CAMBI, Eduardo. **A prova civil** – admissibilidade e relevância. São Paulo: RT, 2006, p. 172.

[808] No mesmo sentido, Alexandre Câmara se posiciona: “Além disso, deve-se ter claro que a redistribuição do ônus da prova não pode se dar na sentença. Isto contrariaria a garantia do contraditório como não surpresa. É preciso (e isto está expresso na parte final do § 1º do art. 373) que a decisão que redistribui o ônus da prova seja proferida de forma a dar à parte a oportunidade de se ilegítima surpresa, proferir sentença dizendo que determinada parte saiu vencida por não se ter desincumbido de um ônus probatório que só agora, na sentença, lhe é atribuído. Impende, portanto, que a redistribuição do ônus da prova se dê em momento anterior, de forma a garantir à parte a quem o encargo probatório é agora atribuído que tenha ainda possibilidade de, durante a fase de instrução probatória do processo produzir as provas que lhe permitirão desincumbir-se de seu encargo e buscar obter uma decisão que a favoreça. Não é por outra razão que a decisão que redistribui o ônus da prova deve ser proferida como um capítulo do provimento de saneamento e organização do processo (art. 357, III)”. CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Gen/Atlas, 2019, p. 239.

[809] “Quer com isto evitar *decisões surpresas*, que contrariam as garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório, forçando com que o juiz se preocupe com a distribuição da carga probatória a partir da defesa do demandado. Logo, a *organização da atividade probatória* (quais são os fatos controvertidos, a quem cabe demonstrar tais fatos e quais os meios probatórios serão utilizados) deve ser realizada na *audiência preliminar* (arts. 331 do CPC e art. 11 do Código Modelo) ou, na sua ausência, em *decisão ordinatória* (“saneadora”), anterior à fase instrutória. Seria base no princípio da solidariedade, mas, tal como faz grande parte da doutrina brasileira em relação à inversão do ônus da prova do art. 6º, inc. VIII, CDC, percebê-lo como um *critério de julgamento*, a ser considerado pelo juiz somente no momento de sentenciar. Neste caso, a distribuição deixaria de ser solidária na medida em que daria ensejo *às decisões surpresas*: a facilidade na produção da prova deve ser reconhecida antes da decisão para que a parte onerada tenha amplas condições de provar os fatos controvertidos, evitando que, a pretexto de tutelar o bem jurídico coletivo, se retirem todas as oportunidades de defesa”. CAMBI, Eduardo. **A prova civil** – admissibilidade e relevância. São Paulo: RT, 2006, p. 343.

seu ônus da prova, pensamos ser correto afirmar a impossibilidade de o exercício do ônus dinâmico da prova como regra de julgamento levar a um maior número de sentenças ou laudos de improcedência do que de sentenças ou laudos acolhendo o pedido. Por esse prisma, também, a impossibilidade de se trabalhar com uma regra geral, aplicável objetivamente a todos os casos, conforme sustenta parte da doutrina, acaba demonstrando a falta de uniformidade na aplicação das regras de julgamento. Ora, como poderíamos sustentar a observância de um *standard* de processo justo, se não temos uniformidade sequer na aplicação das regras de julgamento?

Luiz Guilherme Marinoni e Sergio Cruz Arenhart sustentam a possibilidade de inversão dinâmica do ônus da prova como regra de julgamento, a ocorrer na prolação da sentença na hipótese em que a falta de esclarecimento do fato constitutivo é imputada ao réu. Segundo os autores, nesses casos, a inversão poderia decorrer de comportamento ímprobo das partes. No nosso entendimento, considerando tudo o que expusemos quanto à importância da prova ao estruturar "a coluna vertebral do processo", já que ela representa e encarna o próprio direito, a inversão do ônus da prova à luz da observância do princípio do contraditório impõe ao julgador reabrir a fase instrutória, conforme defendem Humberto Theodoro Júnior e Teresa Arruda Alvim, a fim de comunicar à parte onerada a realização da inversão e, assim, permitir que o autor ou o réu "tenha a oportunidade de produzir a prova que julgar conveniente para libertar-se do novo ônus processual"[810] [811].

---

[810] "A inversão do ônus da prova, em princípio, deve ocorrer na audiência preliminar, para dar à parte a oportunidade de produzir a prova. Mas, no caso em que a inesclarecibilidade do fato constitutivo pode ser imputada ao réu, a inversão do ônus da prova pode ocorrer na sentença. Também na sentença deve ser invertido o ônus da prova no caso em que o réu está na posse de um documento e se recusa injustificadamente a apresentá-lo em juízo. Essa inversão pode ocorrer em relação à prova documental ou à prova pericial, quando uma outra necessitar do documento não fornecido. Quando a parte se recusar injustificadamente a colaborar com uma prova, o juiz deve retirar argumento de prova desse comportamento. Se a parte se recusar à perícia médica, ou a colaborar com qualquer outra prova pericial, o juiz, mais uma vez, deve inverter o ônus da prova na sentença. Excepcionalmente, quando o juiz puder extrair do comportamento do terceiro uma tentativa de frustrar a prova, essa sua recusa deve ser considerada como argumento de prova, podendo até mesmo conduzir à inversão do ônus da prova na sentença". MARINONI, Luiz Guilherme. **Prova**. São Paulo: RT, 2009, p. 190.

[811] "Na jurisprudência, o tema já foi enfrentado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, conforme o seguinte acórdão: "Quando, a critério do juiz, configura-se a hipótese de inversão do ônus da prova, nos termos do art. 6º, VIII, do CDC (LGL\1990\40), sob pena de nulidade, é mister a prévia determinação à parte, em desfavor de quem se inverte o ônus, para que prove o fato controvertido. A inversão sem cautela implicará em surpresa e cerceamento de defesa. Na mesma esteira, entende Teresa Arruda Alvim que, se o juiz convencer-se da necessidade de inverter o ônus da prova depois de já encerrada a instrução da causa, terá de reabrir a fase probatória, a fim de que o fornecedor tenha oportunidade de produzir a prova que julgar conveniente para liberar-se do novo *ônus probandi*. Enfim, os efeitos da inversão do ônus da prova podem liberar o consumidor da prova pertinente ao nexo causal (no caso de responsabilidade objetiva) e da culpa (na hipótese de responsabilidade subjetiva). Em caso algum, porém,

Ao examinar os influxos do contraditório no procedimento arbitral, mais informal e, assim, colaborativo do que o processo judicial, o que gera benefícios às partes, ao permitir adaptações ao procedimento, esse campo de trabalho mais aberto acaba sujeito à violação do direito das partes ao contraditório, justamente pela ausência de regras preestabelecidas.

A prefixação de regras no tocante à prova, como as que se apresentam no direito material, traria segurança jurídica ao procedimento arbitral, na medida em que evitaria os desacertos dos árbitros decorrentes do uso das incompletas e falhas regras do ônus da prova, conhecidos como um ônus impróprio, utilizado como "tábua de salvação do julgador" na hipótese em que não há uma prova exauriente, completa, plena. E, no espírito colaborativo que reveste o *animus* dos personagens do drama dos procedimentos arbitrais, qualquer regra de direito material que atrapalhasse os interesses das partes, se aplicada, poderia ser derrogada pelos colaborativos advogados. Todavia, as regras do jogo já estariam prefixadas, e não abertas às vontades e eventuais caprichos dos árbitros quando da aplicação das fluidas regras de julgamento, algumas delas não aplicadas por parte da doutrina e, logicamente, pelo julgador.

Concluindo o ponto, independentemente da posição adotada sobre o direito à definição do ônus da prova, é essencial que as partes conheçam o posicionamento do tribunal sobre o tema.

Seria também correto afirmarmos que a definição acerca de um conteúdo mínimo no tocante à prova traria maior previsibilidade às próprias partes que, com segurança jurídica, poderiam dispor da produção de determinada prova, já que haveria um mínimo legal absolutamente disponível. Todavia, no silêncio do demandante e do demandado, ou melhor, caso as normas não venham a ser derrogadas por eventual manifestação de vontade dos envolvidos no confronto, parte das regras contidas no CPC/2015, quanto à prova como direito material seriam aplicadas com previsibilidade, porque já estariam fixadas. Tudo a fim de garantir a legitimidade da via escolhida pelas partes, até mesmo porque o justo procedimento veio a ser observado por seus operadores, já que haveria

---

aliviará o fornecedor do dever de provar o dano ou o prejuízo a cuja reparação se endereça a demanda".
THEODORO JÚNIOR, Humberto. Prova – princípio da verdade real. **Revista de Direito Privado**, São Paulo: RT, out. 2011, p. 8.

um mínimo legal desenhado com o fim de garantir o exercício do contraditório e, assim, o direito à prova[812], ou como parte da doutrina prefere chamar, a fim de garantir a observância da ordem publica processual

Por fim, quando se fala em observância ao justo procedimento arbitral ou ao processo justo arbitral, não podemos esquecer do § 2º, do artigo 21, da Lei n. 9.307, que impõe a observância do princípio do contraditório, aqui incluindo o direito a prova, no curso da relação jurídica processual.

[812] AMARAL, Guilherme Rizzo. O ônus da prova e inferências negativas na arbitragem – uma análise sobre a importância da prova para a arbitragem. **Jota**. Publicado em 18 set. 2017, p. 2.

3 O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, QUANTO ÀS REGRAS DO LIVRE CONVENCIMENTO, DEVERIA SER APLICADO NO PROCEDIMENTO ARBITRAL?

3.1 A interpretação do juiz – ato abstrato e ininteligível – regras acerca do livre convencimento motivado

Os ônus da prova, como um ônus impróprio, e as inúmeras regras que permitem a inversão deste ônus já impróprio conforme as peculiaridades do caso concreto possibilitam inúmeras respostas à mesma pergunta. Tomando como exemplo as 50 varas cíveis da comarca da capital do Estado do Rio de Janeiro, é como se um determinado processo promovido por João contra José pudesse ser julgado de 50 formas diferentes, com 50 sentenças diferentes, a depender da vara cível para a qual a petição inicial vier a ser distribuída.

O responsável para as inúmeras respostas ao mesmo problema não é o impróprio ônus da prova e suas regras. Felizmente, apesar de se ter notícias de que o Supremo Tribunal Federal está sendo composto pelo 12º Ministro, conhecido como VICTOR[813], o processo ainda é conduzido por um ser humano e não por um robô. Falível, sensível, honesto, desonesto, frustrado, altivo, alegre, triste, generoso, ciumento, ganancioso, gentil, corajoso, temeroso, em suma, gente, humano e instável e não por um objeto, estável, uniforme e insensível.

Se o processo é conduzido por um homem, felizmente, este ser complexo imprime subjetividade em todos os seus atos. Consequentemente, ao decidir um caso cível na comarca do Rio de Janeiro, estaríamos diante da possibilidade de 50 diferentes sentenças. São 50 cabeças, histórias, ideologias diferentes que, possivelmente, irão interpretar, cada um com a sua régua e métrica, o caso sob sua jurisdição.

Mas, quais seriam os caminhos percorridos pela mente desses 50 julgadores ao interpretar e valorar o produto do processo, *rectius*: a prova? Por que o juiz se convenceu

---

[813] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Notícias. **Presidente do Supremo apresenta ferramentas de inteligência artificial em Londres**. Publicado em 05 set. 2019. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=422699. Acesso em: 13 jan. 2020. “A ferramenta de Inteligência Artificial "VICTOR" e o Processo Judicial Eletrônico (PJe) foram apresentados pelo presidente do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), ministro Dias Toffoli, nesta quinta-feira (5), em Londres. A palestra faz parte do seminário “Novas Tendências do Direito Comum – Inteligência Artificial, Análise Econômica do Direito e Processo Civil”, que reúne profissionais do Direito, estudantes e acadêmicos do Brasil e do Reino Unido [...]”.

no caso de João e no de José, praticamente idêntico ao de João, julgou de forma diametralmente oposta?

Questionamos, ainda: a livre interpretação e valoração do produto do processo pelo juiz, o exercício deste convencimento então sem cordas, travas, amarras, ou seja, livre, não passa a ser arbitrário, a possibilitar até mesmo a inobservância das regras do ônus da prova? O juiz pode julgar para qualquer um dos dois lados. Sempre. O exercício do livre convencimento pelo julgador é subjetivo, é livre, é arbitrário e sem qualquer controle.

Pedindo socorro à história, retomamos o ano de 1793, em Paris, durante a segunda fase da Revolução Francesa. Quando Robespierre, antes de ser guilhotinado, assumiu a liderança do movimento, implementando "o período do Grande Terror", levou à forca seus amigos e companheiros, dentre os quais, Dalton[814].

Conforme explica Girolamo Monteleone, junto ao tribunal revolucionário constituído no biênio 1793-1795, a busca da verdade material, outrora financiada pelo sistema da prova legal, ou seja, da prova tarifada, passou a ser alimentada pelo exercício do livre convencimento do julgador. Por outro lado, essa nova metodologia de trabalho tinha um objetivo bem claro: "ottenere un risultado illegale fissato a priori"[815] [816].

---

[814] "Dissipados os perigos internos e externos, um núcleo de montanheses – os Indulgentes – dirigidos por Danton e Desmoutins, advogaram a criação de uma Junta de Clemência, a fim de acabar com o Terror e restabelecer o império da lei e da justiça. Contra eles ergueu-se a facção dos Raivosos (ou Exaltados), chefiados por Hébert; eram ateus e furiosos inimigos do catolicismo. Robespierre, aliado aos Indulgentes, liquidou primeiramente os Raivosos. Hébert e seus adeptos foram decapitados (março de 94). Dias depois, fêz com que Danton e seus amigos também fossem guilhotinados (abril). Era o apogeu do poderio de Robespierre. Sua terrível ditadura durou quase 4 meses. Foi o período do Grande Terror". BECKER, Idel. **Pequena história da civilização ocidental**. São Paulo: Dominus, 1965, p. 390.

[815] Tradução livre: "obter um resultado ilegal acordado *a priori*".

[816] Prossegue o autor: "Poiché qui interessado le prove, ed in particolare il principio di libero convencimento, ocorre prendere in exame la escazione ed il funzionamento del Tribunal révolutionnaire, risalenti al biennio 1793 – 1795, avendo próprio in esso trovato la prima e consapevole affermazione la ricerca della cd. Verittà materiale ed il libero convencimento in sostituzione del sistema della prova legale, che caratterizzava il processo civile e penale nelle epoche storiche precedenti [...] Il principio non viene introdotto ed usato per ragioni di giustizia, ovvero a tutela della libertà e della difesa dell'imputato, ma all'opposto fine di scavalcare quel mínimo di garanzie ancora rimaste nel processo in modo da ottenere un risultato illegale fissato a priori". MONTELEONE, Girolamo. **Studi in onore di Modestino Acone**. v. 1. Itália/Napoli: Jovene, 2010, p. 45-51. Tradução livre: "Em se tratando de provas, e sobretudo do princípio do livre convencimento, cabe examinar a execução e o funcionamento do Tribunal *révolutionnaire*, que remonta ao biênio de 1793 a 1795, tendo encontrado nele a primeira e consciente afirmação da busca pela verdade material e pelo livre convencimento em substituição ao sistema de prova legal, que caracterizava o processo cível e criminal em períodos históricos anteriores […] O princípio não foi introduzido e utilizado por razões de justiça, ou para proteger a liberdade e a defesa do acusado, mas, sobretudo, para ultrapassar as garantias ainda restantes no processo que findavam em um resultado ilegal fixado *a priori*".

Naquela época, os processos contra os *girondini* duravam apenas quatro dias. Por outro lado, como Robespierre temia que seu grande desafeto a partir daquela fase da Revolução pudesse conseguir sua absolvição, ao elaborar sua defesa, para obter a condenação almejada, por meio da Lei de 10 junho de 1794, em seu art. 8º, surgia o livre convencimento como meio de valoração da prova em substituição ao sistema da prova legal. Em outras palavras, Robespierre, então líder da Revolução naquela curva da história, para obter a condenação de Danton, faz inscrever o livre convencimento na legislação francesa que surgiu, então, como ferramenta de perseguição política e não como uma garantia do processo, ao viabilizar a condenação de Danton pelo tribunal revolucionário, em substituição ao sistema da prova legal[817].

Celso Agrícola Barbi, ao citar como exemplo o art. 401 do CPC/1973[818], segundo o qual a prova exclusivamente testemunhal não era admitida em contratos cujo valor ultrapassasse o décuplo do maior salário mínimo vigente no país, define o sistema da

---

[817] "La situazione, infatti, precipitò il 2 aprile 1794 quando Robespierre decise di sbarazzarsi del suo più pericoloso concorrente e rivale, vale a dire Danton, facendolo metere sotto processo davanti al tribunale rivoluzionario. Costui, in tal modo, veniva preso in contropiede rimanendo vitima di quella stessa trápola, che egli aveva ordito per i ed. nemici della rivoluzione. Senonché, egli ed i suoi amici, non erano uomini da farsi intimorire facilmente, ed il primo, inoltre, era dotato di una foga e di una eloquenza terribili, per cui, seguendo il suo esempio, tutti comiciarono a battersi come leoni innanzi al tribunale appellandosi al popolo, invocando decine di testimoni a favore, sbelleggiando i giudici, creando in una parola gravissime difficoltà al presidente ed al pubblico accusatore. Fouquier, temendo l'assoluzione degli imputati, prese carta e penna e scrisse, come al solito, alla Convenzione denunciado i pretesi difetti della legge e le remore processual, che gli impedivano di fare giustizia in modo rápido ed efficace [...] L'articolo 8 di questa legge sanciva in modo chiaro ed esplicito in matéria di prova i due principi, tra loro complementari, della ricerca della verità materiale e del libero convencimento del giudice [...] Quel che al giurista, ed in particolare al processualista, importa a questo punto osservare è lo stretto ed indissolubile legame che corre tra gli esposti principi e l'uso arbitrario ed illecito del processo per fini estranhei ad esso ed alla giustizia. Infatti, il vuoto normativo in mateeria di prove, e la sua sostituzione com dei principi astratti facenti apelo alla coscienza del giudice per la cd. ricerca della verità materiale, sono le condizioni indispensabili per sostituire alla certezza legittimamente acquisita nel processo attraverso i mezzi di prova regolati e voluti dalla legge il pregiudizio arbitrário formato al di fuori di esso". MONTELEONE, Girolamo. **Studi in onore di Modestino Acone**. v. 1. Itália/Napoli: Jovene, 2010, p. 51-52. Tradução livre: "De fato, em 2 de abril de 1794, Robespierre decidiu se livrar de seu concorrente mais perigoso e rival, Danton, que foi posto em julgamento no tribunal revolucionário. Dessa forma, ele foi surpreendido como vítima da mesma armadilha organizada contra seus inimigos da revolução. Contudo, ele e seus amigos não se intimidavam facilmente. Ele mesmo era dotado de fervor e eloquência temíveis, de modo que, seguindo seu exemplo, todos começaram a lutar como leões diante do tribunal, apelando ao povo, invocando dezenas de testemunhas a seu favor, zombando dos juízes, criando dificuldades gravíssimas para o presidente do tribunal e para o acusador. Fouquier, temendo a absolvição dos arguidos, pegou papel e caneta e relatou, como de costume, à Convenção as insuficiências da lei e as dúvidas processuais que o impediam de fazer justiça com rapidez e eficácia [...] O artigo 8 dessa lei sancionou de modo claro e explícito os dois princípios em matéria de prova, complementares entre si, da busca da verdade material e do livre convencimento do juiz [...] O que interessa ao jurista, e em particular ao processualista observar é o estreito e indissolúvel vínculo existente entre os princípios acima mencionados e o uso arbitrário e ilícito do processo para fins alheios a ele e à justiça. Efetivamente, o vazio jurídico em matéria de prova, assim como sua substituição por princípios abstratos que apelam à consciência do juiz para a busca da verdade material, são condições indispensáveis para substituir a certeza legitimamente adquirida no processo por provas reguladas e pretendidas pela lei com violação arbitrária instalada para além dela".

[818] BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. I. t. II. arts. 56 a 153. Rio de Janeiro: Forense, 1973, p. 533-534.

prova legal ou tarifada: “O legislador, tendo em vista a experiência comum, prefixa o valor de cada prova, restringindo a atuação do juiz a verificar, no caso concreto, o resultado apurado pela aplicação do critério legal; é a chamada prova tarifada”[819].

Por outro lado, no sistema da livre convicção, o juiz não tem sua atividade restringida, já que “este aprecia livremente as provas, sem qualquer limitação legal e lhes dá o valor que entender adequado”[820]. A discricionariedade do juiz ganha cor já que o seu livre convencimento poderá “considerar o depoimento de uma testemunha, como capaz de suplantar o valor de uma escritura pública, ou admiti-lo como bastante para provar determinada obrigação, independentemente do valor econômico desta”[821].

Por influência do direito germânico, as Ordenações de Portugal e os Códigos estaduais brasileiros deram predominância ao sistema da prova legal. Conforme explica Celso Agrícola Barbi, o art. 330 do Código de Minas Gerais reputava fazer a prova plena o depoimento de duas testemunhas: “recorde-se também o velho brocardo *testis unus yestis nullus*, que nega o valor da prova feita apenas por uma testemunha”[822].

Já o art. 118 do CPC/1939 adotou o sistema da livre convicção ou convicção íntima. Segundo o autor, o Código “adotou esse sistema, que é realmente o melhor, e que consta especialmente do art. 131 do Código atual”[823]. O art. 118 do CPC/1939 determinava:

> Na apreciação da prova, o juiz formará livremente o seu convencimento atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pela parte. Mas, quando a lei considerar determinada forma como da substância do ato, o juiz não lhe admitirá a prova por outro meio[824].

A diferença entre o art. 118 do CPC/1939 e o art. 131 do CPC/1973, então encampado pelo art. 371 do CPC/2015, é que em substituição à livre convicção, a convicção íntima, ou seja, sem fundamentação, o exercício do livre convencimento

---

819 BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. I. t. II. arts. 56 a 153. Rio de Janeiro: Forense, 1973, p. 533-534.
820 BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. I. t. II. arts. 56 a 153. Rio de Janeiro: Forense, 1973, p. 533-534.
821 BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. I. t. II. arts. 56 a 153. Rio de Janeiro: Forense, 1973, p. 534.
822 BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. I. t. II. arts. 56 a 153. Rio de Janeiro: Forense, 1973, p. 534.
823 BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. I. t. II. arts. 56 a 153. Rio de Janeiro: Forense, 1973, p. 535.
824 BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. I. t. II. arts. 56 a 153. Rio de Janeiro: Forense, 1973, p. 535.

deverá estar motivado. O art. 371 do CPC/2015 não comporta dúvidas: “O juiz apreciará a prova constante dos autos, independente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação do seu convencimento”[825].

Alessandro Lacoboni sustenta que o sistema da prova legal, ao contrário do que pensavam os iluministas, é que limitava o poder dos juízes. Voltaire, ao criticar a prova plena e a forma de se fracionar a prova, perguntava se existira uma meia verdade. Na verdade, os iluministas “che tuttavia non si nascosero certamente il problema del possibile arbítrio del giudice nell’esercizio dell´intima convinzione”[826] [827].

Hernando Davis Echandia aponta: “convicción íntima es lo mismo que convicción personal y, por conseguinte, que libre convicción”[828]. Segundo ele, as mesmas críticas dispensadas ao sistema da íntima convicção, deverão ser lançadas contra o sistema da apreciação razoável da prova porque significa: “Libertad para apreciar las pruebas de acuerdo con la lógica y las reglas de la experiencia que, según el criterio personal del juez, sean aplicables al caso. Em este punto existe unanimidad de conceptos”[829].

O autor critica o sistema do júri utilizado pelo *common law*. Como os jurados podem formar sua convicção independentemente da prova dos autos e sem a necessidade de fundamentar sua decisão, o autor via o júri “como um anacronismo em vias de desaparecer”. Para Eduardo J. Couture, o júri seria “una verdadera extravagancia

---

[825] “No sistema da livre convicção, também chamado de íntima convicção, o juiz é soberanamente livre quanto à indagação da verdade e apreciação das provas. A verdade jurídica é a formada na consciência do juiz, que não é, para isso, vinculada a qualquer regra legal, quer no tocante à espécie de prova quer no tocante à sua avaliação. A convicção decorre não das provas, ou melhor, não só das provas colhidas, mas também do conhecimento pessoal, das suas impressões pessoais, e à vista destas lhe é lícito repelir qualquer ou todas as demais provas. Além do que não está obrigado a dar os motivos em que funda a sua convicção nem os que o levaram a condenar ou absolver”. SANTOS, Moacyr Amaral. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. 4. Arts. 332-475. Rio de Janeiro: Forense, 1973, p. 20.

[826] Tradução livre: “que, contudo, não ocultaram o problema do possível arbítrio do juiz no exercício da íntima convicção”.

[827] Alessandro Lacoboni complementa: “Rispondeva ad una esigenza di legalità, ossia di assoluta prevalenza del momento normativo (inteso in senso ampio, come vuole la eoria del diritto comune) sull’esperienza del caso concreto. Esso si pone come una sorta di contrapeso al poere del giudice [...] Anche qui trovò alimento la necessità di meccanismi rigidi di predeterminazione legale, aborriti dagli illuministi, che tuttavia non si nascosero certamente il problema del possibile arbítrio del giudice nell’esercizio dell’intima convinzione”. LACOBONI, Alessandro. **Prova legale e libero convencimento del giudice**. Milão: Giuffrè, 2006, p. 4. Tradução livre: “Respondia a uma exigência de legalidade, ou seja, à prevalência absoluta da legislação (entendida em um sentido amplo, como estabelecido no direito comum) sobre a experiência do caso concreto. Trata-se de contrapeso ao poder do juiz [...] Encontra-se aqui a necessidade de mecanismos rígidos de pré-determinação legal, abominados pelos Iluministas, que não se esconderam do problema da possível arbitragem do juiz no exercício da íntima convicção”.

[828] Tradução livre: “convicção íntima é o mesmo que convicção pessoal e, por conseguinte, livre convicção”.

[829] Tradução livre: “Liberdade para apreciar as provas de acordo com a lógica e as regras da experiência que, segundo o critério pessoal do juiz, sejam aplicáveis ao caso. Neste ponto, existe unanimidade de conceitos”.

jurídica, en nuestro concepto”[830]. Em suma, o choque cultural, o choque entre *common law* e *civil law* fica claro na crítica desses dois autores ao sistema do júri, uma das pedras de toque do sistema jurídico americano[831].

Hernando Devis Echandia sustenta que só existem dois sistemas de valoração da prova: ou se trabalha com o sistema tarifado ou se busca caminhar com o sistema da íntima convicção[832].

Alessandro Lacoboni já sustenta a possiblidade de um sistema misto de valoração da prova. “Il principio del libero convincimento si conota, più che per uma sua definizione in positivo, per contrasto rispetto alla nozione di prova legale”. Segundo o autor, o CPC

---

[830] Tradução livre: “uma verdadeira extravagância jurídica, segundo nosso conceito”.

[831] “Consideramos que las características del juicio por jurado, que consisten en eximir al juez de hecho de la obligación de motivar su conclusión y en permitir que administren justicia gentes ignorantes enderecho, sicologia y lógica, e inclusive carentes de cultura general, no configuran un tercer sistema para la apreciación de las prueba, sino una modalidade de la libre apreciación, que hoy debe considerarse como un anacronismo en vías de desaparecer. Evidentemente el início por jurado se presta a la arbitrareidad o a ligerezas reñidas con la libertad para separarse de las regias de la experiencia y de la lógica, ni para acoger una conclusión que no le parezca razonablemente convincente, pues, por el contrario, son éstas exigências obvias e implícitas para todo jurado, sea o no capaz de cumplirias según el grado de su cultura; otra cosa es que por un mal ejercicio del cargo, frecuente sin duda, se olvide esta elemental consideración”. ECHANDIA, Hernando Devis. **Teoría general de la prueba judicial**. Bogotá: Victor P. Zavalia Editor, 1972, p. 97. Tradução livre: “Consideramos que as características do julgamento por júri, que consistem em eximir, de fato, o juiz da obrigação de motivar sua conclusão e em permitir que pessoas ignorantes em direito, psicologia, lógica e, inclusive, carentes de cultura geral administrem a justiça, não configuram um terceiro sistema para a apreciação das provas, mas uma modalidade da livre apreciação, que hoje deve ser considerada como um anacronismo em vias de desaparecer. Evidentemente, o julgamento por júri presta-se à arbitrariedade ou a lutas levianas com a liberdade para separar-se das regras da experiência e da lógica e não para acolher uma conclusão que não lhe pareça razoavelmente convincente, pois, ao contrário, são estas exigências óbvias e implícitas para todo júri, seja ou não capaz de cumpri-las segundo o grau de sua cultura; outra coisa é que, pelo mau exercício do cargo, frequente sem dúvida, se esqueça desta elementar consideração”.

[832] “De lo anterior se deduce: 1º) que no existen em realidade sino dos sistemas para la apreciación de las pruebas en el processo: el de la tarifa legal y el de la libre apreciación por el juez, denominación ésta que es la más aconsejable; 2º) que la libre apreciación debe ser razonada, crítica, basada em las regias de la lógica, la experiência, la sicologia, la sana crítica, y no arbitraria, requisitos que no es necessário exigirlos expresamente; 3º) que esse processo de convición debe explicarse en la motivación del fallo, para cumplir los requisitos de publicidade y contradicción, que forman parte del princípio constitucional del debido processo y del derecho de defensa; 4º) que el sistema de la libre apreciación presenta alguns modalidades cundo los encargados de juzgar son los llamados jurados de consciência, en cuanto están eximidosde motivar la decisión y Suelen ser personas de escassa cultura, especialmente em sicología, lógica y derecho, aunque sin embargo en algunos países, como Colombia, el juez de la causa tiene certo control sobre sus decisiones, ya puede rechazar el veredicto declarándolo contrario a la evidencia, a lo menos por una vez”. ECHANDIA, Hernando Devis. **Teoría general de la prueba judicial**. Bogotá: Victor P. Zavalia Editor, 1972, p. 100. Tradução livre: “Do anteriormente citado, deduz-se: 1º) que não existem, na realidade, senão dois sistemas para a apreciação das provas no processo: o da valoração da prova e o da livre apreciação pelo juiz, denominação esta que é a mais aconselhada; 2º) que a livre apreciação deve ser arrazoada, crítica, baseada nas regras da lógica, da experiência, da psicologia, da sana crítica, e não arbitrária, requisitos que não necessariamente devem ser exigidos de forma expressa; 3º) que se deve explicar esse processo de convicção na motivação da sentença, para cumprir os requisitos de publicidade e de contradição, que fazem parte do princípio constitucional do devido processo e do direito de defesa; 4º) que o sistema da livre apreciação apresenta algumas modalidades quando os responsáveis pelo julgamento são os chamados juízes leigos, enquanto estão eximidos de motivar a decisão e são, geralmente, pessoas de escassa cultura, especialmente em psicologia, lógica e direito, ainda que, não obstante, em alguns países, como Colômbia, o juiz do caso tem certo controle sobre suas decisões, uma vez que pode refutar o veredito declarando-o contrário à evidência, pelo menos uma vez”.

italiano, em seu art. 116, § 1º, permite o "prudente apprezzamento" pelo juiz, "salvo che la legge disponga altrimenti"[833].

A valoração da prova, o exercício da íntima convicção e do livre convencimento ou o uso da prova legal ou tarifada tem o seu ápice na elaboração da sentença. Segundo Giuseppe Chiovenda, a sentença é "o provimento do juiz que afirma existente ou inexistente a vontade concreta da lei alegada na lide"[834]. De qualquer forma, cada decisão, por mais simples que seja, leva consigo o exercício da convicção do julgador, pouco importando a metodologia empregada na sua elaboração e sua consequente fundamentação[835].

Para Eduardo J. Couture, ao examinar o conceito de sentença, o problema central do tema é definir sua natureza jurídica. Se a sentença seria a simples atuação ou aplicação da lei ao caso decidido, ou se a sentença "é uma norma nova que nasce no sistema jurídico, distinta da lei em sua essência e em seu conteúdo"[836]. E conclui: "Por outras palavras: se a jurisdição e a sentença são atividades meramente declaratórias do direito ou se são funções de caráter criador e produtivo de novas normas jurídicas"[837].

---

[833] LACOBONI, Alessandro. **Prova legale e libero convencimento del giudice**. Milão: Giuffrè, 2006, p. 6-7. Tradução livre: Alessandro Lacoboni já sustenta a possiblidade de um sistema misto de valoração da prova: "o princípio do livre convencimento caracteriza-se, para além de sua definição positiva, por contrastar com a noção de prova legal. O autor aponta que o § 1º do art. 116 do CPC italiano permite a prudente apreciação pelo juiz, a não ser que a lei determine de outro modo".

[834] Segundo Giuseppe Chiovenda, "a demanda judicial tendente à sentença, em particular, é o ato com que o autor requer que se verifique a existência de uma vontade concreta de lei que lhe garanta um bem ou a inexistência de uma vontade concreta de lei que lhe garanta um bem ou a inexistência de uma vontade concreta de lei que garanta um bem ao réu, com as eventuais disposições e consequências. CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. v. 1. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva & Cia., 1945, p. 232.

[835] Alexandre Câmara nos lembra que o conceito de sentença não é universal: "Chama-se sentença ao mais importante dos provimentos judiciais. Nos termos do que dispõe o § 1º do art. 203, "ressalvadas as disposições expressas dos procedimentos especiais, sentença é o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 485 e 487, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução". Esta definição legal, porém, não é imune a críticas, sendo relevante buscar-se determinar com mais precisão o conceito de sentença. Importa afirmar, pois, e em primeiro lugar, que o conceito de sentença não é universal, mas decorre do direito positivo. Assim, por exemplo, nada impediria que algum sistema processual pátrio, compreendido sistematicamente, trate este ato jurisdicional. E é importante estabelecer o conceito de sentença por uma razão de ordem prática: é que, proferida a sentença, torna-se possível a interposição de um recurso denominado apelação (art.1.009)". CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Gen/Atlas, 2018, p. 269.

[836] COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos do direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1946, p. 223.

[837] Eduardo J. Couture, ao escrever sobre a sentença, destaca dois outros pontos a serem examinados, mas que não guardam relação com o exame da função criadora da sentença: "Em segundo lugar, resolvida que seja a questão anterior, surge o problema de saber quais são as possibilidades de declaração ou de produção do direito: se todas as sentenças são igualmente declaratórias de situações jurídicas ou se todas elas produzem situações jurídicas. O tema leva naturalmente à classificação das sentenças definitivas em função do seu conteúdo. A aceitação, nas páginas subseqüentes, da classificação dominante, em sentenças declaratórias, condenatórias e constitutivas, deixa perceber, pelo seu simples enunciado, as diversas possibilidades de criação jurídica que se podem conter na sentença. Em terceiro lugar, surge a questão dos efeitos da sentença. Além dos efeitos de coisa

Como explica Moacyr Amaral Santos, “na formação da sentença, o juiz desenvolve um trabalho lógico de crítica dos fatos e do direito, do qual resulta a conclusão ou decisão”. Para parte da doutrina, como Ugo Rocco e João Monteiro, a natureza jurídica da sentença seria um simples ato de inteligência. “A sentença é o resultado de um trabalho lógico do juiz; é pois, um ato lógico e, portanto, um ato de inteligência”[838].

Para o autor, a doutrina majoritária, Giuseppe Chiovenda, Piero Calamandrei, Francesco Carnelutti, Enrico Redenti, Enrico Tullio Liebman, Gian Antonio Micheli, dentre outros, “sem negar que a sentença contém um ato de inteligência, um ato lógico, nela vê também, e especialmente, um ato de vontade”. “Com efeito, como conclusão, a sentença formula uma ordem, uma decisão, um “comando”. E finaliza[839]: “Na falta de lei reguladora da espécie, e cumprindo ao juiz dar decisão, a sentença que proferir não terá função declaratória do direito, mas a função criadora de direito”[840].

Ugo Rocco destaca a incidência de um ato de vontade do juiz na sentença[841]. Todavia, para o autor, o fato preponderante na atividade do julgador é um ato de inteligência:

> Un atto della intelligenza del giudice: ossia ogni sentenza deve sempre contenere un silogismo; ciò non toglie che vi siano sentenze le quali, oltrechè un sillogismo contengano purê um atto di volontà del giudice; ma quest’ultimo elemento non è essenziale al concetto di sentenza[842].

julgada e execução, que serão objeto de estudo mais desenvolvido nos capítulos competentes, cumpre abordar aqui o problema da chamada retroatividade das sentenças; trata-se de saber se a decisão retrotrai seus efeitos ao passado, ou se os projeta somente para o futuro”. COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos do direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1946, p. 223-224.

838 SANTOS, Moacyr Amaral dos. **Primeiras linhas de direito processual civil**. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 10-11.

839 SANTOS, Moacyr Amaral dos. **Primeiras linhas de direito processual civil**. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 12.

840 SANTOS, Moacyr Amaral dos. **Primeiras linhas de direito processual civil**. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 12.

841 ROCCO, Ugo. **Diritto processuale civile**. Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1936, p. 334-335.

842 Tradução livre: “Um ato da inteligência do juiz: ou seja, toda sentença deve sempre conter um silogismo; isso não significa a existência de sentenças contendo, além de um silogismo, também um ato de vontade do juiz; porém, esse último elemento não é essencial para o conceito de sentença”. Ugo Rocco conclui seu pensamento: “Il giudizio logico del giudice non èsostanzialmente diferente da quello di qualunque privato el quale voglia fare la stessa operazione logica del giudice; cosi ad. Es. Nelle conclusionali e nelle note aggiunte degli avvocati, questi fanno dei giudizi logici della stessa natura di quelli che farà il giudice emettendo la sentenza dopo aver esaminata la causa”. ROCCO, Ugo. **Diritto processuale civile**. Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1936, p. 334-335. Tradução livre: “O ato lógico do juiz não é substancialmente diferente daquele de qualquer indivíduo particular que deseja fazer a mesma operação lógica do juiz; assim, por exemplo, os advogados, em suas conclusões e notas aditadas, fazem ações lógicas da mesma natureza que aquelas feitas pelo juiz ao proferir a sentença após o exame da causa”.

O silogismo jurídico abraçado pela corrente defensora da natureza jurídica da sentença como um ato de inteligência não se sustenta, porque o juiz não realiza um simples trabalho de encaixe do caso concreto à norma abstrata prevista pelo legislador no trabalho de formação e elaboração de sua sentença.

Segundo Michele Taruffo, "o modelo silogístico não imprime a complexidade da atividade criativa do juiz, dado que dessa representa apenas a ossatura lógica". E, assim, conclui[843]: "O silogismo judicial não exaure o juízo, porque representa apenas o inter que o juiz segue para deduzir a decisão das premissas de fato e de direito, mas não compreende a atividade essencial ligada à fixação das premissas pelo juiz[844].

Em outras palavras, o silogismo jurídico serve para explicar apenas uma pequena parte do raciocínio do julgador ao plasmar sua íntima convicção.

Leonardo Greco sublinha o ato de vontade na formação da sentença no espírito do julgador: "não se sustenta mais a concepção silogística da elaboração da sentença, porque se reconhece que a atividade intelectual e cognitiva do juiz é muito mais complexa". O trabalho do juiz, segundo o autor, se desenvolve

> por sucessivas aproximações, das circunstâncias fáticas de que podem ser extraídas consequências jurídicas e das consequências jurídicas que podem ser extraídas de determinados fatos. [...] a sentença depreende-se da mente do juiz para ser uma manifestação de vontade do Estado na solução de determinado litígio, ou na tutela do direito que lhe foi submetido[845].

---

[843] TARUFFO, Michele. **A motivação da sentença civil**. Madri, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, 2015, p. 150.

[844] Segundo Michele Taruffo, o uso do silogismo jurídico é cabível só em "casos excepcionais": "Quanto ao uso do silogismo na atividade decisória, esse é sem dúvida possível, mas não se trata do único instrumento lógico necessariamente utilizável. Observe-se, contudo, que o silogismo é aplicável tão somente na medida em que as proposições que esse deve coligar apresentam determinadas características lógicas: isso leva a afirmar que somente em casos excepcionais o juízo de fato pode seguir uma ordem lógica dedutiva e que apenas raramente e dentro de limites muito restritos uma ordem dessa espécie determina a fixação da norma aplicável ao caso concreto. Em suma, a utilizabilidade da decisão silogística na estrutura do juízo tende a cifrar-se à fase em que se instaura a ligação entre norma já escolhida para a solução da lide e os fatos provados, donde a tendência de coincidir-se o momento em que opera o silogismo com o da subsunção". TARUFFO, Michele. **A motivação da sentença civil**. Madri, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, 2015, p. 150, 153-154.

[845] Leonardo Greco conclui o exame da questão, destacando a interação dialética da relação jurídica processual: "É possível afirmar que o trabalho intelectual do juiz é fenomenológico, dialético, de interação entre os fatos e o direito para encontrar a melhor composição entre eles. Portanto, moderadamente, não se sustenta mais a concepção silogística da elaboração da sentença, porque se reconhece que a atividade intelectual e cognitiva do juiz é muito mais complexa. Ela promove um diálogo incessante entre os fatos, o direito e os valores que inspiram o direito e que devem incidir sobre os fatos. Assim, a sentença exprime apenas o resultado desse longo percurso de trabalho intelectual, racional e empírico de construção lógica de fundamentos para chegar a uma conclusão sobre o acolhimento do pedido, que se desenvolve na mente do juiz". GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil** – processo de conhecimento. v. II. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 293.

Eduardo J. Couture[846] desenha as etapas de trabalho do raciocínio do juiz para que a sentença se depreenda, descolando-se da sua mente: “Uma primeira operação mental do juiz deriva dos próprios termos da demanda, consiste em determinar a significação extrínseca do caso que lhe é submetido”[847]. Em outras palavras, “trata-se de saber se, em um exame de plano, a pretensão deve ser acolhida ou rejeitada”[848].

Uma vez transposta a primeira etapa, o juiz, “tendo dado um resultado favorável à possível admissibilidade do caso, entra na análise dos fatos”. O julgador, forte no princípio da iniciativa das partes ou da demanda, “encontra diante de si o conjunto de fatos narrados pelas partes, em seus escritos preliminares de inicial e contestação”. Nesta fase, segundo Eduardo J. Couture, o juiz encontra “ainda as provas que as partes produziram para incutir-lhe a convicção da verdade e para facultar-lhe o exercício do controle das suas respectivas alegações”. “É neste aspecto que o trabalho crítico do juiz se desenvolve com maior profundeza e importância”, já que o julgador, na busca da verdade, “age como um autêntico historiador”, ao buscar reconstruir os fatos[849].

Piero Calamandrei, ao examinar o princípio do livre convencimento, sustenta que nesta etapa do raciocínio jurídico do julgador, admite-se que o juiz negue o direito da outra parte em produzir sua prova. Ora, segundo o autor, se a prova tem a finalidade de convencer o juiz, então para que produzir outras provas, se o julgador já está com a sua íntima convicção preenchida?[850]

---

[846] COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos do direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1946, p. 208.
[847] COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos do direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1946, p. 208.
[848] “Assim, por exemplo, se a inicial solicitasse o divórcio com vínculo em uma legislação que não consagrasse a dissolução do matrimônio, tal pretensão era de ser rejeitada sem se entrar no exame dos fatos. Se a inicial requer a falência de uma sociedade anônima em um regime como o do nosso país, em que tal falência não existe, não há que examinar o alcance dos fatos demonstrativos da cessação de pagamentos, porquanto a ação está privada de fundamento desde o primeiro instante, em sua mais simples definição jurídica. Muitos outros exemplos poderiam ser aduzidos com alcance semelhante”. COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos do direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1946, p. 208.
[849] COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos do direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1946, p. 209.
[850] “Se admite, ante todo, a base del principio de la libre convicción en que se inspira nuestro sistema probatório (iudici fit probatio: la prueba se da al juez, ya que se dirige precisamente a convencer al juez), que el juez puede legitimamente negarse a admitir nuevos medios de prueba, una vez que esté convencido de que la prueba há sido ya conseguida aliunde; lo cual encuentra confirmación en el mismo art.187 del C. p.c., que da al juez instructor el poder de remitir las partes ante el colégio, “si considera que la causa está madura para la decisión de mérito sin necesidad de medios de prueba” y, por tanto, a fortiori, el poder de declararia madura para la decisión de mérito, cuando, habiendo sido ya admitidas y asumidas algunas pruebas, le parezca que bastan ellas para formar su convicción, y que en consecuencia la instrucción puede ser declarada sin más agotada (art.188)”. CALAMANDREI, Piero. **Derecho procesal civil**. Buenos Aires: Edicines juridicas Europa-America, 1962, p. 331. Tradução livre: “Admite-se, em primeiro lugar, a base do princípio da livre convicção em que se inspira nosso sistema probatório (*iudici fit probatio*: a prova é entregue ao juiz, uma vez que visa a, justamente, convencer o juiz), que o juiz pode, legitimamente, negar-se a admitir novos meios de prova, desde que esteja convencido de que a prova já tenha sido obtida *aliunde*; o que

Uma vez determinados os fatos jurídicos, seguindo o raciocínio de Eduardo J. Couture, “cumpre entrar na determinação do direito aplicável”[851]. Segundo o autor, nesta terceira etapa, “o trabalho do juiz se apresenta árduo e difícil. A sua função essencial consiste em determinar se o fato, reduzido a um tipo jurídico, é aplicável à norma A ou à norma B;” [852]. Em outras palavras, esta operação chama-se na doutrina moderna “subsunção do fato na norma ou sob a norma”[853].

Por fim, a última etapa no esquema de Eduardo J. Couture seria a decisão. Neste momento, o autor pergunta qual seria o esquema do processo intelectual da sentença. Ora, seria o simples exercício do silogismo jurídico, “tem sido observado que não se trata de um simples esquema lógico”[854]. E explica: “porquanto o simples fato da eleição das premissas já é um problema de outra índole, que não cabe dentro do simples diagrama lógico, e que exige outra conceituação para o problema”[855].

Eduardo J. Couture sustenta que o raciocínio do julgador não se encerra em uma “pura operação de lógica”. Porque o juiz não é “uma máquina de raciocinar, nem a sentença uma cadeia de silogismos”. Até porque “a avaliação da prova exige, além do esforço lógico, a contribuição das ‘máximas de experiência’, apoiadas, no conhecimento que o juiz tem do mundo e das coisas”. Em resumo, o juiz, por meio do exercício do seu livre convencimento, plasmará o conteúdo da sua sentença por meio do seu ato de vontade, com a sua própria história de vida[856].

---

encontra confirmação no mesmo art. 187 do CPC, que confere ao juiz de instrução o poder de encaminhar as partes ao colégio, se considerar que o processo está maduro para a decisão de mérito sem necessidade de meios de prova e, portanto, *a fortiori*, o poder de declarar o processo maduro para a decisão de mérito quando, já tendo sido admitidas e assumidas algumas provas, lhe pareça que são suficientes para formar sua convicção e que, em consequência, a instrução pode ser simplesmente declarada esgotada (art. 188)”.

[851] COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos do direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1946, p. 212.

[852] COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos do direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1946, p. 212.

[853] “Se o contrato, configurado de maneira esquemática em seguida à análise dos fatos, pertence à categoria dos que só podem ser cumpridos pelo devedor ou se rege pelo princípio dos que podem ser cumpridos por terceiro; se o quase-delito acarreta a responsabilidade civil ou se rege pela norma que revela a obrigação de indenizar; se a posse do estado permite estabelecer a filiação; se a suspensão de pagamentos autoriza a declaração da falência, etc”. COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos do direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1946, p. 212.

[854] COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos do direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1946, p. 214.

[855] COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos do direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1946, p. 214.

[856] COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos do direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1946, p. 215.

Michele Taruffo sustenta que o ato de vontade do julgador "bifurca-se necessariamente em lógica do juízo, que significa racionalidade da escolha valorativa, e lógica da motivação, que significa justificação dessa escolha"[857].

O autor, ao examinar o logicismo na concepção do juízo, destaca que o sistema do *common law* é mais lógico que o sistema da *civil law*: "a individualização da *ratio decidendi* a partir dos precedentes abriu a estrada para a construção de um modelo que consistia fundamentalmente na combinação de um momento indutivo e de um momento dedutivo"[858]. Já na *civil law*, nos sistemas continentais, a concepção sistemática do ordenamento produz "um modelo lógico de raciocínio judicial, dado que o princípio ordenador do sistema é compreendido em uma perspectiva dedutiva e que a decisão é considerada uma consequência meramente lógica do sistema"[859].

Michele Taruffo[860], ao examinar a sentença e o exercício do livre convencimento do julgador ali espelhado na motivação da própria decisão, sustenta que o raciocínio decisório do julgador transpassa por cinco etapas. Na primeira delas, ocorre a individualização da *ratio decidendi.* Ou seja, o juiz escolhe como decidirá a causa, já que "as hipóteses de partida são constantemente reformuladas com especificações sempre maiores, até que estejam em condições de refletir, compreender o *thema probandum* em um modelo de decisão completo e orgânico"[861].

---

[857] TARUFFO, Michele. **A motivação da sentença civil**. Madri, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, 2015, p. 133.

[858] TARUFFO, Michele. **A motivação da sentença civil**. Madri, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, 2015, p. 134.

[859] "Nos sistemas continentais, caracterizados pela presença das codificações, a concepção sistemática e conceitual do ordenamento produz de seu turno um modelo lógico de raciocínio judicial: dado que o princípio ordenador do sistema é compreendido em uma perspectiva dedutiva e que a decisão é considerada uma consequência meramente lógica do sistema, semelhante modelo foi inevitavelmente aquele da dedução da solução válida para o caso concreto de uma norma geral e abstrata posta no sistema. Nada obstante as distinções oriundas das diferentes estruturas de cada um dos ordenamentos, bem como das diversas matrizes histórico-culturais a tendência geral do positivismo foi do mesmo modo aquela da esquematização da atividade do juiz em modelos lógicos, coerentes, seja com a concepção racionalista do ordenamento então dominante, seja com os filões prevalentes no âmbito cultural e filosófico da época". TARUFFO, Michele. **A motivação da sentença civil**. Madri, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, 2015, p. 134.

[860] TARUFFO, Michele. **A motivação da sentença civil**. Madri, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, 2015, p. 207-208.

[861] "A dialética do procedimento, por fim, não concerne apenas ao momento final acima descrito, mas também à estrutura do processo de *discovery* e *trial* que conduz aos modelos alternativos entre os quais o juiz escolhe a decisão [...] No limite, toda modificação ou especificação dos fatos e do direito da controvérsia, em qualquer fase do processo, opera provocando mutações nas hipóteses já formuladas no sentido de torná-las inadequadas e postular a formulação de novas hipóteses de decisão que tenham em conta os novos elementos. Ainda, o próprio procedimento implica passagem das hipóteses de decisão do indeterminado ao determinado: em função da especificação dos termos da controvérsia, efetivamente, as hipóteses de partida são constantemente reformuladas com especificações sempre maiores, até que estejam em condições de refletir, compreender e explicar o *thema probandum* em um

A segunda etapa do raciocínio decisório do julgador leva à busca da individualização da norma. Segundo Michele Taruffo:

> O problema da interpretação, naquilo que ora interessa, não está no conhecimento da norma pelo juiz, mas sim nas escolhas interpretativas que o juiz realiza para retirar de um enunciado normativo o critério para uma possível decisão da lide[862].

Esta etapa do raciocínio, segundo Michele Taruffo, "não se exaure em uma esquematização puramente lógica e, de outro, que esse não pode nem ao menos ser descrito apenas como uma série de juízos de valor"[863].

Na terceira fase, o raciocínio do julgador começa a apurar os fatos. Segundo o autor, "costuma-se dizer corriqueiramente que a apuração dos fatos resulta não tanto de um procedimento lógico-cognitivo, mas sim (preponderante ou exclusivamente) de juízos de valor"[864]. Para Michele Taruffo, "deve-se ter em conta a ideologia do legislador, que se traduz essencialmente na maneira como são individualizados e delimitados os espaços de escolha discricionários reservados ao juiz com relação a tudo que diz respeito ao juízo de fato"[865].

O raciocínio do juiz começa a qualificar juridicamente o suporte fático então filtrado pelos valores do julgador esculpidos em sua história de vida. Nesta quarta fase da metodologia de trabalho do raciocínio do julgador, segundo Michele Taruffo[866]:

---

modelo de decisão completo e orgânico". TARUFFO, Michele. **A motivação da sentença civil**. Madri, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, 2015, p. 207- 208.

862 TARUFFO, Michele. **A motivação da sentença civil**. Madri, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, 2015, p. 211.

863 TARUFFO, Michele. **A motivação da sentença civil**. Madri, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, 2015, p. 213.

864 TARUFFO, Michele. **A motivação da sentença civil**. Madri, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, 2015.

865 Nesta fase do raciocínio do juiz, Michele Taruffo sustenta que o princípio do livre convencimento manifesta a abertura a um juízo "mais aderente às peculiaridades do caso concreto: "Em contraste, o princípio do livre convencimento manifesta a abertura a um tipo de juízo mais aderente às peculiaridades do caso concreto, no qual um juiz imaginado como "racional" e privado de preconceitos pode melhor estabelecer a efetiva verdade dos fatos. De seu turno, a respeito da ideologia a respeito da "verdade", são também as técnicas de regulamentação dos poderes de iniciativa instrutória, que se colocam entre dois extremos, constituídos do princípio do total monopólio das partes sobre a disponibilidade das provas (segundo a qual a verdade judicial é aquela deseja pelas partes) e o princípio inquisitório (segundo o qual se persegue a verdade material e o juiz pode, assim, exercer todos os poderes instrutórios eventualmente necessários a esse fim)". TARUFFO, Michele. **A motivação da sentença civil**. Madri, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, 2015, p. 219.

866 TARUFFO, Michele. **A motivação da sentença civil**. Madri, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, 2015, p. 224.

> A qualificação jurídica dos fatos da causa dentro de um determinado modelo de decisão constitui, portanto, o resultado de um procedimento complexo, mediante transformações dialéticas orientadas pelas preposições de fato e pelos critérios normativos de juízo[867].

E conclui[868]: "Permite estabelecer uma espécie de correspondência semântica entre o suporte fático concreto e um dos suportes fáticos abstratos resultantes da interpretação da norma"[869].

Por fim, a quinta fase do raciocínio do juiz se encerra na decisão. Neste momento, o juiz buscará fundamentar seu raciocínio, objetivando:

> A maior solidez lógica de uma hipótese, a valoração dos efeitos de "justiça substancial" que essa produz em nível geral, a previsão das consequências que dessa derivam sobre o caso concreto, a sua coerência com o "sistema" ou com os precedentes, a sua correspondência com o *petitum* formulado pelas partes, a sua capacidade de exaurir os termos de fato e de direito da controvérsia[870].

Michele Taruffo finaliza: "aqui se repete, portanto, a combinação de fatores lógicos, criativos e valorativos, assim como a estrutura dialética do procedimento deliberativo"[871].

A liberdade do raciocínio do julgador espelhado em sua sentença leva a uma outra relevante discussão da doutrina, a qual já examinamos ao analisarmos o exercício da jurisdição e da relação jurídica processual pelos árbitros: saber se o direito contido na sentença é o mesmo direito então contido na lei, ou se se refere a um outro direito, diferente, que se forma com a sentença. Para Eduardo J. Couture, a importância deste problema excepcional é um dos temas "que mais atração tem exercido sobre os escritores de teoria geral e de filosofia do direito"[872].

O autor[873] lembra, ainda, que no pensamento de Aristóteles, o juiz "representa a justiça viva e personificada". O "juiz de Aristóteles é, portanto, um árbitro que, de acordo

---

867 TARUFFO, Michele. **A motivação da sentença civil**. Madri, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, 2015, p. 224.
868 TARUFFO, Michele. **A motivação da sentença civil**. Madri, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, 2015, p. 225.
869 TARUFFO, Michele. **A motivação da sentença civil**. Madri, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, 2015, p. 225.
870 TARUFFO, Michele. **A motivação da sentença civil**. Madri, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, 2015, p. 227.
871 TARUFFO, Michele. **A motivação da sentença civil**. Madri, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, 2015, p. 227.
872 COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos do direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1946, p. 225.
873 COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos do direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1946.

com as leis, dirime o conflito dentro de um espírito social de pacificação". Já no século XVIII, com a Revolução Francesa, o juiz passou a ser "a boca que profere as palavras da lei"[874]. E conclui: "Somente a partir de fins do século XIX é que se nota uma reação contra essa poderosa corrente de pensamento, que vê na sentença tão somente a mera declaração de um direito preexistente ao processo"[875].

Para Eduardo J. Couture, o raciocínio do julgador em sua decisão, mediante o exercício do livre convencimento, cria sim a norma para o caso concreto, porque o juiz

> aplica a lei aplicável; mas o decidir qual seja a lei aplicável implica uma seleção entre as diversas normas eventualmente aplicáveis. [...] a apreciação da prova é uma operação de natureza crítica que pressupõe uma atitude de avaliação jurídica, a qual também compete ao magistrado[876].

Carlos Maximiliano, ao examinar a teoria da livre indagação, observa que o julgador "exerce função relativamente criadora, como as câmaras, desde que não se pode abster-se de decidir, como alegar obscuridade ou silêncio da lei" [877]. Consequentemente, "não menos criadora, em termos, é a escola tradicional de hermenêutica ao fazer observar não só o que o legislador quis, mas também o que ele quereria se previsse o caso em apreço"[878].

O exercício do livre convencimento pelo julgador para não representar arbítrio – já que o processo de decisão passa pela sua íntima convicção sem qualquer controle, até porque, logicamente impossível exercê-lo – precisa ter algum limite, freio ou rédeas. Ao examinarmos a definição do conceito do livre convencimento formulada por Cândido Rangel Dinamarco[879], citando o CPC/1973, esse limite fica evidente: "Princípio do livre convencimento, que dá ao juiz liberdade para examinar os resultados da prova segundo

---

[874] COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos do direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1946, p. 229.
[875] Eduardo J. Couture, citando Hans Kelsen, lembra que a jurisdição de função constitutiva e, assim, o julgador, com o seu raciocínio abstrato, ou melhor, no exercício do seu livre convencimento, produz a norma para o caso concreto: "A função da chamada jurisdição", diz Kelsen, "é absolutamente constitutiva, é produção jurídica no sentido próprio da expressão. A sentença judicial é uma norma jurídica geral ou abstrata, é a continuação do processo de produção jurídica do geral para o particular". COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos do direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1946, p. 229.
[876] COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos do direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1946, p. 232-233.
[877] MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 66-71.
[878] MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 66-71.
[879] DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. v. II. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

sua própria capacidade perceptiva e atento ao que consta dos autos, motivando sua decisão (art. 131 cc art. 458, II)"[880].

O livre convencimento precisa ser motivado na parte em que é possível motivá-lo, até porque nunca será possível entender o que fez o juiz decidir pela procedência ou improcedência do pedido, isto é um segredo. Será possível entender como o resultado da escolha do julgador foi fundamentado. De qualquer forma, como a fundamentação passa a ser subjetiva, nunca compreenderemos a lógica do magistrado ao decidir, mesmo porque a sentença só explicita a lógica da motivação.

Francesco Conte[881], em obra de fôlego, examinou detidamente a motivação da sentença no processo civil abarcando o intersubjetivo do julgador no processo de formação de sua decisão. O autor demonstra que o livre convencimento é um conceito absolutamente indeterminado e, consequentemente, não poderá servir como régua, caminho, definição para fundamentar uma suposta violação a um laudo arbitral. Segundo o autor, "não parece que, em muitos ensejos, a causa determinante (o motivo real) do *decisum* não apareça expressamente na motivação gráfica, senão que permaneça oculta no encorajamento do juiz"[882].

Mas o que seria motivar? Segundo Francesco Conte, "motivar é indicar os motivos, os quais são de natureza psicológica, concreta, na ação humana em geral e na função jurisdicional em particular [...] Convencer é vencer junto com o outro, de maneira racional"[883]. E, a metodologia para racionalizar a decisão impõe ao juiz "o dever de

---

[880] DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. v. II. 6. ed. São Paulo: Malheiros, p. 201.

[881] CONTE, Francesco. **Sobre a motivação da sentença no processo civil**. Rio de Janeiro: Gramma, 2016.

[882] Francesco Conte avalia como a subjetividade do julgador passa a imperar quando o juiz de trabalho forma sua sentença: "Nessa moldura, o ser humano (e o juiz é humano!) tende a inclinar-se naturalmente para o norte de sua intuição, a buscar refúgio na trincheira da percepção. Como método para atalhar e ancorar sua impostergável decisão, o juiz intenta socorro em seus tirocínios pretéritos, matizados por situações análogas, configuradoras de imagens já experimentadas, plasmadas de vivências conscientes (*id est*, máximas de experiência, lógica, racionalidade) e inconscientes (*i.e.*, operações sub-reptícias, as quais desfiguram a colheita da prova e sua valoração, corrompendo, assim, a justeza da decisão). O juiz, ao invés de aplicar glacialmente as regras sobre carga da prova (por exemplo: o ônus da prova incumbe ao autor, no que toca ao fato constitutivo de sua pretensão, ou ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo da mesma), não resiste ao impulso de seguir sua intuição, garimpa os indícios no conjunto de elementos probatórios encontrados nos autos. A própria deliberação de acorrer-se da intuição é, não raro, adquirida inconscientemente. Semelhante atalho de presunções, quiçá em cascata, arrosta riscos, resulta perigoso e pode conduzir a graves erros. Não por nada, influentes vozes doutrinárias preconizam que a intuição deva ser desterrada cabalmente do terreno da valoração da prova. Vale dizer: o apreçamento do juiz deve prestigiar exclusivamente a racionalidade". CONTE, Francesco. **Sobre a motivação da sentença no processo civil**. Rio de Janeiro: Gramma, 2016, p. 442.

[883] CONTE, Francesco. **Sobre a motivação da sentença no processo civil**. Rio de Janeiro: Gramma, 2016, p. 440-441.

explicitar os argumentos lógicos que influenciaram sua convicção". Até porque "o diálogo do juiz com os elementos de prova hospedados nos autos do processo há de ser crível, aceitável e presidido pela razoabilidade: conforme a razão"[884].

Francesco Conte explica que o respeito à fórmula da livre convicção leva a três severas restrições: "obrigatoriedade de motivação, racionalidade (não emocional) da justificação e vinculação estrita aos elementos concretos abrigados nos autos do processo, de arte a consoná-la com a garantia fundamental do devido processo legal"[885].

Nesta linha de raciocínio, a "legitimidade ao convencimento judicial" é "animado pelo contraditório processual, na prospecção da descoberta da verdade possível (não absoluta)"[886].

O dever de motivação emerge com a Revolução Francesa. Para Michele Taruffo, "à praxe judiciária do *ancien régime* era totalmente estranho o instituto da motivação". O princípio da obrigatoriedade da motivação "é sancionado pela primeira vez pelo art. 15, tít. V, da Lei de 16 de agosto de 1790 sobre a organização judiciária e é posteriormente afirmado no art. 208 da Constituição do ano III"[887].

O autor explica[888] que o dever de motivação "não descende de uma elaboração doutrinária e filosófica-política, mas, essencialmente, de uma situação política concreta e dotada de uma fisionomia particular, como aquela que se verifica com o início da revolução"[889]. Para o autor, "o dever de motivação ganha o mundo com a influência da Revolução Burguesa, passando a dar escrito em inúmeras legislações de um sem número de países"[890].

Por outro lado,

> uma característica constante da história dos ordenamentos processuais de *common law* é representada pela ausência do dever de motivação. [...] A

[884] CONTE, Francesco. **Sobre a motivação da sentença no processo civil**. Rio de Janeiro: Gramma, 2016, p. 440-441.
[885] CONTE, Francesco. **Sobre a motivação da sentença no processo civil**. Rio de Janeiro: Gramma, 2016, p. 438-440.
[886] CONTE, Francesco. **Sobre a motivação da sentença no processo civil**. Rio de Janeiro: Gramma, 2016, p. 441.
[887] TARUFFO, Michele. **A motivação da sentença civil**. Madri, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, 2015, p. 280
[888] TARUFFO, Michele. **A motivação da sentença civil**. Madri, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, 2015.
[889] TARUFFO, Michele. **A motivação da sentença civil**. Madri, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, 2015, p. 281.
[890] TARUFFO, Michele. **A motivação da sentença civil**. Madri, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, 2015, p. 281.

> experiência inglesa levou à formação de um sistema pelo qual a coerência interna tornava desnecessária a imposição do dever de motivação[891].

A coerência do sistema decorre do *stare decisis* e, no caso, opera-se com as palavras do autor:

> A consolidação da doutrina do precedente vinculante: é evidente, de fato, que o sistema do *stare decisis* é possível apenas quando o precedente não é constituído por um *dictum* imotivado, mas contenha, pelo contrário, a individualização expressa da *ratio decidendi* sobre a qual se funda a decisão[892].

Michele Taruffo[893] defende ainda que a decisão do julgador deverá apresentar motivação racional:

> O conceito de racionalidade do juízo é a síntese de uma dupla ordem de requisitos atinentes à racionalidade das operações que produziram os enunciados que o constituem à racionalidade das respectivas conexões contextuais[894].

Assim, "não se trata de um juízo de racionalidade, ao menos que o intérprete assuma os valores em que crê como cânones absolutos da razão: trata-se, pelo contrário, de uma apreciação valorativa e substancialmente ideológica"[895]. Isso porque "visa a estabelecer se a decisão é "justa", "útil", ou "boa" do ponto de vista da tábua de valores éticos, sociais e políticos que constituem a ideologia do juiz"[896].

O dever de motivar racionalmente a decisão tem dupla função. Fala-se em função extraprocessual e endoprocessual. A primeira, como explica Michele Taruffo, "consiste em tornar possível o controle externo, por parte da opinião pública e da sociedade em

---

[891] TARUFFO, Michele. **A motivação da sentença civil**. Madri, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, 2015, p. 295-296.

[892] TARUFFO, Michele. **A motivação da sentença civil**. Madri, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, 2015, p. 298.

[893] TARUFFO, Michele. **A motivação da sentença civil**. Madri, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, 2015.

[894] TARUFFO, Michele. **A motivação da sentença civil**. Madri, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, 2015, p. 232.

[895] TARUFFO, Michele. **A motivação da sentença civil**. Madri, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, 2015, p. 232.

[896] Michele Taruffo aponta três cânones de racionalidade: "Um primeiro cânone de racionalidade é constituído pelo conjunto das regras lógicas e das respectivas condições de aplicação. Como já se observou anteriormente, a lógica não exaure o raciocínio do juiz, mas tampouco é estranha a esse, representando, aliás, um instrumento indispensável em diversos setores das operações compreendidas no *iter* decisório [...] Um segundo cânone de racionalidade é constituído pela chamada *Sachlogik* dos juristas, que abarca os tradicionais argumentos alógicos ou quase-lógicos, a metodologia sistemática da *Konstruktion*, o método tópico de formulação da *quaestio* e de recuperação dos materiais úteis para resolvê-la [...] Em terceiro lugar, o problema da racionalidade incide especificamente sobre as escolhas de valor que o juiz efetua ao longo do iter decisório e que concernem seja à solução de problemas, seja à assunção de diretivas destinadas à solução de problemas". TARUFFO, Michele. **A motivação da sentença civil**. Madri, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, 2015, p. 232.

geral, a adequação e a legalidade da decisão". Já a função endoprocessual serve às partes e, eventualmente, ao Tribunal em caso de apresentação de recurso contra a decisão. Na ausência de fundamentação, Michele Taruffo entende que a decisão é inexistente porque não atingiu a sua principal função, que é a função extraprocessual da motivação, ou seja, esclarecer a opinião pública, a motivação da decisão de forma que todos possam compreendê-la[897].

Em outro trabalho sobre o tema, Michele Taruffo sustenta que a decisão deverá ser redigida de modo simples, a fim de que o exercício do livre convencimento possa ser compreendido por um *uditorio universale* e não apenas por um *uditorio specializzato*. No caso, conforme aponta o autor, o princípio da participação popular na administração da justiça leva para essa direção, impondo uma decisão compreensível racionalmente para um auditório universal[898].

Moacyr Amaral Santos[899] explica que a motivação da decisão de forma racional espelha, em parte, a formação da convicção do julgador: "a convicção decorre não das provas, ou melhor, não só das provas colhidas, mas também do conhecimento pessoal,

---

[897] Michele Taruffo destaca que a publicidade é a pedra de toque para que a função extraprocessual da decisão possa atingir seu objetivo, dando ciência à sociedade sobre a formação do seu direito: "Inicialmente, existem duas concepções distintas a respeito do papel da motivação e das finalidades a que essa responde, cada qual com suas correlatas implicações culturais e ideológicas igualmente diferentes. Segundo a primeira dessas, a função precípua da motivação e, portanto, a *ratio* fundamental do seu dever, consiste em tornar possível o controle externo, por parte da opinião pública e da sociedade em geral, da adequação e da legalidade da decisão. Nessa perspectiva, que não nega a função endoprocessual da motivação, mas centra-se no seu aspecto extraprocessual, são corolários inevitáveis o princípio da total publicidade da motivação e a impossibilidade de o seu respectivo dever sofrer qualquer tipo de limitação. A motivação configura-se, assim, como um componente essencial do provimento jurisdicional, independentemente da orientação do juiz e do interesse das partes em cada caso, dado que a possibilidade de controle externo sobre o modo com que o juiz exerce o poder que lhe é atribuído pode subsistir apenas se ilimitada e incondicionada. No fundo dessa concepção está não tanto a cultura jurídica do iluminismo global e genericamente considerada, quanto mais especificamente a ideologia política do iluminismo democrático, cuja manifestação mais coerente e completa aparece na legislação revolucionária da França". TARUFFO, Michele. **A motivação da sentença civil**. Madri, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, 2015, p. 286-287.

[898] "La motivazione deve essere invece potenzialmente direta all' 'uditorio universale" in un'accezione concreta e storicizzata del termine, ossia al citadino di media cultura nel luogo, nel tempo e nel contesto socio-culturale nel quale la decisione viene pronunciata. Ciò equivale a dire che nel motivarei l giudice non deve comportarsi come orgno burocrático che redige formalmente uno Staatsakt, o come giurista che si rivolge exclusivamente al ceto dei giuristi, ma come uome médio del suo tempo, che nel dar conto del modo in cui exercita la própria funzione si rivvolge all'ambiente sociale nel qual ela decisione è destinata ad operare". TARUFFO, Michele. **Participação e processo**. São Paulo: RT, 1988, p. 50. Tradução livre: "A motivação deve ser direcionada para o 'auditório universal' em uma acepção concreta e histórica do termo, ou seja, para o cidadão de cultura média presente no lugar, no tempo e no contexto sociocultural em que a decisão é proferida. Em outras palavras, o juiz não deve se comportar como um órgão burocrático que redige formalmente um Staatsakt, ou como um jurista que se dirige exclusivamente aos seus pares, mas como um homem médio de seu tempo que, consciente da sua função, dirige-se ao ambiente social em que opera a decisão".

[899] SANTOS, Moacyr Amaral. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. 4. Arts. 332-475. Rio de Janeiro: Forense, 1973, p. 20.

das suas impressões pessoais, e à vista destas lhe é lícito repelir qualquer ou todas as demais provas"[900].

O autor sustenta que "a verdade jurídica é a formada na consciência do juiz, que não é, para isto, vinculada a qualquer regra legal, quer no tocante à espécie de prova quer no tocante à sua avaliação"[901].

Giulio Ubertis afirma que o livre convencimento é usado normalmente como valoração da prova. Na verdade, o livre convencimento confunde-se com o ônus da prova em algum momento da formação da sentença pelo juiz ao valorar a prova e, assim, se transforma em uma regra de decisão. O problema, segundo o autor, e como também já alertado por Moacyr Amaral dos Santos, começa a ocorrer quando o livre convencimento permite superar o princípio da legalidade da aquisição da prova, a demonstrar que o livre convencimento é um cavalo sem amarras ou rédeas. A partir daí, ninguém o segura[902].

---

[900] SANTOS, Moacyr Amaral. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. 4. Arts. 332-475. Rio de Janeiro: Forense, 1973, p. 20.

[901] SANTOS, Moacyr Amaral. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. 4. Arts. 332-475. Rio de Janeiro: Forense, 1973, p. 20.

[902] "In sintesi, per un verso, il libero convicimento non può essere intenso come "una vorace potenza superlogica, che trae il próprio alimento da tutto ciò che anche per solo istante sai comparso sulla scena del processo": solamente quanto ritualmente acquisito può essere usato per la decisione, preché "il convicimento è 'libero' nell'ambito del processo; ma, nell'ambito del processo, ci sta ciò che ci può legitimamente stare"né"il principio del libero convicimento [...] può servire a suoerare il rispetto della legatià (tipicità) nelle modalità di acquisizione dele prove". Per l'altro verso, tale cânone" alude [...] ad un método di valutazione dele prove in cui la discrezionalità implica la razionelità, e questa implica a sua volta un apprezzamento analítico e completo di tutti gli elementi che, incidindo sul valore cognoscitivo che il giudice attribuice alla prova, sono in ultima analísi determinante ai fini dell' accertamento (rectus:"della ricostruzione") giudiziale dei fatti" [...] Infine, va segnalato come non risultino esisteni norme diretamente regolatrici della valutazione probatória complessiva. Anche laddove vengano contemplate regole di decisione (o di giudizio), con cui sia sancito – come in taluni sistemi processualcivilistici, soprattutto scandinavi – che occorra un grado di conferma per l'ipotesi ricostruttiva sostenuta dalla parte, "stabilendo che il giudice deve considerarlo suficiente per ritenere provato un fato", oppure – in âmbito penale anglosassone, recentemente ed explicitamente seguito da quello italiano (art. 533 comma 1 c.p.p.) – che, per giungere alla condanna, l'imputato debba risultare "colpevole del reato contestatogli al di là di ogni ragionevole dubbio", ciò non attiene alla disciplina del convencimento; afferisce, invece, alla previsione, appunto come regola decisória, di livelli "probatori da raggiungere affinché si possa ritenere soddisfato l'onere della prova o, se si preferisce, evitato il rischio della mancata prova"; spetta comunqye al giudice "determinare in ultima analisi il valore probante dei fatti e quindi stabilire se nel caso concreto sai stato raggiunto il 'grato' di prova richiesto dalla legge". UBERTIS, Giulio. **Profili di epistemologia giudiziaria**. Milão: Giuffré, 2015, p. 164; 166-167. Tradução livre: "Em suma, por um lado, o livre convencimento não pode ser entendido como "um poder voraz superlógico que se alimenta de tudo o que esteve presente, mesmo que por um instante, no cenário do processo": apenas o ritualmente adquirido pode sustentar a decisão, pois "o convencimento é 'livre' no interior do processo; encontra-se nele aquilo que é legítimo de estar" nem "o princípio do livre convencimento [...] pode ser usado para superar o respeito à legalidade (caráter típico) nas modalidades de aquisição das provas". Por outro lado, tal cânone "alude a [...] um método de valoração da prova em que a discricionariedade acarreta a racionalidade; esta, por sua vez, implica uma apreciação analítica e completa de todos os elementos que, afetando o valor cognitivo que o juiz atribui à prova, são em última análise determinantes para a apuração (*rectus*: "da reconstrução) judicial dos fatos [...]" Por fim, observa-se que não existem normas que regulem diretamente a valoração global dos documentos comprovativos. Também nas situações em que regras de decisão (ou de julgamento) são contempladas, com as quais seja homologado – como em alguns sistemas processuais civis, sobretudo os escandinavos – que exista um grau de confirmação para a hipótese reconstrutiva sustentada pela parte, estabelecendo que o juiz deve considerá-la suficiente para provar um fato, ou ainda – no âmbito penal anglo-saxão, recentemente e explicitamente seguido pelo

José Carlos Barbosa Moreira, ao escrever sobre a motivação da decisão, lembra que determinada "dose de subjetividade afigura-se impossível de eliminar por completo de um procedimento mental obviamente influenciado pelas peculiaridades do psiquismo de cada juiz", até porque a livre valoração da prova "não significa, é claro, arbítrio judicial na reconstituição dos fatos. A rigor, talvez nem seja próprio aplicar o adjetivo 'livre', consoante não raro se faz, ao convencimento do juiz"[903].

Discordamos, entretanto, de José Carlos Barbosa Moreira, uma vez que o livre convencimento do juiz, mesmo que motivado, poderá levar até a deturpações de fatos costurados com a linha da imaginação.

O livre convencimento permite que o magistrado escolha a sua decisão e, em seguida, fundamente ou não sua escolha. Quando sustentamos a possibilidade de o magistrado se omitir em um ponto de sua decisão, podemos afirmar que se trata de fato usual e patrocinado pela jurisprudência defensiva dos tribunais, no sentido de que o órgão julgador não precisa examinar todos os fundamentos alegados pelas partes, bastando que a decisão seja fundamentada, pouco importando a lógica do raciocínio do julgador, suas omissões e as deturpações dos fatos. Afinal, o papel aceita tudo[904].

Como informa José Carlos Barbosa Moreira, o julgador no exercício do seu livre convencimento, só não poderá assaltar à lógica e às regras da natureza, até porque "transparece em recomendações como a de que o julgador respeite as leis da lógica e as da natureza, tais quais a ciência as revela, e as denominadas máximas de experiência"[905]. E, assim, conclui sobre as máximas de experiência: "Neste plano inscreve-se a noção empregada com tanta frequência no mundo de fala castelhana para designar o conjunto das regras de que se deve valer o juiz na apreciação da prova"[906].

---

italiano (art. 533, parágrafo 1 do Código de Processo Penal italiano) – que, para chegar à condenação, o acusado deve ser "culpado do crime a ele atribuído para além de qualquer dúvida aceitável". Isso não pertence à matéria do convencimento; refere-se, sim, ao prognóstico, como regra de decisão, de níveis probatórios a serem atingidos para satisfazer o ônus da prova ou, alternativamente, para evitar o risco de falta de prova"; em todo caso, cabe ao juiz "determinar em última análise o valor probatório dos fatos e, portanto, estabelecer se, no caso específico, foi alcançado o "grau" de prova exigido por lei".

[903] MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual** (segunda série). A motivação da sentença como garantia inerente ao Estado de Direito. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 6.

[904] A deturpação de matéria fática pelos acórdãos dos tribunais, muitas vezes, acaba impedindo o êxito de inúmeros recursos excepcionais por força da matéria fática então rediscutida.

[905] MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual** (segunda série). A motivação da sentença como garantia inerente ao Estado de Direito. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 6.

[906] MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual** (segunda série). A motivação da sentença como garantia inerente ao Estado de Direito. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 6.

O livre convencimento deverá ser apresentado pelo julgador por meio de um discurso lógico. Conforme sustenta Francesco Conte, apesar de a motivação não ter o escopo de reproduzir "fielmente o processo mental desenvolvido pelo juiz para, como fio de Ariadne, alcançar sua decisão, a justificação é um procedimento do discurso prático racional, isto é, o juiz deve aduzir boas razões em favor de determinada entidade linguística (*v.g*, uma conclusão, um juízo, uma norma")[907].

José Carlos Barbosa Moreira aponta que a motivação é uma garantia inerente ao Estado de Direito. Segundo o autor, o exercício do livre convencimento plasmado em parte na motivação da decisão, "começa por ministrar elementos para a aferição, *in concreto*, da imparcialidade do juiz"[908]. E conclui: "Só pelo exame dos motivos em que se apoia a conclusão, poder-se-á verificar se o julgamento constitui ou não o produto da apreciação objetiva da causa, em clima de neutralidade das partes"[909]

Nesta linha de raciocínio, quando se fala em garantias inerentes ao Estado de Direito, em sede de procedimento arbitral, o parágrafo 2, do artigo 21, da Lei de Arbitragem, impõe a observância do principio do livre convencimento com garantia do processo justo no curso da relação procedimental.

---

[907] "A motivação jurídica não tem por escopo reproduzir fielmente o processo mental desenvolvido pelo juiz para, como fio de Ariadne, alcançar sua decisão. Ou seja: a motivação não representa uma historiografia da decisão. A motivação exibe a natureza de validade dos critérios de escolha ou de valoração empregados pelo juiz para formular a melhor solução para a justa composição do conflito intersubjetivo. Vale dizer: a função da motivação é articular razões idôneas para justificar o decisório, por força, em ótica habermasiana, não apenas de argumentos intrinsecamente qualitativos, senão também da estrutura do processo argumentativo. O raciocínio decisório exibe características valorativas e deliberativas, ao passo que a motivação revela seu pendor justificativo, de validação. Trata-se, pois, de um discurso que gravita na órbita de razões que confirmem a bondade da solução adotada pelo juiz para o caso particular. Nesse sentido, a motivação, a um só tempo, racionaliza a atividade jurisdicional e imprime aceitabilidade à decisão". CONTE, Francesco. **Sobre a motivação da sentença no processo civil**. Rio de Janeiro: Gramma, 2016, p. 376.

[908] MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual** (segunda série). A motivação da sentença como garantia inerente ao Estado de Direito. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 282-283.

[909] José Carlos Barbosa Moreira também examina a formação do livre convencimento no sistema do *common law*, apontando que se o dever de motivar não existisse, "todo o sistema do *case law* cairia por terra". "Consideração à parte merecem os ordenamentos do *common law*. Não se depara neles norma escrita de alcance genérico que obrigue os órgãos judiciais a motivar seus pronunciamentos. Todavia, ao menos no que concerne ao direito inglês, seria errôneo interpretar o fato como sinal de que a ideia é estranha à concepção dominante. Muito ao contrário, os estudiosos da matéria assinalam que a motivação constitui procedimento constante, incorporado à tradição, principalmente nas Cortes Superiores. Se não se tratou de editar regra legal genericamente impositiva da fundamentação, é que, com toda a probabilidade, não se terá julgado necessário formular a exigência em texto escrito. Mas parece inconcebível uma mudança de rumos na praxe judiciária: chega-se a afirmar que, se os Tribunais deixassem de fundamentar suas decisões, todo o sistema do *common law* cairia por terra. Basta pensar, com efeito, na importância das razões de decidir para a atuação do mecanismo dos precedentes". MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual** (segunda série). A motivação da sentença como garantia inerente ao Estado de Direito. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 282-283.

O livre convencimento do julgador, externado em parte na fundamentação da decisão, como argumenta Francesco Conte, serve para garantir às partes um julgador imparcial, até porque “todos os discernimentos de escolha ou de valoração empregados pelo juiz hão de ser devidamente justificados por meio de razões jurídicas e metajurídicas racionalmente válidas”[910].

O livre convencimento, apesar de não ser um conceito que se pode escrever em uma pedra, determinando-o objetivamente, ao menos, em tese, além de garantir um juiz imparcial, insuspeito, garante a produção da prova de ofício pelo juiz. Ora, se não fosse possível ao julgador indicar as provas necessárias para o exercício do seu livre convencimento, como então, poderia ele formar sua convicção? A impossibilidade da produção da prova passa a tolher o exercício do livre convencimento que não poderá mais ser livre, sem limites, sem amarras, justamente porque a prova não será produzida. Como, então, seria possível valorar aquilo que não existe? A prova não é da parte, tampouco do juiz, é do processo.

O artigo que cuida do livre convencimento motivado do julgador como o que possibilita a produção da prova de ofício, tanto no CPC/1973, como no CPC/2015, estão dispostos em sequência. No CPC/1973, constavam como os arts. 130 e 131; hoje, estão localizados como os arts. 370 e 371 do CPC/2015.

Importante sublinharmos que na linha do art. 21, § 2º, da Lei de Arbitragem, serão sempre respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade e do livre convencimento do julgador. Todos os 10 regulamentos de instituições arbitrais pesquisados para esta tese reconhecem a possiblidade da produção da prova de ofício pelo julgador a garantir o exercício do livre convencimento pelo julgador.

---

910 “No Estado Constitucional Democrático de Direito, como requisito de paz social, de confiança dos litigantes, dos jurisdicionados e, mais amplamente, da sociedade no processo justo e em seu sistema de justiça, a imparcialidade do juiz há de se refletir, tanto quanto seja praticamente possível, na exigência de objetividade na apreciação da causa, como também no uso de critérios objetivos de julgamento. Mas não é só. Todos os discernimentos de escolha ou de valoração empregados pelo juiz hão de ser devidamente justificados por meio de razões, articular argumentação e justificativa que demonstrem a adoção dos melhores critérios de julgamento objetivamente considerados, bem como a correção e a justeza de sua decisão. Daí descende que a motivação jurídica da decisão é o único meio para se avaliar, em cada caso concreto, se o juiz se ouve, ou não, ao longo de todo o procedimento, com imparcialidade”. CONTE, Francesco. **Sobre a motivação da sentença no processo civil**. Rio de Janeiro: Gramma, 2016, p. 367.

Nossa pesquisa se debruçou nos regulamentos das seguintes instituições: Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (CCI)[911], *American Arbitration Association*[912], Câmara de Comércio Brasil-Canadá[913], Câmara Americana de Comércio[914], Câmara de Mediação e Arbitragem do Centro das Indústrias de São Paulo[915], *United Nations Commission on International Trade Law* (Uncitral)[916], Câmara de Mediação e Arbitragem da Fundação Getulio Vargas[917], Câmara de Mediação e Arbitragem do Mercado (Bovespa)[918] e Centro Brasileiro de Arbitragem Marítima[919] [920].

---

911 "Artigo 25; 1. O tribunal arbitral deverá proceder à instrução da causa com a maior brevidade possível, recorrendo a todos os meios apropriados".

912 "Article 20: Conduct of Proceedings [...] 4. At any time during the proceedings, the tribunal may order the parties to produce documents, exhibits, or other evidence it deems necessary or appropriate. Uneless the parties agree otherwise in writing, the tribunal shall apply Article 21". American Arbitration Association (AAA) – International Dispute Resolution Procedures (Including Mediation and Arbitration Rules) – (ICDR). Tradução livre: Artigo 20: Condução do Processo [...] 4. A qualquer momento durante o processo, o tribunal pode ordenar às partes que apresentem documentos, provas ou outras evidências que considere necessárias ou apropriadas. A menos que as partes acordem em contrário por escrito, o tribunal aplicará o Artigo 21". Associação Americana de Arbitragem (AAA) – Procedimentos de Resolução de Disputas Internacionais (incluindo regras de mediação e arbitragem) (ICDR).

913 "Artigo 4 – Funcionamento, Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CCBC) – Regulamento do Centro de Arbitragem e Mediação 4.11. Para a formação de seu livre convencimento, o Comitê poderá, a seu critério ou a requerimento das partes, solicitar documentos complementares, realizar diligências e determinar a realização de prova técnica, oitiva de representantes das partes e/ou testemunhas e demais providências que entenda cabíveis".

914 "O tribunal arbitral procederá à instrução da causa com brevidade, cabendo a ele decidir sobre a produção de provas solicitadas pelas Partes ou determinar a realização das que entender cabíveis". Câmara Americana de Comércio (AMCHAM) – Regulamento do Centro de Arbitragem, Artigo 13 – Instrução da Causa".

915 "10. Do procedimento – 10.4 Caberá ao Tribunal Arbitral deferir as provas que considerar úteis, necessárias e pertinentes, bem como a forma de sua produção. Câmara de Mediação e Arbitragem do Centro das Indústrias do Estado de São Paulo (CIESP) – Regulamento de Arbitragem".

916 "Evidence and hearings (articles 24 and 25). 4. Hearins shall be held in câmera unless the parties agree otherwise. The arbitral tribunal may require the retirement of any witness or witness during the testimony of other witness. The arbitral tribunal is free to determinate the manner in which witness are examined". United Nations Commission on International trade law (uncitral) – Arbitration Rules. Tradução livre: "Evidências e audiências (artigos 24 e 25). 4. As audiências serão realizadas a portas fechadas, salvo se as partes acordarem o contrário. O tribunal arbitral pode exigir a retirada de qualquer testemunha durante o depoimento de alguma outra. O tribunal arbitral é livre para determinar a forma como as testemunhas são interrogadas. Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (UNCITRAL) – Regras de Arbitragem".

917 "Câmara de Mediação e Arbitragem FGV – Seção IV – Procedimento Arbitral, Art. 33 – Esgotado o prazo para a apresentação das razões pelas partes, o tribunal arbitral, nos 20 (vinte) dias subsequentes, se entender desnecessárias a produção de provas e a realização de audiência, decidirá de plano a questão. Art. 34 – Entendendo necessária a produção de provas, o tribunal arbitral definirá as pertinentes e determinará o modo pelo qual devam ser produzidas e assinará prazo de 10 (dez) dias para a sua produção. Parágrafo único – Às partes é assegurado o direito de acompanhar a produção das provas, inclusive inquirindo testemunhas e, em caso de perícia, o de apresentar assistente técnico e formular quesitos".

918 "Câmara de Mediação e Arbitragem do mercado – BOVESPA, 7.13.4 O Tribunal Arbitral procederá à análise das provas requeridas pelas partes, e, no prazo de 5 (cinco) dias úteis a contar do término do prazo previsto no item 7.13.1, deverá: i) deferir ou não o pedido, sempre de maneira fundamentada; ii) determinar de ofício a produção de outras provas que julgue necessárias à solução do litígio; iii) definir a quem caberá a produção de cada prova, bem como os custos daí decorrentes, que serão em regra assumidos pela parte que a tiver requerido; iv) fixar o procedimento e a ordem de realização de cada uma das provas; v) se tiver sido requerida prova oral, marcar data e hora para sua realização".

919 "Centro Brasileiro de Arbitragem Marítima (CBAM), 16.3 O Tribunal Arbitral, a requerimento das partes ou de ofício, poderá determinar a produção das provas que julgue necessárias ou apropriadas para a solução da disputa".

920 Duas dúvidas que poderiam transparecer da leitura dos regulamentos das instituições arbitrais, caso estes regulamentos se debruçassem no tratamento das regras da prova e do livre convencimento do julgador, seriam a

Como buscamos sustentar, apesar de o livre convencimento do julgador transformar-se em algo indecifrável, porque abstrato, indeterminado e impenetrável, poderíamos afirmar que além de afiançar a produção da prova de ofício, essa metodologia de trabalho, ao exigir a motivação racional para um auditório universal, objetiva garantir às partes um julgador imparcial. Conforme sustenta Alexandre Câmara, a parcialidade do julgador não se efetiva com a produção da prova de ofício, ao contrário, "o juiz que permanecesse passivo e não determinasse a produção da prova também seria parcial (em favor daquele a quem a prova o prejudicaria). Isto mostra o equívoco do entendimento oposto"[921].

Celso Agrícola Barbi[922], ao comentar o art. 131 do CPC/1973 (correspondente ao art. 370 do CPC/2015), sublinha a relação da livre convicção com a produção da prova de ofício: "esse dispositivo consagra o princípio da livre convicção e contém algumas prescrições que são necessárias para lhe fixar o encalce, ao dizer que o juiz atenderá aos fatos e às circunstâncias constantes dos autos"[923].

O princípio da cooperação, então um dos vetores do sistema arbitral e, agora, positivado pelo CPC/2015, vem a se somar ao livre convencimento motivado do julgador, a possibilitar a produção da prova de ofício. Como sustenta Fredie Didier Junior, a

possibilidade de os tribunais arbitrais derrogarem as regras do CPC sobre a prova e o livre convencimento e, em que medida a previsão do § 2º, da Lei n. 9.307/1996, autoriza o tribunal a não observar as regras legais sobre a prova e o livre convencimento. Ora, se as partes optam pela aplicação da lei brasileira, logicamente, poderão dispor sobre o tema ou se submeterem a um regulamento de determinada instituição arbitral que tenha tratado da questão. Em outras palavras, as partes ou os regulamentos das instituições arbitrais podem expressamente derrogar as regras do CPC sobre a prova, mas tudo dentro dos limites propostos pelo § 2º, do art. 21, da Lei n. 9.307/1996. O que passa a ser importante é a previsibilidade, ou melhor, a existência de regras regulamentando a produção antecipada da prova, a ata notarial, o depoimento pessoal, a confissão, a exibição de documento ou coisa, a prova documental, a força probante dos documentos, a arguição de falsidade, a produção da prova documental, os documentos eletrônicos, a prova testemunhal, a admissibilidade e o valor da prova testemunhal, a produção da prova testemunhal, a prova pericial e a inspeção judicial. Já quanto às regras acerca do livre convencimento do julgador, tanto as partes quanto os regulamentos das instituições arbitrais não poderão dispor sobre a aplicação das referidas regras pelo julgador. Não há disponibilidade neste campo.

[921] "Tenho para mim que a correta interpretação do art. 130 do CPC é a que leva à afirmação da existência de amplos poderes de iniciativa probatória do juiz. E digo isto com base no fato de que não vejo, na atividade probatória desenvolvida por determinação *ex officio*, algo capaz de romper com a necessária imparcialidade do juiz. Afinal, quando o juiz determina de ofício a produção de uma prova, não tem ele conhecimento de a qual parte tal prova beneficiará. Ademais, se o juiz que determina a produção de uma prova fosse parcial (em favor daquele a quem a prova beneficiará), o juiz que permanecesse passivo e não determinasse a produção da prova também seria parcial (em favor daquele a quem a prova prejudicaria). Isto mostra o equívoco do entendimento oposto". DIDIER JUNIOR, Fredie. **Ativismo judicial e garantismo processual**. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 68.

[922] BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. I. t. II. arts. 56 a 153. Rio de Janeiro: Forense, 1973.

[923] BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. I. t. II. arts. 56 a 153. Rio de Janeiro: Forense, 1973, p. 535.

discussão acerca dos princípios dispositivo e inquisitivo perde força no processo civil, já que o princípio da cooperação "tem eficácia normativa direta, a despeito da inexistência de regras que o concretizam"[924].

Importante esclarecermos que as partes podem, no compromisso arbitral, limitar a atividade probatória do julgador. Contudo, uma vez não limitada a atividade pelas partes ao submeter o compromisso com o convite aos árbitros, com a assunção da função jurisdicional pelo painel arbitral, aberta assim a competência do julgador para processar e julgar a causa estabelecendo a relação jurídica processual, entende-se que o árbitro deverá produzir a prova, até porque na ausência da prova, possivelmente, o autor não comprovará o fato constitutivo do seu direito e o painel arbitral, com a sua omissão, se tornará parcial[925] [926].

---

[924] "Mas o princípio da cooperação tem eficácia normativa direta, a despeito da inexistência de regras que o concretizam. A inexistência de regras que delimitam e/ou esclareçam o conteúdo do princípio da cooperação não é obstáculo intransponível para a efetivação desse mesmo princípio. Se não há regras expressas que, por exemplo, imputem ao órgão jurisdicional o dever de manter-se coerente com os seus próprios comportamentos, protegendo as partes contra eventual *venire contra factum proprium* do órgão julgador, o princípio da cooperação garantirá a imputação desta situação jurídica passiva. Ao integrar o sistema jurídico, o princípio da cooperação garante o meio (imputação de uma situação jurídica passiva) necessário à obtenção do fim almejado (o processo cooperativo)". DIDIER JUNIOR, Fredie. **Ativismo judicial e garantismo processual**. Salvador: Juspodivm, 2013, p.217.

[925] "Este tema será mais bem analisado em item próprio, mas podemos adiantar que a autonomia das partes na arbitragem permite que elas estabeleçam restrições aos meios de prova que serão utilizados na arbitragem, bem como indiquem determinada prevalência de um meio de prova sobre outro. Eventual potestade dessas cláusulas deve ser examinada pelo árbitro no momento de analisar a regularidade da convenção de arbitragem". FICHTNER, José Antonio. **Teoria geral da arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 196. No mesmo sentido, Carlos Eduardo Stefen Elias propõe: "Antes da instauração da arbitragem, as partes podem (sempre nos limites do devido processo, art. 21, § 2º, LA) conceber as regras que entenderem adequadas, escolhendo ou rejeitando os regulamentos das instituições arbitrais e sujeitando o árbitro que, aceitando o encargo, irá exercê-lo consoante os poderes que lhe foram assinalados. A possibilidade de as partes disciplinarem o poder do árbitro não se exaure previamente à contratação do julgador. A redação do "termo de arbitragem" também permite que as partes e o árbitro disciplinem, de modo compartilhado, a modulação dos poderes do último. Nesse momento, reitere-se, a modulação se dá de modo compartilhado, podendo o árbitro, já contratado (nos procedimentos administrados, a aceitação do encargo pelo árbitro ocorre antes da assinatura do termo de arbitragem), estar investido dos poderes processuais e, salvo disposição expressa do regulamento adotado pela instituição arbitral, somente pode ver cerceados os poderes com a sua anuência". ELIAS, Carlos Eduardo Stefen. O árbitro é (mesmo) juiz de fato e de direito? Análise dos poderes do árbitro *vis-à-vis* os poderes do juiz no novo Código de Processo Civil brasileiro. São Paulo, **Revista dos Tribunais *online***, set. 2017, p. 8.

[926] Alessandro Lacoboni argumenta que na ausência da prova, o julgador irá repelir a demanda porque a parte não se desincumbiu do seu ônus da prova: "E ovvio che, próprio perché vigente il principio di libertà del giudice nella formazione del convencimento, non potrà egli essere "obbligato"a una decisione pur che sai, ma dovrà semmai riferirsi ad altro parâmetro decisionale, che viene offerto dal principio dell'onere della prova. Se il giudice, quindi, non fosse in grado di raggiungere il convencimento, dovrà egli semplicemente respingere la domanda, azerando l'iter logico fino a quel punto seguito". LACOBONI, Alessandro. **Prova legale e libero convencimento del giudice**. Milão: Giuffrè, 2006, p. 27. Tradução livre: "Sem dúvida, uma vez que está em vigor o princípio da liberdade do juiz na formação do convencimento, ele não pode ser "forçado" a uma decisão, não importa qual seja, mas deve quando muito referir-se a outro parâmetro de decisão, que lhe é oferecido pelo princípio do ônus da prova. Logo, se o juiz não foi capaz de alcançar o convencimento, deverá apenas rejeitar o pedido, voltando ao início do raciocínio lógico seguido até então".

O exercício do livre convencimento pelo julgador, por ser absolutamente abstrato, incerto, intocável, levou parte da doutrina a sustentar o retorno do critério da prova legal como forma de supostamente impedir o arbítrio judicial, conforme sustenta Alessandro Lacoboni: “La minore importanza quantitativa della prova legale, per così dire, trova um contrapeso nella sua assoluta vincolatività nei casi – numericamente limitati – in cui l’ordenamento la privilegia”[927].

Para Michele Taruffo[928], no processo de formação do convencimento, o juiz encontra lugares comuns como verossimilhança ou hipossuficiência, para inverter o ônus da prova, a regra de julgamento com a autorização da lei, que assim o permite proceder. De qualquer forma, segundo o autor, “a argumentação tópica não é um esquema argumentativo dotado de características estruturais autonomamente definíveis a partir das quais é possível atribuir a esse uma função específica no âmbito do discurso justificativo”[929] [930].

---

[927] LACOBONI, Alessandro. **Prova legale e libero convencimento del giudice**. Milão: Giuffrè, 2006, p. 8. Tradução livre: “A menor importância quantitativa das provas jurídicas, dito desse modo, tem seu contrapeso na sua vinculação absoluta nos casos – numericamente limitados – em que o sistema a privilegia”.

[928] TARUFFO, Michele. **A motivação da sentença civil**. Madri, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, 2015, p. 179.

[929] Michele Taruffo aponta outros problemas decorrentes do uso da argumentação tópica, em suma, da prova tarifada: “Se se leva em consideração, de um lado, as relações de possível concorrência da argumentação tópica e argumentação lógica e, de outro, das diversas consequências que a presença da argumentação tópica pode produzir a respeito da motivação, de acordo com o uso concreto realizado de quando em quando pelo juiz, pode ser acentuado o seu papel positivo ou seu papel negativo, com o que é possível formular algumas conclusões gerais a respeito da função que a tópica pode desempenhar na motivação: 1) a argumentação tópica não é um esquema argumentativo dotado de características estruturais automaticamente definíveis a partir das quais é possível atribuir a esse uma função específica no âmbito do discurso justificativo; 2) *a fortiori*, não se trata nem mesmo de um esquema que pode ser assumido como modelo geral da motivação ou como módulo essencial do raciocínio justificativo; 3) a utilização da tópica não resolve o problema da estrutura racional da motivação; 4) essa é útil, no entanto, para selecionar e sobrelevar uma série de elementos metodológicos que são frequentes na praxe concreta da motivação e que incidem sobre a possibilidade e as modalidades de exercício do controle externo sobre a própria motivação; 5) o estudo tópico da motivação, se pode integrar a sua análise lógico-estrutural, não pode, pelo contrário, substituí-la, sendo que esse tem relevo não no plano geral e abstrato, mas sim, no plano do exame ideológico e sociológico das motivações e da função que essas desempenham como mecanismos de eliminação de potenciais conflitos no âmbito da estrutura social”. TARUFFO, Michele. **A motivação da sentença civil**. Madri, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, 2015, p. 179.

[930] Em sua obra, Lluis Munõz Sabaté busca criar critérios objetivos para que as espécies de direito subjetivo em discussão, como o abandono de trabalho, o aborto, a responsabilidade de administradores, o arrendamento de serviços, o consentimento e a contaminação fiquem provados. SABATÉ, Lluis Muñoz. **Summa de probática civil**. Wolters Kluwer, 2018.

Hélio Tornaghi sustenta que a prova tarifada não poderia tolher o exercício do livre convencimento pelo árbitro: “são regras de prudência, que o juiz deve levar em conta, mas sem se escravizar”[931] [932].

Diante da dificuldade de se evitar o arbítrio do julgador no exercício do seu livre convencimento no processo, Gustavo Henrique Badaró sustenta a necessidade de incidência de um modelo de epistemologia judiciária em busca do controle lógico e racional do juízo de fato no processo penal, em sua tese de titularidade defendida na Universidade de São Paulo (USP)[933].

Em seu trabalho, sem ter como fugir da abstração do processo decisório do julgador, o autor sustenta: “as máximas de experiência extraíveis do senso comum e os próprios conhecimentos do senso comum são fundadas em generalizações plausíveis”[934].

Assim, “podem ser utilizadas no raciocínio probatório inferencial, devendo ser claramente indicadas na fundamentação da decisão, desde que gerem conhecimentos atendíveis e adequados ao caso concreto”[935].

Diante da dificuldade de estabelecer um mínimo legal a título de fundamentação, até porque é impossível conhecer todo o processo decisório do julgador (que se bifurca

---

931 “Por outro lado, também não está o juiz preso a regras legais acerca do valor de cada prova (como no sistema das regras legais de avaliação da prova)”. O juiz apreciará livremente a prova”, afirma este art. 131 (sem grifo no original). Nada impede que ele aceite, como que outrora eram impostas. Em princípio, e em geral, um documento vale mais que uma testemunha; uma testemunha só não basta para convencer; a confissão dissipa dúvidas; os indícios são precários, e assim por diante. São regras de prudência, que o juiz deve levar em conta; mas sem se escravizar. Se uma testemunha insulada é fidedigna e o depoimento é confortado pela prova circunstancial, “pelos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes”, o juiz pode firmar o seu convencimento. Se uma confissão é suspeita (V. art.129), o juiz pode desprezá-la. Enfim, o juiz convence avaliando a prova dos autos com a mesma liberdade com que qualquer justo varão formaria seu convencimento”. TORNAGHI, Hélio. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: RT, 1974, p. 404.

932 Apesar de o nosso sistema jurídico fundar-se no livre convencimento motivado, não podemos esquecer de que há regras que permitem a inversão do ônus da prova. Como o ônus da prova é regra de julgamento, poder-se-ia afirmar que haveria hipóteses em que o juiz poderá permitir que seu livre convencimento seja tolhido por força de uma inversão do ônus da prova no caso concreto, como regra de julgamento. Tudo dependerá da ideologia do julgador. Um juiz mais garantista julgará conforme o texto expresso da lei, aplicando a regra, como se fosse uma prova tarifária, limitando assim, o exercício do seu livre convencimento; outro mais ativista, poderá se afastar da inversão do ônus da prova imposta pela lei. O exercício do livre convencimento não tem limites.

933 BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Um modelo de epistemologia judiciária**: o controle lógico e racional do juízo de fato no processo penal. Tese (Titularidade em Direito Processual Penal). Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2018.

934 BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Um modelo de epistemologia judiciária**: o controle lógico e racional do juízo de fato no processo penal. Tese (Titularidade em Direito Processual Penal). Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2018, p. 247.

935 BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Um modelo de epistemologia judiciária**: o controle lógico e racional do juízo de fato no processo penal. Tese (Titularidade em Direito Processual Penal). Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2018, p. 247.

em dois caminhos, a escolha da decisão e sua fundamentação), Michele Taruffo sustenta: “o que é necessário não é previsão de um genérico dever de motivar, mas uma norma que garanta em todo e qualquer caso uma motivação adequada e capaz de viabilizar semelhante controle”[936] [937].

Na falta de um conceito para se limitar o arbítrio do exercício do livre convencimento, às vezes, motivado, às vezes, não, a depender do julgador, o legislador positivou algumas regras a título de livre convencimento: as chamadas máximas de experiência. Como explica Moacyr Amaral Santos[938] citando James Goldschmidt, as regras ou máximas de experiência são “juízos empíricos da vida, do comércio, da indústria, da arte que servem como proposição maior na apreciação dos fatos, seja para comprová-los, seja para caracterizar sua submissão à norma jurídica”[939].

Como exemplo, o autor sustenta que reconhecer “que H_2O, a água pura da torneira, tem as virtudes de água sulforosa é contrariar a verdade científica e uma convicção, fundada num tal reconhecimento, não é lícito formá-la o juiz”[940].

Essas regras ou máximas de experiência têm uma função: explicar ao autor e ao réu como parte do raciocínio do julgador foi formado. São regras que visam a esclarecer o exercício do livre convencimento às partes e a terceiros, são regras inderrogáveis pela

---

[936] TARUFFO, Michele. **A motivação da sentença civil**. Madri, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, 2015, p. 312.

[937] Neste mesmo sentido, me manifestei em artigo publicado em livro em homenagem a Paulo Cezar Pinheiro Carneiro: “Na falta de uma definição com efeitos concretos acerca do que seria uma decisão motivada, ou melhor, na impossibilidade de se obtê-la de forma exauriente, o § 1º do artigo 489 do CPC deverá ser utilizado como balizador e delineador do que seria o conteúdo mínimo de uma decisão judicial. Agora, com um roteiro, embora, sintético a balizar as complexas atividades do julgador no exercício do contexto *of discovery* e do contexto *of justification* de suas decisões, é possível demonstrar que as seis hipóteses do § 1º do artigo 489 foram violadas pelos órgãos do Poder Judiciário, se a sentença ou acórdão “se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida”, ou “empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso”; “invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão”; ou “não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador”; “se limita a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos”; “deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”. CARNEIRO FILHO, Paulo Cezar Pinheiro. **Estudos de Direito Processual em homenagem a Paulo Cezar Pinheiro Carneiro**. Rio de Janeiro: GZ, 2019, p. 866.

[938] SANTOS, Moacyr Amaral. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. 4. Arts. 332-475. Rio de Janeiro: Forense, 1973.

[939] SANTOS, Moacyr Amaral. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. 4. Arts. 332-475. Rio de Janeiro: Forense, 1973, p. 22.

[940] SANTOS, Moacyr Amaral. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. 4. Arts. 332-475. Rio de Janeiro: Forense, 1973, p. 22.

vontade do autor e do réu. Tomamos como exemplo o art. 372 do CPC/2015, sem correspondente na legislação processual anterior[941].

O legislador escreveu no CPC/2015 uma prática muito comum na vida forense, a chamada prova emprestada. O art. 372 do CPC/2015 é claro: "O juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório". Nossa pergunta é a seguinte: antes da entrada em vigor do CPC/ 2015, não se admitia que o juiz formasse seu convencimento utilizando este meio de prova?

Tomemos como exemplo o caso a seguir. Dois carros se chocam, às 5h da manhã, em um cruzamento na Avenida das Américas, com duas jovens ao volante, cada carro com mais de uma passageira. As passageiras não conseguem se lembrar de nada, tampouco uma das meninas sobreviventes. A câmara de filmagem da Prefeitura que se encontrava na local do acidente estava quebrada e, assim, não se sabe quem desrespeitou o sinal – o que é inclusive permitido naquele horário. A mãe da menina falecida processa a família da menina sobrevivente. Tanto na esfera civil como na esfera criminal o pedido é julgado improcedente, destacando o juiz civil em sua fundamentação, que tanto a vítima como a ré não haviam bebido e o acidente foi uma grande fatalidade.

Agora, imagine-se que o sobrevivente fosse um menino de 19 anos, flagrado em dois testes de bafômetro nos dois dias anteriores ao acidente, cujos laudos chegassem ao conhecimento do juiz civil, que não estava vinculado ao *in dubio pro reo* do processo penal, e o magistrado formasse seu convencimento pela condenação, considerando a folha corrida do réu, ao valorar essas provas.

Antes da entrada em vigor do CPC/2015, eventualmente, se o magistrado não pudesse utilizar a prova emprestada, de alguma outra forma, ele chegaria à condenação

---

[941] Antônio César Barreiro Mateos sustenta que a ausência de motivação da sentença estrangeira não violaria a ordem pública. Discordamos do autor, porque não é necessário irmos à ordem pública, para se ter configurada a violação ao § 2º do artigo 21 da Lei de Arbitragem, aplicável tanto ao laudo nacional como ao estrangeiro. Na ausência de fundamentação do laudo estrangeiro ou nacional, estará configurada a violação ao livre convencimento motivado do árbitro, a caracterizar, em tese, a anulação do laudo. Falamos em tese porque temos ciência da jurisprudência dos tribunais exigindo um prejuízo concreto com a ausência da fundamentação da decisão. E, neste caso, como buscamos demonstrar no segundo capítulo deste trabalho, o prejuízo fica configurado, em tese, com a não produção da prova. Por isto, sustentamos um *in dubio* pela produção da prova em nome da efetividade do processo ao evitarmos as fissuras entre a justiça privada e o tribunal estatal. MATEOS, Antônio César Barreiro. Obrigatoriedade de motivação e o reconhecimento das sentenças arbitrais no direito brasileiro e hispano-americano. **Revista dos Tribunais *online***, set. 2014.

do conhecido bêbado por outros fundamentos, conforme procuramos demonstrar nesta tese ao examinarmos 16 casos concretos. Ao menos, com a entrada em vigor de uma norma que só veio a regular aquilo que seria inevitável para um juiz um pouco mais cuidadoso na elaboração e na formação da sua sentença, pouco importa. Afinal, quem ganha com a inserção da norma no CPC/2015 é a própria motivação da decisão.

Paulo Henrique dos Santos Lucon, ao comentar o artigo, reconhece tratar-se, "na realidade, de fenômeno comum na prática, mas que até então não contava com uma disciplina legal própria no Código de Processo Civil". Objetivando disciplinar o instituto, o autor reconhece a inevitabilidade do contraditório, além de relatar que a prova documental "são as que mais facilmente podem ser emprestadas"[942].

Moacyr Amaral Santos[943] também destaca que a prova emprestada, apesar de não estar positivada e, assim, disciplinada em lei, decorria da intepretação do art. 332 do CPC/2015, que admitia todos os meios de prova, inclusive, os meios de prova atípicos. Assim, o autor define o conceito de prova emprestada: "Isto é, transportadas de outros processos, onde se produziram para a demonstração dos mesmos fatos, por serem moralmente legítimas, são idôneas para provar a verdade"[944].

O art. 374 do CPC/2015 apresenta quatro regras de experiência que, embora não existissem, não poderiam ser evitadas e descartadas quando o julgador estivesse formando a sua livre ou íntima convicção. Pelo menos, uma vez que as regras estão expressas e inseridas na lei, podemos falar em disciplina legal para regular a aplicação destas regras com a exigência prévia do contraditório e a possibilidade de esclarecimento da sua utilização na própria fundamentação da decisão pelo julgador.

O *caput* do artigo afirma que não dependem de prova os fatos notórios (inciso I); afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária (inciso II); admitidos no

---

942 LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 577.

943 MATEOS, Antônio César Barreiro. Obrigatoriedade de motivação e o reconhecimento das sentenças arbitrais no direito brasileiro e hispano-americano. **Revista dos Tribunais *online***, set. 2014.

944 Discordamos de Moacyr Amaral Santos quando afirma que a prova emprestada serve para demonstrar os mesmos fatos. No exemplo formulado do fatídico acidente, a prova emprestada serviu para formar a convicção do juiz, apesar de não ser o exame feito no dia do acidente. A prova serviu, no entanto, para o julgador formar a sua convicção acerca do perfil de uma das partes. Um bêbado contumaz ou alcoólatra doente. SANTOS, Moacyr Amaral. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. 4. Arts. 332-475. Rio de Janeiro: Forense, 1973, p. 27.

processo como incontroversos (inciso III); em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade (inciso IV).

Se o referido artigo não existisse, o julgador poderia desconhecer que o Brasil é um país presidencialista ou que a torcida do Flamengo é a maior do Brasil? O juiz poderia não reconhecer a confissão da parte, empregando-lhe efeitos, se não existisse o inciso II? O julgador ficaria obrigado a empregar efeitos de um fato incontroverso a um fato controverso, caso não existisse o inciso III? O julgador deveria desconsiderar a boa-fé do possuidor com justo título ou a comoriência, diga-se, a simultaneidade da morte com relação a indivíduos falecidos na mesma ocasião, caso não existisse o inciso IV do art. 374 do CPC/2015?

Todas as quatro hipóteses previstas pelo legislador no art. 374 têm como objetivo racionalizar a decisão, legitimando-a com bons fundamentos e sem a necessidade de uma marcha do processo para um rumo supérfluo, com a produção de uma prova desnecessária[945].

Já o art. 375 do CPC/2015 reconhece expressamente a possibilidade de o julgador utilizar seu conhecimento privado acessível a pessoas comuns para formar sua convicção. Imaginemos que o juiz seja um lutador faixa preta de jiu-jítsu e se veja diante de uma narrativa inverossímil exposta pela suposta vítima da agressão impingida por outro lutador. Neste caso, por meio de seu conhecimento pessoal, o juiz formará sua convicção, pouco importando a existência do art. 375 do CPC/2015. A força do seu raciocínio, fruto da sua experiência, não tem limites. Ao menos, em razão do referido artigo, o juiz poderá legitimar sua decisão com boas razões, abraçando-se a ele, por meio de um discurso racional para um auditório universal.

Moacyr Amaral Santos[946], ao comentar o artigo, sustenta que as regras de experiência:

> Consistem em definições ou juízos hipotéticos de conteúdo geral, independente do caso concreto que se tem de julgar e de seus elementos particulares, e que são adquiridos pela experiência, mas que são autônomas em casos particulares,

[945] Paulo Henrique dos Santos Lucon sustenta: “o objetivo da norma é evitar a prática de atos inúteis ao processo e parte da premissa de que apenas os fatos relevantes para o julgamento da causa e que dependam de prova de sua ocorrência, sejam eles controvertidos ou não, merecem atividades probatórias para a verificação de sua ocorrência”. LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 581.

[946] SANTOS, Moacyr Amaral. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. 4. Arts. 332-475. Rio de Janeiro: Forense, 1973.

> de cuja observação se deduzem e que pretendem ter valor em relação aos novos casos[947].

Ora, como o julgador poderia se afastar desses juízos hipotéticos de conteúdo geral ao formar sua convicção por meio do exercício do seu livre convencimento? Como o julgador poderia desconsiderar que o inverno é uma estação mais fria que o verão, que o ano tem doze meses ou a força da gravidade?

William Santos Ferreira[948], ao comentar o art. 375 do CPC/2015, corrobora o que ora afirmamos: "as regras de experiência surgem pela observação do que comumente acontece, fazem parte de uma cultura geral normal do juiz, e serão aplicadas independente da prova das mesmas"[949].

Em outras palavras, a parte não precisa provar que o inverno é menos quente que o verão no Rio de Janeiro, que o ano tem doze meses, que o Brasil é um país presidencialista, que a água desce ou que a gestação leva nove meses.

José Carlos Pestana de Aguiar aponta que as regras de experiência ou máximas de experiência, servem tanto para o julgador interpretar a lei, como para valorar a prova. Segundo o autor, "no dispositivo em causa parece ter sido intencional o duplo sentido, não só para interpretação e integração da norma legal como para elemento de prova". Ora, mesmo que referida regra não existisse, teríamos como impedir o juiz de utilizar a sua cultura, o seu conhecimento, a sua vivência, a sua história, para formar a sua convicção íntima ou seu livre convencimento que, em seguida, será motivado?[950]

---

947 SANTOS, Moacyr Amaral. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. 4. Arts. 332-475. Rio de Janeiro: Forense, 1973, p. 51-52.

948 FERREIRA, William Santos. **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil** – de acordo com as alterações da Lei n. 13.256/2016. 2. ed. São Paulo: RT, 2016.

949 "Regras de experiência – Aplicação. As regras de experiência surgem pela observação do que comumente acontece, fazem parte de uma cultura geral normal do juiz, e serão aplicadas independentemente de prova das mesmas (Moacyr. Comentários ... cit., p.43), mas é imprescindível serem, efetivamente, resultado de uma série de casos, há, mal comparando, uma "notoriedade" na regra de experiência. Um exemplo de aplicação é o do juiz que, utilizando-se das regras de experiência, determina inspeção judicial, não utilizando o trabalho de perito, em caso de poluição sonora, e quando vai até o local se coloca como se fosse o vizinho sofrendo os efeitos da indústria poluidora (Cresci Sobrinho, citado por Marinoni e Arenhart. Comentários ao CPC, São Paulo: RT, 2000, v. 5, p. 335)". FERREIRA, William Santos. **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil** – de acordo com as alterações da Lei n. 13.256/2016. 2. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 1.083-1.084.

950 Na primeira hipótese, Carnelli evoca Chiovenda, que se refere às máximas como elementos de interpretação legal, ao escrever que "toda norma implica, para poder ser aplicada, uma série de juízos gerais de fato", insistindo em outra passagem que a norma legal os reclama "para saber se é, ou não, aplicável". Como prova, são regras que produzem as presunções *hominis ou facti*, pois decorrem daquilo que ordinariamente acontece – *id quod plerumque accidit*, ressalvado, se necessário, o exame pericial". AGUIAR, João Carlos Pestana de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: RT, 1974, p. 76.

O art. 386 do CPC/2015 apresenta outra regra de formação do livre convencimento do julgador: “Quando a parte, sem motivo justificado, deixar de responder ao que lhe for perguntado ou empregar evasivas, o juiz, apreciando as demais circunstâncias e os elementos de prova, declarará, na sentença, se houve recusa de depor”.

Ora, se a parte não responder à pergunta, o julgador não poderá formar sua convicção de forma contrária ao interesse daquele que deveria responder o que lhe foi perguntado? Ou daquele que buscou ser furtivo, ao não responder com segurança uma pergunta?

Segundo Moacyr Amaral Santos[951]:

> O juiz não só apreciará o comportamento do interrogado, como também estimará as demais circunstâncias que rodeiam o fato e, bem assim, os elementos de prova constantes dos autos, para chegar à conclusão de que houve ou não recusa de depor. Na verdade, o julgador formará sua convicção, instando as circunstâncias envolventes do caso, livremente apreciadas com o conjunto de provas que o permitam chegar àquela conclusão[952].

Em suma, o exercício do livre convencimento não tem limites, conforme se reflete em outra máxima de experiência: o bom juiz decide e depois fundamenta sua decisão.

Para José Carlos Pestana de Aguiar[953], a comprovar que o artigo, se existisse, não seria empregado no raciocínio do julgador, “trata-se de norma legal bem voltada para a realidade prática de nossos dias, eis que tem se tornado comum o depoimento prestado de má vontade pela parte”[954].

Ora, se a parte responde de forma canhestra, suspeita, com má vontade, caso o referido artigo não existisse, o julgador deveria formar sua convicção a favor daquele que suscita inquietação? Pensamos que não[955].

O art. 400 do CPC/2015 estabelece as hipóteses que permitem ao juiz admitir um fato como verdadeiro, caso o documento ou coisa que objetivam contrapor o fato não

---

951 SANTOS, Moacyr Amaral. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. 4. Arts. 332-475. Rio de Janeiro: Forense, 1973.
952 SANTOS, Moacyr Amaral. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. 4. Arts. 332-475. Rio de Janeiro: Forense, 1973, p. 105.
953 AGUIAR, João Carlos Pestana de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: RT, 1974.
954 AGUIAR, João Carlos Pestana de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: RT, 1974, p. 105.
955 AGUIAR, João Carlos Pestana de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: RT, 1974, p. 105.

sejam apresentados. Ao decidir o pedido, o julgador poderá admitir como verdadeiros os fatos que por meio de documento ou coisa, a parte pretendia provar.

Ora, mesmo que referido artigo não existisse, em um exemplo hipotético em que a parte que tem a obrigação de apresentar o documento para constituir a prova do fato do seu direito não a apresente, deveria o julgador formar sua convicção a favor daquele que não cumpriu com a parcela do seu ônus da prova e deixou de apresentar a coisa ou o documento?

José Carlos Pestana de Aguiar sustenta que o livre convencimento do julgador permite que mesmo diante da não apresentação da prova pelo interessado, o julgador possa formar sua convicção a favor do omisso:

> Queremos dizer, a livre convicção do juiz, presente no campo geral da prova, embora ausente no campo especial da exibição, poderá dar o devido valor probatório à prova legal sob censura, sem chegar a lhe atribuir força decisiva, quando por si não tiver tal alcance[956].

Outra regra acerca do livre convencimento do julgador está contida no artigo 426 do CPC/2015: “O juiz apreciará livremente a fé que deva merecer o documento, quando em ponto substancialmente e sem ressalva contiver entrelinha, emenda, borrão ou cancelamento”.

Novamente, perguntamos: o julgador estará impedido, ao formar a sua livre convicção, de não considerar um documento com borrão ou emenda? O juiz deverá valorar a prova conforme seu livre arbítrio e formará sua convicção mediante força persuasiva da prova documental, pouco importando a existência ou não do artigo na legislação. Se o documento for bom, possivelmente, bons frutos no imaginário do julgador serão gerados a influenciar a sua decisão, a formação do seu livre convencimento e convicção.

Moacyr Amaral Santos sustenta que nestas hipóteses, o julgador, ao valorar o documento borrado, rasurado, emendado, picotado, em suma, que coloca dúvidas sobre o fato a ser provado, deverá apreciar livremente a prova. Até porque, o julgador “poderá

---

[956] AGUIAR, João Carlos Pestana de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: RT, 1974, p. 143-144.

considerá-lo idôneo e produtor de efeitos probatórios, isto é, atribuir-lhe a fé que merecer, atento às circunstâncias especiais de cada caso"[957] [958].

Por fim, no tocante à prova e às regras acerca do livre convencimento do julgador, o art. 479 também apresenta dispositivo relacionado à formação do livre convencimento do julgador. O juiz, segundo o artigo, apreciará a prova pericial conforme seu livre convencimento, indicando os motivos que o levaram a considerar ou deixar de considerar as conclusões do laudo. Ora, mesmo que a referida disposição de lei não existisse, se o juiz tivesse formado sua íntima convicção ou livre convencimento com outras provas dos autos, o julgador seria obrigado a ficar refém do laudo pericial? Pensamos que não.

João Carlos Pestana de Aguiar[959] sustenta, com base no posicionamento de Hernando Devis Echandia:

> A doutrina moderna está de acordo com esta liberdade, indispensável para que o perito não usurpe a função jurisdicional do juiz e para que este possa controlar cabalmente se o laudo cumpre ou não os requisitos para a sua existência, validade e eficácia probatória[960].

Justamente, para que a função jurisdicional possa ser exercida pelo julgador, evitando-se assim a sua usurpação, como argumenta Antonio Carlos de Araújo Cintra[961], "o magistrado não deve limitar-se a levar em consideração o método empregado pelo perito"[962]. Até porque, deverá

---

[957] "Apreciação dos documentos viciados. – O juiz apreciará livremente a fé que deva merecer o documento viciado, isto é, quando, em ponto substancial e sem ressalva, contiver um daqueles vícios, ou semelhantes. Aplicação do princípio da livre apreciação das provas pelo juiz (arts. 386, 131). Sem embargo do vício, poderá considerá-lo idôneo e produtor de efeitos probatórios, isto é, atribuir-lhe a fé que merecer, atentas as circunstâncias especiais de cada caso". SANTOS, Moacyr Amaral. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. 4. Arts. 332-475. Rio de Janeiro: Forense, 1973, p. 224.

[958] João Carlos Pestana de Aguiar também aponta a relação do referido artigo, como o livre convencimento do julgador: "Consonantiza-se a norma legal em causa com o princípio do livre convencimento do juiz na apreciação da prova. Inclusive o pronunciamento das partes a respeito merecerá a devida atenção, paralelamente ao exame do conjunto das demais provas". AGUIAR, João Carlos Pestana de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: RT, 1974, p. 210.

[959] AGUIAR, João Carlos Pestana de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: RT, 1974.

[960] AGUIAR, João Carlos Pestana de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: RT, 1974, p. 368-369.

[961] CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. 4. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 228.

[962] CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. 4. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 228.

> [...] analisar a autoridade científica dos autores do laudo e dos pareceres, sua idoneidade moral, a aceitação dos métodos e instrumentos científicos empregados no seu meio profissional, a coerência de seus argumentos e de sua conclusão etc.[963].

Moacyr Amaral Santos[964], ao comentar o artigo no Código de 1973, faz um paralelo entre a norma e a prova legal:

> O laudo não fornece "a prova", isto é, às conclusões dos peritos não se vincula o juiz, mas fornece tão-somente elementos que, livremente examinados e apreciados por este, contribuirão para que ele forme convicção quanto aos fatos da causa[965].

Citando Giuseppe Chiovenda, o autor relembra: "em caso algum a opinião do perito poderá substituir-se à do juiz, vinculando-lhe juridicamente a convicção"[966]. Em outras palavras, o livre convencimento não está sujeito nem mesmo à conclusão do laudo pericial e de todo o trabalho pericial realizado no curso na relação jurídica processual.

Em suma, o exercício do livre convencimento pelo julgador é subjetivo, é livre, é arbitrário e sem qualquer controle na primeira fase da decisão, ou seja, no momento em que o juiz busca descobrir a verdade daquele caso concreto, ou melhor, a sua vontade. Justamente por isto, o livre convencimento em separado, autonomamente, não poderá ser objeto de violação a embasar a ação anulatória ou a impedir a homologação do laudo estrangeiro.

Conforme sustentamos, a ausência de motivação poderá levar à violação do livre convencimento. Por outro lado, para configurar-se o prejuízo da parte, deverá ocorrer a quebra da parcialidade do julgador ou a violação ao direito à prova. A ausência de motivação sem prejuízo, em nossa opinião, não poderá levar à invalidade do laudo. De qualquer forma, a ausência da motivação do laudo pericial, possivelmente, levará a uma fissura entre a justiça estatal e a justiça privada, já que, nos casos de ausência de

---

963 CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. 4. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 228.
964 SANTOS, Moacyr Amaral. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. 4. Arts. 332-475. Rio de Janeiro: Forense, 1973.
965 SANTOS, Moacyr Amaral. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. 4. Arts. 332-475. Rio de Janeiro: Forense, 1973, p. 374.
966 SANTOS, Moacyr Amaral. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. 4. Arts. 332-475. Rio de Janeiro: Forense, 1973, p. 374.

motivação da decisão, o Superior Tribunal de Justiça geralmente examina com lupa a decisão da justiça privada para buscar algum prejuízo concreto, conforme refletido no precedente oriundo do Recurso Especial n. 1.660.963-SP[967].

As regras do livre convencimento, por outro lado, ao servirem à motivação da decisão, trazem segurança jurídica ao sistema, na medida em que permitem ao julgador revelar, em determinados casos logicamente possíveis, aqueles segredos existentes em sua pessoa e obrigatoriamente refletidos em suas decisões por força da sua ideologia, dos seus valores, das suas crenças, em suma, da sua história de vida mediante fundamentação da decisão da forma mais exauriente possível.

Quando se fala de segurança jurídica não podemos esquecer a regra do processo justo arbitral insculpida no parágrafo 2, do artigo 21, da Lei de Arbitragem, que garante a observância do livre convencimento a título de ordem pública processual como alguns preferem intitular.

Por fim, quanto às regras do livre convencimento, ou seja, as máximas de experiência, mesmo que não estivessem escritas no CPC/2015, não haveria como impedir que o julgador, no momento de formar sua íntima convicção ou livre convencimento, se valesse de “definições ou juízos hipotéticos de conteúdo geral” adquiridos ao longo da sua vida.

3.2 Problemas

Passemos a cotejar alguns julgados a fim de ilustrar o demonstrado ao longo destes últimos dois capítulos. Conforme expusemos, a prova é o corpo e a alma do processo, o qual é voltado à resolução do conflito de forma a distribuir justiça ao titular do direito material. Sem provas, não há direito. Com provas forjadas, direitos, até então inexistentes, nascem, constituem-se e, possivelmente, passam a ser exercitados com eficácia. O ônus da afirmação, da alegação, do exercício do direito de ação e o da exceção, em resumo, o fato constitutivo do direito da parte merece atenção especial dos operadores do direito, sob pena do pêndulo da distribuição do ônus da prova apresentar

[967] BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial n. 1.660.963/SP (2017/0058735-0), Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze, Recorrente: GSC Administração e Participações S.A. Julgamento: 26/03/2019, DJe: 29/03/2019, p. 1-2.

oscilações e, assim, quebrar a isonomia da relação jurídica procedimental, afetando diretamente a prestação jurisdicional e de qualquer meio alternativo de resolução de conflitos.

A prova do fato constitutivo do direito do autor, na maior parte dos casos, é mais custosa e difícil do que o cumprimento do ônus da prova imposto ao réu. Rui Manuel de Freitas Rangel, em sua dissertação de mestrado sobre o ônus da prova na legislação portuguesa, destaca: "o ônus da prova não recai sempre sobre a mesma parte. Aquela repartição é determinada pela posição da parte litigante relativamente à esfera concreta do processo e não em relação à esfera abstracta legal". Para comprovar a premissa, o juiz português cita Manuel de Andrade e Vaz Serra e se utiliza de exemplo envolvendo a anulação de um contrato. Em seguida, vale-se de outro exemplo formulado por Jaime Guasp demonstrando que o ônus da prova seria distribuído pela posição das partes no processo. Ao final, alerta: "Quanto mais, dir-se-á que, em caso de dúvida, o facto deve ser qualificado como constitutivo de direito". Em outras palavras, na dúvida, o autor sairá perdendo[968].

E não é só o problema da interpretação e da comprovação do fato constitutivo do direito das partes – que dependerá do polo da relação do procedimento em que estejam –, que poderá levar a iniquidades na busca da resolução do conflito, já que "a coluna vertebral do processo" poderá ser fissurada, ou até mesmo fraturada. O aspecto subjetivo do ônus da prova, como atividade das partes, e o seu aspecto objetivo, como atividade do julgador como regra de julgamento poderão gerar confusão, já que são reflexos do

[968] "Para Jaime Guasp esta solução não é satisfatória, porquanto, em muitos casos, é difícil estabelecer a distinção absoluta e precisa entre estes factos. Para isso, dá exemplo da existência dum elemento específico da relação jurídica que é um facto constitutivo e que a falta dum elemento genérico é facto impeditivo. Todavia, esta distinção é arbitrária e em muitas situações nada resolve porque subsistirá sempre a dificuldade de distinção entre as circunstâncias genéricas e específicas. Além disso, não se pode ter com seguro que ao autor só incumba a prova dos factos constitutivos, embora seja esta a regra na maioria dos casos. Quando o autor alega, por sua vez, circunstâncias impeditivas ou extintivas, incumbir-lhe-á fazer a prova delas. Para tanto, Guasp exemplifica este pensamento nos seguintes moldes: A propõe acção contra B e pede que o contrato seja declarado nulo, por falta de consentimento. O autor, para além de ter que fazer prova do contrato (facto constitutivo) há-de fazer prova da falta de consentimento, embora se trate de facto impeditivo. O mesmo sucederá na acção em que o autor pretende obter uma declaração judicial de que pagou determinada dívida: o autor terá de fazer a prova do pagamento, embora tratando-se de facto extintivo. O pensamento de Guasp é exacto, apenas, no que se refere à dificuldade que, por vezes, pode suceder, na distinção entre factos constitutivos e impeditivos ou extintivos. Quanto ao mais, dir-se-á que, em caso de dúvida, o facto deve ser qualificado como constitutivo de direito". RANGEL, Rui Manuel de Freitas. **O ônus da prova no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2002, p. 157-158.

mesmo fenômeno à luz dos olhos de diferentes sujeitos, tudo a depender da posição ocupada na relação procedimental.

E não é só. O ônus da prova subjetivo acaba ilidido com a produção da prova pelo julgador, já que com a determinação da prova de ofício, a inatividade da parte não lhe custará o descumprimento de seu ônus, até porque a atividade do julgador irá suprir a inatividade da parte omissa. Já pelo aspecto objetivo, ou seja, como regra de julgamento, a distribuição dinâmica do ônus à imagem das peculiaridades do caso concreto, a qual não apresenta uma regra geral sem conceitos fluidos (que seria aplicável uniforme e objetivamente a todos os procedimentos), também não consegue trazer solução ao problema. Em decorrência das suas incompletudes, o ônus da prova é conhecido como um ônus imperfeito.

Por meio do exame dos 16 problemas apresentados pelo juiz português em sua tese, procuraremos demonstrar que todas as preocupações até então lançadas no curso deste estudo são reais, já que ocorrem na prática forense quando o julgador, por meio de um arcabouço de regras de julgamento e, ao julgar os casos submetidos ao seu exame por meio do livre convencimento, busca encontrar na certeza dos fatos, a sua certeza. Em seguida, essa certeza deverá ser apresentada e fundamentada pelo julgador em sua sentença ou no seu laudo arbitral, tudo visando demonstrar que o seu livre convencimento foi motivado[969].

---

[969] Preferimos utilizar o conceito de certeza do que o de verdade no curso do trabalho. O franciscano inglês Guilherme de Ockham, que viveu entre 1285 e 1349, buscou a certeza absoluta, em substituição às teorias puras. A partir deste pensamento, se desenvolveu a posição conhecida como nominalismo, que defendia que só "as coisas tomadas individualmente, mas não as coletividades, são reais". A partir desta premissa, desenvolvida ao final da Idade Média, "uma lógica baseada no pressuposto de que as palavras representam tão só a si mesmas, e não as coisas reais. Tal lógica podia ser refutada, uma vez que tinha validade interna em seus próprios termos, como a geometria euclidiana" [...] Por fim, a oposição de Ockham ao estudo das coletividades e o empirismo, ou a convicção de que o conhecimento do mundo deveria repousar na experiência dos sentidos e não na razão abstrata. Também isto constitui pressuposto para o progresso científico: assim, não foi provavelmente por coincidência que alguns dos seguidores de Ockham no século XIV tenham feito progressos substanciais no estudo da física. A busca de verdades seguras, por parte de Ockham, encontra certos paralelos no domínio da literatura da Idade Média tardia, ainda que Ockham decerto não haja exercido influência direta nessa área. A principal característica da melhor literatura desse período foi o naturalismo, ou a tentativa de descrever as coisas como realmente são. Isso representou antes um desenvolvimento de precedentes da alta Idade Média – como as explorações da conduta humana por homens como Chrétien de Troyes, Wolfram von Eschenbach e Dante". BURNS, Edward McNall. **História da civilização ocidental** – do homem das cavernas às naves espaciais. v. 1. São Paulo: Globo, 1986, p. 330. Diderot, em Enciclopédia, explica a definição entre a certeza que nasce da evidência das coisas, como, a outra certeza, outra adesão, que nasce da importância da coisa. Os escolásticos aplicam a certeza decorrente da importância da coisa às matérias da fé". Neste sentido, segue a definição do iluminista acerca do conceito de certeza: "Pode-se ainda distinguir a evidência da certeza, como no Discurso preliminar, dizendo-se que uma pertence às verdades puramente especulativas da Metafísica e da Matemática, a outra aos objetos físicos e aos fatos que se observam na natureza, e cujo conhecimento é adquirido pelos sentidos. Nesse sentido, é evidente que o quadrado da hipotenusa é igual aos

Em outras palavras, quando se fala em certeza dos fatos, remetemos nossa atenção à atividade do julgador ao decidir. Esta operação, conhecida como livre convencimento motivado, desdobra-se em dois atos no epílogo da relação jurídica procedimental. A partir da sua atividade intelectual, o julgador, após percorrer o mundo dos fatos do processo, formará o produto desta interpretação, encaixando-o na moldura estabelecida pelo legislador e, a partir desta junção, irá, em sua sentença ou laudo arbitral, fundamentar, explicar e esclarecer o conteúdo daquilo que foi decidido à luz das regras jurídicas aplicáveis naquele caso.

O livre arbítrio do julgador ao fundamentar as suas decisões à luz do CPC/2015, art. 489, § 1º, passa a ter um conteúdo mínimo, de modo a delinear a atividade do juiz no enorme buraco surgido quando da aplicação das regras de julgamento. Até porque, a subjetividade neste momento é alicerçada em elementos antropológicos, sociológicos, históricos, filosóficos, ou seja, elementos advindos de todas as áreas do saber, que se entrelaçam no vasto campo do conhecimento humano, a abrir o imenso espaço a ser preenchido pela atividade do julgador por meio de suas emoções, e não apenas por meio das suas razões.

Na maioria das vezes, a atividade do julgador é exercida sem assaltar a lógica. Mas, enquanto ser falível, o julgador poderá não só errar na aplicação das regras materiais e procedimentais que regem o caso concreto, como se confundir no encadeamento coerente dos fatos do processo, ora por culpa exclusiva, ora por culpa da prova carreada pelas partes, ou até mesmo, aquela determinada de ofício. Em suma, a atividade do julgador de formar o seu livre convencimento devidamente motivado consiste em mais uma vértebra a compor a “coluna vertebral do processo” e, assim, a justificar a falta de uniformidade das decisões judiciais e dos laudos arbitrais.

O primeiro caso trata de ação proposta pelo Ministério Público na década de 1980, que objetiva o reconhecimento de paternidade. A sentença julgou improcedente o pedido.

---

quadrados dos dois lados de um triângulo, e é certo que a pedra-ímã atrai o ferro. Distinguem-se nas escolas duas espécies de certeza, uma de especulação, que nasce da evidência da coisa, outra de adesão, que nasce da importância da coisa. Os escolásticos aplicam esta última às matérias de fé. Essa distinção parece ser algo frívolo, pois a adesão não nasce da importância da coisa, mas sim da sua evidência. De resto, certeza de especulação e certeza de adesão constituem um só e mesmo ato do espírito. Distinguem-se ainda, porém com mais razão, as três espécies seguintes de certeza, em relação aos três graus de evidência dos quais nascem”. DIDEROT, Denis; D’ALEMBERT, Jean-Baptiste le Ronde. **Enciclopédia 3**. Ciências da natureza. São Paulo: Unesp, 2015, p. 49.

O assento n. 4-83, alicerçado em jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça – que tinha força de lei em Portugal à época –, atribuía ao autor o ônus da prova acerca da exclusividade das relações de sexo entre a mãe do menor e o investigado durante o período legal da concepção. Assim, na medida em que o autor deixou de fazer a prova da suposta exclusividade das relações amorosas, o fato constitutivo do direito não ficou demonstrado.

O legitimado extraordinário recorreu, sustentando que havia optado por fazer a prova direta da paternidade, a qual seria realizada por meio de prova admissível e idôneo e, assim, não lhe caberia o ônus da prova da fidelidade da mãe ao pretenso pai no período legal da concepção. O Supremo Tribunal de Justiça, examinando o caso à luz do assento n. 4-83, apesar de reconhecer que a prova da exclusividade se resume a uma prova negativa (ou seja, um não fazer, no caso, um não trair), decidiu que a presunção só poderia ser afastada em circunstâncias excepcionais, que não colocariam em dúvida a presunção legal da concepção, "como aconteceria se além dele, por exemplo, tivesse mantido relações com outro homem notoriamente incapacitado por deficiência orgânica de gerar"[970].

Felizmente, com os avanços científicos da atualidade, o Ministério Público poderia fazer a prova da concepção através de DNA, conforme estipula a legislação portuguesa no art. 1.801 do Código Civil. Também, o ônus constitutivo do direito do autor poderá ser preenchido por meio da presunção legal estatuída no art. 1.871 do Código Civil português, "quando se prove que o pretenso pai teve relações sexuais com a mãe durante o período legal da concepção"[971].

O primeiro caso apresentado pelo juiz português permite sublinhar com cores fortes a grande dificuldade de o autor fazer a prova do seu direito diante do ônus da prova que lhe cabe, até porque a produção da prova é praticamente impossível, porque exige, se não a prova impossível, a prova diabólica. Quer seja com o avanço científico, quer seja com o avanço legislativo, hoje, a distribuição do ônus da prova é mais equilibrada

---

970 RANGEL, Rui Manuel de Freitas. **O ônus da prova no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2002, p. 295-296.

971 RANGEL, Rui Manuel de Freitas. **O ônus da prova no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2002, p. 301.

em processos envolvendo o direito fundamental à paternidade, conforme destacado pelo autor[972].

O segundo caso também se refere ao direito à paternidade, e examina o ônus da prova à luz da cooperação dos personagens do processo. A autora recorreu à Seção do Tribunal Judicial da Comarca das Caldas da Rainha, sustentando que o exame hematológico do réu deveria ser determinado de ofício, mesmo porque o tribunal *a quo* já havia considerado injustificada a recusa do demandado. A produção da prova considerada indispensável pelo órgão julgador tornou-se, assim, impossível por culpa do réu. Com base na moldura fática, a autora requereu a inversão do ônus da prova e, se assim não fosse entendido, que o réu viesse a ser submetido à exame hematológico.

De forma absolutamente excêntrica, aniquilando o eventual direito material da autora, o Tribunal de Relação de Lisboa, forte no seu livre convencimento, entendeu que a demandante, mesmo diante deste quadro fático, não poderia ter deixado de produzir a prova testemunhal requerida e arrolada. E mais, o tribunal de segundo grau, a fim de fundamentar sua decisão no sentido da manutenção da sentença, relativizou a aplicação do art. 572, n. 3, do Código de Processo Civil português o qual determinava a realização de prova de ofício nestes casos, entendendo que a prova "tem de consistir numa diligência necessária, não bastando que seja útil ou conveniente"[973].

O acórdão do Tribunal de Relação de Lisboa, em nossa opinião, errou muito na aplicação do direito ao caso concreto. Primeiro, porque beneficiou o comportamento ímprobo da parte ré, que deixou de cooperar com o procedimento, deixando de produzir a prova injustificadamente. Atualmente, na legislação portuguesa, o comportamento ímprobo de uma das partes poderá levar à inversão do ônus da prova por meio da aplicação de um conceito fluido, "quando a parte contrária tiver culposamente tornado impossível a prova ao onerado". O CPC/2015, em seu art. 373, não prevê a inversão

---

[972] "Antes de definirmos a nossa posição, convirá referir que a natureza deste tipo de acções e os valores morais, éticos, psicológicos e sociológicos que se entrecruzam neste "jogo" de relações afectivas e íntimas, impõe ao julgador um cuidado, uma atenção e um rigor acrescidos, devido às enormes dificuldades de prova em audiência de discussão e julgamento, agravadas, muitas vezes, com a ausência de exames hematológicos no processo. Desde há muito que entendemos que não faz qualquer sentido continuar a exigir do autor a prova da exclusividade das relações sexuais, no período legal da concepção, enquanto facto indiciário ou instrumental da filiação biológica, designadamente, quando aquele pretenda e consiga demonstrar o fenômeno biológico da procriação". RANGEL, Rui Manuel de Freitas. **O ônus da prova no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2002, p. 297-300.

[973] RANGEL, Rui Manuel de Freitas. **O ônus da prova no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2002, p. 302.

dinâmica da prova por força da quebra do dever de cooperação de uma das partes. Entretanto, a não apresentação da prova deferida ou determinada de ofício ou, em outras palavras, a não produção da prova pela atividade da parte onerada, poderá levar à inversão do ônus da prova[974].

O segundo erro evidente do acórdão, em franca violação ao direito à prova e ao contraditório, foi ter privado o autor da prova com probabilidade de mais de 99% de acerto, passando a exigir da parte a apresentação de uma prova precária frente ao avanço científico. O tribunal deveria, ao menos, evitar que fosse malferido o direito à prova do autor – o qual poderia ser concretizado por meio do exame hematológico –, seja advertindo o autor, seja facultando o direito de realizar a atividade probatória na relação jurídica processual.

Examinado o julgado sob o ângulo do ônus da prova, ora como atividade das partes, ora como atividade do julgador, evidente a zona de encontro do ônus objetivo com o subjetivo. O tribunal, ao julgar o caso por meio do exercício das regras de julgamento, não inverteu o ônus da prova, tal como o faz a jurisprudência dominante. Assim, o tribunal, ao formar o seu convencimento, passou a exigir que a autora tivesse cumprido a atividade de produzir a prova testemunhal precária. Com o não preenchimento do ônus da afirmação por meio da atividade autora, agora como regra de julgamento, a decisão do tribunal *a quo* acabou mantida, com o desprovimento do recurso.

Neste segundo caso examinado, outro importante ponto do tema ganha cor. A inversão do ônus da prova como regra de julgamento encontra-se umbilicalmente ligada ao convencimento do órgão julgador. Se o tribunal estivesse convencido do não preenchimento do ônus da prova de forma plena pelo autor, mesmo diante do não cumprimento do ônus da prova como atividade do réu, no caso concreto, com a quebra do dever de cooperação, a sentença seria favorável ao demandado, já que o julgador,

---

974 "Assim, a recusa ilegítima na efectivação do exame deve ter, como consequência para o réu, o ônus de demonstrar que não é o pai biológico do investigante, invertendo-se, consequentemente, o ônus da prova a cargo do autor. Hoje em dia, esta problemática encontra-se resolvida. O n. 2 do art. 344º do C. Civil, para o qual o n. 2 do art. 519º do CPC remete, não oferece qualquer dúvida, consagrando um regime de inversão de ônus da prova. Assim, prescreve o citado n. 2 do art. 344º do C. Civil que "há inversão do ônus da prova, quando a parte contrária tiver culposamente tornado impossível a prova ao onerado"; enquanto que o n. 2 do art. 519º do CPC refere que "se o recusante for parte, o tribunal apreciará livremente o valor da recusa para efeitos probatórios, sem prejuízo da inversão do ônus da prova decorrente do preceituado no art. 344º n. 2 do C. Civil". RANGEL, Rui Manuel de Freitas. **O ônus da prova no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2002, p. 304.

por meio da inversão dinâmica do ônus da prova à luz das peculiaridades do caso em julgamento e diante da fluidez do tipo legal, conseguirá fundamentar seu raciocínio neste sentido e, assim, demonstrá-lo às partes, como o fez no caso ora em exame, mesmo que tenha cometido erros[975].

Iniciando o exame do terceiro caso, novamente o desequilíbrio do pêndulo do ônus da prova em desfavor do autor fica bem claro. Os autores, sob o fundamento de que são proprietários de determinadas lojas comerciais, as quais foram entregues a título de comodato, requereram a sua retomada. Eventualmente, se assim não fosse entendido, também não se tratava de um contrato de arrendamento, ou seja, locação, o qual pressupõe o pagamento de uma contraprestação. Ademais, o instrumento não estaria prenotado na matrícula do imóvel.

Em primeira instância, o réu fez a prova da existência do contrato de arrendamento, demonstrando que a falta do apontamento do contrato na matrícula do imóvel decorria de omissão dos proprietários. Por meio da oposição de embargos de declaração, foi suscitada dúvida pelos autores, já que embora fosse considerada a existência de uma relação locatícia, já que o contrato não estava registrado junto à matrícula do imóvel, os demandantes teriam direito à retomada das lojas, uma vez que o réu não teria direito à manutenção da relação jurídica por tratar-se de arrendamento novo, segundo as regras do direito civil português[976] [977].

O tribunal, ao examinar o recurso interposto pelos autores, entendeu que o direito constitutivo dos proprietários à retomada do imóvel só estaria configurado na hipótese de

---

[975] Rui Manuel de Freitas Rangel aponta a relação de complementação da inversão do ônus da prova e a atividade do julgador ao julgar: "A prova testemunhal é extraordinariamente precária e insuficiente para atingir o fim em vista, isto é, para demonstrar, por via directa, a procriação biológica, fundamento da pretensão do autor. O regime previsto no n. 2 do art. 344º, do C. Civil não pressupõe que o único meio de prova idóneo para a demonstração de determinado facto seja o inviabilizado pela conduta culposa da parte. Basta que se trate de meio de prova de especial relevância, isto é, que só por si fosse idôneo para garantir a procedência da acção. Assim, pode-se concluir que actualmente, o n. 2 do art. 344.º, do C. Civil (inversão do ônus da prova) e o n. 2 do art. 519º, do CPC (livre apreciação da prova, sem prejuízo da inversão do ônus da prova decorrente do preceituado naquele preceito legal), se complementam". RANGEL, Rui Manuel de Freitas. **O ônus da prova no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2002, p. 304.

[976] RANGEL, Rui Manuel de Freitas. **O ônus da prova no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2002, p. 306.

[977] O direito de manutenção da relação locatícia com fins comerciais é conhecido como primeiro arrendamento no direito português. Quando se fala em arrendamento novo, estar-se-á a falar de direito de locação de bem imóvel comercial sem direito dos locatários de manutenção da relação jurídica se preenchidos determinados requisitos, ou seja, direito de preferência. Segundo Francisco Manoel Pereira Coelho, o art. 16º do Decreto-Lei n. 148/81, de 4 de junho, estabelecem os casos em que a legislação portuguesa impõe ao titular do domínio uma obrigação de arrendar. COELHO, Francisco Manoel Pereira. Regulamentação imperativa do contrato de arrendamento. Texto proferido no colóquio "**Arrendamento urbano – Assembleia da república**", em Lisboa, out. 2005.

relação jurídica de locação, sem direito do réu à manutenção do contrato. Na dúvida, ou seja, na ausência da prova plena, o acórdão julgou improcedente o pedido. Aqui, é interessante observar também a confusão feita pelos julgadores acerca da distribuição do ônus da prova, na medida em que passou-se a exigir do autor a prova do fato constitutivo – *rectius*: extintivo – do direito do réu, além da prova do suposto direito de preferência, que é fato constitutivo do direito do réu. Assim, na dúvida, ou melhor, na ausência da prova do direito do réu, os autores foram derrotados.

O Supremo Tribunal de Justiça, ao examinar o acordão do Tribunal da Relação de Coimbra, entendeu que o ônus da prova do direito à manutenção da relação locatícia seria um fato impeditivo ao direito dos proprietários em reaver o imóvel e, consequentemente, reformou o julgado, uma vez que o contrato não estava prenotado à matrícula do imóvel. Novamente, fica clara a confusão entre fato constitutivo do direito do autor e o constitutivo do direito do réu. Felizmente, o Excelso Pretório decidiu corretamente na medida em que os julgadores, por meio do exercício das regras de julgamento, ou melhor, da atividade conhecida como livre convencimento devidamente motivado, distribuíram corretamente o ônus da prova frente às peculiaridades do caso concreto[978].

O quarto caso a ser examinado exige do autor o preenchimento de um ônus mais pesado e duro, quando comparado àquele imposto ao réu para que o seu direito se constitua. E diante da determinação da produção da prova diabólica, tal como ocorreu no caso a ser examinado, o “Frankenstein jurídico” acaba sendo o patrocinador da injustiça, quando deixa de distribuir o direito material justamente porque a vítima, que terá o ônus

[978] Rui Manuel de Freitas Rangel defende a decisão do Supremo Tribunal Federal, assim fundamentando a sua posição: “Temos, aqui, um outro caso em que o ônus da prova suscitou dúvidas, sendo reflexo disso as suas interpretações dadas pelos Tribunais Superiores, sobre a quem deveria incumbir o ônus da prova, com consequências decisivas, quanto ao desfecho final da acção. A questão central deste caso reside em saber-se se, proposta a acção para a entrega do prédio e, alegado pelo réu que ocupa legitimamente como arrendatário, é ao réu ou ao autor que incumbe a prova dos factos de que há-de derivar a eficácia ou a ineficácia jurídica do arrendamento? A relação entendeu que era aos autores que incumbia fazer a prova de que o arrendamento invocado pelo réu não estava em condições de produzir o efeito jurídico. O Supremo afirmou, contrariamente, que sobre o réu não estava em condições de produzir o efeito jurídico. O Supremo afirmou, contrariamente, que sobre o réu impendia o ônus de provar que o arrendamento, de que se socorria, estava em condições de ser atendido em juízo. A tese sustentada pelo Supremo parece-nos a mais acertada, não bastando ao réu, alegar e provar que a falta de escritura pública era imputável ao senhorio para que o arrendamento fosse reconhecimento em juízo; era fundamental, à luz dos normativos então em vigor, que se demostrasse tratar-se de primeiro arrendamento”. RANGEL, Rui Manuel de Freitas. **O ônus da prova no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2002, p. 307.

da prova diabólica no maior número dos casos, não terá como fazer a prova dos fatos constitutivos do seu direito.

Trata-se da hipótese de ação de despejo proposta pelo proprietário do imóvel em razão do falecimento do casal de inquilinos. No direito português, o direito à manutenção da relação locatícia estende-se à viúva e aos filhos, salvo se estes deixarem de habitar o imóvel durante os seis primeiros meses após o falecimento do locatário original. O filho do casal falecido alegou que vivia na casa com sua mãe durante mais de seis meses, contados da data do falecimento de seu pai e, assim, apesar de viajar constantemente para Setúbal (porque era professor de ensino médio naquela cidade), teria ele o direito de manter a relação locatícia originalmente estabelecida entre o seu pai e o proprietário.

A distribuição do ônus da prova, novamente, seria o fiel da balança. Caso se entendesse que o ônus da prova do fato negativo caberia ao autor, e se ele não se desincumbisse do seu ônus, seu pedido seria julgado improcedente. Já o entendimento contrário levaria à procedência da demanda. Questionamos: o cumprimento do prazo de seis meses estabelecido pelo legislador é um fato constitutivo do direito do réu, ou seja, caberia a ele prová-lo para poder continuar a habitar o imóvel, ou seria um fato constitutivo do direito do autor, que lhe permitiria retomar sua propriedade, pondo fim à relação locatícia?[979]

Entendemos que a dificuldade do autor de provar que o réu não habitou o imóvel poderia ser suplantada através da eventual contratação de um bom detetive. No caso, não seria necessário um *expert* no assunto, já que bastaria comparecer à cidade de Setúbal para investigar se o réu também mantinha residência naquela cidade. Salvo melhor juízo, não haveria outro modo. Por outro lado, se o julgador estivesse preocupado em distribuir com mais cuidado o ônus da prova, ele poderia entender que o prazo de seis meses é um fato constitutivo do direito do réu e, assim, caberia a este fazer a prova, quer seja arrolando testemunhas, quer seja por meio de uma conta telefônica, a qual

[979] "Perante esta dúvida, mais uma vez se coloca o problema do ônus da prova: era ao autor que incumbia provar que o réu não habitara com a mãe durante mais de seis meses, ou, pelo contrário, era ao réu que cabia fazer prova do facto oposto, isto é, que habitara com a mãe durante o lapso de tempo referido? Da solução desta questão do ônus da prova dependia, mais uma vez, a sorte da acção teria que improceder; se ao réu incumbisse o ônus da prova do facto positivo, a acção procedia". RANGEL, Rui Manuel de Freitas. **O ônus da prova no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2002, p. 309.

demonstraria a origem e o local das chamadas realizadas na então pitoresca cidade de Setúbal.

Comprovando não haver uniformidade na aplicação e na distribuição do ônus da prova, o tribunal de primeira instância entendeu, corretamente, que o ônus da prova seria do réu. O tribunal de relação competente e o Supremo Tribunal Federal, patrocinando a prova diabólica, entenderam que o ônus da prova seria do autor. Assim, o Excelso Pretório firmou o seguinte precedente:

> proposta acção de despejo com fundamento na caducidade do arrendamento, em consequência da morte do arrendatário, é o autor que incumbe fazer a prova de que o réu não habitou com o arrendatário durante mais de seis meses, anteriores ao falecimento da mesma[980].

O quinto exemplo resume-se ao exercício de direito potestativo por seu titular. No caso concreto, um dos filhos do falecido, objetivando anular a cessão de cotas em duas sociedades, alegou que o negócio jurídico fora realizado por procurador sem poderes e, se assim não fosse, a escritura seria sem validade e eficácia, eis que ausente a sua autorização.

Rui Manuel de Freitas Rangel, ao defender posicionamento com o qual concordamos, explica: “Mais uma vez, o problema aqui resolve-se com o recurso à distinção entre factos constitutivos do direito e factos impeditivos ou extintivos do mesmo, distinção nem sempre fácil de ser feita”. O fato constitutivo do direito à anulação não é a ausência de autorização do autor, já que estaríamos diante de uma venda realizada pelo pai a um filho e há outros filhos que consentiram com o negócio. Nesta linha de pensamento, o fato de os outros filhos terem consentido passa a ser um fato impeditivo

---

[980] “A posição que julgamos correcta foi a sustentada pelo juiz de 1ª instância, uma vez que era ao réu que cumpria fazer a prova da habitação com a mãe durante mais de 6 meses. A Relação e o Supremo inverteram o ônus da prova, o que não é aceitável. Na verdade, o facto constitutivo do pretenso direito do autor a fazer declarar a caducidade do arrendamento era, apenas, a morte da arrendatária. Ao autor só incumbia fazer a prova deste facto. A habitação do réu com a arrendatária, sua mãe, durante mais de seis meses, funcionava como facto impeditivo do direito do autor e não como facto constitutivo do direito do autor e, nesta medida, competia àquele demonstrar esse facto; consequentemente, para obstar a que se produzisse o efeito jurídico atribuído pela lei ao facto da morte da arrendatária – a caducidade do arrendamento – o réu tinha de alegar e provar que vivera com a sua mãe no arrendado, durante mais de seis meses imediatamente anteriores à morte dela. Sem dúvida que esta alegação constitui uma verdadeira excepção peremptória, porquanto se destina a impedir o efeito jurídico do facto constitutivo em que a acção se fundava – a morte da arrendatária. Andou, pois, bem a primeira instância. RANGEL, Rui Manuel de Freitas. **O ônus da prova no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2002, p. 309-310.

do direito do autor, cabendo a ele ilidi-lo. O precedente judicial decidiu acertadamente, em nossa opinião[981].

O sexto exemplo talvez seja o mais simples de todos. Contudo, ao analisarmos a decisão de primeiro grau, influenciada por *error in judicando*, percebemos que o livre convencimento devidamente motivado merece especial atenção dos aplicadores do direito, sob pena de o eixo central do processo deixar de ser saudável, passando a produzir decisões distanciadas dos fatos. No caso, o Tribunal da Comarca de Alenquer determinou que o executado provasse os prejuízos sofridos pelo exequente, encadeando seu errôneo convencimento.

O Supremo Tribunal de Justiça considerou que o incidente de liquidação nada mais é do que prolongar o processo de conhecimento, no qual, justamente por estar sendo necessário tal procedimento, não foram provados os prejuízos que agora deverão ser demonstrados. Ora, a conclusão do raciocínio diante dos fatos do processo não poderia comportar outra solução. A ilegal inversão do ônus da prova, se mantida, possivelmente redundaria na configuração da prova diabólica, ou seja, no "Frakenstein jurídico", já que, possivelmente, o executado não teria como provar as despesas e os gastos efetuados pela outra parte. Afinal, quem paga, normalmente, pede os recibos.

Buscando arrefecer as críticas ora lançadas, não se poderia desconhecer casos nos quais caberia ao devedor realizar a prova dos prejuízos suportados pelo exequente. Em decorrência da complexidade das relações humanas, são inúmeras as hipóteses em que o devedor deverá provar os prejuízos sofridos pelo autor. Partindo de exemplo atípico, no caso do inadimplemento contratual de uma loja de vinhos que não permitiu que, em determinado dia, o autor tivesse acesso aos preços dos vinhos – conforme previsto no contrato celebrado entre as partes há mais de 10 anos –, deixando que o abastado cliente gastasse seus 5 milhões de dólares em excelentes borgonhas naquela data, conforme feito repetidamente nos últimos dez anos. Imaginemos que o Estado

---

981 "Mais uma vez, o problema aqui resolve-se com o recurso à distância entre factos constitutivos do direito e factos impeditivos ou extintivos do mesmo, distinção nem sempre fácil de conseguir, porquanto o juiz é confrontado sistematicamente com articulados complexos e confusos que dificultam a concretização dessa distinção. Aqui o fundamento do facto constitutivo do direito à anulação não é a falta de consentimento do outro filho, mas o tratar-se de uma venda feita pelo pai a um filho e haver outro ou outros filhos. A circunstância de o outro ou outros filhos terem consentido na venda constitui, sem dúvida, um facto impeditivo do direito à anulação que incumbe aos réus provar". RANGEL, Rui Manuel de Freitas. **O ônus da prova no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2002, p. 311-312.

Islâmico, no dia seguinte, tenha lançado armas químicas em Jerusalém para os apreciadores da bebida, de modo que os preços dos vinhos tenham disparado 10.000%. Não seria exigível da loja que permitisse ao autor gastar os seus 5 milhões, tendo como base os preços praticados pela loja no dia anterior? E, se só a loja tivesse a lista de preços do dia anterior? (já que a sua página na internet sofrera alteração com a remarcação dos preços e, neste exemplo surreal, não fosse possível imprimir páginas da internet por motivos de segurança). Neste caso, não caberia à loja de vinhos trazer a lista de preços que só ela teria, para que o autor pudesse gastar seu dinheiro aos preços praticados no dia anterior?

O sétimo caso listado trata de divórcio litigioso proposto pela mulher em decorrência da quebra do dever de coabitação, o que comprometeria a manutenção da relação conjugal. Diante disso, a autora requereu a decretação do divórcio. Tanto o tribunal de primeira instância como o tribunal de relação julgaram o pedido improcedente, apesar de encontrar-se provado o seguinte quadro fático: “Em dia impreciso do mês de abril seguinte, o réu abandonou a casa da morada de família, passando a viver num apartamento que já ocupara antes de casa, para onde fez transportar os móveis que lhe pertenciam”[982].

O Supremo Tribunal de Justiça manteve o entendimento das duas instâncias ordinárias. No caso, o ônus constitutivo do direito do autor encontra-se nos fatos que levaram à violação dos deveres conjugais. Ademais, a quebra dos deveres conjugais precisa ser grave e reiterada, apta a comprometer drasticamente a vida do casal. Em suma, o autor deverá provar a violação, a culpa do cônjuge ofensor, a gravidade da violação, sua reiteração e, mais, através de um conceito fluido a ser preenchido pela atividade do julgador, o autor deverá demostrar que a vida em comum ficou comprometida em decorrência destes fatos[983].

---

[982] RANGEL, Rui Manuel de Freitas. **O ônus da prova no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2002, p. 312.

[983] Refere o citado acórdão que o cônjuge autor devia alegar e provar “a objectividade da violação do dever conjugal de forma a provar a culpa do cônjuge ofensor e ainda a gravidade da violação cometida ou reiteração das faltas, factos que permitem concluir que a vida em comum ficou comprometida em consequência da violação ou das violações praticadas”. RANGEL, Rui Manuel de Freitas. **O ônus da prova no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2002, p. 314.

Diante disso, indagamos: a posição do Superior Tribunal de Justiça não estaria a demandar a prova diabólica da esposa abandonada no caso em exame? Ora, está provado que o marido saiu de casa, e que levou seus bens móveis para sua antiga *garçonnière*. E não só, a conduta do marido enquadra-se objetivamente nos arts. 1.672 e 1.673 do Código Civil Português, que preceitua, como regra, o dever de coabitação do casal. O que mais a autora poderia provar para ter direito à separação, com o reconhecimento de culpa do cônjuge, em decorrência da quebra objetiva do dever de coabitação? Sem querer aprofundar o exame da questão, não estaria o tribunal exigindo a prova diabólica no caso em exame? Prova essa que o autor não terá meios de fazer.

Ainda com base no problema narrado, Rui Manuel de Freitas Rangel cita outra decisão do Supremo Tribunal Federal em sentindo diametralmente oposto ao que foi decidido. O Tribunal inverteu o ônus da prova, passando a chamar aquele direito outrora constitutivo do direito do autor, agora, como impeditivo do direito do réu ao divórcio, a partir da seguinte presunção judicial:

> ao autor incumbe provar os factos que, segundo o direito substantivo aplicável são constitutivos da pretensão por ele formulada. É normal viverem os cônjuges um com o outro. O n. 2, do art. 1673, do C.Civil, estabelece a regra de que eles devem adoptar a residência de família, do mesmo passo que prevê a existência de excepções (salvo motivos ponderáveis e em contrário).

No primeiro precedente do Supremo Tribunal Federal, o tribunal exigiu, possivelmente, a prova impossível, já que a autora não teve constituído o seu direito ao divórcio por culpa do marido, apesar de o varão ter levado suas coisas para o seu antigo apartamento de solteiro. Se este arcabouço fático, à luz do art.1.673, n. 2, do Código Civil, não é suficiente para que a autora tenha o seu direito reconhecido, quais seriam os outros fatos constitutivos que precisariam ser demonstrados? Quais as provas, além de as já produzidas, ou seja, que o marido saiu de casa e levou todas as suas coisas para o antigo apartamento de solteiro, precisariam ser levadas aos autos pela mulher abandonada?

Como é possível o mesmo tribunal classificar os mesmos fatos de formas diametralmente opostas, se não fosse o exercício do livre convencimento devidamente motivado? No caso ora em exame, o ônus subjetivo a ser preenchido pelo autor, qual

seja, o de fazer a prova dos fatos constitutivos do seu direito, felizmente, é possível de ser cumprido, já que o fato outrora constitutivo do direito do primeiro autor passou a ser fato que demandará a apresentação de prova por parte do réu segundo a convicção daqueles julgadores. O que era fato constitutivo, passou a ser fato impeditivo, aos olhos do mesmo tribunal, ao aplicar a mesma legislação, praticamente, decidindo hipótese fática idêntica[984].

O exame do oitavo caso apresentado abarca o exercício de direito potestativo do condômino, qual seja, o de exercer a preferência quando da alienação da outra fração do bem comum. Antes de analisarmos o problema, como já criticamos a quebra de isonomia da relação jurídica procedimental, ao examinarmos as diferentes situações em que se encontram o autor e o réu quando lhes é exigida a prova dos fatos do seu direito, no caso do exercício de um direito potestativo, ao menos para o autor, a prova dos fatos constitutivos do seu direito é uma atividade mais facilmente exequível.

Os direitos potestativos surgem na Alemanha do século XX, como uma terceira via de classificação dos direitos, em substituição à binária distinção decorrente da diferenciação entre direitos pessoais e reais. Ao mesmo tempo em que impõem uma sujeição a uma das partes da relação jurídica de direito material, garante à outra o poder "a que não corresponde nenhuma sujeição alheia". Por meio de uma simples declaração, o autor exerce seu direito. Não é necessário perquirir se a parte cumpriu seu dever jurídico, já que esses direitos não apresentam contraprestação. O autor precisa apenas demonstrar estar em determinada situação jurídica conferida pelo ordenamento, que lhe faculta o exercício deste direito. Não cabe, por exemplo, ao réu alegar a exceção do contrato não cumprido. O ônus da prova a ser preenchido pelo autor em sede de tutela de direitos potestativos é uma exceção à regra geral no sentido de que o autor sempre

---

984 "Em sentido inverso, o Ac. do STJ de 12-06-1981 (proc. 71725) entendeu que "ao autor incumbe provar os factos que, segundo o direito substantivo aplicável são constitutivos da pretensão por ele formulada. É normal viverem os cônjuges um com o outro. O n. 2, do art. 1673º, do C. Civil, estabelece a regra de que eles devem adoptar a residência de família, do mesmo passo que prevê a existência de excepções (salvo motivos poderosos em contrário). Por isso, não é ao autor que cumpre provar que a saída do réu do lar conjugal foi injustificada, mas ao réu que incumbe fazer a prova de que, em face das circunstâncias verificadas, a sua conduta não reprovável, dado tratar-se de facto impeditivo do direito ao divórcio. Trata-se de uma presunção natural judicial em que se inverte o ônus da prova, com base nessa presunção judicial – teoria da normalidade. É normal presumir-se que quem abandonou o lar conjugal seja o cônjuge que violou culposamente o dever de coabitação". RANGEL, Rui Manuel de Freitas. **O ônus da prova no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2002, p. 314.

terá mais dificuldade para comprovar todos os fatos constitutivos do seu direito frente à posição assumida pelo réu[985].

No oitavo caso em exame, o autor alega ser proprietário de um bem em condomínio, e determinado condômino não teria observado o seu direito de preferência na aquisição do imóvel, já que alienou a outra parte do bem a terceiro, sem que lhe fosse possível exercer o seu direito de preferência. Como o prazo prescricional para o exercício deste direito é de seis meses, o réu alegou que caberia ao autor provar a data em que tivera ciência da venda do imóvel. Perdeu nas duas instâncias ordinárias e no Supremo Tribunal Federal.

Se a tese do réu vingasse, o ônus da prova do fato passaria a ser do autor, como se fosse possível apresentar um documento que, provavelmente, não existe, até porque, ao que tudo indica, não foi oferecido ao autor o exercício do direito de preferência. Eventualmente, considerando dinâmico o ônus da prova, não seria mais lógico o julgador exigir daquele que tem o dever de dar o direito de preferência, a prova do cumprimento desse dever jurídico, sob pena de se exigir a prova de um fato negativo daquele que tinha o direito a ser observado? (ou seja, que a oferta de compra da outra fração do bem comum não lhe foi apresentada). Nada mais ilógico[986] [987].

---

[985] Para melhor exame do tema, o artigo do professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Paraíba é obrigatório. O que diz o autor acerca do fato constitutivo dos direitos potestativos: "Do exposto se verifica que havia necessidade imperiosa de se criar uma nova espécie de direitos subjetivos na qual pudessem ser incluídos, sem atentados à lógica e sem a persistência de resíduos a classificar, todos aqueles direitos que não podem ser enquadrados em qualquer das duas categorias tradicionais. Os primeiros estudos neste sentido foram realizados na Alemanha, em fins do século passado, aparecendo como pioneiros os juristas Hasse, Bekker, Zitelmann, Thon, Secker, Hellwig (Vicente Ráo, "O Direito e a vida dos direitos", 2º vol., pág. 441, e José Castan Tobeñas, "Situaciones jurídicas subjetivas", pág. 42). Dêsses estudos nasceu uma nova categoria de direitos subjetivos, à qual Chiovenda deu a denominação de direitos potestativos ("Ensayos de Derecho Procesal Civil", trad. Cast., vol.1º, pág. 25). O mesmo autor reserva a expressão "direitos a uma prestação" (ou "direitos de prestação") para designar o gênero ao qual pertencem as duas espécies "direitos reais" e "direitos pessoais" ("Instituições", trad. Port., vol. 1º, pág. 36 da 1ª. ed.), e a propriedade da denominação é manifesta: quando alguém exercita um direito real ou um direito pessoal, visa obter do sujeito passivo o cumprimento de um dever, isto é, a realização de uma prestação (real ou pessoal). Os direitos potestativos compreendem todos aqueles poderes conferidos pelo Direito positivo que se apresentam com as características comuns aos direitos pessoais e reais, exceto uma: o exercício do poder não visa ao cumprimento de um dever, e sim à criação, modificação ou extinção de uma relação jurídica. É o que se observa, de maneira bem acentuada, no exercício do poder que tem o marido de contestar a legitimidade do filho de sua mulher: o que ele pretende não é exigir o cumprimento de um dever, mas a extinção do estado de filho legítimo resultante da presunção estabelecida no art. 337 do Código Civil". AMORIM FILHO, Agnelo. As ações constitutivas e os direitos potestativos. **Revista dos Tribunais**, n. 375, São Paulo, jan. 1967, p. 29.

[986] RANGEL, Rui Manuel de Freitas. **O ônus da prova no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2002, p. 315-316.

[987] Durante minha experiência profissional testemunhei a posição praticamente olímpica dos autores em sede de relações jurídicas processuais que veiculam direito potestativo. O escritório Paulo Cezar Pinheiro Carneiro advogava para um grande grupo hospitalar que havia adquirido a metade de um valioso imóvel sem que o direito de preferência dos autores fosse observado muito anos antes de assumirmos a causa. Todavia, como o meu cliente alugava a outra

O nono caso apresentado exemplifica uma situação na qual foi proferida acertada decisão, na medida em que o julgador utilizou as regras de julgamento com a melhor técnica e, assim, a seu favor. O autor ingressou com ação na qual requereu o pagamento de determinada quantia, decorrente de 28 letras de câmbio com aceite já vencido. A ação foi julgada procedente pelo juízo *a quo* e pelo tribunal de relação. No recurso interposto, o réu alegou que o ônus da prova incumbia ao autor, já que caberia ao demandante fazer a prova dos valores então lançados, até porque as notas lhe foram entregues em branco e o autor não tinha autorização para preenchê-las[988]. O tribunal entendeu que eventual excesso no preenchimento é ônus do direito constitutivo do réu, que alega abuso justamente no suposto preenchimento ilegal. O tribunal, ao formar sua convicção, presumiu a existência da dívida, já que as regras comerciais permitem a entrega do título em branco. A assinatura do devedor e o seu aceite fazem presumir a existência, a validade e a eficácia do negócio jurídico. Felizmente, em nossa opinião, a decisão caminhou bem. Todavia, conforme avaliação do juiz, questionamos: na atividade decorrente da utilização das regras de julgamento, não se poderia ter formado uma outra presunção, no sentido que caberia ao autor fazer a prova plena de todos os valores então exigíveis? O julgador não poderia ter formado a sua convicção exercitando as regras de julgamento ao seu modo? A resposta é afirmativa[989].

---

metade do imóvel dos autores, ao longo de 20 anos da data da venda, os autores já haviam dito ciência da inobservância do seu direito. Todavia, após o meu constituinte obrar gigantesca reforma no imóvel, modernizando a então pequena clínica, transformando-a em verdadeiro hospital, surge o idoso casal quedando-se como vítima, requerendo o reconhecimento do direito de aquisição da outra metade do imóvel pelo preço despendido há 20 anos atrás pelo meu constituinte. Se a ação tivesse êxito, o casal teria acertado na loteria. O pior de tudo é que não havia a prova plena a favor do meu constituinte. Ou seja, o suposto documento produzido pelo antigo proprietário ofertando o direito de preferência ao casal. Apesar de inúmeros indícios e da prova testemunhal a favor do réu, a juíza, apenas um pouco mais idosa do que os autores, parecia já ter a sua certeza, a sua convicção formada. Os autores eram os mocinhos e o grupo hospital seria o lobo mau. Não havia regra de julgamento que pudesse socorrer o réu. Na face da magistrada estampava-se a sentença de procedência. Até que, ao responder uma das minhas perguntas, a velha senhora deixou escapar que tinha ciência da venda do imóvel, mas fazia pouco tempo. Como o prazo prescricional é de 6 meses para o exercício do direito de ação nestes casos, resolvi me aventurar e perguntei há quanto tempo a autora tinha ciência da venda. Bingo! Ela disse, mais ou menos assim: - Dr., não faz muito tempo não, um ano, um ano e meio, mais ou menos. Eu não consegui acreditar naquilo que ouvia. Pior foi a reação da juíza, que parecia tentar não entender o que a autora dizia. Em suma, o exemplo relatado, além de apontar a maior facilidade de o autor fazer a prova do fato constitutivo do seu direito em sede de direitos potestativos, comprova que a prova produzida, no caso plena, poderá evitar que o julgador venha a exercitar as regras de julgamento de forma que melhor lhe convier.

[988] RANGEL, Rui Manuel de Freitas. **O ônus da prova no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2002, p. 316-317.

[989] "O Ac. do STJ de 28-07-72 (publicado na RLJ, Ano 106, 1973, 1974), podia preencher e fazer valer essas letras, após a morte do réu, nem se demonstrou que tivesse sido expressamente convencionado que o mesmo podia preencher as letras com as datas que quisesse. As letras foram entregues ao autor, aceites pelo réu e a assinatura do aceitante coloca este em responsabilidade pelo seu pagamento. Assim, a entrega das letras aceites, com os

O décimo problema formulado também não apresenta maior complexidade. Trata-se de ação proposta pelos proprietários objetivando retomar o imóvel. Os réus alegam que, inicialmente, moravam de favor no imóvel. De qualquer forma, por contrato verbal, as partes iniciaram então uma relação locatícia há mais de 6 anos. O pedido foi julgado procedente, já que, com a inversão do ônus da prova, caberia ao réu provar seu direito. Competia a ele apresentar justo título a alicerçar o seu direito à posse do imóvel. Até porque, o autor já tinha provado que era proprietário do imóvel[990].

De qualquer forma, não poderíamos deixar de relembrar o terceiro exemplo examinado. Naquela hipótese, apesar de os autores terem demonstrado os fatos constitutivos do seu direito, as duas instâncias ordinárias julgaram improcedente o pedido, exigindo que os demandantes fizessem a prova do fato impeditivo do seu direito à retomada de sua propriedade. Visto o fenômeno a partir desta divergência de interpretações, poderíamos afirmar que as regras de julgamento comportam inúmeras maneiras de ser utilizadas no exercício do livre convencimento do julgador, a fim de compor o mosaico conhecido como sentença judicial ou laudo arbitral. Nada mais abstrato e fluido. Em suma, subjetivo e sem uniformidade.

O décimo primeiro caso apresentado abarca acidente de automóvel, que redundou na morte do filho dos autores. O tribunal de primeiro grau, uma vez provado que a vítima viajava gratuitamente no carro do réu, inverteu o ônus da prova e, assim, passou a exigir a prova negativa do motorista. Ou seja, caberia a ele demonstrar que não agiu com culpa, apesar de não ser aplicável a culpa presumida à moldura fática. Até porque não se estaria diante de um contrato de transporte em que emerge a responsabilidade objetiva do transportador[991].

---

montantes indicados pelo aceitante revela a intenção deste de se obrigar cambiariamente pelos respectivos valores. Não provou o réu recorrente, como alegou, que tivesse havido abuso de preenchimento nem inexistência de contrato de preenchimento. Sem dúvida que a entrega das letras com alguns elementos em branco, nas condições mencionadas, supõe a autorização concedida ao credor para o seu preenchimento quanto às letras. A assinatura em branco faz presumir no signatário a vontade de fazer seu texto a inserir e daí presumir-se que o texto representa a vontade confessória do signatário (cfr. Ac. do STJ de 16-5-1975, in BMJ 247º - 107)". RANGEL, Rui Manuel de Freitas. **O ônus da prova no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2002, p. 317.

990 RANGEL, Rui Manuel de Freitas. **O ônus da prova no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2002, p. 317-318.

991 RANGEL, Rui Manuel de Freitas. **O ônus da prova no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2002, p. 318-319.

Em segundo grau, o Tribunal de Relação do Porto reformou a decisão, invertendo o ônus da prova. Os autores, como não conseguiram demonstrar que o réu agiu com culpa, tiveram que arcar com o ônus da sucumbência ao perderem a ação. Tampouco o réu seria capaz de provar que não se comportou imprudentemente, de forma negligente ou que seria imperito. Seria uma prova diabólica: a prova negativa, o não agir imprudentemente, o não fazer de forma negligente, em suma, a não incidência da sua culpa no acidente. O critério de repartição do ônus da prova passou a ser essencial para que uma parte tivesse seu direito constituído aos olhos do seu julgador. Aqui, na ausência da prova, o autor acabou saindo derrotado. Na ausência da prova, julga-se contra o autor. Não há mistério nesse senso de justiça. Verdadeiro direito natural. Quem se arroga o direito, terá o ônus de provar que o direito lhe pertence. Ora, se afirmamos que aquele bem é nosso, nada mais razoável, justo e lógico que possamos provar a propriedade daquele bem tutelado pelo direito[992].

No décimo segundo caso, a situação fática resume-se aos embargos do executado, Fundo de Garantia Automóvel, que não foi parte na ação originária, pelo pagamento dos prejuízos sofridos pelas vítimas que não têm seguro para cobrir prejuízos decorrentes do acidente. A pessoa jurídica de direito público alegou que "entende não ser responsável pelo pagamento dos tratamentos", até porque "ignora a forma como foram provocadas as lesões, desconhecendo as circunstâncias de tempo, modo e lugar em que terá ocorrido o evento"[993].

Novamente, não houve uniformidade na utilização das regras de julgamento pelo tribunal. O tribunal *a quo* julgou improcedente os embargos, entendendo que o ônus da prova deveria ser preenchido com a atividade do hospital no curso da fase probatória da relação processual. Em segundo grau, o tribunal entendeu que a prova acerca dos gastos incumbe ao embargante, "a quem o facto aproveita". O "ônus de alegação e prova" cabe

---

992 "A Relação do Porto (Ac. de 09-02-78 – recurso n. 13.561) entendeu que a presunção de culpa estabelecida no art. 503 º, n. 3, do C. Civil, não é aplicável ao transporte gratuito, pois esse regula-se pelo n. 2, do art. 504º, do C. Civil, nos termos do qual, "o transportador responde, apenas, nos termos gerais, pelos danos que, culposamente, causar". Ora, nos termos gerais, em matéria de responsabilidade civil extracontratual, são os enunciados no art. 483º, do C. Civil, segundo o qual, só é obrigado a indemnizar o lesado aquele que, com dolo ou mera culpa, violar os direitos de outrem. Em matéria de prova da culpa, o princípio geral vem estatuído no art. 487º, do C. Civil, de acordo com o qual é ao lesado que incumbe provar a culpa". RANGEL, Rui Manuel de Freitas. **O ônus da prova no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2002, p. 318-319.

993 RANGEL, Rui Manuel de Freitas. **O ônus da prova no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2002, p. 319-322.

à parte que o fato aproveita. Assim, já que "a factualidade justificativa da assistência hospitalar constitui circunstancialismo causal do pedido exequendo", os embargos foram providos, reconhecendo que o hospital não seria responsável pelo pagamento daqueles valores[994].

Uma vez mantido o entendimento do tribunal *a quo*, a parte seria condenada a pagar valor alicerçado em título executivo extraído de processo administrativo, no qual não teve a oportunidade de se manifestar, deixando, consequentemente, de exercer o seu direito ao contraditório e à prova. No direito português, essa espécie de título executivo administrativo permite ao devedor deduzir toda a matéria de defesa, já que só a partir da citação para a ação, o ora demandado terá a oportunidade de se defender[995].

O exemplo ilustra a importância fundamental na correta posição da coluna vertebral do processo ou procedimento. A disfunção da coluna do processo, se não fosse curada em tempo pelo segundo grau de jurisdição, iria permitir a condenação de parte que não teve chances de participar da relação jurídica procedimental. Não tendo, assim, a possibilidade de produzir um ato sequer na relação jurídica que levou à sua condenação. Tampouco, pode impugnar os valores quando executados pelo credor. A hipótese deixa de dispensar tratamento isonômico ao autor e ao réu: de um lado, uma parte tem direito ao processo e obtêm a tutela em face do outro sujeito que, além de ter que assumir dever jurídico que não lhe pertencia de acordo com o direito material posto,

---

994 "Esta acção não versa sobre factos pessoais do embargante. Portanto é seguro que pode desconhecer a nuclear causalidade de que tenha resultado a certificada assistência hospitalar (n. 2 do art. 490.º do CPC, antes do DL 329-A/93, hoje art. 490.º, n. 3). E conclui referindo que a factualidade justificativa da assistência hospitalar constitui circunstancialismo causal do pedido exequendo e, por isso, o ônus de alegação e prova é do exequente-embargado, desaproveitando-lhe qualquer dúvida, com fundamento, entre outros no disposto no art. 342º, n. 1 do C. Civil". RANGEL, Rui Manuel de Freitas. **O ônus da prova no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2002, p. 320.

995 "A partir do momento da dedução dos embargos, caberá ao hospital, simultaneamente embargado e exequente, a inovação mais pormenorizada do circunstancialismo de que decorre a responsabilidade do aventado devedor executado pelo pagamento daquelas dívidas hospitalares, com vista a salvaguardar a sua pretensão executiva da defesa por *impugnação* deduzida nos embargos. Veiculando os embargos de executado uma *oposição de mérito* à execução, a não confirmação dessa matéria consubstanciada no título executivo terá como consequência a eliminação da eficácia do mesmo título, atacando a integridade da obrigação exequenda. O não cumprimento desse mesmo ônus de alegação e/ou comprovação implica a procedência dos embargos deduzidos e a absolvição do pedido executivo por parte do executado. O exequente-embargado não logrou provar matéria suficiente para tal, como é seu ônus, que o executado é o responsável pelo pagamento das dívidas resultantes do indispensável tratamento hospitalar, já que se desconhece em que condições se deu o evento, pelo que bem andou a Relação e o Supremo ao julgarem os embargos procedentes". RANGEL, Rui Manuel de Freitas. **O ônus da prova no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2002, p. 322.

não pôde dispor do seu direito público, abstrato e incondicional de ação frente ao Estado ou de eventual outro meio alternativo de resolução de conflito.

Traçamos aqui uma breve reminiscência à origem da figura do soberano quando da celebração do Contrato Social. Segundo Jean-Jacques Rousseau, o poder soberano sofre limites, dentre eles, “o pacto social estabelece entre os cidadãos uma tal igualdade que se comprometem todos sob as mesmas condições e devem gozar todos dos mesmos direitos”.

A partir deste limite traçado no Contrato Social, questionamos: poderíamos afirmar que a igualdade foi observada, quando um súdito passou a ter o direito de receber determinado bem da vida de um terceiro, sem que o obrigado tivesse o dever jurídico de responder pela dívida e, pior, sem que pudesse praticar um único ato que fosse, a fim de demonstrar que é um estranho à relação jurídica de direito material posta? Nas palavras de Cícero, a referida decisão não representa “o verdadeiro direito”, segundo o conceito desenvolvido pelos estoicos. “O verdadeiro direito”, afirmava ele,

> é a razão justa, consoante à natureza, comum a todos os homens, constante, eterna. Promulgar decretos contra essa lei é proibido pela religião, nem pode ela ser revogada, mesmo que parcialmente, nem temos o poder, quer pelo senado, quer pelo povo, de nos livrar dela[996] [997].

O décimo terceiro caso apresentado demonstra, não só, que na ausência da prova de todos os fatos constitutivos do direito do autor, o pedido será julgado improcedente, como se houvesse um *in dubio* a favor do réu, além de demonstrar uma regra não esquecida pelos magistrados: decidir não é tão difícil, o difícil é fundamentar. Trocando em miúdos, o julgador, como homem médio, chamado a julgar e, assim, a formar seu livre convencimento, como atividade usual, condicionada frente ao caso concreto, uma vez absorvida a hipótese em seu espírito, brota, nasce aquilo que aquele homem médio entende como “o verdadeiro direito”.

Formado o seu livre convencimento, independentemente das regras de direito material aplicáveis ao caso analisado, o julgador, utilizando as inúmeras regras de

---

[996] ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Coleção Folha de S. Paulo – Livros que mudaram o mundo, 2010, p. 41.

[997] BURNS, Edward McNall. **História da civilização ocidental** – do homem das cavernas às naves espaciais. v. 1. São Paulo: Globo, 1986, p. 164.

julgamento da forma que melhor convier a sua livre convicção, poderá chegar ao mesmo produto final, à mesma decisão, sentença ou acórdão. Bom exemplo extraímos da comparação entre os sistemas jurídicos brasileiro e português. Em Portugal, o legislador estipulou a responsabilidade subjetiva do Estado decorrente de atos extracontratuais.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 37, § 6º, estabeleceu o conceito oposto, ou seja, a responsabilidade independe da culpa do agente. No Brasil, a responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado pelos seus atos administrativos é objetiva:

> O ponto extremo da responsabilidade do Estado e para o qual vai o caminho é a teoria do risco social, segundo cujos termos esta se promove mesmo com relação a danos não imputáveis à ação do Poder Público. Celso Antônio Bandeira de Mello, citando carta aos Coríntios de São Paulo, lembra que o consectário natural do Estado de Direito, impõe "a responsabilidade pública por atos danosos a terceiros"[998].

Senão, observemos como o procedimento poderá chegar ao mesmo ponto final, percorrendo trilhas, caminhos e atalhos diferentes. Os autores ingressaram com ação indenizatória contra a Câmara Municipal de Abrantes em decorrência do falecimento de sua mãe. Conforme consignado na sentença,

> no dia 24 de junho de 1973 foi encontrada de bruços no fundo da vala com a cabeça dentro de uma poça de água e debaixo de terra e pedras e barreira que tinha aluído já morta por asfixia resultante do enterramento, encontrando-se também caída no fundo da vala por virtude do desmoronamento, a tábua que por si tinha sido colocada.

Por força da necessidade de captação e transporte de água, o Município, por meio dos serviços dos dois outros réus, abriu valas com profundidades que oscilavam entre 5,20m e 40cm. Para que os moradores pudessem atravessá-las, os réus colocaram "uma passadeira de 3 tábuas largas ligadas por travessas, por onde transitavam as pessoas,

---

[998] "Com efeito, é parte integrante da lei tanto o que consta de literalidade quanto o que se contém no seu espírito, ou, segundo as palavras do eminente constitucionalista americano Black, "o dita-me implícito na lei é tanto parte de seu conteúdo como o que nela vem expresso". Aliás, esta verdade, como máxima de interpretação, é proclamada desde tempos remotos. Em carta aos Coríntios, São Paulo averbou: "Littera enim occidit spiritus autem vivificar" (Epist. II, Cap. 3, vers.6). E Celsus deixou apostilado: "Scire leges non est verba earum tenere sed vim ac potestatem" (Digesto, livro I, tít. III, fr.17). Donde, só aqueles apegados à mais pedestre das interpretações literais não podem perceber que a própria noção de Estado de Direito impõe, como seu consectário natural, a responsabilidade pública por atos danosos a terceiros". MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 1.016.

por elas podendo ser feito o trânsito entre as duas partes do prédio dos autores". Os fatos incontroversos estabeleceram também que "no prédio dos autores, a falecida era a responsável pela manutenção dos terrenos e, assim, resolveu colocar sobre a vala, a 15m da passadeira referida, uma tábua assente entre as duas partes do prédio para transitar entre essas duas partes"[999].

O Tribunal de Relação de Évora, reformando a sentença do tribunal *a quo*, entendeu que os réus estavam "a exercer um acto de gestão pública". A lei então aplicável exige "a ilicitude dos actos que tenham excedido as funções ou que, no desempenho destas e por sua causa, os órgãos ou agentes tenham procedido com dolo". As provas produzidas durante a relação procedimental não apontaram que os réus tenham excedido os poderes que receberam do Estado, ao agirem em seu nome, como seus agentes[1000].

Também, não se configurou qualquer ato doloso praticado pelos réus, até porque "Não se fez prova de como e porquê a vítima morreu, só tendo demonstrado os factos acima relatados". Ao contrário de as provas apontarem eventual erro dos agentes do Estado decorrentes de ato ou omissão imprudente, negligente ou que os réus não fossem habilitados ao exercício das funções, a atividade das partes no processo "apurou que em outros locais existiam tábuas colocadas pelos agentes da Câmara em melhores condições de segurança por se encontrarem ligadas por travessas. Conclui o dito acórdão que houve da parte da vítima violação das regras de prudência com a colocação da tábua no local exacto do acidente, pelo que tal violação só pode ser imputável à vítima que aí a colocou"[1001].

Lançamos o repto: se os julgadores do Tribunal de Relação de Évora tivessem que aplicar a teoria do risco com a imposição da responsabilidade objetiva ao Município de Abrantes e, convencido de que o drástico e fatal acidente com a mãe dos autores conflagrou-se por culpa exclusiva da própria vítima ao colocar as tábuas, infelizmente, não tão estáveis como o fizeram os agentes públicos, a responsabilidade então objetiva

---

[999] RANGEL, Rui Manuel de Freitas. **O ônus da prova no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2002, p. 322-323.
[1000] RANGEL, Rui Manuel de Freitas. **O ônus da prova no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2002, p. 323.
[1001] RANGEL, Rui Manuel de Freitas. **O ônus da prova no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2002, p. 323.

do Soberano não poderia ser ilidida, ao distribuirmos a culpa pelo evento de forma exclusiva à própria vítima? A resposta, para nós, só poderá ser afirmativa. Em outras palavras, as regras de julgamento somadas à atividade do julgador, ao formar a sua certeza à luz ou não das provas produzidas, permitem que os juízes, árbitros ou aqueles investidos de poderes para julgar possam atingir a mesma convicção, apesar de as hipóteses serem examinadas à luz de conceitos antagônicos para a teoria geral da responsabilidade civil, conforme ocorreu na hipótese examinada.

A fim de enriquecer o debate, citemos trabalho de Marco Antônio dos Santos Rodrigues, acerca da efetividade do processo e da distribuição do ônus da prova. O professor da Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ) sustenta que a distribuição dinâmica do ônus da prova procura preservar a boa-fé processual, "impedindo comportamentos imorais ou abusivos por aqueles que possuam melhores condições de provar", a fim de se evitar a "quebra do dever de cooperação entre as partes". Todavia, de forma contraditória, o talentoso procurador do Estado do Rio de Janeiro defende a impossibilidade da inversão dinâmica em face do Estado, já que "a primeira presunção de legitimidade dos atos administrativos também é óbice à aplicação das cargas dinâmicas, haja vista que atua como um primeiro critério em favor do ato eventualmente impugnado"[1002].

Quando se fala em enriquecer o debate, de forma diametralmente oposta à tese defendida no parágrafo anterior, Leonardo Greco sustenta que a Administração Pública, ao contrário do benefício da presunção de validade e eficácia do seu ato, deverá buscar sempre legitimar sua conduta. Assim, como regra de julgamento, a depender,

---

[1002] "Na realidade, pode-se afirmar que a distribuição dinâmica do ônus da prova procura preservar a boa-fé processual, impedindo comportamentos imorais ou abusivos por aqueles que possuam melhores condições de provar. Nessa esteira, também se manifesta Antônio Janyr Dall'Agnol Junior, para quem o juiz deve estar atento a uma quebra do dever de cooperação entre as partes [...]. Na realidade, não apenas em nome do contraditório, mas também da própria boa-fé processual, não é possível que a readequação dos ônus probatórios seja realizada sem que ainda seja possível que o onerado traga ao feito demonstrações de suas alegações. Ademais, à primeira vista, a presunção de legitimidade dos atos administrativos também é óbice à aplicação da teoria das cargas dinâmicas, haja vista que atua como um primeiro critério em favor do ato eventualmente impugnado. Conforme conhecimento corrente no Direito Administrativo, a presunção de legitimidade dos atos da Administração cria uma presunção relativa de adequação do ato, exigindo que aquele que se insurja em face deste traga provas necessárias à demonstração de seu direito, para elidir tal presunção. Tal presunção também deve se dar no plano na impugnação judicial do ato: deve haver uma demonstração pelo administrado da irregularidade do ato administrativo atacado". RODRIGUES, Marco Antônio dos Santos. A efetividade do processo e a distribuição do ônus da prova. **Revista Eletrônica de Direito Processual REDP**. v. XII. Periódico da Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Processual da UERJ, 2013, p. 555.

possivelmente, da convicção formada pelo julgador, a responsabilidade objetiva poderá se substituir à suposta impossibilidade de inversão dinâmica do ônus da prova contra a Fazenda. É o que sustenta Marco Antônio dos Santos Rodrigues, agora, permitindo que o julgador possa justificar a sua escolha e, assim, condenar os réus aplicando a responsabilidade objetiva[1003].

Ao trabalharmos ainda com a última hipótese apresentada por Rui Manuel de Freitas Rangel, a suposta culpa exclusiva da vítima poderia ser afastada pelo julgador, sem que este precisasse utilizar o ônus dinâmico da prova a favor da vítima ou eventualmente a responsabilidade objetiva, se assim a lei material permitisse, a partir do reexame de um fato incontroverso no julgado com outros olhos. Restou consignado no acórdão:

> o segundo réu mandou escorar com madeira uma parte da vala, sendo este serviço fiscalizado pelo terceiro réu, capataz da obras, mas na parte em que atravessava o prédio dos autores não se procedeu ao escoramento dos terrenos, nem de um lado, nem a qualquer vedação[1004].

A culpa da conduta dos agentes não poderia estar presumida no fato de que o prédio da autora, diversamente do que foi feito junto aos demais, não teve implementado apoio a um dos lados do terreno, obrigando-a, e aos seus familiares, a andarem em cima de tábuas por falta de escoramento do edifício. A resposta só pode ser afirmativa.

Partindo do convencimento formado pelas provas produzidas pela atividade dos personagens do processo, o julgador não poderia entender que os réus, ao quebrarem o tratamento isonômico devido a todos os seus administrados, presumidamente agiram com culpa, quando o segundo réu não orientou o terceiro a escorar o prédio da família da vítima. Não poderíamos somar uma outra presunção à primeira, já que ao não escorar o prédio da vítima, não seria imposto aos agentes do Soberano um dever maior de cuidado no entorno do edifício, com a remoção de eventuais tábuas mal postas por aqueles passantes que precisavam atingir a terra firme. Ao enxergarmos as coisas com essas cores, o Estado seria condenado por atos culposos. Não seria necessário ao

---

[1003] GRECO, Leonardo. A busca da verdade e a paridade de armas na jurisdição administrativa. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, ano VII, n. 9, dez. 2006, p. 131.

[1004] RANGEL, Rui Manuel de Freitas. **O ônus da prova no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2002, p. 323.

julgador utilizar a responsabilidade objetiva, tampouco a inversão dinâmica do ônus da prova para atingir o mesmo resultado, ou seja, o direito à indenização aos filhos da vítima. Por outro lado, conforme expusemos no início da explanação deste caso, o Superior Tribunal de Justiça julgou improcedente o pedido por entender que o ato ocorreu por culpa exclusiva da vítima. Ao final, o que procuramos demonstrar com o exame mais detido deste exemplo foi a possibilidade de o julgador chegar à mesma convicção, ou seja, à mesma decisão, utilizando o rico mosaico composto pelas inúmeras regras de julgamento com seus múltiplos conceitos fluidos e, logicamente, indeterminados.

O décimo quarto caso formulado trata-se de ação de responsabilidade contratual proposta contra um armazém. A autora sustenta que as frutas entregues se deterioraram no frigorífero. O réu, ao contestar, apresentou também reconvenção, requerendo o pagamento dos valores devidos conforme previsto no contrato de armazenamento celebrado pelas partes. A ação foi julgada improcedente e o pedido reconvencional procedente. Em sede de recurso, o tribunal de relação, afastando a aplicação da responsabilidade aquiliana destacou

> que se estava diante de negócio em que a ré, como proprietária de armazéns de frigorífico, onde, mediante remuneração, se aceitavam depósitos de produtos alimentares para serem conservados no frio, recebeu da autora fruta, antes de estar madura e em bom estado, para ser conservada pelo frio, havendo-se, porém, parte dela tornado imprópria para consumo, depois de entregue nos armazéns da ré[1005].

O caso não apresentava maior grau de complexidade na matéria fática como o último examinado, no qual não se sabia exatamente como a autora havia falecido, uma vez que a vítima, quando encontrada, já estava morta. Por outro lado, se não houvesse um órgão que pudesse reexaminar o trabalho até então produzido no curso do procedimento, o autor da ação não só perderia a chance legítima de reaver seus prejuízos, como ao alegar, licitamente a exceção do contrato não cumprido, deveria pagar injustamente os valores, acrescidos de todos os custos decorrentes do procedimento e "do inadimplemento". Nos procedimentos arbitrais, em regra, as partes deixam de

[1005] RANGEL, Rui Manuel de Freitas. **O ônus da prova no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2002, p. 325.

constituir um painel para rever o laudo arbitral, primeiramente, pelos custos dos procedimentos; em seguida, porque as partes buscam celeridade quando optam por um meio alternativo de resolução bem mais custoso à prestação jurisdicional oferecida, até mesmo, gratuitamente às partes que não têm como arcar com os ônus decorrentes do custo do processo.

O décimo quinto caso abordado na dissertação de mestrado do juiz português tem como pano de fundo pretensão resistida de interesses decorrente de responsabilidade aquiliana. Normalmente, a reconstrução da história dos fatos do processo nas ações de responsabilidade civil é bem mais custosa, trabalhosa e falha do que a história de um processo decorrente de inadimplemento contratual. Nestes casos, geralmente, a maior dificuldade do julgador repousa nas teses jurídicas elaboradas, a depender da repercussão econômica ou social do processo, com um, dois, quatro pareceres jurídicos ou mais, às vezes, abordando um único ponto do direito material ora em exame. Já nos casos da responsabilidade civil, a história dos fatos com a sua incompletude poderá ser o problema do julgador ao decidir. Na história incompleta dos fatos do processo e, é comum nestes casos o fenômeno ocorrer, o autor sairá perdendo.

No exemplo formulado, a atividade dos personagens do procedimento permitiu auferir que no dia do acidente automobilístico, o réu conduziu seu carro por mais de 16 horas. Ao ultrapassar o carro que seguia no mesmo sentido, de forma arriscada porque além da pista molhada o carro que vinha na direção contrária encontrava-se próximo, seu carro veio a colidir frontalmente com o do autor. Em suma, com bases em inúmeros indícios a favor do autor, o tribunal *ad quem* entendeu que “os elementos probatórios são suficientes para formar a convicção de que foi o réu que agiu com culpa exclusiva, com base na prova da “primeira aparência” que é bastante para inverter o ônus da prova. A partir desta inversão do ônus da prova, caberia ao réu provar que o autor agiu “com falta de atenção ou com excesso de velocidade, ou ainda que, a distância entre o veículo garantia a ultrapassagem”[1006].

[1006] RANGEL, Rui Manuel de Freitas. **O ônus da prova no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2002, p. 325.

De forma diametralmente oposta ao caso em que o autor dispunha da prova plena, até porque seu carro foi abalroado de frente pelo carro do réu, que estava na contramão, em dia chuvoso, após dirigir 16 horas seguidas, os casos envolvendo acidentes automobilísticos são os que exigem atividade do autor aplicada, bem desenvolvida e exauriente, a fim de preencher o ônus da prova de todos os fatos constitutivos do seu direito, se possível para evitar a incompletude da história dos fatos do processo com o consequente julgamento de improcedência do pedido.

Não posso deixar de citar caso em que trabalhei como advogado de uma grande amiga de infância. Sou amigo de todos os três irmãos há mais de 30 anos. Posso atestar, especialmente, a índole nobre da irmã, médica, então menina meiga, hoje, casada e mãe de uma menina, frágil, incapaz de causar mal a qualquer um e, logicamente, sem estrutura emocional para conviver com a pecha de assassina, mesmo que a acusação e a pena fossem a título de homicídio culposo. Foi iniciada ação penal pelo Ministério Público do Rio de Janeiro com pedido de condenação em decorrência do falecimento de uma das três meninas que se encontravam no carro.

Apesar de a história dos fatos do processo não apontar a responsável pelo acidente, já que não se sabia qual motorista havia avançado o sinal às 3h da manhã na Avenida das Américas na Barra da Tijuca, fui procurar o advogado criminalista, Flavio Mirza, a quem confiei a causa quando procurado pela família da minha amiga. Alguns meses depois, o advogado contou-me que a juíza de primeiro grau havia condenado a minha amiga, mesmo não havendo a prova do fato. O fundamento da sentença foi de que uma menina bem-nascida teria matado uma pobre menina, que, inclusive, sustentava sua mãe. A sentença não se alicerçava em fatos, mas em emoções. Por incrível que possa parecer, apesar de o relator da apelação ter muita experiência, oriundo dos quadros do *Parquet*, a revisora, fez com que o relator retirasse o processo da pauta de julgamento e, assim, teve tempo de rever as provas produzidas pela atividade das partes e absolveu minha amiga porque não havia a prova do fato constitutivo do direito da autora: quem teria avançado o sinal naquela avenida às 3h da manhã.

Por fim, o décimo sexto caso trata-se de ação para retomar o imóvel, com a denúncia da relação locatícia. O Tribunal de Relação do Porto julgou improcedente o pedido porque o proprietário não se desincumbiu do ônus da prova dos fatos constitutivos

do seu direito. O autor não provou “que necessita do prédio para sua habitação, que é proprietário há mais de cinco anos, que não tem na sua localidade casa própria ou arrendada há mais de um ano e que não teria usado ainda dessa faculdade”. Em suma, na dúvida, julga-se contra o autor. Possivelmente, ele não conseguiu provar todos os fatos constitutivos do seu direito[1007].

[1007] Nestes termos entendeu “que o senhorio que pretenda usar do direito de denúncia do contrato de arrendamento para o termo do prazo da sua renovação deve alegar e provar que necessita do prédio para sua habitação, é proprietário há mais de cinco anos, não tem na sua localidade casa própria ou arrendada há mais de um ano e não ter usado ainda dessa faculdade”. Estes factos ou requisitos positivos ou negativos não constituem meras condições de exercício, antes são requisitos do próprio direito, são elementos que o integram. Tratando-se de elementos constitutivos do direito de denúncia têm, obviamente, de ser alegados e provados pelo senhorio que desse direito pretende fazer uso. Ao autor incumbia fazer a prova, entre o mais, de que o prédio em causa satisfazia as necessidades de habitação própria e da família e que era o arrendamento mais recente. Estamos de acordo com a posição constante deste Acórdão”. RANGEL, Rui Manuel de Freitas. **O ônus da prova no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2002, p. 326.

CONCLUSÃO

As fissuras entre a justiça privada e a justiça estatal existem e, no Brasil, cuja cultura e sociedade foram construídas pelos influxos da *civil law*, elas ficam encartadas com mais frequência na jurisprudência dos tribunais.

A arbitragem no Brasil se desenvolveu como um meio alternativo de resolução de conflito para “desafogar” o Poder Judiciário, e não por força de suas características marcantes como celeridade e confidencialidade, como ocorreu na Inglaterra e nos Estados Unidos. Nesses países, as fissuras são praticamente inexistentes, porque não houve a absorção da justiça privada pela justiça estatal com a estatização daquela justiça particular.

A arbitragem, por comportar o exercício da jurisdição então delegada pelo Estado através da Lei n. 9.307/1996, abarca a delegação da relação jurídica processual pública.

Tanto é assim, que o árbitro responde criminalmente como funcionário público no exercício das suas funções, além de o laudo arbitral fazer coisa julgada então garantida pela força do Estado através da coerção. Mais ainda: o laudo arbitral encontra-se sujeito à revisão mediante o exercício do direito da ação anulatória pela parte sucumbente.

Em busca de mais eficiência nos meios de resolução de conflito no qual temos a vontade de um terceiro substituindo à das partes, apresentamos três sugestões, a fim de evitar a interferência da justiça estatal no trabalho realizado pela justiça privada.

1) Sustentamos o *in dubio* pela produção da prova no curso do processo arbitral. Com a produção da prova, a justiça estatal não terá como intervir no trabalho então realizado pelos particulares;
2) Sustentamos o dever do árbitro em revelar toda e qualquer informação relevante que possa dar ensejo a dúvidas sobre a sua parcialidade. Se no curso do processo, uma das partes apontar a quebra de parcialidade por força de fato então não revelado, o árbitro, automaticamente, deverá ser substituído, com o prosseguimento dos trabalhos. Se o fato não for revelado, a quebra da confiança leva automaticamente à quebra da parcialidade daquele que deixou de revelá-lo. Caso contrário, as chances de fissura no corpo jurídico, com a

possibilidade de a justiça estatal intervir no trabalho produzido pelo tribunal privado crescem diante da eventual propositura da ação anulatória;

3) Sustentamos que a ordem pública deverá ser abolida quando estamos examinando a arbitragem como meio de resolução de conflito. Ela funciona com um Cavalo de Troia a permitir a rediscussão do mérito da decisão da justiça privada pela justiça estatal à título de ordem pública, como comprovamos ao examinarmos a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em capítulo próprio.

A fim de evitarmos as fissuras entre os tribunais, no terceiro capítulo, estudamos a prova com o objetivo de dissecar o chamado ônus da prova. Então, a defeituosa ferramenta utilizada pelos tribunais arbitrais no tocante à produção e valoração da prova no curso da relação jurídica processual.

Conforme demonstramos, a prova tem natureza jurídica mista (processual e material). Se a prova tem natureza material, assim como a arbitragem comporta o exercício da jurisdição delegada ao particular, junto à relação jurídica processual então pública, questiona-se como poderíamos sustentar que em um processo arbitral com aplicação da lei brasileira com sede no Brasil, quando os regulamentos das instituições arbitrais forem omissos, poderíamos deixar de observar as regras do CPC/2015: a) das disposições gerais acerca da prova; b) da produção antecipada de prova; c) da ata notarial; d) do depoimento pessoal, e) da confissão; f) da exibição de documento ou coisa; g) da prova documental; h) da arguição de falsidade do documento; i) da produção da prova documental; j) do documento eletrônico; l) da prova testemunhal; m) da produção da prova testemunhal; n) da prova pericial; o) da inspeção pessoal.

Em suma, seria possível deixarmos de observar o CPC/2015 durante um processo arbitral, se não há regras sobre a exibição de coisa ou documento, a fim de regular a inspeção pessoal que será realizada ou a fim de regular a produção antecipada da prova que se tornou necessária. Na verdade, o que há é uma supervalorização de um ônus impróprio, o ônus da prova, como se fosse possível esquecer todas as outras regras que se debruçam sobre a prova e o livre convencimento motivado do julgador.

Se o CPC/2015 cuidou detalhadamente da prova e, se não há tratamento da matéria nos regulamentos das câmaras arbitrais, o Código não se aplica subsidiariamente, e sim, como a única norma a se debruçar sobre a matéria. Das perguntas que nos servem como ponto de reflexão, destacamos: Como a prova pericial é regulada? Como eventual confissão poderia ser efetivada? E a prova documental? E a perícia? E a arguição de falsidade do documento? Quais são as garantias das partes? Vivemos o absolutismo do árbitro? Ou seja, o absolutismo da singular regra do ônus da prova?

Procuramos demonstrar que não é possível trabalhar apenas com o ônus impróprio da prova, como a única regra oficialmente aplicável. Parece que os árbitros não querem qualquer limite e interferência em seu trabalho, já que buscam se submeter a uma única regra que não é regra, ou se regra for, é uma regra imprópria e imperfeita.

Na verdade, a suposta independência leva ao desenvolvimento de um buraco negro sobre o tema 'prova e arbitragem'. Quando a prova, como elemento que compõe a coluna vertebral do processo, merecia mais atenção, ao menos, as partes mereciam mais garantias com a simples previsibilidade das regras que regulam inúmeras matérias. E, não apenas uma regra imprópria, cheia de imperfeições, a formar a coluna do processo.

Na ausência da prova, possivelmente, o autor sairá perdendo, ao não comprovar o fato constitutivo do seu direito. Diante disso, o desafio que enfrentamos é o seguinte: "O fato constitutivo poderá ser classificado como fato impeditivo? Sim, poderá.

No quarto capítulo da nossa tese, apontamos que o exercício do livre convencimento pelo julgador é subjetivo, é livre, é arbitrário e sem qualquer controle. Na verdade, as regras do CPC/2015 relativas ao livre convencimento têm aplicação na fundamentação da decisão e, assim, jamais poderão ser afastadas pela vontade das partes conforme buscamos demonstrar ao analisar cada uma delas.

Ainda no quarto capítulo, examinamos dezesseis problemas para demonstrarmos que junto ao imperfeito ônus da prova, que pende normalmente contra o autor, há mais um elemento para complicar a equação encartada na sentença, chamado livre convencimento motivado.

Como sustentamos no decorrer do trabalho, o direito à prova como indissociável do direito ao contraditório e o livre convencimento, então expostos no parágrafo 2, do artigo 21, da Lei de Arbitragem, garantem o exercício do justo processo arbitral, ou como alguns preferem, garantem a observância da ordem pública processual – expressão que buscamos evitar.

Assim, o CPC/2015 no tocante à prova e ao livre convencimento são aplicados, na ausência de norma sobre as matérias, nos regulamentos das instituições arbitrais, automatica e diretamente nos processos em curso na justiça privada

A previsibilidade, afinal, leva consigo a segurança jurídica.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, João Carlos Pestana de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: RT, 1974.

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de; PANTOJA, Fernanda Medina; PELAJO, Samantha (coord.). **A mediação no novo Código de Processo Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

ALMEIDA, Ricardo Ramalho. **Arbitragem comercial internacional e ordem pública**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano** – história do direito romano. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

ALVES, Marcus Vinícius Armani. **A Fazenda Pública na arbitragem**. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2016.

ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**. v. 1. 7. ed. São Paulo: RT, 2001.

ALVIM, Eduardo Arruda. Direito processual arbitral – natureza processual da relação jurídica arbitral e incidência do direito constitucional processual. **Revista de Processo**, set. 2014.

ALVIM, Eduardo Arruda. **Direito processual civil**. 5. ed. São Paulo: RT, 2013.

AMARAL, Guilherme Rizzo. O ônus da prova e inferências negativas na arbitragem – uma análise sobre a importância da prova para a arbitragem. **Jota**. Publicado em 18 set. 2017.

AMORIM FILHO, Agnelo. As ações constitutivas e os direitos potestativos. **Revista dos Tribunais**, n. 375, São Paulo, jan. 1967.

APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. **A ordem pública no direito processual civil**. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2010.

AQUINO, Rubi Santos Leão de. **História das sociedades** – das sociedades modernas às sociedades atuais. 24. ed. Rio de Janeiro: Editora do livro técnico, 1992.

ARAGÃO, Egas Moniz de. **Exegese do CPC**. v. IV. t. I. Rio de Janeiro: Aide, 1984.

ARAUJO, Nadia de. A nova lei de arbitragem e os "princípios uniformes dos contratos comerciais internacionais". *In*: CASELLA, Paulo Borba. **Arbitragem** – lei brasileira e praxe internacional. São Paulo: LTr., 1999.

ÁVILA, Humberto. Teoria da prova: *standards* de prova e os critérios de solidez da inferência probatória. **Revista de Processo**, v. 282, ago. 2018.
AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1974.

AZEVEDO, André Gomma. **Estudos em arbitragem, mediação e negociação**. Série Grupos de Pesquisa n. 1, 2004.

AZEVEDO NETO, Mario Cunha. **Perícias em arbitragem**. 2. ed. Francisco Maia Neto e Flávio Fernando de Figueiredo (coord.). São Paulo: Leud, 2019.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Um modelo de epistemologia judiciária**: o controle lógico e racional do juízo de fato no processo penal. Tese (Titularidade em Direito Processual Penal). Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2018.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Processo e Constituição: o devido processo legal. **Revista de Direito Público**, v. 68-55, out.-dez. 1983.

BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. I. t. II. arts. 56 a 153. Rio de Janeiro: Forense, 1973.

BARBI, Celso Agrícola. Garantias constitucionais processuais. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, set. 1990.

BARBI, Marcelo. **Arbitrabilidade cautelar e monopólio estatal da coerção**: revisitando a titularidade do *ius imperium* no Estado Contemporâneo. Projeto (Doutorado em Direito). Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Rio de Janeiro, 2019.

BARROSO, Luís Roberto; TIBURCIO, Carmen. **Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BECKER, Idel. **Pequena história da civilização ocidental**. São Paulo: Dominus, 1965.

BENTHAM, Jeremias. **Tratado de las pruebas judiciales**. Granada: Comanes, 2001.

BERMUDES, Sergio. **Introdução ao processo civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria geral do direito civil**. São Paulo; Campinas: RED, 2001.

BOVE, Mauro, **La giustizia privata**. CEDAM, Wolters Kluwer, 2015.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico** – lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1996.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 9. ed. São Paulo: Campus, 1992.

BONIZZI, Marcelo José Magalhães. Declaração de inconstitucionalidade pelo árbitro: vedação ou dever. **Revista de Processo**, dez. 2017.
BRUNET, Edward; SPEIDEL, Richard E; STERNLIGHT, Jean R.; WARE, Stephen J. **Arbitration law in America** – a critical assessment. Cambridge University Press, 2006.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BÜLOW, Oskar. **Teoria das exceções e dos pressupostos processuais**. Porto Alegre: LZN, 2003.

BURNS, Edward McNall. **História da civilização ocidental** – do homem das cavernas às naves espaciais. v. 1. São Paulo: Globo, 1986.

BURNS, Edward McNall. **História da civilização ocidental** – do homem das cavernas às naves espaciais. v. 2. São Paulo: Globo, 1986.

BUZAID, Alfredo. **Do ônus da prova**. São Paulo: RT, 1962.

CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coord.). **Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

CABRAL, Antonio do Passo. **Nulidades no processo moderno**: contraditório, proteção da confiança e validade *prima facie* dos atos processuais. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Limites da liberdade processual**. Indaiatuba, São Paulo: Foco, 2019.

CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem**: mediação, conciliação. Resolução CNJ 125/2010. 5. ed. rev. e atual. de acordo com a Lei 13.129/2015 (reforma da Lei da Arbitragem), com a Lei 13.140/2015 (Marco Legal da Mediação) e com o Novo CPC. São Paulo: RT, 2015.

CALAMANDREI, Piero. **Derecho procesal civil**. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1962.

CALDAS, Adriano Ribeiro. A distribuição dinâmica do ônus da prova no sistema processual brasileiro e o projeto de novo Código de Processo Civil. **Revista Ajuris**, mar. 2015.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Ativismo judicial e garantismo processual**. Salvador: Juspodivm, 2013.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Arbitragem**: Lei n. 9.307/96. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

CAMBI, Eduardo. **Teoria das cargas probatórias dinâmicas** (distribuição dinâmica do ônus da prova) – exegese do art. 373, 1º e 2º do NCPC. São Paulo: RT, 2015.

CAMBI, Eduardo. **A prova civil** – admissibilidade e relevância. São Paulo: RT, 2006.

CAMBI, Eduardo. **Direito probatório** (Coleção Grandes Temas do Novo CPC). Salvador: Juspodivm, 2018.

CAMPELLO, Lívia Gaigher Bósio. As provas e o recurso à ciência no processo. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, ano VI, n. 6, jun. 2005.

CAMPOS, Rogério Princivalli da Costa. **O reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras no Brasil**: análise da existência de antinomia entre as normas do art. 102, I, "h", da Constituição Federal e do art. III, da Convenção de Nova Iorque e suas consequências. Disponível em: http://www.arcos.org.br/livros/estudos-de-arbitragem-mediacao-e-negociacao-vol2/quarta-parte-artigo dos-alunos/o-reconhecimento-e-a-execucao-de-sentencas-arbitrais-estrangeiras-no-brasil-analise-da-existencia-de-antinomia-entre-as-normas-do-art-102-i. Acesso em: 26 dez. 2020.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1995.

CAPPELLETTI, Mauro. **Proceso, ideologias, sociedad**. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1974.

CAPONI, Remo. **Dialogo tra corti**: alcune ragioni di um sucesso. Studi in onore di Modestino Acone. v. 3. Napoli: Jovene, 2010.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo** – um comentário à Lei n. 9.307/96. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo** – um comentário à Lei n. 9.307/96. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

CARMONA, Carlos Alberto. **Aspectos fundamentais da Lei de Arbitragem, árbitros e juízes**: guerra ou paz? Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CARMONA, Carlos Alberto. Os sete pecados capitais do árbitro. **Revista de Arbitragem e Mediação**, jan.-mar. 2017.

CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma M. Ferreira. **Os princípios jurídicos da Lei de Arbitragem**. Arbitragem e Processo. São Paulo: Atlas, 2009.

CARMONA, Carlos Alberto. **Revelia e seus efeitos** (Coleção Atlas de Processo Civil). São Paulo: Atlas, 2006.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Acesso à justiça**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Acesso à justiça**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil**. São Paulo: RT, 2016.

CARNEIRO FILHO, Paulo Cezar Pinheiro. **Estudos de direito processual em homenagem a Paulo Cezar Pinheiro Carneiro**. Rio de Janeiro: GZ, 2019.

CARNELUTTI, Francesco. **Instituiciones del proceso civil**. v. I. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1973.

CARNELUTTI, Francesco. Verità, dubbio, certeza. **Rivista di Diritto Processuale**. série 2, n. 20. Padova: Cedam, 1965.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de derecho procesal civil**. Argentina: Uteha, 1944.

CARNELUTTI, Francesco. **Derecho procesal civil y penal**. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1971.

CASELLA, Paulo Borba. **Arbitragem** – lei brasileira e praxe internacional. 2. ed. São Paulo: LTr., 1999.

CHAMOUN, Ebert. **Instituições de direito romano**. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

CHASE, Oscar G. **Law, culture and ritual**. New York University Press, 2005.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. v. 1. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva & Cia., 1942.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. v. 2. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva & Cia., 1942.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil** – as relações processuais – a relação processual ordinária de cognição. v. 1. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva & Cia., 1943.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. v. 2. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva & Cia.,1943.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. v. 1. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva & Cia., 1945.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. v. 2. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva & Cia., 1945.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. v. 3. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva & Cia., 1945.

CIANCI, Mirna; QUARTIERI, Rita. **Direito probatório** (Coleção Grandes Temas do Novo CPC. v. 5.) Salvador: Juspodivm, 2018.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. 4. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

COELHO, Francisco Manoel Pereira. Regulamentação imperativa do contrato de arrendamento. Texto proferido no colóquio **Arrendamento urbano** – Assembleia da República, em Lisboa, out. 2005.

COLIN, Ambroise; CAPITANT, Henri. **Droit civil français**. t. II. Paris: Librairie Generale de Droit & de Jurisprudence, 1948.

COMOGLIO, Luigi Paolo. **Diritti fondamentali e garanzie processuali comuni nella prospettiva dell'unione Europea, studi in onore di Crisanto Mandrioli**. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1995.

CONTE, Francesco. **Sobre a motivação da sentença no processo civil**. Rio de Janeiro: Gramma, 2016.

CORREIA, José Manuel Sérvulo. A arbitragem dos litígios entre particulares e Administração Pública sobre situações regidas pelo direito administrativo. **Revista de Contratos Públicos**, set. 2014- fev. 2015.

COSTA, José Augusto Fontoura; TUSA, Gabriele. Expectativas e âmbito de aplicabilidade da Nova Lei de Arbitragem. *In*: CASELLA, Paulo Borba. **Arbitragem** – lei brasileira e praxe internacional. São Paulo: LTr., 1999.

COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos do direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1946.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito romano**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

DALLARI, Dalmo de Abreu. A tradição da arbitragem e sua valorização contemporânea. *In*: **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 9, n. 35, p. 299-313, São Paulo: RT, dez. 2012.

DANTAS, Bruno. **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

D'AQUINO, Filocre. Revista à ordem pública, out.-dez. 2009. *In*: **Revista de Informação Legislativa**, p. 131-147, v. 46, n. 184.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 1986.

DIDEROT, Denis; D'ALEMBERT, Jean-Baptiste le Ronde. **Enciclopédia 4**. Política. São Paulo: Unesp, 2015.

DIDEROT, Denis; D'ALEMBERT, Jean-Baptiste le Ronde. **Enciclopédia 3**. Ciências da natureza. São Paulo: Unesp, 2015.

DIDEROT, Denis; D'ALEMBERT, Jean-Baptiste le Ronde. **Enciclopédia, ou dicionário razoado das ciências das artes e dos ofícios**. v. 4. São Paulo: Unesp, 2015.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Ativismo judicial e garantismo processual**. Salvador: Juspodivm, 2013.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português**. Coimbra: Coimbra, 2010.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Revista de Processo**, v. 198, ano 36, São Paulo: RT, ago. 2011.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil – parte geral e processo de conhecimento. v. 1. 18. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A arbitragem na teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Escopo político do processo**. São Paulo: RT, 1988.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Reflexões sobre direito e processo. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, out. 1971.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. v. II. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do novo processo civil**. v. II. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. **Participação e processo**. São Paulo: RT, 1988.

DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. **Direito internacional privado**. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

DOLINGER, Jacob. A autonomia da vontade para escolha da lei aplicável no direito internacional privado brasileiro. *In*: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (coord.). **Arbitragem**: estudos em homenagem ao prof. Guido Fernando da Silva Soares (*in memoriam*). São Paulo: Atlas, 2007.

DONDI, Angelo; ANSANELLI, Vincenzo; COMOGLIO, Paolo. **Processo civil comparado** – uma perspectiva evolutiva (Coleção O Novo Processo Civil). São Paulo: RT, 2017.

DUARTE, Ronnie Preuss. **Garantia de acesso à justiça**. Coimbra: Coimbra, 2007.

ECHANDIA, Hernando Devis. **Teoría general de la prueba judicial**. Bogotá: Victor P. Zavalia Editor, 1972.

ELIAS, Carlos Eduardo Stefen. O árbitro é (mesmo) juiz de fato e de direito? Análise dos poderes do árbitro *vis-à-vis* os poderes do juiz no novo Código de Processo Civil Brasileiro. **Revista dos Tribunais *online***, São Paulo, set. 2017.

ENGLUND, Steven. **Napoleão** – uma biografia política. São Paulo: Zahar, 2005.

EULA, Ernesto; AZARA, Antonio. **Digesto italiano**. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1957.

FACCHINI NETO, Eugênio. **Code Civil francês** – gênese e difusão de um modelo, ano 50, n. 198, abr.-jun. 2013.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder** – formação do patronato político brasileiro. 11. ed. São Paulo: Globo, 1997.

FARIA, Marcela Kohlbach de. **Ação anulatória da sentença arbitral**. Brasília/DF: Gazeta Jurídica, 2014.

FERREIRA, William Santos. **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil** – de acordo com as alterações da Lei n. 13.256/2016. 2. ed. São Paulo: RT, 2016.

FICHTNER, José Antonio. **Teoria geral da arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

FICHTNER, José Antonio. **Teoria geral da arbitragem**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Como chegar ao SIM** – negociação de acordos sem concessões. Rio de Janeiro: Imago, 2005.

FREITAS, José Lebre. **Introdução ao processo civil** – conceito e princípios gerais à luz do novo Código. Coimbra: Gestlegal, 2019.

GALGANO, Francesco. Lex Mercatoria. **Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro**, jan.-mar. 2003.
GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Portugal: Fundação Calouste Gulbenkian, 1979.

GODINHO, Robson Renault. **Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo Código de Processo Civil**. São Paulo: RT, 2015.

GOLDSCHMIDT, James. **Direito processual civil**. Curitiba: Juruá, 2009.

GOMES, Laurentino. **1808** – Como uma rainha louca, um príncipe medroso e uma corte corrupta enganaram Napoleão e mudaram a história de Portugal e do Brasil. São Paulo: Planeta do Brasil, 2007.

GRASSI, Lucio. **Revista de Processo**, ano 34, n. 172, São Paulo: RT, jun. 2009.

GRECO, Leonardo. O acesso ao direito e à justiça. *In*: GRECO, Leonardo. **Estudos de direito processual** (Coleção José do Patrocínio). Campos dos Goytacazes: Editora Faculdade de Direito de Campos, 2005.

GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil** – introdução ao direito processual civil. v. I. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil**. v. I. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil** – processo de conhecimento. v. II. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil**. v. II. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

GRECO, Leonardo. **A teoria da ação no processo civil**. São Paulo: Dialética, 2003.

GRECO, Leonardo. **Garantias fundamentais do processo**: o processo justo. Disponível em: https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/1. Acesso em: 26 dez. 2020.

GRECO, Leonardo. A contratualização do processo e os chamados negócios jurídicos processuais. Apresentação sobre "Acordo das partes sobre matéria processual". **XI Jornada do Instituto Brasileiro de Direito Processual** – 15 set., Porto de Galinhas, Pernambuco, Brasil, 2015.

GRECO, Leonardo. Controle jurisdicional da arbitragem. **Revista Brasileira de Arbitragem**. v. 15, 2018.

GRECO, Leonardo. O conceito de prova. *In:* **Estudo de direito civil em homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão**. São Paulo: RT, 2005.

GRECO, Leonardo. **A prova no processo civil** – do Código de 1973 ao novo Código Civil. Campos dos Goytacazes: Scientia Iuris, 2005.
GRECO, Leonardo. **As provas no processo ambiental** – estudos de direito processual. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005.

GRECO, Leonardo. A busca da verdade e a paridade de armas na jurisdição administrativa. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Campos dos Goytacazes, ano VII, n. 9, dez. 2006.

GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório. *In*: GRECO, Leonardo. **Estudos de direito processual** (Coleção José do Patrocínio). Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Princípios e temas gerais do processo civil** – os princípios do juiz natural e sua dupla garantia. São Paulo: RT, jan.-mar., 1983.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Princípios processuais fora do processo. **Revista de Processo**, out. 2011.

GUENBAUM, Daniel. A construção histórica do reconhecimento de sentenças estrangeiras. São Paulo, **Revista de Processo**, n. 243, maio 2015.

GUIMARÃES, Luiz Machado. **Estudos de direito processual civil**. São Paulo: Jurídica e Universitária, 1969.

GUINCHARD, Serge. **Droit processuel** – droit commun et droit compare du procé. 2. ed. Paris: Dalloz, 2003.

HASELOF, Fabíola Utzig. **Jurisdições mistas** – um novo conceito de jurisdição. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

HESPANHA, António. **Justiça e litigiosidade**: história e prospectiva. Lisboa: Fundação Calauste Gulbenkian, 1993.

HOMERO. **Odisseia**. 3. ed. São Paulo: Editora 34, 2014.

IHERING, Rudolf Von. **A finalidade do direito**. Rio: Rio, 1979.

KASER, Max. **Direito privado romano**. Portugal: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

KELSEN, Hans. **O problema da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LACOBONI, Alessandro. **Prova legale e libero convencimento del giudice**. Milão: Giuffrè, 2006.

LEAL, Câmara. **Manual elementar de direito civil**. São Paulo: Livraria Academia Saraiva, 1930.

LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, enxada e voto** – o município e o regime representativo no Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

LEMES, Selma Maria Ferreira. Os princípios jurídicos da Lei de Arbitragem. **Revista de Arbitragem e Mediação**, jan. 2013.

LEMES, Selma Maria Ferreira. Árbitro: o padrão de conduta ideal. *In*: CASELLA, Paulo Borba. **Arbitragem** – lei brasileira e praxe internacional. São Paulo: LTr., 1999.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Imposição e inversão do ônus da prova**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

LESSA NETO, João Luiz. O novo CPC adotou o modelo multiportas! E agora? **Revista de Processo**, v. 244, p. 427-441, jun. 2015.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Estudos sobre o processo civil brasileiro**. Araras, São Paulo: Bestbook, 2004.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**. v. I. São Paulo: Intelectos, 2003.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença**. Rio de Janeiro: Forense, 1946.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manuale di diritto processuale civile I**. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1973.

LIMA, João Batista de Souza. **As mais antigas normas de direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

LOPES, João Batista. Provas atípicas e efetividade do processo. **Revista Eletrônica de Direito Processual** (REDP), v. V, 1995.

LOPES, João Batista. **Direito probatório** (Coleção Grandes Temas do Novo CPC). Salvador: Juspodivm, 2018.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
LUISO, Francesco P. **Diritto processuale civile V** – la risoluzione non giurisdizionale dele controverse. Milão: Dott. A. Giuffrè, 2015.

MACMILLAN, Margaret. **Paz em Paris, 1919** – a conferência de Paris e seu mister de encerrar a Grande Guerra. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2004.

MAIA, Alberto Jonathas. **História do processo**. São Paulo: Exegese, 2018.

MAIA NETO, Francisco; FIGUEIREDO, Flávio Fernando de (coord.). **Perícias em arbitragem**. 2. ed. São Paulo: Leud, 2019.

MALATESTA, Nicola Framarino dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. São Paulo: Conclusão, 1927.

MANDRIOLI, Crisanto. **Corso di diritto processuale civile**. Torino: Giappichelli, 1973.

MARANI, Giovanni. **Aspetti negoziali e aspetti processuali dell' arbitrato**. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1966.

MARINONI, Luiz Guilherme. Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do Estado Constitucional. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, out. 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. **Prova**. São Paulo: RT, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Prova**. São Paulo: RT, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Prova**. São Paulo: RT, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto. **Revista de Direito Geral**, Rio de Janeiro, 50 anos, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. Prova e convicção judicial na tutela do meio ambiente. **Revista Jurídica da Universidade de Santa Catarina**, Santa Catarina, 2018.

MARINUCCI, Elena. **L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la reforma** – motivi ed esito. Università degli studi di Milano: Bicocca, 2009.

MARTINO, Francesco de. **La giurisdizione nel diritto romano**. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1937-XV.

MARTINS, Pedro A. Batista. **Normas e princípios aplicáveis aos árbitros** – aspectos fundamentais da Lei de Arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MARTINS, Pedro A. Batista. Questões que envolvem a homologação de sentença arbitral estrangeira. *In*: CASELLA, Paulo Borba. **Arbitragem** – lei brasileira e praxe internacional. São Paulo: LTr., 1999.

MARTY, Gabriel; RAYNAUD, Pierre. **Droit civil**. v. I. Sirey, 1956.

MATEOS, Antônio César Barreiro. Obrigatoriedade de motivação e o reconhecimento das sentenças arbitrais no direito brasileiro e hispano-americano. **Revista dos Tribunais *online***, set. 2014.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 6. ed. São Paulo: RT, 2012.

MEE JUNIOR, Charles L. **Paz em Berlim** – a Conferência de Potsdam em 1945 e seu mister de encerrar a Segunda Guerra Mundial. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2007.
MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. A teoria geral da prova no Código de Processo Civil de 2015. **Revista de Processo**, jan. 2017.

MICHELI, Gian Antonio. **Derecho procesal civil**. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1970.

MICHELI, Gian Antonio. **L'onere della prova**. Padova: Cedam, 1966.

MILHOMENS, Jônatas. **A prova no processo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. **Ônus da prova no direito processual público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MITIDIERO, Daniel. **Processo justo, colaboração e ônus da prova**. Brasília: TST, v. 78, n. 1, 2012.

MONTELEONE, Girolamo. **Studi in onore di Modestino Acone**. v. 1. Itália/Napoli: Jovene, 2010.

MONTORO, Marcos André Franco. Flexibilidade do procedimento arbitral. Teresa Arruda Alvim (coord.). **Revista de Processo**. set. 2018.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**. As presunções e a prova. São Paulo: Saraiva, 1977.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual** (quarta série), Visão panorâmica da situação atual. v. I. São Paulo: Saraiva, 1989.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual** (segunda série). A motivação da sentença como garantia inerente ao Estado de Direito. São Paulo: Saraiva, 1988.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual** (segunda série). Julgamento e ônus da prova. São Paulo: Saraiva, 1980.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual** (nona série). O problema da duração dos processos: premissas para uma discussão séria. São Paulo: Saraiva, 2007.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual** (segunda série). Regras de experiência e conceitos jurídicos indeterminados. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**. As bases do direito processual civil. São Paulo: Saraiva, 1977.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual** (terceira série). Convenções das partes sobre matéria processual. São Paulo: Saraiva: 1981.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Sobre pressupostos processuais. **Revista Forense**, out.-nov.-dez., 1984.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A garantia do contraditório na atividade de instrução. **Revista de Processo IBDP**, 1984.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O juiz e a prova. **Revista de Processo**, out. 2011.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Texto na nuova legge brasileira sull'arbitrato in revista del'arbitrato**, fasc. 1, 1997.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. La igualdad de las partes en el proceso civil, **Revista de Processo**, out.-dez.1986.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Alguns problemas atuais da prova civil. **Revista Crítica Judiciária**. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Alguns problemas atuais da prova civil. **Revista de Processo**, out. 2011.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **As presunções e a prova**. São Paulo: Saraiva, 1977.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O novo Código Civil e o direito processual. *In*: **Texto proferido originalmente em 6 de maio de 2002, na EMERJ**. Disponível em: www.amaerj.org.br. Acesso em: 26 dez. 2020.

MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor. **Revista do Direito do Consumidor**. v. 22, São Paulo, 1993.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Revisão doutrinária dos conceitos de ordem pública. **Revista de Informação Legislativa**, jan.-mar. 1988.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MUNIZ, Joaquim de Paiva. **Curso básico de direito arbitral** – teoria e prática. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2017.

NARDELLI, Marcella Mascarenhas. **A prova no tribunal do júri** – uma abordagem racionalista. Belo Horizonte: Lumen Juris, 2019.

NERY JUNIOR, Nelson. Sentença arbitral inconstitucional – impossibilidade de homologação. **Revista dos Tribunais *online***, São Paulo, set. 2014.

NERY JUNIOR, Nelson. Ação anulatória de sentença arbitral – violação à ordem pública e caracterização de cerceamento de defesa. **Revista dos Tribunais *online***, São Paulo, set. 2014.

NICOLÓ, Trocker. **Processo civile e costituzione**. Milano: Giuffré, 1974.

NOME DA ROSA, O. Título original: **Le Nom de la Rose**. Data de lançamento desconhecida/ 2h11min / Aventura, Drama, Suspense. Direção: Jean-Jacques Annaud. Elenco: Sean Connery, Christian Slater, Elya Baskin. Nacionalidades Itália, França, Alemanha. Ano de produção 1986. Tipo de filme longa-metragem.

NUNES, Dierle José Coelho. **Teoria do processo** – panorama doutrinário mundial. Salvador: Juspodivm, 2008.

NUNES, Thiago Marinho. Flexibilidade na forma de produção da prova no procedimento arbitral. **Migalhas**, 25 set. 2019.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. O juiz e o princípio do contraditório. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, jul.-set. 1993.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de; ESTEFAM, Felipe Faiwichow. Curso prático de arbitragem e administração pública. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 11, 2019.

OLIVEIRA, Humberto Santarosa de. Anulação da sentença arbitral nacional por violação da ordem pública. *In*: CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro; GRECO, Leonardo; DALLA, Humberto; OLIVEIRA, Humberto Santarosa de (org.). **Temas controvertidos na arbitragem à luz do Código de Processo Civil de 2015**. Rio de Janeiro: GZ, 2018.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Democracia, participação e processo**. Belo Horizonte: Ciência Jurídica, 1997.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Da revelia do demandado**. Salvador: Livraria Progresso, 1960.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. III. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

PEIXOTO, Ravi de Medeiros. Notas sobre o título “da Prova” no Código Civil e a sua relação com o Código de Processo Civil. **Temas de direito processual**. (Nova Série). São Paulo: Saraiva, 2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Código Napoleão – influência nos sistemas jurídicos ocidentais. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, n. 32, Belo Horizonte, 1989.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. v. IV. Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho (Atual.). 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. v. I. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PÉREZ, Ana Fernández. **El arbitraje entre la autonomía de la voluntad de las partes y el control judicial**. Barcelona: Bosch, 2017.

PICARDI, Nicola. Principio del contraddittorio. **Rivista di diritto processuale**, v. 53, n. 3, p. 673-681, jul.-set. 1998.

PIMENTEL, Wellington Moreira. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. III. São Paulo: RT, 1975.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Primeiras impressões sobre o sistema de distribuição do ônus da prova no CPC/2015. **Revista dos Tribunais**, n. 962, dez. 2015.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. Os desafios para a integração entre o sistema juridicional e a mediação a partir do novo Código de Processo Civil. Quais as perspectivas para a justiça brasileira? *In*: ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de; PANTOJA, Fernanda Medina; PELAJO, Samantha (coord.) **A mediação no novo Código de Processo Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PLANIOL, Marcel. **Droit civil**. t. I. Paris: Librairie Generale de Droit & de Jurisprudence, 1908.

PORTO, Mário Moacyr. Responsabilidade do Estado pelos atos dos seus juízes. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, set. 1982.

RAMOS, André de Carvalho; GRAMSTRUMP, Erik Frederico. **Comentários à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2016.

RANGEL, Rui Manuel de Freitas. **O ônus da prova no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2002.

RANGEL, Rui Manuel de Freitas. **O ônus da prova no processo civil**. São Paulo: Almedina, 1999.

RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. São Paulo: RT, 1997.

RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. São Paulo: RT, 2013.
RAWLS, John. **O direito dos povos**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

RICCI, Edoardo F. **Studi in onore di Modestino Acone**, v. 3. Itália/Napoli: Jovene Editore, 2010.

RICCI, Gian Franco. Prove penali e processo civile. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, 1947.

ROCCO, Ugo. **Tratatto di diritto processuale** – diritto processuale civile. Napoli: Torinese, 1957.

ROCCO, Ugo. **Diritto processuale civile**. Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1936.

RODRIGUES, Marco Antônio dos Santos. A efetividade do processo e a distribuição do ônus da prova. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. v. XII. Periódico da Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Processual da UERJ, 2013.

RODRIGUES, Marco Antônio dos Santos. **A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil**. Rio de Janeiro: GZ, 2014.

ROSENBERG, Leo. **La carga de la prueba**. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1956.

ROSENBERG, Leo. **Tratado de derecho procesal civil**. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1968.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Coleção Folha de S. Paulo, Livros que mudaram o mundo, 2010.

ROZAS, José Carlos Fernández; LORENZO, Sixto A. Sánchez; STAMPA, Gonzalo. **Principios generales del arbitraje**, CIMA, Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.

RUTLEDGE, Peter B. **Arbitration and the Constitution**. Cambridge University Press, 2014.

RUTLEDGE, Peter B. **Arbitration and the Constitution**. Cambridge University Press, 2013.

RÜTZEL, Stefan; WEGEN, Gerhard; WILSKE, Stephan. **Commercial Dispute Resolution in Germany**. Alemanha: CHBeck, 2005.

SABATÉ, Lluis Muñoz. **Summa de probática civil**. Espanha: Wolters Kluwer, 2018.

SALLES, Carlos Alberto de. **Negociação, mediação, conciliação e arbitragem** – curso de métodos adequados de solução de controvérsias. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

SAMTLEBEN, Jurgen. Histórico da arbitragem no Brasil. *In*: CASELLA, Paulo Borba. **Arbitragem** – Lei brasileira e praxe internacional. 2. ed. São Paulo: LTr., jan. 1999.

SANTOS, Manoel J. Pereira dos. *In*: CASELLA, Paulo Borba. **Arbitragem** – Lei brasileira e praxe internacional. 2. ed. São Paulo: LTr., jan. 1999.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2004.

SANTOS, Moacyr Amaral dos. **Primeiras linhas de direito processual civil**. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2003.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. 4. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. 4. Arts. 332-475. Rio de Janeiro: Forense, 1973.

SARAIVA, Gastão Grossê. Histórico do processo, até o atual Código de Processo Civil – fundamentos sociológicos do direito processual. **Revista dos Tribunais**, n. 172, São Paulo, mar. 1948.

SILVA, Clóvis V. do Couto e. Direito material e processual em tema de prova. **Revista de Processo**, out. 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SILVEIRA, Bruna Braga. **Direito probatório** (Coleção Grandes Temas do Novo CPC). Salvador: Juspodivm, 2018.

SMITH, Adam. **Riqueza das nações** (ed. condensada). Coleção Folha de S. Paulo – Livros que mudaram o mundo, 2010.

SOUSA, Miguel Teixeira de. **Estudos sobre o novo processo civil**. 2. ed. Lisboa: Lex, 1997.

SOUZA, Marcia Cristina Xavier de. Aspectos probatórios na arbitragem: a possibilidade e a efetividade da utilização da *discovery* sob o ponto de vista da parte brasileira. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 45, abr.-jun. 2015.

SOUZA, Sylvio Capanema de. O Código Napoleão e sua influência no direito brasileiro. **Revista EMERJ**, v. 7, n. 26, 2004.

STRENGER, Irineu. Alternative dispute resolution (ADR). *In*: **Aspectos atuais da arbitragem**: coletânea de artigos sobre arbitragem [s.l: s.n.], 2001.

TARUFFO, Michele; FENOLL, Jordi Nieva; BELTRÁN, Jordi Ferrer; GIANNINI, Leandro J. **Contra la carga de la prueba**. Madri, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2019.
TARUFFO, Michele. **A motivação da sentença civil**. Madri, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, 2015.

TARUFFO, Michele. **Participação e processo**. São Paulo: RT, 1988.

TARUFFO, Michele. Verità nella prova dei fatti. **Revista de Processo**, dez. 2007.

TEMER, Sofia. Precedentes judiciais e arbitragem: reflexões sobre a vinculação do árbitro e o cabimento de ação anulatória. **Revista de Processo**, abr. 2018.

TENORIO, Oscar. **Lei da Introdução ao Código Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955.

TEPEDINO, Gustavo. **Direito civil contemporâneo** – novos problemas à luz da legalidade constitucional. São Paulo: Atlas, 2008.

TEPEDINO, Gustavo. A evolução da prova entre o direito civil e o direito processual civil. Pensar – **Revista de Ciências Jurídicas**, maio-ago. 2017.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo em jornadas** – *common law* e *civil law*. Aproximação. Papel da jurisprudência e precedentes vinculantes no novo Código de Processo Civil. Demandas repetitivas. Salvador: Juspodivm, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Comentários ao Novo Código Civil**. v. 3. t. I. – dos fatos jurídicos – do negócio jurídico. Arts. 138 a 184. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. O ônus da prova. **Revista de Direito Privado**, out. 2011.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Prova – princípio da verdade real. **Revista de Direito Privado**, São Paulo: RT, out. 2011.

TIBURCIO, Carmen. O princípio da *Kompetenz-Kompetenz* revisto pelo Supremo Tribunal Federal de Justiça Alemão (*Bundesgerichtshof*). *In*: **Arbitragem**: estudos em homenagem ao prof. Guido Fernando da Silva Soares (*in memoriam*). São Paulo: Atlas, 2007.

TIZI, Francesca. **L'imparzialità dell'arbitro e del tribunale arbitrale**. Santarcangelo di Romana: Maggioli Editore, 2015.

TORNAGHI, Hélio. **A relação processual penal**. São Paulo: Saraiva, 1987.

TORNAGHI, Hélio. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: RT, 1974.

TROCKER, Nicoló. Dalla tutela giurisdizionale differenziata ala differenziazione dell oferta di giustizia obiettivi e limiti degli strumenti alternativi di composizione dele liti. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, 1947.

TROCKER, Nicoló. Il giusto processo civile. *In*: BALENA, Giampiero; CHIZZINI, Augusto; MENCHINI, Sergio; MONTELEONE, Girolamo; LRUZZI, Giuseppe Trisorio. **Rivista trimestrale fondata da Franco Cipriani**, v. 1, 2019.

TUCCI, Rogério Lauria. **Lineamentos do processo penal romano**. São Paulo: Edusp, 1976.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016.

TWEEDDALE, Keren; TWEEDDALE, Andrew. **A practical approach to arbitration law**. Hampshire: British Library, 1999.

UBERTIS, Giulio. **Profili di epistemologia giudiziaria**. Milão: Giuffré, 2015.

VALLE, Martim Della. Considerações sobre pressupostos processuais em arbitragens. **Revista Brasileira de Arbitragem**, v. 3, n. 12, p. 7-30, out.-dez., 2006.

VERDE, Giovanni. **Lineamenti di dirito dell' arbitrato**. Torino: G. Giappichelli, 2000.

WALD, Arnoldo. A evolução do direito e a arbitragem. *In*: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (coord.). **Arbitragem**: estudos em homenagem ao prof. Guido Fernando da Silva Soares. São Paulo: Atlas, 2007.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. Anotações sobre o princípio do devido processo legal. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ago.1989.

WATANABE, Kazuo. Modalidades de mediação. **Série Cadernos do CEJ**, Brasília, Conselho da Justiça Federal, n. 22, 2001.

YARSHELL, Flávio Luiz. Breves notas sobre o papel do advogado na evolução da arbitragem no Brasil. **Revista de Arbitragem e Mediação**. v. 53, abr.-jun. 2017.

YARSHELL, Flávio Luiz. **Il sistema probatorio nel CPC del 2015**. Publicação da Escola da AGU, v. 8, n. 1, jan.-mar. 2016.

ZAMPAR FILHO, José Américo. **Direito probatório**. (Coleção Grandes Temas do Novo CPC). DIDIER JUNIOR, Fredie (coord.). Salvador: Juspodivm, 2018.

ZANZUCCHI, Marco Tullio. **Diritto processuale civile**. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1938

ZAPPAROLLI, Célia Regina. **Negociação, mediação, conciliação e arbitragem** – curso de métodos adequados de solução de controvérsias. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

Sentenças estrangeiras

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. AgRg na Carta Rogatória n. 4.971 – FR (2010/0082998-7), Relator: Ministro Presidente do STJ, Agravante: INEPAR Indústria e Construções S/A, fl 1. Julgamento: 01/02/2012, DJe: 23/02/2012.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Homologação de decisão estrangeira n. 120 – EX (2016/0317356-0), Rel. Ministra Nancy Andrighi, Requerente: Levi Strauss de Espana S.A. Julgamento: 18/12/2018, DJe: 12/03/2019.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Sentença Estrangeira Contestada n. 12.493 – EX (2014/0218464-0), Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Requerente: Pothole Killers LLC, fl. 5. Julgamento: 15/02/2017, DJe: 21/02/2017.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Sentença Estrangeira Contestada n. 14.930 – EX (2015/0302344-0), Requerente: Alstom Brasil Energia e Transporte Ltda, fl. 13. Julgamento: 15/05/2019, DJe: 27/06/2019.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Sentença Estrangeira Contestada n. 14.679 – EX (2015/0265413-8), Relator: Ministro O.G. Fernandes, Requerente: Empresa de Investigação e Desenvolvimento de Electrônica S.A., fl. 4. Julgamento: 07/06/2017, DJe: 14/06/2017.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Sentença Estrangeira Contestada n. 4. 024 – EX (2010/0073632-7), Relatora: Ministra Nancy Andrighi, Requerente: Keytrade Ag, fl. 7. Julgamento: 07/08/2013, DJe: 13/09/2013.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Sentença Estrangeira Contestada n. 11.529 – EX (2014/0136915-1), Relator: Ministro O.G. Fernandes, Requerente: Al-Gharafa Sports Club, fl. 2. Julgamento: 17/12/2014, DJe: 02/02/2015.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Sentença Estrangeira Contestada n. 11.969 – EX (2014/0122435-7), Relator: Ministro Raul Araújo, Requerente: CMGCK, fl. 8. Julgamento: 16/12/2015, DJe: 02/02/2016.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Sentença Estrangeira Contestada n. 2.410 – EX (2007/0161265-0), Relator: Ministro Francisco Falcão, Relatora para acórdão: Ministra Nancy Andrighi, Requerentes: Construcciones Y Auxiliar De Ferrocarriles S/A e Caf Brasil Indústria e Comércio S/A, fl. 1. Julgamento: 18/12/2013, DJe: 19/02/2014.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Sentença Estrangeira Contestada n. 854 – EX (2005/0123803-1), Relator: Ministro Massami Uyeda, Requerente: GE Medical Systems Information Technologies Inc., fl. 2, artigo 1º, inciso I, da Constituição Federal de 1998. Julgamento: 16/10/2013, DJe: 07/11/2013.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Sentença Estrangeira Contestada n.1 – EX (2007/0156979-5), Relator: Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Requerente: Kia Motors Corporation. Julgamento: 19/10/2011, DJe: 01/02/2012.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Sentença Estrangeira Contestada n. 15.750 – EX (2016/0145366-5), Relatora: Ministra Nancy Andrighi, Requerente: DAMPSKIBSSELSKABET NORDEN AS, fls. 7 e 9, razão de seu estado de recuperação judicial no país. Julgamento: 21/11/2018, DJe: 27/11/2018.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Sentença Estrangeira Contestada n. 1.304 – EX (2005/0153253-6), Relator: Ministro Gilson Dipp, Requerente: Stephen Thomas Honse, fl. 1. Julgamento: 19/12/2007, DJe: 03/03/2008.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Sentença Estrangeira Contestada n. 4.439 – GB (2009/0188275-1), Relator: Ministro Teori Albino Zavascki, Requerente: Western Bulk Carriers, fl. 6. Julgamento: 24/11/2011, DJe: 19/12/2011.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Sentença Estrangeira Contestada n. 11.106 – EX (2014/0188726-4), Relator: Ministro Herman Benjamin, Requerente: Bunge Internacional Commerce Limitted, fl. 5. Julgamento: 17/05/2017, DJe: 21/06/2017.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Sentença Estrangeira Contestada n. 507 – EX (2005/0209540-1), Relator: Ministro Gilson Dipp, Requerente: Grain Partners SPA, fl. 4. Julgamento: 18/10/2006, DJe: 13/11/2006.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Sentença Estrangeira Contestada n. 269 – EX (2005/0162278-6), Relator: Ministro Fernando Gonçalves, Requerente: Empresa Estatal Federa FKP Soiuz Plodoimport, fls. 4-5. Julgamento: 03/03/2010, DJe: 10/06/2010.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Sentença Estrangeira Contestada n. 16.016 – EX (2016/0222227-6), Relatora: Ministra Nancy Andrighi, Requerente: Winterthur Gas & Diesel AG, fl. 3. Julgamento: 20/11/2017, DJe: 28/11/2017.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Sentença Estrangeira Contestada n. 12115 – EX (2014/0219300-7), Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Requerente: Vestas do Brasil Energia Eolica Ltda, fl. 1. Julgamento: 06/04/2016, DJe: 03/05/2016.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Sentença Estrangeira Contestada n. 8.242 – Ex (2013/0199015-4), Relator: Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Requerente: Huawei do Brasil Telecomunicações Ltda., fl. 5. Julgamento: 04/03/2015, DJe: 19/03/2015.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Sentença Estrangeira Contestada n. 6.335 EX (2011/0072243-3), Relator: Ministro Felix Fischer, Requerente: LDC BSA. Julgamento: 21/03/2012, DJe: 12/04/2012.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Sentença Estrangeira Contestada n. 9.412 – US (2013/0278872-5), Relator: Ministro Felix Fischer, R.P/Acórdão: Ministro João Otávio de Noronha, fl. 30. Requerente: ASA Bioenergy Holding AG. Julgamento: 19/04/2017, DJe: 30/05/2017.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Sentença Estrangeira Contestada n. 11.277 – EX (2014/0009046-0), Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Requerente: Gutmen Investiment Corp. Julgamento: 05/10/2016, DJe: 11/10/2016.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Sentença Estrangeira Contestada n. 6.855 – EX (2011/0266266-4), Relator: Ministro Jorge Mussi, Requerente: Enelpower SPA. Julgamento: 16/08/2017, DJe: 24/08/2017.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Sentença Estrangeira Contestada n. 5.692 – Ex (2012/0246980-3), Relator: Ministro Ari Pargendler, Requerente: Newedge Usa LLC. Julgamento: 20/08/2014, DJe: 01/09/2014.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Sentença Estrangeira Contestada n. 978 – EX (2006/0173771-1), Relator: Ministro Hamilton Carvalhido, Requerente: Indutech SPA. Julgamento: 17/12/2008, DJe: 05/03/2009.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Sentença Estrangeira Contestada n. 866 – EX (2005/0034926-5), Relator: Ministro Felix Fischer, Requerente: Oleaginosa Moreno Hermanos Sociedad Anónima Comercial Industrial Financeira Inmobiliaria y Agropecurária. Julgamento: 17/05/2006, DJe: 16/10/2006.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Sentença Estrangeira Contestada n. 967 – EX (2005/0053998-0), Relator: Ministro José Delgado, Requerente: Plexus Cotton Limited. Julgamento: 15/02/2006, DJe: 20/03/2006.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Sentença Estrangeira Contestada n. 2.236 – EX (2014/0313228-7), Relator: Ministro Mauro Campbell Marques, Requerente: Thyssenkruoo Steel Europe AG. Julgamento: 16/12/2015, DJe: 18/12/2015.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Sentença Estrangeira Contestada n. 802 – EX (2005/0032132-9), Relator: Ministro José Delgado, Requerente: Thales Geosolutions Inc, fl. 1. Julgamento: 17/08/2005, DJe: 19/09/2005.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Sentença Estrangeira Contestada n. 4.415 – EX (2009/0102352-8). Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior, Requerente: Jess Smith e Sons Cotton LLC, fls 1-2. Julgamento: 29/06/2010, DJe: 19/08/2010.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Sentença Estrangeira Contestada n. 4213 – EX (2009/0107931-0), Relator: Ministro João Otávio de Noronha, Requerente: Weil Brothers Cotton Inc. Julgamento: 19/06/2013, DJe: 26/06/2013.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Sentença Estrangeira Contestada n. 826 – EX (2005/0031322-7), Relator: Ministro Hamilton Carvalhido. Requerente: Ssangyong Corporation. Julgamento: 15/09/2010, DJe: 14/10/2010.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Sentença Estrangeira Contestada n. 3.709 – EX (2008/0266915-8), Relator: Ministro Teori Albino Zavascki, fl. 1. Requerente: Comverse INC. Julgamento: 14/06/2012, DJe: 29/06/2012.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Sentença Estrangeira Contestada n. 3.035 – EX (2008/0044435-0), Relator: Ministro Fernando Gonçalves, Requerente: Atecs Mannesmann GMBH, fl. 6. Julgamento: 19/08/2009, DJe: 31/08/2009.

Recursos Especiais

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial n. 1.312.651/SP (2012/0046639-0), Ministro Marco Buzzi. Recorrente: Invisa Nacional Hotéis Ltda. Julgamento: 18/02/2014, DJe: 25/02/2014.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial n. 1.102.460/RJ (2008/0255844-7), Ministro Marco Buzzi. Recorrente: David Zylbertajn e outros. Julgamento: 17/06/2015, DJe: 23/09/2015.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial n. 1.698.730/SP (2016/0146726-1), Ministro Marco Aurélio Bellizze. Recorrente: Juan Manuel Quiros Sadir e outros. Julgamento: 08/05/2018, DJe: 21/05/2018.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial n.1.389.763/PR (2013/0186578-8), Ministra Nancy Andrighi. Recorrente: Inepar S.A Indústria e Construções. Julgamento: 12/11/2013, DJe: 20/11/2013.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial n.1.636.102/SP (2016/0057629-7), Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Recorrente: TEC Incorporações e Empreendimentos Imobiliários S.A. Julgamento: 13/06/2017, DJe: 01/08/2017.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial n. 1.660.963/SP (2017/0058735-0), Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze, Recorrente: GSC Administração e Participações S.A. Julgamento: 26/03/2019, DJe: 29/03/2019.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial n. 1.628.974/SP (2016/0254752-4), Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Recorrente: Carlos Eduardo de Athayde Buono. Julgamento: 13/06/2017, DJe: 25/08/2017.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial n. 1.500.667/RJ (2013/0229745-5), Relator: Ministro João Otávio de Noronha, Recorrente: Chaval Navegação Ltda. Julgamento: 09/08/2016, DJe: 19/08/2016.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial n. 238.174/SP (1999/0102895-7), Relator: Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, Brasília, Recorrente: Campari do Brasil Ltda. Julgamento: 06/05/2003, DJe: 16/06/2003.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial n. 15231/RS (1991/0016671-5), Ministro Sávio de Figueiredo. Recorrente: Diva Terezinha Hartmann – Espólio. Julgamento: 12/11/1991, DJe: 09/12/1991.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial n. 1.278.852/MG (2011/0159821-0), Ministro Luis Felipe Salomão. Recorrente: SAMARCO Mineração S/A. Julgamento: 21/05/2013, DJe: 19/06/2013.
BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial n. 1.602.076/SP (2016/0134010-1), Ministra Nancy Andrighi. Recorrente: Odontologia Noroeste Ltda. Julgamento: 15/09/2016, DJe: 30/09/2016.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial n. 1.302.900/MG (2012/0006413-5), Ministro Sidnei Baneti. Recorrente: SAMARCO Mineração S.A. Julgamento: 09/10/2012, DJe: 16/10/2012.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial n. 1.331.100/BA (2012/0100301-4), Ministra Maria Isabel Galloti. Recorrente: Kieppe Participações e Administração Ltda. Julgamento: 17/12/2015, DJe: 22/02/2016.

Outros julgados

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Conflito de competência n. 116.395-RO, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 12-06-2013, DJe 17-06-2013.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Corte Especial, SEC 4.127/EX, Rel. Min. Nancy Andrighi, Rel. p/ Acórdão Min. Teori Albino Zavascki, j. 29-08-2012, DJe 27-09-2012.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Conflito de Competência n. 111.230/DF (2010/0058736-6), Ministra Nancy Andrighi, j. 08-05-2013, DJe 03-04-2014.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Mandado de segurança n.11.308/DF (2005/0212763-0), Rel. Min. Luiz Fux, Agravante: União, j. 09-04-2008, DJe 19-05-2008.

Referências normativas
(Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT)

ABNT NBR 6023: 2018 – Informação e documentação – Referências – elaboração

ABNT NBR 6022:2018 – Informação e documentação – Artigo em publicação periódica técnica e/ou científica – Apresentação

ABNT NBR 6027: 2012 – Informação e documentação – Informação e documentação – Sumário – Apresentação

ABNT NBR 14724: 2011 – Informação e documentação – Trabalhos acadêmicos – Apresentação

ABNT NBR 15287: 2011 – Informação e documentação – Projetos de pesquisa – Apresentação

ABNT NBR 6034: 2005 – Informação e documentação – Índice – Apresentação

ABNT NBR 12225: 2004 – Informação e documentação – Lombada – Apresentação

ABNT NBR 6024: 2003 – Informação e documentação – Numeração progressiva das seções de um documento escrito – Apresentação

ABNT NBR 6028: 2003 – Informação e documentação – Resumo – Apresentação

ABNT NBR 10520: 2002 – Informação e documentação – Citações em documentos – Apresentação