

Mitteilungen der Deutsch - Brasilianischen Juristenvereinigung

WWW.DBJV.DE

**Heft 2 / 2012 (30. Jahrgang)
November 2012**

Inhalt

Programm der XXXI. Jahrestagung in Weimar.....	1
Ein Einblick in das Individualarbeitsrecht Brasiliens (Valentin Knobloch).....	5
Da verdade real ao direito material (Rafael Cavalcanti Lemos).....	20
Neues Schrifttum zum brasilianischen Recht (Andreas Grünewald).....	41
Kurzmitteilungen	45

Impressum

Herausgeber:

Deutsch-Brasilianische Juristenvereinigung e.V.

Vereinsregister Nr. 8076,

Bankkonto: Deutsche Bank Essen, Nr. 1312487, BLZ 36070050

Vorstand:

Rechtsanwalt Dr. Jan Curschmann, Vorsitzender, c/o Taylor Wessing,
Hanseatic Trade Centre, Am Sandtorkai 41, 20457 Hamburg;

Rechtsanwalt Andreas Sanden, c/o Pacheco Neto, Sanden, Teisseire
Advogados, Al. Franca 1050 - 3, 9 and 11th floors, 01422-001, São Paulo –
SP / Brasilien;

Rechtsanwältin Irene Haagen, Hinterm Gericht 23, 93183 Kallmünz;

Rechtsanwalt Parvis Papoli-Barawati, Franz-Lenz-Str. 4, 49084 Osnabrück;

Dr. Jan Peter Schmidt, Wissenschaftlicher Referent, Max-Planck-Institut für
ausländisches und internationales Privatrecht, Mittelweg 187, 20148 Hamburg

Sekretariat:

Rechtsanwalt Parvis Papoli-Barawati, Franz-Lenz-Str. 4, 49084 Osnabrück

Tel.:+49 (0)541 331 1015; Fax: +49 (0) 541 685 4697; e-Mail: info@dbjv.de

ISSN: 2195-1438 (Print)

2195-1446 (Internet)

Redaktion der Mitteilungen:

Ivens Henrique Hübert, Hamburg

Dr. Jan Peter Schmidt, Hamburg

e-mail: schmidt@mpipriv.de

Die DBJV im Internet: **www.dbjv.de**

Die Deutsch-Brasilianische Juristenvereinigung ist gemeinnütziger Verein im Sinne der §§ 52 ff. AO mit dem Ziel, die bilaterale Kooperation auf juristischer und wissenschaftlicher Ebene zu fördern.

Nachdruck nur mit schriftlicher Genehmigung der Autoren und der Herausgeber.

**Arbeitsrecht
in Deutschland und Brasilien**

**Direito do Trabalho
na Alemanha e no Brasil**

Programm / Programa

XXXI. Jahrestagung 2012 / Congresso Anual 2012

**Deutsch-Brasilianische Juristenvereinigung e.V.
Associação de Juristas Alemanha-Brasil**

8. bis 11. November 2012 / de 8 a 11 de Novembro de 2012

Weimar

Donnerstag / Quinta-feira, 8. November 2012

- 14h30 Treffen am / Encontro no
Hotel Elephant, Markt 19, 99423 Weimar
- 15h00 Abfahrt nach Erfurt zur Besichtigung des Bundesarbeitsgeri-
chtes / Excursão a Erfurt para visita ao Supremo Tribunal do
Trabalho
- 20h00 Informeller Begrüßungsabend im/ Jantar informal de boas
vindas no
Restaurant joHanns Hof, Scherfgasse 1, 99423 Weimar

Freitag / Sexta-feira 9. November 2012

**Tagungsort/Local: Bauhaus-Universität, Geschwister-Scholl-Str. 8,
99423 Weimar**

- 09h00 Registrierung der Teilnehmer / Credenciamento
- 09h30 Begrüßungsansprachen / Ceremônia de abertura

Dr. Jan Curschmann, Vorsitzender der DBJV
Ministra Silvana Polich, Brasilianische Botschaft, Berlin
- 10h00 Eröffnungsreferat / Palestra de abertura
Sylk Schneider, Weimar
„Goethe in Brasilien – Verbindungen zwischen Weimar und
Brasilien / Goethe no Brasil – relações entre Weimar e o
Brasil“, mit anschließender Diskussion / com debate
- 11h30 Axel Breinlinger, Richter am Bundesarbeitsgericht, Erfurt:
„Schutz des Arbeitnehmers durch Gesetz und Justiz /
Proteção do empregado através da legislação e da justiça“,
com debate / mit anschließender Diskussion

- 13h00 Mittagessen / Intervalo para almoço
- 14h30 Marc Gimmy, Taylor Wessing, Vorsitzender der Deutsch-Spanischen Juristenvereinigung
„Die Rolle des deutschen Arbeitsrechtes in der Wirtschaftskrise / O papel do direito laboral alemão na crise econômica“, mit anschließender Diskussion / com debate
- 16h00 Prof. Dr. Antônio Álvares da Silva, Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Belo Horizonte
„Schutz des Arbeitnehmers durch Gesetz und Justiz / Proteção do empregado através da legislação e da justiça“, com debate / mit anschließender Diskussion
- 20h00 Abendveranstaltung im – Jantar no
Restaurant „Zum Schwarzen Bären“, Markt 20, 99423
Weimar

Samstag / Sábado, 10. November 2012

- 9h30 Fortsetzung der Tagung – Continuação do Congresso
- 10h00 Maria Lúcia Gadotti, São Paulo
„O término das relações trabalhistas no Brasil / Beendigung von Arbeitsverhältnissen in Brasilien“, mit anschließender Diskussion / com debate
- 11h30 Prof. Dr. Achim Seifert, Friedrich-Schiller-Universität Jena
„Die Mitbestimmung in Unternehmensorganen – das deutsche Modell / A cogestão em órgãos empresariais“, mit anschließender Diskussion / com debate
- 13h00 Mittagessen / Intervalo para almoço

- 14h30 Dr. Axel Boysen, Head International Labour Law and Immigration Law der Siemens AG, München
„Lokales Arbeitsrecht im internationalen Geschäft / Direito do Trabalho local no âmbito dos negócios internacionais“, mit anschließender Diskussion / com debate
- 16h00 Sandra Lia Simón, Procuradora-Chefe, São Paulo:
„O papel da procuradoria perante a justiça trabalhista / Die Rolle der brasilianischen Staatsanwaltschaft im Arbeitsgerichtsprozess“, mit anschließender Diskussion / com debate
- 18h00 Besuch der Anna-Amalia-Bibliothek / visita à biblioteca Anna Amalia
- 20h00 Festliches Abendessen im – Jantar Solene no Restaurant „Alte Remise“, Hauptstr. 14, 99425 Weimar/Tiefurt

Sonntag / Domingo, 11. November 2012

- 10h00 Mitgliederversammlung der DBJV im / Assembléia dos Associados no
Hotel Amalienhof, Amalienstr. 2, 99423 Weimar, Tel. 03643-5490

Deutsch-Brasilianische Juristenvereinigung e.V., Frankfurt

Vorstand / Diretoria:

Dr. Jan Curschmann, Hamburg

Irene Haagen, Kallmünz

Parvis Papoli-Barawati, Osnabrück

Andreas Sanden, São Paulo

Dr. Jan Peter Schmidt, Hamburg

Ein Einblick in das Individualarbeitsrecht Brasiliens

von VALENTIN KNOBLOCH*

- I. Einleitung
- II. Das brasilianische Arbeitsgesetzbuch: die CLT
- III. Das Arbeitsverhältnis
 - 1. Der Arbeitsvertrag
 - 2. Arbeitnehmer und Arbeitgeber
- IV. Inhalt des Arbeitsverhältnisses
 - 1. Befristung
 - 2. Gesetzliche Arbeitszeit
 - 3. Vergütung und Mindestlohn
- V. Leistungsstörung
 - 1. Mit Entgeltfortzahlung
 - 2. Ohne Entgeltfortzahlung
- VI. Änderung des Arbeitsvertrags
- VII. Beendigung des Arbeitsverhältnisses
 - 1. Ordentliche Kündigung
 - a) Voraussetzungen
 - b) Abfindungsanspruch
 - c) Kündigungsschutz
 - 2. Außerordentliche Kündigung
 - 3. Weitere Beendigungsgründe
- VIII. Zusammenfassung

I. Einleitung

Deutsche Unternehmen sind seit vielen Jahren in Brasilien ansässig. Über 1.200 Unternehmen mit deutschem Kapital operieren in diesem Land und beschäftigen mehr als 250.000 Menschen. São Paulo gilt mit seinen über 800 deutsch-brasilianischen Unternehmen als „weltweit der

* Assessor des Rechts und Doktorand am Institut für Arbeits- und Wirtschaftsrecht der Universität zu Köln. Thema der Promotion: Das brasilianische Individualarbeitsrecht – Eine rechtsvergleichende Untersuchung zum deutschen und brasilianischen Recht im Hinblick auf ein einheitliches Arbeitsgesetzbuch in Deutschland. 2008 Forschungsaufenthalt an der Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) in Belo Horizonte und Praktikum in der Rechtsabteilung von Vallourec & Mannesmann Tubes (V&M do Brasil). Referendariat u.a. in der Rechtsabteilung der Bayer S.A. (Bayer do Brasil) in São Paulo in 2011.

größte deutsche Wirtschaftsstandort außerhalb Deutschlands“¹. In zahlreichen Industriezweigen, vor allem in den Branchen Automobil, Chemie und Maschinenbau, besitzt Deutschland in Brasilien eine starke Marktposition.

Das Arbeitsvertragsrecht stellt als Grundlage der Rechtsbeziehungen zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern und Mittelpunkt der Arbeitsbeziehungen einen wichtigen Rechtsbereich für Unternehmen dar. Schließlich steuert es das Marktgeschehen und greift direkt in die Lebenswirklichkeit von Arbeitnehmern und Arbeitgebern ein.

Vor dem Hintergrund der wirtschaftlichen Bedeutung Brasiliens für Deutschland und der Bedeutung des Arbeitsrechts für Unternehmen im Allgemeinen ist es für deutsche Unternehmen von grundlegender Bedeutung, sich in dem fremden Land intensiv mit dieser Rechtsmaterie zu befassen. Der vorliegende Beitrag gibt einen Einblick in das Individualarbeitsrecht Brasiliens. Es sollen dabei lediglich die Grundzüge des Rechts dargestellt werden, um so einen verständlichen Gesamtüberblick zu erlangen.

Als Quellen für den vorliegenden Beitrag dienten in erster Linie die brasilianischen Gesetze selbst, insbesondere die einem Arbeitsgesetzbuch vergleichbare *Consolidação das Leis do Trabalho* (CLT) aus dem Jahr 1943 und die Brasilianische Bundesverfassung von 1988 (*Constituição Federal – CF*). Daneben wurden aber auch Lehrbücher, Rechts- und Gesetzesverordnungen sowie die Leitsätze der obersten Arbeitsgerichte (*Súmulas do TST*²) herangezogen.

II. Das brasilianische Arbeitsgesetzbuch: die CLT

Die *Consolidação das Leis do Trabalho* oder kurz CLT stellt den grundlegenden Gesetzestext für das brasilianische Arbeitsrecht dar. Die CLT ist äußerst ausführlich und detailliert und lässt nur selten Raum für Auslegungen. Sie wird an einigen Stellen durch die Brasilianische Verfassung ergänzt oder vervollständigt. Darüber hinaus verweist sie teilweise auf andere ergänzende Gesetze.

Die CLT besteht aus 11 Titeln. Der erste Titel („Título I – Introdução“) gilt als Einleitung für das gesamte Arbeitsrecht über die CLT hinaus³ und definiert die grundlegenden Begriffe und Prinzipien des Arbeitsrechts. Die Titel II und III enthalten Regelungen zum Schutz der Arbeit („Normas de Tutela do Trabalho“). Titel IV regelt den Individualarbeitsvertrag („Contrato Individual de Trabalho“). Die Titel V bis XI betreffen das kollektive Arbeitsrecht und das Arbeitsprozessrecht.

¹ Bundesverband deutscher Industrie e.V.: <http://www.bdi.eu/Brasilien.htm>, recherchiert am 20.10.2012.

² TST = Tribunal Superior do Trabalho.

³ Carrion, Valentin, *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*, 31^a edição, São Paulo 2006, atualizado por Eduardo Carrion, S. 21.

III. Das Arbeitsverhältnis

1. Der Arbeitsvertrag

In Brasilien gilt der Arbeitsvertrag als eigene Vertragsform. Er wird im Gesetz (durch die Art. 442 ff. CLT) ausführlich geregelt. Er kann (nach Art. 443 CLT) stillschweigend oder ausdrücklich, mündlich oder schriftlich, befristet oder unbefristet geschlossen werden. Ein Arbeitsvertrag gilt unabhängig von der rechtlichen Bezeichnung, die ihm gegeben wird. Er ist damit weitestgehend von bestimmten Formalien gelöst, sodass lediglich das Merkmal der tatsächlichen Arbeit das Arbeitsverhältnis als solches charakterisiert („teoria do contrato realidade“ – Theorie des tatsächlichen Vertrages).⁴

2. Arbeitnehmer und Arbeitgeber

Als Arbeitnehmer gilt (nach Art. 3 CLT) „jede natürliche Person, die Dienste nicht nur gelegentlich für einen Arbeitgeber in Abhängigkeit von diesem und gegen Entgelt leistet“. Es ist dabei gleichgültig, um welche Art von Arbeit es sich handelt, zu welchen Konditionen der Arbeitnehmer arbeitet oder ob es sich um intellektuelle, technische oder handwerkliche Arbeit handelt.

Arbeitgeber ist (nach Art. 2 CLT) „jedes individuelle oder kollektive Unternehmen (oder Betrieb), das eine persönlich erbrachte Leistung empfängt, vergütet und leitet, während es die wirtschaftlichen Risiken trägt“.

Das Arbeitsverhältnis wird damit grundsätzlich durch fünf Eigenschaften charakterisiert: 1. persönliche Leistungserbringung („pessoalidade“); 2. in Abhängigkeit („subordinação“); 3. gegen Entgelt bzw. Gegenleistung („onerosidade“); 4. nicht nur gelegentlich („não-eventualidade“); 5. ohne das Unternehmensrisiko zu tragen („sem correr o risco do empreendimento“). Teilweise nennt die Literatur zudem das Merkmal der Fremdbestimmtheit der Arbeit („alheabilidade“ bzw. „alienidade“).

Daneben gibt es in Brasilien bestimmte Arbeitnehmergruppen und arbeitnehmerähnliche Personen, denen ganz oder teilweise die gleichen Rechte wie dem gewöhnlichen, oben beschriebenen (Stadt-)Arbeitnehmer zugebilligt werden. Z.B. sind die Landarbeiter nach der brasilianischen Verfassung den Stadtarbeitern gleichgestellt (Art. 7 CF). Auf Leiharbeiter, Familienangehörige, leitende Angestellte, Organmitglieder, Praktikanten oder Unfreie finden die arbeitsrechtlichen Regelungen ebenfalls grundsätzlich Anwendung, wobei sich für sie aus der CLT selbst oder aus ergänzenden Gesetzen und Verordnungen teilweise Be-

⁴ *Süssekind, Arnaldo*, Curso de Direito do Trabalho, Rio de Janeiro 2002, S. 216.

sonderheiten ergeben. Für Hausangestellte sieht die brasilianische Verfassung zwar bestimmte Arbeitnehmerrechte vor (einziger Paragraph des Art. 7 CF). Die Regelungen der CLT finden auf sie jedoch nur dann Anwendung, wenn die CLT dies in bestimmten Ausnahmefällen ausdrücklich bestimmt (Art. 7 a) CLT).

IV. Inhalt des Arbeitsverhältnisses

1. Befristung

Der Normalfall ist das unbefristete, unbedingte Arbeitsverhältnis. Ein Arbeitsverhältnis kann jedoch unter bestimmten Umständen auch befristet oder bedingt werden (Art. 443 § 2 CLT). Eine solche Befristung bzw. Bedingung ist möglich bei Dienstleistungen, deren Natur oder vorübergehender Bedarf eine Befristung rechtfertigen, bei Tätigkeiten eines Unternehmens mit vorübergehendem Charakter oder bei Probe-arbeitsverhältnisse. Für zahlreiche typischerweise befristete Arbeitsverträge enthält das brasilianische Recht ausdrückliche Regelungen, so z.B. für den Erntehelfer (Art. 14 Gesetz Nr. 5.889/73) oder den Profisportler (Art. 30 Gesetz Nr. 9.615/98). Ein Arbeitsvertrag kann in Brasilien auf maximal zwei Jahre befristet (Art. 445 CLT) und einmal verlängert werden (Art. 451 CLT). Die Befristung eines Probearbeitsverhältnisses ist auf 90 Tage begrenzt (Art. 445 CLT).

2. Gesetzliche Arbeitszeit

Die gesetzliche Arbeitszeit beträgt in Brasilien bis zu acht Stunden pro Tag und 44 Stunden pro Woche (Art. 7 XIII CF und Art. 58 CLT). Sie kann durch Vertrag oder Kollektivvereinbarung täglich um bis zu zwei Stunden verlängert werden (Art. 59 CLT). Diese Überstunden sind mit einem Aufschlag von mindestens 50 % zu vergüten (Art. 7 XVI CF) oder durch Freizeit auszugleichen (Art. 59 § 2 CLT). Unter bestimmten Umständen, z.B. wenn der Arbeitnehmer in einem gesundheitsgefährdenden Umfeld arbeitet, muss der Arbeitgeber für die Verlängerung der Arbeitszeit des Arbeitnehmers zuvor eine Erlaubnis der zuständigen Behörde für Hygiene am Arbeitsplatz einholen (Art. 60 CLT), welche in der Praxis äußerst selten erteilt wird.

Als Teilzeit gilt, wenn der Arbeitnehmer nicht mehr als 25 Stunden pro Woche arbeitet (Art. 58-A CLT). Überstunden sind in diesem Fall nicht erlaubt (Art. 59 § 4 CLT).

Für die Arbeit an Sonn- und Feiertagen bedarf es einer Genehmigung der zuständigen Arbeitsbehörde (Art. 68 und 70 CLT). Als Nachtarbeit gilt die Arbeit von 22-5 Uhr (Art. 73 § 2 CLT). Wird die Arbeit teilweise am Tag und teilweise in der Nacht erbracht, finden auf die Arbeit in der Nacht die Regelungen für die Nachtarbeit Anwendung (Art. 73 § 4 CLT).

Für die Nachtarbeit ist grundsätzlich ein Zuschlag i.H.v. mindestens 20 % zusätzlich zu dem normalen Gehalt zu zahlen (Art. 7 IX CF i.V.m. Art. 73 CLT). Zudem zählt als Nachtarbeitsstunde (statt der vollen Stunde) die Dauer von lediglich 52 Minuten und 30 Sekunden (Art. 73 § 1 CLT). Für die Nichtbeachtung der Regelungen über die Arbeitszeit können dem Arbeitgeber erhebliche Strafen auferlegt werden (vgl. Art. 75 CLT).

Für manche Arbeitnehmergruppen sieht das brasilianische Recht besondere Arbeitszeiten vor, welche jedoch durch Individual- oder Kollektivvereinbarung in den Grenzen der gesetzlichen Regelungen (der Art. 7 CF und Art. 58 ff. CLT) abgeändert werden können, so z.B. für Bankangestellte, Telefonisten, Filmkameraleute oder angestellte Anwälte.

Von den gesetzlichen Regelungen ausgeschlossen sind (nach Art. 62 CLT) Arbeitnehmer, die außerhalb des Unternehmens arbeiten und deren Arbeitszeiten nicht festgesetzt werden können (z.B. „Home-Office“, Fahrer/Chauffeur, Außendienstmitarbeiter etc.), sowie Arbeitnehmer in Führungspositionen, wie Betriebs- oder Abteilungsleiter.

3. Vergütung und Mindestlohn

Die Vergütung des Arbeitnehmers kann je nach Vereinbarung in Geld (Geldlohn – „salário em dinheiro“) oder in Sachbezügen (Naturallohn – „salário em utilidade“) gewährt werden. Die Möglichkeit des Naturallohns wird in der CLT ausdrücklich definiert (Art. 458 CLT). So gelten neben den Zahlungen in Geld auch Verpflegung, Unterkunft, Kleidung und andere Naturalleistungen als Arbeitsvergütung in diesem Sinne. Niemals darf jedoch der Naturallohn in alkoholischen Getränken oder Drogen bestehen.

Zur Vergütung gehören neben dem Gehalt (als direkte Gegenleistung des Arbeitgebers für die Arbeit) alle weiteren aus dem Arbeitsverhältnis resultierenden Vorteile für den Arbeitnehmer, wie Trinkgeld, Provisionen, Gratifikationen, Servicegebühren, Prämien etc., sofern sie direkt an den Arbeitnehmer gezahlt werden (Art. 457 CLT).

Das brasilianische Recht sieht des Weiteren zahlreiche Zulagen und Zuschläge für den Arbeitnehmer vor, wie z.B. einen Aufschlag auf das jeweilige Monatsgehalt von mindestens 50 % für Überstunden (Art. 7 XVI CF), mindestens 20 % für Nachtarbeit oder 30 % für gefährliche Arbeit⁵ (Art. 193 § 1 CLT). Für Arbeit unter gesundheitsgefährdenden Konditionen⁶ errechnet sich der Aufschlag anhand des

⁵ Gefährliche Arbeit ist solche, die aufgrund ihrer Natur oder Art und Weise der Ausübung den permanenten Kontakt mit leicht entflammaren oder explosiven Stoffen impliziert.

⁶ Für bestimmte Tätigkeiten oder Tätigkeiten in bestimmten Umgebungen setzt das Arbeitsministerium Höchstwerte für Belastungen mit Schadstoffen etc. fest. „Arbeit

Mindestlohns, wobei je nach Grad der Gesundheitsgefährdung ein Aufschlag i.H.v. 10 %, 20 % oder 40 % geschuldet ist (Art. 192 CLT). Für den Erholungsurlaub sieht die brasilianische Verfassung einen Aufschlag von mindestens 1/3 auf das Monatsgehalt vor (Art. 7 XVII CF).

Ausdrücklich im Gesetz geregelt ist in Brasilien auch das Recht des Arbeitnehmers auf ein 13. Gehalt. Dieses entspricht grundsätzlich einem vollen Monatsgehalt und ist bis zum 20. Dezember des jeweiligen Jahres zu zahlen (Art. 7 VIII CF und Gesetze Nr. 4.090/62 und Nr. 4.749/65).

Brasilien verfügt über einen landesweit einheitlichen, gesetzlichen Mindestlohn („Salário mínimo“, Art. 458 CLT i.V.m. Art. 7 IV CF). Dieser liegt seit dem 01.01.2012 bei 622,00 R\$ (Real). Das entspricht ca. 260 EUR.⁷ Der Mindestlohn soll dem Arbeitnehmer zur Zahlung von Unterkunft, Ernährung, Ausbildung, Gesundheit, Freizeit, Kleidung, Hygiene, Transport und Sozialvorsorge für sich und seine Familie dienen und ist regelmäßig an die aktuellen Lebensverhältnisse anzupassen (Art. 7 IV CF). Der Mindestlohn ist unabhängig von der Hautfarbe, der Rasse, des Alters, des Geschlechts, der Religion etc. des Arbeitnehmers, ebenso wie von der Art der Tätigkeit (handwerklich, technisch) und der Form der Bezahlung (Fixgehalt, variables Gehalt).⁸ Er stellt die absolute Untergrenze dar, die ein Arbeitgeber einem Arbeitnehmer zahlen muss. Ein Arbeitsvertrag oder eine Vereinbarung, der/die einen Lohn unterhalb des Mindestlohnes vorsieht, gibt dem Arbeitnehmer das Recht auf den Mindestlohn (Art. 117 und 118 CLT). In der Realität ist der brasilianische Mindestlohn trotz regelmäßiger Anpassung in der Regel allerdings zu niedrig, um dem Arbeitnehmer und seiner Familie tatsächlich einen ausreichenden Lebensstandard gewährleisten zu können.

Neben dem Mindestlohn existiert in Brasilien eine branchenspezifische Lohnuntergrenze („Piso salarial“). Danach sind für bestimmte Berufsfelder bestimmte Mindestlöhne festgelegt. Die Branche und die Höhe der Lohnuntergrenze kann durch Bundes- oder Landesrecht, ebenso wie durch Tarifverträge oder Kollektivvereinbarungen festgelegt werden (Art. 1 des Zusatzgesetzes Nr. 103/00). Laut Verfassung sollte sie dabei proportional zu Umfang und Komplexität der ausgeübten Tätigkeit sein (Art. 7 V CF). Berufsgruppen, für die eine bundesweite Lohnuntergrenze besteht, sind z.B.:

- Journalisten (Gesetzesverordnung Nr. 7.037/44);
- Ärzte, Zahnärzte und dergleichen (Gesetz Nr. 3.999/61);
- Radiologen (Gesetz Nr. 7.394/85);
- Ingenieure, Chemiker, Architekten, Agronomen und Veterinäre (Gesetz Nr. 4.950-A/66);

unter gesundheitsgefährdenden Konditionen“ liegt vor, wenn diese Höchstwerte am Arbeitsplatz überschritten werden.

⁷ Stand: 20.10.2012.

⁸ Cassar, *Vólia Bomfim*, *Direito do Trabalho*, 3^a edição, Niterói 2009, S. 698.

- angestellte Anwälte (Art. 19 Gesetz Nr. 8.906/94).

V. Leistungsstörung

Das brasilianische Arbeitsrecht kennt zahlreiche Fälle, in denen eine oder beide Parteien des Arbeitsverhältnisses vorübergehend von ihrer Leistungspflicht befreit sind, das Arbeitsverhältnis aber nicht beendet wird. Unterschieden wird hier zwischen der Befreiung von der Leistungspflicht des Arbeitnehmers mit Entgeltfortzahlung („interrupção“) und ohne Entgeltfortzahlung („suspensão“).

1. Mit Entgeltfortzahlung

Bei der „interrupção“ wird der Arbeitnehmer von seiner (Haupt-)Leistungspflicht freigestellt bzw. darf diese verweigern, während alle übrigen Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis bestehen bleiben. Zu den häufigsten Fällen gehören hier Krankheit und Arbeitsunfall, Mutterschutz und Erholungsurlaub.

Kann der Arbeitnehmer aufgrund von Krankheit nicht zum Dienst erscheinen, bleibt der Arbeitgeber in den ersten 15 Tagen vollständig zur Zahlung des Entgelts verpflichtet, bevor ab dem 16. Tag die Sozialversicherung die sog. Krankenbeihilfe übernimmt („auxílio-doença“) und das Arbeitsverhältnis tatsächlich unterbrochen wird. Für den Arbeitsunfall gelten im Wesentlichen die gleichen Regelungen, mit dem wichtigen Unterschied, dass hier die Dauer der Krankheit zur Berechnung der Rechte des Arbeitnehmers aus dem Arbeitsverhältnis mitberechnet wird.

Der schwangeren Arbeitnehmerin garantiert die brasilianische Verfassung Mutterschutz für die Dauer von 120 Tagen (Art. 7 XVIII CF). In dieser Zeit hat die Arbeitnehmerin Anspruch auf ihr volles Gehalt. Der Arbeitgeber kann den hierfür gezahlten Betrag jedoch mit seinen Beiträgen an die Sozialversicherung der Arbeitnehmerin verrechnen.

Laut Gesetz hat der Arbeitnehmer in Brasilien grundsätzlich einen Anspruch auf 30 Tage Erholungsurlaub (Art. 130 CLT), wobei dies tatsächliche Tage und nicht Werkzeuge sind. Der Urlaubsanspruch entsteht erst mit Ablauf eines Jahres und verkürzt sich, wenn der Arbeitnehmer innerhalb dieses Jahres an mehr als fünf Tagen unentschuldig fehlt.

2. Ohne Entgeltfortzahlung

Bei der „suspensão“ werden dagegen beide Parteien des Arbeitsverhältnisses von der Leistungspflicht befreit und das gesamte Arbeitsverhältnis „ruht“. Häufigste Fälle hierfür sind der Anspruch des Arbeit-

nehmers auf Bildungsurlaub und die Wahl in ein öffentliches Amt oder ein Amt in der Gewerkschaft.

Im Rahmen des sog. Bildungsurlaubs kann das Arbeitsverhältnis für die Dauer von zwei bis fünf Monaten ruhen bzw. suspendiert werden, damit der Arbeitnehmer von dem Arbeitgeber angebotene Weiterbildungskurse besucht (Art. 176-A CLT).

Unter einem öffentlichem Amt wird z.B. das Amt des Bürgermeisters, Abgeordneten oder Senators verstanden (Art. 472 CLT). Die Wahl in ein Amt in der Gewerkschaft führt zum Ruhen des Arbeitsverhältnisses, wenn die Ausübung des Amtes eine Unterbrechung desselben erfordert (Art. 543 § 2 CLT).

Weitere Fälle sind Wehrdienst und Wehrübungen (Art. 472 f. CLT), eine disziplinarische Suspendierung (Art. 474 CLT), Streik des Arbeitnehmers (Gesetz Nr. 7.783/89) oder ein bis zu 6-monatiges Fernbleiben der Frau von der Arbeit, wenn sie zuvor Opfer eines Gewaltverbrechens geworden ist (Art. 9 § 2 Gesetz Nr. 11.340/06).

VI. Änderung des Arbeitsvertrags

Die Änderung eines Individualarbeitsvertrages ist nur in gegenseitigem Einverständnis und zugunsten des Arbeitnehmers zulässig. Andernfalls ist die Änderung ungültig (Art. 468 CLT). Dem Arbeitgeber ist es weiterhin verboten, den Arbeitnehmer ohne dessen Zustimmung zu versetzen, wobei eine Versetzung in diesem Sinne erst gegeben ist, wenn sie einen Wohnortwechsel des Arbeitnehmers erforderlich macht (Art. 469 CLT).

VII. Beendigung des Arbeitsverhältnisses

Den Normalfall der Beendigung eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses bildet die ordentliche oder außerordentliche Kündigung. Daneben bestehen aber auch andere Möglichkeiten, das Arbeitsverhältnis zu beenden.

1. Ordentliche Kündigung

In Brasilien bedarf eine ordentliche Kündigung weder einer Begründung noch einer Rechtfertigung. Die kündigende Partei muss lediglich eine bestimmte Kündigungsfrist („aviso prévio“) beachten. Dies gilt gleichermaßen für Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Darüber hinaus ist ein Arbeitnehmer einer Kündigung durch den Arbeitgeber jedoch nicht schutzlos ausgeliefert. Zum einen existiert für zahlreiche Situationen ein besonderer Kündigungsschutz. Zum anderen ist der Arbeitgeber bei einer unbegründeten Kündigung dazu verpflichtet, dem Arbeitnehmer eine gesetzlich vorgeschriebene Abfindung zu zahlen. Die Höhe dieser Abfin-

dung berechnet sich anhand der Einzahlungen in den Beschäftigungsfond des Arbeitnehmers („Fundo de garantia do tempo de serviço – FGTS“).

a) Voraussetzungen

Das brasilianische Gesetz sieht keine besondere Form für die Kündigung vor. Sie kann daher grundsätzlich mündlich oder schriftlich, per Brief, Telefax, Aushang am „Schwarzen Brett“ oder sonstigem Kommunikationsmittel ergehen. Es muss lediglich die Möglichkeit der Kenntnisnahme sichergestellt sein.⁹ Zudem sollte der Zeitpunkt ihres Empfangs festgestellt werden können, um den Zeitpunkt des Beginns der Kündigungsfrist definieren zu können. Die Kündigung muss ernsthaft und klar verständlich sein. Sie bedarf keiner Begründung. Allerdings sehen manche Kollektivvereinbarungen vor, dass eine Kündigung durch den Arbeitgeber stets schriftlich und teilweise sogar unter Beifügung einer Begründung erfolgen muss.

Besteht das Arbeitsverhältnis zum Zeitpunkt der Kündigung ununterbrochen länger als ein Jahr, darf die Kündigung nur unter Mitwirkung der zuständigen Gewerkschaft oder Stelle des Arbeitsministeriums erfolgen (Art. 477 § 1 CLT). Diese überprüfen in erster Linie, ob der Arbeitgeber seinen Verpflichtungen zum Ende des Arbeitsverhältnisses nachgekommen ist und z.B. alle noch ausstehenden Zahlungen geleistet hat.

Ausführlich geregelt ist im brasilianischen Arbeitsrecht die Kündigungsfrist, der sog. „aviso prévio“. Mit dem „aviso prévio“ kündigt die eine Vertragspartei der anderen an, dass sich der Vertrag auflösen und seine Verpflichtungen innerhalb des angegebenen Zeitraums erlöschen werden (Art. 487 ff. CLT). Das Gesetz sieht für den „aviso prévio“ keine bestimmte Form vor. Seine Frist beträgt mindestens 30 Tage und soll proportional zur Dauer der Betriebszugehörigkeit sein (Art. 7 XXI CF). Mangels weiterer Definitionen in Gesetz, Rechtsprechung und Literatur besteht letzteres Merkmal der „Proportionalität“ bislang aber nur in der Theorie. Der Lauf der Frist des „aviso prévio“ beginnt am Tag nach Bekanntgabe der Kündigung (*Súmula* 380 des TST i.V.m. Art. 132 CC). Nicht von Bedeutung ist dabei, ob Beginn oder Ende der Frist auf einen Samstag, Sonntag oder Feiertag fallen.

Statt den Ablauf der Frist abzuwarten, kann der „aviso prévio“ durch eine Zahlung von Geld ersetzt werden. Er wird dann als „aviso prévio indenizado“, d.h. „entschädigte Kündigungsfrist“ oder „abgegoltene Kündigungsfrist“ bezeichnet. Der Arbeitnehmer wird in diesem Fall sofort von seiner Leistungspflicht befreit. Kündigt der Arbeitgeber, schuldet er dem Arbeitnehmer in diesem Fall ein Monatsgehalt. Erfolgt

⁹ *Gomes, Orlando* und *Gottschalk, Élson*, *Curso de Direito do Trabalho*, 17^a edição, Rio de Janeiro 2006, atualizado por José Augusto Rodrigues Pinto e Otávio Augusto Reis de Souza, S. 371.

die Kündigung durch den Arbeitnehmer, kann der Arbeitgeber dessen Arbeitslohn kürzen und unter Umständen Schadensersatz verlangen.

Der Arbeitgeber kann den Arbeitnehmer für die Dauer des „aviso prévio“ auch lediglich von der Arbeit freistellen, statt mit sofortiger Wirkung zu kündigen. Der Arbeitnehmer muss sich in dieser Zeit auf Abruf bereithalten, denn der Arbeitgeber besitzt weiterhin das Recht, eine Arbeitsleistung von dem Arbeitnehmer zu verlangen. Diese in der Praxis sehr verbreitete Form der Kündigungsfrist wird „aviso prévio cumprido em casa“ oder „aviso prévio domiciliar“ (in etwa: „zu Hause verbrachte Kündigungsfrist“) genannt. Sie ist gesetzlich nicht geregelt, wird aber der abgegoltenen Kündigungsfrist gleichgesetzt (OJ Nr. 14 SDI-1 des TST).

Der „aviso prévio“ hat diverse Folgen für das Arbeitsverhältnis. Zum einen gilt die Dauer des „aviso prévio“ als Arbeitszeit (und zählt damit zur Dauer der Betriebszugehörigkeit) und wird für alle Folgen aus dem Arbeitsvertrag mitgerechnet (Art. 487 § 1 CLT). Zum anderen bewirkt er (allerdings nur im Falle der Kündigung durch den Arbeitgeber), dass sich die Arbeitszeit des Arbeitnehmers bei gleich bleibendem Gehalt um täglich zwei Stunden reduziert oder der Arbeitnehmer an sieben aufeinander folgenden Tagen dem Dienst fernbleiben darf (Art. 488 CLT). Des Weiteren genießt der Arbeitnehmer während der Kündigungsfrist grundsätzlich keinen Kündigungsschutz (*Súmulas* Nr. 369 V und Nr. 371 des TST). Das Recht zur außerordentlichen Kündigung wird von dem „aviso prévio“ nicht berührt (Art. 490 f. CLT).

b) Abfindungsanspruch

Der „Fundo de garantia do tempo de serviço“, kurz FGTS, ist ein Garantiefonds, in den der Arbeitgeber während der gesamten Dauer des Arbeitsverhältnisses zugunsten des Arbeitnehmers monatlich einen Betrag in Höhe von 8 % des Gehalts des Arbeitnehmers (Lehrling: 2 %) einzahlen muss (Gesetz Nr. 8.036/90). Verwaltet werden die Geldeinlagen von der *Caixa Econômica Federal* (Sparkasse), der zweitgrößten Bank Brasiliens. Sie werden mit 3 % pro Jahr verzinst (Art. 13 Gesetz Nr. 8.036/90). Das Gesetz sieht zahlreiche Fälle vor, in denen der Arbeitnehmer einen Anspruch auf ganze oder teilweise Auszahlung des angesammelten Betrages im Garantiefond hat (Art. 20 Gesetz Nr. 8.036/90). Lediglich beispielhaft sollen hier genannt werden: ordentliche Kündigung durch den Arbeitgeber, außerordentliche Kündigung durch den Arbeitnehmer, Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch Betriebsauflösung oder Zeitablauf (bei einem befristeten Arbeitsverhältnis), Kauf oder Finanzierung eines Eigenheims, Erreichen des Alters von 70 Jahren, Erkrankung an Krebs (bösartiger Tumor) oder Infizierung mit HIV.

Bei einer ordentlichen Kündigung durch den Arbeitgeber muss dieser eine zusätzliche Abfindung in Höhe von 40 % aller im Laufe des Arbeitsverhältnisses gezahlten Beiträge inklusive Zinsen auf das FGTS-Konto des Arbeitnehmers überweisen (Art. 18 § 1 Gesetz Nr. 8.036/90 i.V.m. Art. 10 I ADCT). Muss der Arbeitgeber aufgrund höherer Gewalt kündigen, verringert sich die Höhe der Abfindung um die Hälfte (Art. 18 § 2 Gesetz Nr. 8.036/90).

c) Kündigungsschutz

Arbeitnehmer genießen in Brasilien in bestimmten Situationen einen besonderen Kündigungsschutz („*garantia de emprego*“). Für zahlreiche solcher Fälle hat der Gesetzgeber diesen Kündigungsschutz ausdrücklich normiert. In dieser Zeit ist der Arbeitgeber gehindert, dem Arbeitnehmer ordentlich zu kündigen. Eine außerordentliche Kündigung bleibt i.d.R. möglich.

Zu den Personen, die besonderen Kündigungsschutz genießen, gehören vor allem:

- Gewerkschaftsführer oder ihre Stellvertreter („*dirigente sindical*“) ab dem Zeitpunkt ihrer Kandidatur bis zum Ablauf eines Jahres nach dem Ende ihres Mandats (Art. 543 § 3 CLT i.V.m. Art. 8 VIII CF).
- Schwangere ab dem Zeitpunkt der Bestätigung der Schwangerschaft bis fünf Monate nach der Entbindung (Art. 10 II b ADCT, Art. 391 CLT);
- Mitglieder der Internen Kommission für Unfallprävention („*Cipa*“) von Beginn ihrer Kandidatur bis zum Ablauf eines Jahres nach Ende ihres Mandats (Art. 10 II a ADCT; Art. 165 CLT);
- Arbeitnehmer nach Erleiden eines Arbeitsunfalls ab dem 15. Tag der Arbeitsunfähigkeit für den Zeitraum von 12 Monaten (Art. 118 Gesetz Nr. 8213/91);
- Lehrlinge für die Dauer der Lehre, es sei denn, sie zeigen mangelnden Einsatz oder Anpassungsschwierigkeiten, begehen ein schweres disziplinarisches Fehlverhalten, fehlen unentschuldig in der Schule mit der Folge, dass sie das Lehrjahr wiederholen müssen, oder sie wünschen selbst eine Beendigung (Art. 433 CLT);
- Mitglieder des Nationalrats der Sozialversicherungsbehörde CNPS¹⁰ (Art. 3 § 7 Gesetz Nr. 8.213/91) oder des Rates des Beschäftigungsfonds FGTS (Art. 3 § 9 Gesetz Nr. 8.036/90) sowie ihre Stellvertreter, von ihrer Nominierung bis zum Ablauf eines Jahres nach Ende ihres Mandats;

¹⁰ CNPS = „*Conselho Nacional da Previdência Social*“.

- Mitglieder der Schlichtungsstelle („Comissão de Conciliação Prévia“) von Beginn ihrer Kandidatur bis zum Ablauf eines Jahres nach Ende ihres Mandats;
- Arbeitnehmer im Vorstand einer Genossenschaft im Unternehmen genießen denselben Kündigungsschutz wie Gewerkschaftsführer (Art. 55 Gesetz Nr. 5.764/71 i.V.m. Art. 543 CLT).

2. Außerordentliche Kündigung

Brasilien hat für den Umgang mit der außerordentlichen Kündigung ein (formal gesehen) enumeratives System. Alle Gründe, die eine solche Kündigung rechtfertigen, sind ausdrücklich im Gesetz genannt. Voraussetzung für die Kündigung ist also, dass sich die Pflichtverletzung oder das Fehlverhalten der jeweils anderen Partei unter einen der im Gesetz genannten Gründe subsumieren lässt. Bei der Kündigung durch den Arbeitgeber muss die Pflichtverletzung des Arbeitnehmers darüber hinaus einen Grad erreicht haben, die es der kündigenden Partei unzumutbar macht, das Arbeitsverhältnis fortzuführen, wobei hier etwa die Persönlichkeit des Gekündigten, der Grad des Vorsatzes, ein Verstoß gegen ausdrückliche Anordnungen, Motivationsgründe, die Vorgeschichte, der Bildungsgrad oder der soziale und kulturelle Hintergrund berücksichtigt werden müssen.¹¹ Bei einer Kündigung durch den Arbeitnehmer erfolgt eine solche Interessenabwägung nicht. Hier genügt es, wenn der Kündigungsgrund objektiv vorliegt.¹²

Für die außerordentliche Kündigung sieht das brasilianische Arbeitsrecht grundsätzlich keine besondere Form vor. Dies gilt bei einer Arbeitgeberkündigung jedoch nicht, wenn der Arbeitnehmer besonderen Kündigungsschutz genießt. In diesem Fall ist das Fehlverhalten des Arbeitnehmers zuvor gerichtlich festzustellen (Art. 494 CLT).

Auch eine genaue Frist für die außerordentliche Kündigung ist nicht vorgesehen. Die Kündigungserklärung sollte zeitnah erfolgen, da andernfalls vermutet wird, dass der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer sein Fehlverhalten verzeiht oder stillschweigend duldet (Grundsatz der Unmittelbarkeit).¹³

Art. 482 CLT nennt Verhaltensweisen des Arbeitnehmers, die einen wichtigen Grund für eine außerordentliche Kündigung durch den Arbeitgeber darstellen:

- Unangemessenes Verhalten (lit. a);
- Unmäßiges Verhalten oder schlechte Führung (lit. b);

¹¹ Carrion (oben Fn. 3), S. 379; Cassar (oben Fn. 8), S. 847.

¹² Cassar (oben Fn. 8), S. 881; Delgado, *Mauricio Godinho*, Curso de Direito do Trabalho, 7^a edição, São Paulo 2008, S. 1215.

¹³ Cassar (oben Fn. 8), S. 842; Delgado (oben Fn. 12), S. 1190.

- Regelmäßige (unerlaubte) konkurrierende oder für den Arbeitgeber schädliche Verhandlungen auf eigene Rechnung (lit. c);
- Rechtskräftige strafrechtliche Verurteilung (lit. d);
- Fahrlässigkeit, Nachlässigkeit bei der Ausübung der Arbeitstätigkeit (lit. e);
- Regelmäßige Trunkenheit oder Trunkenheit im Dienst (lit. f);
- Verletzung von Geschäfts- oder Betriebsgeheimnissen (lit. g);
- Undiszipliniertheit, Ungehorsam (lit. h);
- Arbeitsaufgabe (lit. i)¹⁴;
- Verletzung von Ruf und Ehre oder Tätlichkeit im Dienst gegen eine beliebige Person (lit. j) oder den Arbeitgeber bzw. Vorgesetzten (lit. k);
- Regelmäßiges Glücksspiel (lit. l);
- Attentat auf die nationale Sicherheit (einziger Paragraph des Art. 482 CLT).

Gründe, aus denen der Arbeitnehmer außerordentlich kündigen darf, sind in Art. 483 CLT aufgeführt:

- Der Arbeitgeber verlangt Tätigkeiten, die außerhalb der Kräfte des Arbeitnehmers liegen, gesetzlich verboten sind, gegen die guten Sitten verstoßen oder über den Arbeitsvertrag hinausgehen (lit. a);
- Behandlung durch den Arbeitgeber mit übertriebener Härte (lit. b);
- Offenkundige Gefahr des Eintritts eines nicht unerheblichen Schadens für Körper und Gesundheit (lit. c);
- Missachtung vertraglicher oder gesetzlicher Pflichten (lit. d);
- Verletzung von Ruf und Ehre durch den Arbeitgeber (lit. e);
- Tätlichkeit durch den Arbeitgeber (lit. f);
- Kürzung der Arbeit bei Zahlung pro Stückzahl oder nach Arbeitspensum mit empfindlichen Folgen für den Lohn (lit. g).
- Sog. berechnigte außerordentliche Kündigung, wenn der Arbeitnehmer rechtlichen Verpflichtungen nachkommen muss, die mit seiner Arbeit nicht zu vereinbaren sind (Art. 483 § 1 CLT), oder sein Arbeitgeber stirbt (Art. 483 § 2 CLT).

Neben den in Art. 482 und 483 CLT genannten sieht die CLT zwar noch weitere außerordentliche Kündigungsgründe vor, bei genauer Betrachtung lassen sich diese jedoch allesamt auch unter einen Fall der Art. 482, 483 CLT subsumieren. Aus diesem Grund wird in der Litera-

¹⁴ D.h. längeres, unentschuldigtes Fernbleiben vom Arbeitsplatz, wobei die Absicht der Arbeitsaufgabe vermutet wird.

tur¹⁵ die Ansicht vertreten, dass die Art. 482, 483 CLT abschließend seien.

3. Weitere Beendigungsgründe

Weitere Fälle, in denen das Arbeitsverhältnis beendet wird, sind z.B. der Auflösungsvertrag, höhere Gewalt, der Tod des Arbeitnehmers, der Eintritt einer auflösenden Bedingung oder das Erreichen einer bestimmten Altersgrenze durch den Arbeitnehmer. Dagegen führen der Tod des Arbeitgebers, der Betriebsübergang oder die Betriebsstilllegung nicht zu einer Beendigung.

Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch einvernehmliche Einigung (Aufhebungsvertrag) ist in Brasilien zwar nicht gesetzlich vorgesehen, von der Literatur aber nahezu einstimmig anerkannt.¹⁶

Kann ein Unternehmen infolge höherer Gewalt seine Aktivitäten nicht fortführen und muss es diese ganz oder teilweise einstellen, hat dies die Beendigung des Arbeitsverhältnisses zur Folge (Art. 502 CLT). Ähnlich verhält es sich, wenn öffentlich-rechtliche Behörden die Schließung des Unternehmens und die Entlassung der Arbeitnehmer veranlassen (Art. 486 der CLT). In diesem Fall wird das Arbeitsverhältnis ebenfalls beendet.

Schließlich kann das Arbeitsverhältnis ebenfalls beendet werden, wenn der Arbeitnehmer in den Ruhestand versetzt wird. Brasilien kennt drei Arten von Versetzungen in den Ruhestand: die zwangsweise, die freiwillige und die aufgrund von Untauglichkeit/Invalidität.¹⁷ Der Arbeitgeber hat das Recht, die Zwangsversetzung in den Ruhestand zu beantragen, wenn der Arbeitnehmer das Alter von 70 Jahren bzw. die Arbeitnehmerin das Alter von 65 Jahren erreicht hat. Eine Versetzung in den Ruhestand aufgrund von Untauglichkeit oder Invalidität des Arbeitnehmers erfolgt zunächst nur vorübergehend. Zeichnet sich ab, dass der Ausfall des Arbeitnehmers dauerhaft ist, wandelt sich die vorläufige Versetzung in den Ruhestand in eine endgültige.

Stirbt der Arbeitgeber und wird das Unternehmen weitergeführt, hat der Arbeitnehmer dagegen die Wahl, ob er das Arbeitsverhältnis mit dem Rechtsnachfolger fortführt oder kündigt (Art. 483 § 2 CLT). Entscheidet er sich für die Kündigung, ist die Kündigungsfrist („aviso prévio“) entbehrlich.

Im Fall des Unternehmens- oder Betriebsübergangs tritt der erwerbende Arbeitgeber mit befreiender Wirkung für den veräußernden Arbeitgeber in alle Rechte und Pflichten aus den im Zeitpunkt des Über-

¹⁵ *Martins, Sérgio Pinto*, *Direito do Trabalho*, 22^a edição, São Paulo 2006, S. 352.

¹⁶ Z.B.: *Gomes und Gottschalk* (oben Fn. 9), S. 359; *Süssekind* (oben Fn. 4), S. 325.

¹⁷ *Cassar* (oben Fn. 8), S. 802 ff.; *Magano*, *Manual de Direito do Trabalho*, S. 313 f.; *Süssekind* (oben Fn. 4), S. 286 f.

gangs bestehenden Arbeitsverhältnissen ein (Art. 448 CLT i.V.m. Art. 10 CLT). Das Arbeitsverhältnis wird unverändert fortgeführt.

VIII. Zusammenfassung

Die Grundzüge des brasilianischen Arbeitsrechts sind fast ausschließlich in der CLT geregelt, welche mit über 500 Artikeln zum Individualarbeitsrecht sehr ausführlich ist. Die darüber hinaus in der Brasilianischen Verfassung und in weiteren Gesetzen befindlichen Regelungen dienen meist nur der Ausführung oder Konkretisierung der Normen aus der CLT.

Ziel des brasilianischen Arbeitsrechts ist vor allem, den Arbeitnehmer zu schützen. Hierzu lässt es dem Arbeitgeber oft wenig Spielraum für Auslegungen oder Verhandlungen zum Nachteil des Arbeitnehmers. So sind z.B. Arbeitszeiten, Nacht- und Überstundenzuschläge oder auch die Gründe für eine außerordentliche Kündigung ausdrücklich und detailliert im Gesetz geregelt. Brasilien besitzt zudem einen landesweit einheitlichen, gesetzlichen Mindestlohn, sowie ergänzend einen spezifischen (höheren) Mindestlohn für bestimmte Branchen. Die ordentliche Kündigung ist einem Arbeitgeber grundsätzlich jederzeit möglich. Es bedarf hierfür weder einer Begründung noch einer Rechtfertigung. Der Arbeitgeber ist in diesem Fall aber gesetzlich zur Zahlung einer festgelegten Entschädigung verpflichtet. Ausgeschlossen ist die ordentliche Kündigung, wenn der Arbeitnehmer Kündigungsschutz genießt. Das Gesetz zählt hier ebenfalls zahlreiche Fälle auf, wie z.B. das Amt des Gewerkschaftsführers oder die Schwangerschaft der Arbeitnehmerin. Im Fall der außerordentlichen Kündigung nennt das brasilianische Gesetz enumerativ alle Arten von Pflichtverletzungen, die eine solche sofortige Kündigung seitens des Arbeitgebers oder Arbeitnehmers rechtfertigen.

Da verdade real ao direito material: interesse jurídico substantivo axiologicamente prevalecente na impossibilidade probatória concreta não subjetivamente provocada

von RAFAEL CAVALCANTI LEMOS*

1. Introdução

Para Deleuze (2010, p. 24), erra a filosofia ao pressupor nos homens uma boa vontade em pensar, um desejo ou amor natural do verdadeiro. Não se busca a verdade senão quando se está determinado a fazê-lo em função dum caso concreto (DELEUZE, 2010, p. 24). Se assim é, nada mais adequado à busca da verdade que o processo subjetivo, o qual justo à discussão de casos concretos se presta. Nele (processo subjetivo), contudo, a verdade não é uma só: divide-se em real e formal.

O presente trabalho (A) sistematiza decisões, proferidas nos últimos quinze anos aproximadamente, de tribunais e turmas recursais brasileiros em que é feita referência a uma verdade real, (B) propõe a substituição do paradigma da verdade (real ou formal) pelo da verossimilhança e, enfim, (C) oferece uma solução que fuja dos extremos fáceis da equidade ou da aplicação mecânica da lei (regra de ônus objetivo da prova) para os casos em que, com a nota de que haja um direito material que faça prevalecer, em virtude dum valor jurídico primário histórico, o interesse duma parte sobre o da outra, *mesmo a busca* de uma verdade real (na transição de um paradigma a outro) torne-se, por absoluta falta de prova e ante alegações contraditórias de igual verossimilhança, *impossível*, sem que para isso tenha contribuído qualquer das partes. Além de na jurisprudência referida, a pesquisa dá-se em doutrina brasileira, portuguesa e dalthures.

2. Verdade real na jurisprudência brasileira recente

Para Chauí (1995, p. 99-100), podem reduzir-se a quatro as concepções filosóficas da verdade influentes na cultura ocidental:

(a) a primeira assenta na *alétheia* (ἀλήθεια) grega, para a qual verdadeiro é o que é evidente ou plenamente visível para a razão; a verdade,

* Juiz de direito do Tribunal de Justiça de Pernambuco; especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Federal de Pernambuco; mestrando em Ciências Jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

pois, é a manifestação da própria realidade; o critério da verdade é a adequação de nosso intelecto à coisa ou da coisa a nosso intelecto;

(b) a segunda, na *veritas* latina, que se refere à precisão de um relato ou enunciado sobre um fato; a verdade depende da memória e da acuidade mental de quem fala; *coisas e fatos* podem ser *reais ou imaginários*, mas *relatos e enunciados* é que são *verdadeiros ou falsos*; o critério da verdade é fornecido pela coerência interna ou lógica das ideias e cadeias de ideias que formam um raciocínio, a qual (coerência) depende da obediência às regras e leis dos enunciados corretos; a marca do verdadeiro é a validade lógica dos argumentos;

(c) a terceira, na *emunah* (אמונה) hebraica, consistente na confiança nas pessoas ou em Deus, sendo estes verdadeiros quando cumprem o que prometem;

(d) a quarta, na eficácia e na utilidade; o conhecimento, verificado pela experimentação e pela experiência, é verdadeiro por seus resultados e aplicações práticas; a marca do verdadeiro é a verificabilidade desses resultados.

Para as concepções filosóficas em que predomine a *alétheia*, a verdade está “nas próprias coisas ou na própria realidade e o conhecimento verdadeiro é a percepção intelectual e racional dessa verdade” (CHAUÍ, 1995, p. 100). Para aquelas (concepções filosóficas) em que a *veritas* se sobressaia, a verdade “depende do rigor e da precisão na criação e no uso de regras de linguagem, que devem exprimir, ao mesmo tempo, nosso pensamento ou nossas idéias e os acontecimentos ou fatos exteriores a nós e que nossas idéias relatam ou narram em nossa mente” (CHAUÍ, 1995, p. 100). Destacando-se a *emunah*, a verdade “depende de um acordo ou de um pacto de confiança entre os pesquisadores, que definem um conjunto de convenções universais sobre o conhecimento verdadeiro e que devem ser sempre respeitadas por todos” (CHAUÍ, 1995, p. 100). Na concepção pragmática de verdade, finalmente, não é empregado, como o é pelas demais (concepções), um critério puramente teórico, senão eminentemente prático, para se aproximar daquela (verdade); uma tal concepção “está muito próxima da teoria da correspondência entre coisa e idéia, entre realidade e pensamento, que julga que o resultado prático, na maioria das vezes, é conseguido porque o conhecimento alcançou as próprias coisas e pode agir sobre elas” (CHAUÍ, 1995, p. 100).

A primeira dentre as concepções filosófico-ocidentais de verdade subsiste, no processo civil contemporâneo, dizendo-se “real”, “objetiva”, “material” ou “substancial”, pelos quais adjetivos distingue-se da segunda (concepção), outrossim subsistente e dita “formal”, em que, “[o]bedecidas as regras do ônus da prova e decorrida a fase instrutória da ação,

cumpra ao juiz ter a reconstrução histórica promovida no processo como *completa, considerando o resultado obtido como verdade*” (MARINONI; ARENHART, 2011, p. 33).

No REsp 58.306/SP¹, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça afirmou que o Poder Judiciário “só se justifica se visar à verdade real”, sendo útil qualquer meio de prova, “salvo se receber o repúdio do Direito”. Esse julgado foi lembrado pela Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais, no Incidente de Uniformização de Jurisprudência 2006.70.95.01.4189-0² e no Pedido de Uniformização 2007.70.57.0002329³.

A verdade material seria, pois, o “fim último do processo”⁴ e “indispensável em prol do prestígio das decisões judiciais”⁵, uma vez que permite a “decisão mais justa e equânime”⁶, não sendo possível “que a *retórica* suplante o princípio da busca pela verdade real”⁷, a qual verdade se atinge pela “*cabal comprovação* dos fatos alegados pelas partes”⁸, evitando-se “a prolação de decisão judicial em descompasso com a realidade fática”⁹, de modo que *somente* devem ser indeferidas “as provas *indiscutivelmente* desnecessárias e inúteis”¹⁰.

Se, contudo, *por um lado*, ao Estado incumbe “lutar pela simplificação dos procedimentos”, não podendo, caso não o faça, “alegar em seu favor a desorganização ou os excessos do sistema, que são resultado da sua *própria atuação legislativa anterior*, e mesmo da sua *inércia e falta de vontade política* em modificar o *status quo* da sistemática processual vigente”, aplicando-se “idêntico raciocínio [...] à *produção probatória* que deva ser realizada com intervenção do julgador, uma vez que, se a diligência requerida pela parte é *procrastinatória*, deve o magistrado *indeferir* tal meio de prova” (KOEHLER, 2011, p. 55), *por outro (lado)*, revela-se “inadequado o emprego de medida de gestão de Vara ou técnica

¹ Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, julg. 21.03.1995, DJ 15.05.1995, p. 13.450.

² Rel. Manoel Rolim Campbell Penna, publicado em 05.05.2010.

³ Rel. Joana Carolina Lins Pereira, DJ 22.05.2009.

⁴ Recurso 68/99, Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis do Paraná, Rel. Alberto Junior Veloso, j. 24.09.1999.

⁵ Recurso Inominado 491/2003, Única Turma Julgadora do Colégio Recursal dos Juizados Especiais Cíveis de Pernambuco, Rel. Juiz Abelardo Tadeu da Silva Santos, Rel. p/ Ac. Eduardo Guilliod Maranhão, j. 24.04.2003, DOE/PE 01.05.2003.

⁶ Processo 2010.03.1.026726-3, 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Distrito Federal e Territórios, Rel. Wilde Maria Silva Justiniano Ribeiro, unânime, DJe 04.05.2011.

⁷ Recurso 922/2000, Rel. Paula Maria Malta Teixeira do Rego, Única Turma Julgadora do Colégio Recursal dos Juizados Especiais Cíveis de Pernambuco, j. 10.08.2000, DOE/PE 19.08.2000.

⁸ Recurso 0702.07.396.814-2, 2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais de Minas Gerais, Rel. José Luiz de Moura Faleiros, j. 26.09.2007.

⁹ Agravo de Instrumento nº 2010206228, 2ª Câmara Cível do TJSE, Rel. Marilza Maynard Salgado de Carvalho, unânime, DJ 16.06.2011.

¹⁰ Agravo de Instrumento Cível nº 0296370-40.2011.8.13.0000, 15ª Câmara Cível do TJMG, Rel. Antônio Bispo, j. 15.09.2011, maioria, Publ. 21.09.2011.

de celeridade processual se ela tem potencialidade para afastar o juiz da verdade real”¹¹:

Do ângulo do processo justo, a celeridade perseguida pela processualística moderna não pode custar a efetividade do processo pelo prisma da segurança jurídica, mediante o desrespeito ao plexo de princípios constitucionais processuais que derivam do devido processo legal. É por tal razão que o anseio pela celeridade que nos guiou à edição da Lei 10.259/01 não pode, pelas peculiaridades deste modelo de jurisdição, anular a ordem processual ou tornar como de menor valor o direito a uma efetiva participação processual, sob pena de se subverter o postulado de defesa que se prende instrumentalmente a um direito material insubstituível. A celeridade não deve ser tomada como açodamento na condução do processo rumo à sentença. A *simplicidade do rito* não retira a *complexidade do direito em jogo*.¹²

No mesmo sentido, decidiu a 6ª. Turma de Recursos de Santa Catarina, na Apelação Cível 548¹³, que, “embora predomine nos juizados especiais os princípios da oralidade, celeridade, economia processual, não dispensa[m] ele[s] o princípio do devido processo legal, o do contraditório, o da ampla defesa, o da verdade real”.

Doutro ângulo, o “excesso de formalidade (...) fere o Princípio da Verdade Real”¹⁴. Assim, “nas relações de consumo, onde se reconhece a vulnerabilidade do consumidor, não basta a formalidade dos documentos, de forma a apresentar uma aparente legalidade, devendo o juiz perquirir a verdade real, à luz das circunstâncias em que os fatos ocorreram”¹⁵.

A propósito, como o demonstra a ressalva genérica inserta no art. 20 da Lei 9.099/1995¹⁶, “ao processo e à justiça especial” (conquanto não apenas neles, ante o disposto no art. 130 do CPC/BR) “interessa a verdade real, onde o juiz tem plena autonomia para buscar e aplicar a solução que melhor julgar conveniente”¹⁷ – antes de publicada a sentença¹⁸ – ao “desfecho justo da lide”¹⁹, “destinatário e agente da prova” que é o

¹¹ Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei Federal 2004.81.10.00.8641-0, Rel. José Antônio Savaris, TNU, publ. 12.02.2010.

¹² Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei Federal 2004.81.10.00.8641-0, Rel. José Antônio Savaris, TNU, publ. 12.02.2010.

¹³ Rel. Salim Schead dos Santos, j. 16.04.1997.

¹⁴ Processo 6354-1/2004, 2ª. Turma Recursal Cível e Criminal de Salvador da Bahia, Rel. Nícia Olga Andrade de Souza Dantas, julg. 04.03.2008.

¹⁵ Apelação Cível no Juizado Especial 2005.01.1.006569-3, 1ª. Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Rel. Juiz Sandoval Gomes de Oliveira, julg. 16.08.2005.

¹⁶ Processo 2007.01.1.139895-0, 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais/DF, Rel. Wilde Maria Silva Justiniano Ribeiro, unânime, DJe 03.08.2010.

¹⁷ Recurso Cível nº 77/97, Rel. Dirceu dos Santos, 1ª Turma Recursal Cível dos Juizados Especiais do Estado de Mato Grosso, julg. 27.08.1997.

¹⁸ Apelação Cível nº 18.676/2008, 4ª Câmara Cível do TJMA, Rel. Anildes de Jesus Bernardes Chaves Cruz, j. 29.03.2011.

¹⁹ Apelação Cível nº 2010.013248-7, 3ª Câmara de Direito Público do TJSC, Rel. Pedro Manoel Abreu, publ. 01.08.2011.

magistrado²⁰, ante o “caráter social cada vez mais evidente no direito” e a “própria publicização do processo”, na busca de “concretização da Justiça”, não devendo o magistrado ser um “mero espectador” processual²¹.

A verdade real deve, portanto, “nortear todo e qualquer julgamento”²², “notadamente quando a tutela requerida repercute de modo grave sobre a parte adversa”²³, e “o magistrado que acompanha a produção das provas, visando à investigação da verdade real, [é que] está habilitado a apreciá-las quanto ao seu valor e à sua eficácia em relação aos pontos debatidos”²⁴.

A 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais da Terceira Região, Seção Judiciária de São Paulo, expôs que, “se o processo civil tradicional impunha ao magistrado o reconhecimento da verdade formal, o devido processo legal substancial, a iniciativa probatória, a aproximação entre as esferas material e processual e a tutela constitucional do processo trouxeram a verdade real para o centro da tutela jurisdicional no moderno processo civil constitucional”²⁵. Mas, “se a parte não cuida de usar das faculdades processuais, e a verdade real não transparece no processo, culpa não cabe ao juiz de não ter feito a justiça pura, que é a aspiração tanto das partes quanto do próprio Estado, visto como ao magistrado só é lícito julgar segundo o alegado e provado”²⁶, ou seja, “[a] pesar de o juiz ser livre na formação do seu convencimento, ele está adstrito aos elementos constantes dos autos”²⁷, não podendo perseguir *ad aeternum* a verdade material²⁸, nem, em violação do dever de imparcialidade, “‘tomar partido’ de autor ou de réu”²⁹, os quais, outrossim quando evitam

²⁰ Recurso 85/99, Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais/PR, Rel. Alberto Junior Veloso, j. 24.09.1999.

²¹ Apelação Cível no Juizado Especial nº 20030710091103, 2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Distrito Federal e Territórios, Rel. João Egmont Leônico Lopes, j. 10.12.2003, unânime, DJU 02.01.2004.

²² Recurso contra Sentença do Juizado Cível 2002.38.00.711113-0, Rel. Juiz Federal Guilherme Mendonça Doehler, Primeira Turma Recursal de Minas Gerais, julg. 26.02.2003.

²³ Cf. AGTR nº 102054/CE (0099020-70.2009.4.05.0000), 1ª Turma do TRF da 5ª Região, Rel. José Maria de Oliveira Lucena, j. 22.09.2011, unânime, DJE 29.09.2011, e AGTR nº 103419/CE, 3ª Turma do TRF da 5ª Região, Rel. Geraldo Apoliano, j. 09.06.2011, unânime, DJe 15.06.2011.

²⁴ Apelação Cível 2010.806887-4, Rel. Eliane de Freitas Lima Vicente, 3ª Turma Recursal dos Juizados Especiais de Mato Grosso do Sul, julg. 11.02.2011.

²⁵ Processo 2006.63.17.000354-8, Rel. Kyu Soon Lee, julg. 16.08.2010.

²⁶ Recurso Inominado 79/2007, Rel. Ricardo Pessoa dos Santos, 4ª Turma do Primeiro Colégio Recursal dos Juizados Especiais Cíveis de Pernambuco, julg. 06.03.2007.

²⁷ Recurso 206/1997, Rel. Juiz José Augusto Gomes Aniceto, Segunda Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis da Comarca da Capital do Estado do Paraná, j. 20.08.1998.

²⁸ Processo 01597540721, 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis do Rio Grande do Sul, Rel. Pedro Celso dal Prá, j. 04.02.1998.

²⁹ Processo [s/n], 1ª Turma Recursal Cível de Curitiba/Paraná, Rel. D’Artagnan Serpa Sá, j. 01.06.1998.

a litigância de má-fé, contribuem para o encontro da verdade substancial³⁰.

As provas que podem ser determinadas de ofício pelo magistrado, por conseguinte, devem ser as “imprescindíveis à apuração, na medida do possível, da verdade substancial”³¹, sob pena mesmo de, não as determinando, cassação da medida liminar³² ou da sentença³³, hipótese (cassação) em que, porém, “as diligências instrutórias determinadas em segundo grau constituem apenas um mínimo a ser observado pelo magistrado de piso”³⁴.

Recentemente, no entanto, cerca de dezesseis anos após haver declarado, no REsp 58.306/SP, que o Poder Judiciário “só se justifica se visar à verdade real”, o Superior Tribunal de Justiça, por sua 2ª. Turma, quando do julgamento do Recurso Especial 1.245.765/MG³⁵, interposto em processo de improbidade administrativa, manifestou sua descrença no atingimento dessa verdade:

A prova do móvel do agente pode se tornar impossível se impuser que o dolo seja demonstrado de forma inafastável, estreme de dúvidas. Pelas *limitações de tempo e de procedimento* mesmo, *inerentes ao Direito Processual*, não é factível exigir do Ministério Público e da Magistratura uma demonstração cabal, definitiva, mais que contundente de dolo, porque isto seria *impor ao Processo Civil algo que ele não pode alcançar*: a verdade real.

Ainda mais próxima no tempo está a decisão do Tribunal de Justiça do Paraná na Apelação Cível 0602636-0³⁶, para o qual *basta* que a verdade processual *aproxime-se* da verdade dita material.

No mesmo mês (agosto de 2011), mais longe ia o Tribunal Regional Federal da 5ª. Região ao sustentar que, a despeito de o juiz dever *buscar* a verdade real, *estritamente necessária* à observância do devido processo legal é tão só a *fundamentação* do decidido a respeito (A) da *admissão* de que se produzam as provas, valorando-lhes a necessidade e utilidade³⁷ ou

³⁰ Apelação Cível nº 2005.51.01.026698-3/RJ, 7ª Turma Especializada do TRF da 2ª Região, Rel. José Antônio Neiva, j. 23.02.2011, unânime, e-DJF2R 01.03.2011; Apelação Cível nº 70037435799, 12ª Câmara Cível do TJRS, Rel. Ana Lúcia Carvalho Pinto Vieira Rebout. j. 22.09.2011, DJ 26.09.2011.

³¹ Apelação Cível 0813181-1, 15ª Câmara Cível do TJPR, Rel. Jucimar Novochoadlo, j. 14.09.2011, unânime, DJe 28.09.2011.

³² Agravo de Instrumento Cível nº 0548465-63.2011.8.13.0000, 17ª Câmara Cível do TJMG, Rel. Irmair Ferreira Campos, Rel. p/ Acórdão Luciano Pinto, j. 29.09.2011, unânime, Publ. 05.10.2011.

³³ Apelação Cível nº 0315652-82.2008.8.13.0319, 17ª Câmara Cível do TJMG, Rel. Márcia de Paoli Balbino, j. 29.09.2011, unânime, Publ. 05.10.2011.

³⁴ Apelação Cível nº 65119000043, 3ª Câmara Cível do TJES, Rel. Ronaldo Gonçalves de Sousa, j. 02.08.2011, unânime, DJ 15.08.2011.

³⁵ Rel. Mauro Campbell Marques, j. 28.06.2011, unânime, DJe 03.08.2011.

³⁶ 8ª Câmara Cível, Rel. Carvílio da Silveira Filho, Rel. Convocado Roberto Portugal Bacellar, j. 25.08.2011, unânime, DJe 13.09.2011.

³⁷ AGTR nº 117753/AL, 4ª Turma, Rel. Margarida Cantarelli, j. 31.08.2011, unânime, DJe 02.09.2011.

(B) do “*resultado da dilação probatória, adotando-o ou não em sua decisão*”,³⁸.

3. Do paradigma da verdade ao da verossimilhança

Espera-se do magistrado que, ao julgar, siga a fórmula kelseniana, pela qual, num juízo de subsunção, ocorrido certo fato, deve haver determinada consequência jurídica (KELSEN, 1960, *passim* – cf. tb. MARI-
NONI; ARENHART, 2011, p. 28).

Como relata Sen (2011, p. 35 e 452), contudo, já no Império Britânico do século XVIII recomendava lorde Mansfield que se *ocultasse* a *ratio decidendi* real em favor duma decisão *reputada justa*:

Não são *protestadores indignados* os que *frequentemente se esquivam da justificação arrazoada*, mas sim *plácidos guardiões da ordem e da justiça*. [...] Lorde Mansfield, o poderoso juiz inglês do século XVIII, deu um *famoso conselho* a um governador colonial recém-nomeado: ‘*Considere o que você acha que a justiça exige e decida de modo apropriado. Mas nunca apresente suas razões, pois seu julgamento provavelmente estará certo, mas suas razões sem dúvida estarão erradas*’. [...] A observação foi feita por William Murray, primeiro conde de Mansfield, como citada por John Campbell, *The lives of the chief justices in England: from the Norman conquest to the death of Lord Mansfield* (Londres: John Murray, 1949-57, v. 2, cap. 40, p. 572).

O constante apelo a uma verdade dita real, objetiva, material ou substancial é, pois, uma reação ao que, em caso extremo, Vaz (1998, p. 187-192 e 205-206), comentando a influência, na vigência do CPC/PT de 1939, do sistema jurídico processual civil português de oralidade pura sobre o nível técnico e o acerto das decisões dos tribunais coletivos, chama de “vício de inversão ou salto lógico do silogismo judiciário da decisão de facto” (VAZ, 1998, p. 189):

Tratava-se de um esquema da decisão da matéria de facto que se resolvia na inversão ou salto lógico do silogismo judiciário; ou seja, em o tribunal colectivo, nas respostas ao questionário, em vez de partir da prova efectivamente produzida nos autos (premissa menor), para, através da regra de direito aplicável (premissa maior), chegar à rigorosa e correcta decisão final do pleito (sentença ou conclusão do silogismo judicial), proceder, por vezes, pura e simplesmente ao contrário: – *partir da conclusão* (a que se chega, *fundamentalmente*, por uma via *intuitiva*), sendo nessa base que decide a questão de facto, dando como provados, precisamente, os factos que se *ajustam e convêm* àquela *conclusão*. (VAZ, 1998, p. 188).

Em estudo publicado em 1940 (p. 349) sobre o então novo Código de Processo Civil português (de 1939), outrossim chamava a atenção Magalhães para que

³⁸ AGTR n° 116812/CE (0008495-71.2011.4.05.0000), 4ª Turma do TRF da 5ª Região, Rel. Margarida Cantarelli, j. 26.07.2011, unânime, DJe 28.07.2011.

o juiz, freqüentes vezes, procede inversamente ao que a lógica lhe ordena. Sendo a decisão a conclusão fundada em 2 premissas – a averiguação do facto e a aplicação do direito, o juiz formula para si, em regra *precipitadamente*, a *conclusão*, e só depois procura aplicar o direito, mas *dominado* então pela ideia de, *por qualquer forma*, a *justificar*.

Para com o vigente Código de Processo Civil português, segue Rangel (2006, p. 64) admoestando:

O juiz quando faz o *juulgamento da matéria de facto* deve abstrair-se, nesse momento, do direito que irá aplicar, ou seja, *não pode nem deve preocupar-se com a decisão final*. Só desta maneira realiza a operação processualmente *correcta e honesta*, caso contrário, desvirtuará, indubitavelmente, a verdade dos factos alegados, *instrumentalizando-os* no sentido da *decisão final que pretenda proferir*.

Se a verdade formal é um argumento retórico destinado “a sustentar a posição de inércia do juiz na reconstrução dos fatos e a frequente dissonância do produto obtido com a realidade fática” (MARINONI; ARENHART, 2011, p. 35), também o (argumento retórico) é a (verdade) real, na medida em que se presta a, *vinculando o justo ao verdadeiro*, “*justificar a ‘justiça’ da decisão tomada*” (MARINONI; ARENHART, 2011, p. 38).

Justo e verdadeiro não se confundem nem um implica o outro:

A questão que se põe [...] é a de saber se há um *necessário liame* entre verdade e justiça e se, por conseqüência, o sistema processual, ao *desconsiderar essa ligação, patrocina o injusto*. Ora, das inúmeras e milenares tentativas de conceituação do justo, decerto somente a socrático-platônica ensaiou vê-lo como um saber, algo decorrente de um *conhecimento*. A experiência *histórica* – e, se se adere à concepção *realista* da verdade, esta é fonte que se não pode recusar – mostra-se *bem distante* de prestigiar semelhante concepção: não poucos seres humanos de *incontestável ciência* cometeram *ominosas injustiças*, tanto como expressiva quantidade de *nescios* primaram pela *prática do justo*. (BAPTISTA, 2001, p. 176-177).

Aliás, *precisamente* a busca da verdade dita real, objetiva, material ou substancial é que pode impelir o juiz à inversão lógica, quando saiba de fato relevante à solução da causa não provado nos autos, oculto das partes e contado por alguém da confiança do magistrado (MAGALHÃES, 1940, p. 347), e ainda nesta hipótese não há garantia de que a narrativa fática haja assegurado o respeito àquela verdade, porquanto a reconstrução verbal de um fato “sempre vem *influenciada* por aspectos *subjetivos* das pessoas que o assistiram, ou ainda do juiz, que há de valorar a evidência concreta” (MARINONI; ARENHART, 2011, p. 36).

A verdade real é *utopia*; crer *inteiramente* objetiva a análise dum fato é *ingenuidade* (MARINONI; ARENHART, 2011, p. 36-37):

Mesmo [...] que adira à concepção *realista* da verdade, não terá o julgador como assegurar-se da própria isenção, ao idear o objeto de conhecimento. Cai-se, então, na armadilha cético-idealista: resta ao sujeito cognoscente confiar, tão-só, na idoneidade dos mecanismos e processos cognoscitivos, vale dizer, na própria razão. A *aporia* resulta insuperável e somente a *agravam as designações alternativas* para a chamada verdade

real – verdade *substancial, material* ou *objetiva*. Substancial é o que concerne à substância, ou seja, àquilo “sem o que o ser não é”, de sorte que a idéia de verdade substancial redunde em *petitio principii*: seria aquela verdade sem a qual não haveria verdade; material diz-se o referente à matéria, vale dizer, àquilo “que toma forma no ser”, de modo que a verdade material haveria de ser a verdade cuja *forma* é a verdade; e objetivo entende-se o que respeita ao objeto, isto é, àquilo “que se distingue do sujeito”, de maneira que se retorna, inapelavelmente, aos mesmos problemas aflitivos da admissão da realidade cognoscível – a *objetivação do próprio ato de conhecer, a percepção de suas limitações* e, afinal, a *delegação aos mecanismos racionais da definição da confiabilidade do conhecimento*. (BAPTISTA, 2001, p. 37-38).

Como defendem Didier Jr., Braga e Oliveira (2011, p. 73), fatos estão no campo ôntico; a verdade, no (campo) axiológico: *afirmações* são verdadeiras ou falsas; dos fatos toma-se conhecimento por meio das *impressões que se têm deles*. A verdade dita real é “meta inatingível, até porque, além da justiça, há *outros valores* que presidem o processo, como a segurança e a efetividade: *o processo precisa acabar*. [...] O mais correto, mesmo, é entender a verdade *buscada* no processo como aquela *mais próxima possível do real*, própria da condição humana.” (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2011, p. 73-74).

Na mesma linha, comentando o artigo 332 do CPC/BR, Marinoni e Mitidiero (2010, p. 333, n. 1) sustentam:

A verdade é inatingível dentro e fora do processo. Todo juízo de verdade resolve-se em um juízo de maior ou menor verossimilhança. Nada obstante, a colocação da verdade como objetivo da prova preenche axiologicamente o processo outorgando-lhe legitimidade. A impostação da verdade como finalidade da prova é uma condição necessária para que se possa colocar a justiça do caso concreto como desiderato do processo.

É válida a observação de Lechner em análise do papel da incerteza na democracia moderna (1987, p. 61), para quem “a legitimidade dos procedimentos formais pressupõe *critérios compartilhados acerca do real e do possível*”. Critérios dessa natureza, outrossim no âmbito processual, não devem gerar *expectativas cuja satisfação seja inalcançável*. Um conceito de verdade implica uma *prévia tomada de posição acerca das possibilidades do conhecimento* (BAPTISTA, 2001, p. 15). O máximo que se pode exigir do juiz é que “a valoração que há de fazer das provas carreadas aos autos sobre o fato a ser investigado *não divirja da opinião comum média que se faria das mesmas provas*” (MARINONI; ARENHART, 2011, p. 38).

Além disso, na lição de Magalhães (1940, p. 305), aparência e realidade não necessariamente se contrapõem, “podem antes ter-se como equivalentes, pois que a aparência pode ser, e é muitas vezes, a realidade e a realidade pode ser, e é muitas vezes, a aparência.” (MAGALHÃES, 1940, p. 305). A verdade “não é absoluta e quem só se contentar com ela e desprezar a aparência comete o mesmo erro do que aquele que só se sente bem com a mentira e a dissimulação.” (MAGALHÃES, 1940, p. 353). A defesa ferrenha da verdade real por seus adeptos chega a confe-

rir-lhe carácter de *dogma* (KHALED JR., 2009, p. 120). Khaled Jr. (2009, p. 32) diz mesmo haver “uma proximidade muito grande entre esta concepção de verdade [real] e o exercício de um poder *arbitrário* que *não* conhece *limites*, ou que, ao menos, *não os respeita*.”.

O juiz precisa, sim, “empregar desde o início do processo todos os seus *esforços* e usar dos amplos *poderes*, que lhe são conferidos, para chegar ao apuramento da verdade” (MAGALHÃES, 1940, p. 306-307), proporcionando às partes os meios *indispensáveis* a que se consiga essa verdade no processo, pois elas são, em princípio, “as mais directamente interessadas na obtenção dêsse *desideratum*” e “as que melhor podem conhecer – e conhecem – quais dêsse meios devem ser empregados em cada caso concreto e são até quem, de alguns dêles, exclusivamente podem dispor” (MAGALHÃES, 1940, p. 320), devendo (as partes), por isso, comportar-se com licitude, probidade, lealdade e boa-fé, uma vez que sua “actuação processual não é ausente de juízos de valor substanciais” e volta-se à “prosecução das finalidades do processo, sendo inadmissível a sua utilização para a lesão de bens jurídicos protegidos” (SILVA, 2008, p. 691).

No mesmo sentido, mas noutros termos, aplicando ao Direito sua formação outrossim em História, explica Khaled Jr. (2009, p. 252) que os *rastros* são a matéria-prima do conhecimento histórico, sem contudo (os rastros) equivalerem ao passado, porquanto o conhecimento deste (passado) não é obtido directamente daqueles (rastros), sendo preciso um processo interpretativo, com escolhas e correções, que lhes (dos rastros) extraia significado. No processo, a *elevação* do rastro à condição de *prova* é que “permite o sustentáculo necessário para a formação dum *juízo de verossimilhança significativa, que permita a tomada de decisão*” (KHALED JR., 2009, p. 253). O ingresso dos rastros no processo dá-se habitualmente pelas partes, num clima de conflito e sob um procedimento contraditório em que o *tempo* é um elemento fundamental, por *determinar duplamente* aquele (processo): dum lado em razão de ele (processo) possuir um “núcleo de verificação *histórica*”, doutro (lado) em virtude de sua (do processo) “natureza de *etapas* vinculadas a uma temporalidade específica”, a primeira delas (etapas) visando à formação dum saber e a segunda à *incidência do poder estatal* (KHALED JR., 2009, p. 253-254). O contraditório processual *não se limita* destarte à *dimensão retórica*, pois faz *referência ao passado* por meio dos *rastros*, garantindo a *maior verossimilhança possível* à prova (KHALED JR., 2009, p. 268 e 273).

Já passou a hora, pois, de a processualística civil abraçar o paradigma da *verossimilhança* e abandonar, sem temor de destronar a clássica fórmula kelseniana, o (paradigma) da *verdade*, real ou formal (cf. MARINONI; ARENHART, 2011, p. 38-39):

A doutrina processual precisa superar sua visão ontológica a respeito da verdade. Somente assim poderá aceitar *reformas profundas nos axiomas processuais*, a fim de

garantir a *efetividade do processo*. É preciso convencer os processualistas de que *a descoberta da verdade é mito* e de que o processo trabalha (e *sempre trabalhou, embora veladamente*) com a *verossimilhança* e com a argumentação. (MARINONI; ARENHART, 2011, p. 51).

4. Per Olof Ekelöf e o princípio da verossimilhança preponderante

Pode-se dizer da verossimilhança, empregando ainda o vocabulário do paradigma anterior (o da verdade), que seja uma *verdade real quanto possível de alcançar* (cf. MARINONI, ARENHART, 2011, p. 43).

Visando superar uma *dificuldade semântica* apontada no direito italiano por Calamandrei já em 1955 (p. 170-171), Marinoni e Arenhart (2011, p. 52) chegam a distinguir, consoante a *crescente intensidade do contraditório* estabelecido para a cognição, outrossim três espécies de verossimilhança, que portanto se poderia chamar *lato sensu*: (A) *possibilidade* de verdade, na *ausência* de contraditório (argumentação de apenas uma das partes com o juiz), (B) verossimilhança *stricto sensu*, quando há contraditório *limitado*, e (C) *probabilidade* de verdade, se o contraditório é *pleno*. Também o legislador *sueco* distingue *graus* de verossimilhança empregando *palavras diversas* (cf. BRUSKE, 1991, p. 28), e Ekelöf (1962, p. 289-290) põe em ordem decrescente duma verossimilhança *lato sensu* o notório (*offenbar*), o certo (*gewiss*), o verossímil *stricto sensu* (*wahrscheinlich*) e o presumível (*vermutlich*).

Referindo-se ao papel do paradigma na ciência, (papel) cabível também a este (paradigma) no domínio da processualística civil, afirma Kuhn (1991, p. 23), em feliz comparação, que ele (paradigma), “como uma decisão judicial aceita no *common law*, é objeto de ulterior articulação e especificação, sob novas ou mais precisas condições”, raramente servindo, pois, a que seja *simplesmente* copiado.

Assim é que, recusando o acesso fácil ao ônus objetivo da prova, excessivamente dissociado da especificidade de cada conflito submetido a julgamento, a processualística civil sueca, acolhendo destemidamente o novo paradigma (da verossimilhança), passou a sustentar que, *por vezes*, basta à convicção judicial a *preponderância* (conquanto *mínima*) da *verossimilhança* da alegação duma parte em face da *verossimilhança* da alegação da outra, o que, em sueco, veio a denominar-se *överviktsprincipen* (literalmente, “princípio da preponderância”) – EKELÖF, 1968, p. 107, 108 e 110; MARINONI; ARENHART, 2011, p. 90-91, BRUSKE, 1994, p. 29, WALTER, 1979, p. 142-143, e BRINKMANN, 2005, p. 36:

Já tentamos mostrar que *este princípio* não pode ser entendido como uma espécie de regra *geral* do ônus da prova no processo civil. Isto não significa dizer que ele não represente a solução *mais adequada* ao problema (do ônus da prova) em *algumas situações especiais*. (EKELÖF, 1968, p. 107).

O processualista sueco Per Olof Ekelöf (1962, p. 289-290), *ilustrativamente*, fala duma escala imaginária de percentuais, a qual iria de 0% a

100% e em que, quanto maior a verossimilhança duma alegação, menor, na mesma proporção, a (verossimilhança) da (alegação) contrária: assim, se uma alegação é 75% verossimilhante, a (alegação) adversa o (verossimilhante) é 25%. O grau de verossimilhança das alegações deve ser marcado nessa escala pelo juiz após a apreciação das provas e é chamado por Ekelöf (1962, p. 290) de “ponto do valor da prova” (*Beweiswertpunkt*), sinalizando ele (ponto) a medida da “preponderância da prova” (*Beweisübergewicht*).

Esse ponto (“do valor probatório”) não se confunde com o (ponto) “do ônus da prova” (*Beweislastpunkt*), o qual (ponto) representa a *força que basta à prova duma alegação*, consoante o que determina a *lei* por meio de *regras de ônus da prova* (EKELÖF, 1962, p. 290). Na escala imaginária, Ekelöf (1962, p. 289) faz uso dos termos “presumível”, “verossímil (*stricto sensu*)”, “certo” e “notório”, à medida que os pontos “do valor da prova” e “do ônus da prova” se aproximam dos 100% de verossimilhança, sem contudo relacionar cada daqueles (termos) a uma faixa percentual (deixando ora de lado, portanto, a matemática meramente ilustrativa de sua concepção de *valor probatório inversamente proporcional das alegações contrárias*). Destarte, se uma regra de ônus da prova exige que a alegação de fato seja “certa”, o “ponto do ônus da prova” estará onde aparece “certo” na escala, não sendo suficiente à prova do alegado que o “ponto do valor probatório” esteja em “presumível” (EKELÖF, 1962, p. 290). *Normalmente*, contudo, a *lei* não associa expressamente o chamado “ponto do ônus da prova” a determinado *grau de verossimilhança*, cabendo ao *juiz* fazê-lo, indicando a *preponderância suficiente* à prova duma alegação pela parte (EKELÖF, 1962, p. 291).

Na Alemanha, o parágrafo 286 do Código de Processo Civil diz que “o órgão jurisdicional [...] tem de decidir, com livre convicção, se uma alegação acerca dum fato deve ser ou não considerada *verdadeira*”, o que faz crer que o legislador almeja uma convicção judicial de *verdade*, com rejeição da verossimilhança ainda que no grau máximo da escala imaginária (EKELÖF, 1962, p. 291). A questão é se a verdade pode ser obtida numa instrução processual, quando a história da *própria ciência* mostra com frequência *novas observações* obrigarem verdades *consagradas* à *revisão* (EKELÖF, 1962, p. 291). As *máximas gerais da experiência* aproveitadas no processo obtêm-se por indução do que se observou até determinado momento: quando, *exempli gratia*, nove detalhes duma impressão digital deixada sobre uma coisa correspondem àquela (impressão digital) dum acusado, considera-se este havê-la ali deixado, porquanto *não há registro* de que duas pessoas alguma vez tenham apresentado nove detalhes idênticos na impressão digital (EKELÖF, 1962, p. 291). Essa possibilidade (nove detalhes idênticos na impressão digital de duas pessoas), contudo, não deve ser de todo rechaçada, já que não é possível comparar as impressões digitais da integralidade dos seres humanos vivos e falecidos (EKELÖF, 1962, p. 291). Vê-se, deste modo, ser ape-

nas verossimilhante o que se tem habitualmente por verdadeiro (EKELÖF, 1962, p. 291).

É clara a distinção, contudo, entre algo *certo de todo* e o *meramente verossímil*: será ridicularizado *e.g.* quem quer que declare ser desta sorte (meramente verossímil) que o ser humano morra, sendo, pois, a verdade, voltando à *imagem matemática*, um *valor-limite* equivalente ao grau máximo de verossimilhança (EKELÖF, 1962, p. 291-292). Nesse sentido (verdade como valor-limite da verossimilhança), cabe com tranquilidade dizer que um órgão jurisdicional constata eventualmente o que é verdadeiro (EKELÖF, 1962, p. 292).

Se nenhuma prova, no entanto, possui valor probatório superior ao (valor) de outra (prova), o órgão jurisdicional *difícilmente* será capaz de descobrir a “verdade”, entendida esta como a *maior verossimilhança possível* – *v.g.* a (verossimilhança) alcançada por meio duma impressão digital (EKELÖF, 1962, p. 295). Deve-se ainda levar em conta que, havendo muito material probatório divergente, é *impossível* constatar *com segurança* se tal força probatória (maior verossimilhança *possível*) foi atingida (EKELÖF, 1962, p. 296).

Parecia a Ekelöf (1962, p. 296) que os tribunais suecos costumavam contentar-se com uma força probatória inferior àquela (força probatória) que se diria (força probatória) “de certeza” ou “de verdade”, sendo este o caso mesmo quando o objeto do processo era um crime muito grave (EKELÖF, 1962, p. 296). Ekelöf (1962, p. 296) dizia serem instrutivas a respeito as sentenças criminais cuja incorreção era posteriormente descoberta (EKELÖF, 1962, p. 296). Há casos em que o tribunal não procedeu corretamente, seja porque tenha estimado alto demais o valor probatório em questão, seja porque se tenha contentado com uma força probatória muito baixa, mas também os (casos) há em que de modo algum se pode repreender o tribunal: com base no material probatório existente, qualquer juiz teria condenado o acusado (EKELÖF, 1962, p. 296). Tivesse havido um indício mais pela sua inocência, teria ele sido talvez absolvido (EKELÖF, 1962, p. 296). Um material probatório não pode ser considerado suficiente, se é *enriquecido* com um único fato novo probante mais (EKELÖF, 1962, p. 296). O material probatório existente no processo, por conseguinte, tem apenas um *valor de verossimilhança* (EKELÖF, 1962, p. 296). Proferida uma sentença com base na “verdade”, sua (da sentença) *incorreção* não poderia ser demonstrada com *material probatório novo*, mas *tão somente* por meio da descoberta da *falsidade das máximas da experiência* empregadas no processo (EKELÖF, 1962, p. 296).

No processo civil, o problema é ainda mais complicado, uma vez que nele (processo civil) é duvidoso, no que concerne a alguns fatos jurídicos, a qual parte compete o ônus da prova (EKELÖF, 1962, p. 297). Questões de natureza distinta, no entanto, merecem distinto tratamento, e uma delas (questões) diz respeito à redação legal das regras de ônus da

prova: até que ponto as prescrições do Código Civil alemão v.g. são construídas com base na sintaxiologia comum? (EKELÖF, 1962, p. 297). Ekelöf (1962, p. 297) responde que elas (prescrições), de fato, não o (construídas) são assim (com base na sintaxiologia comum), mas constata ser *possível* indicar claramente, por meio de expressões como “a não ser que” ou “de modo algum”, qual parte deve suportar o ônus da prova. Ekelöf (1962, p. 297) rejeita, por sua vez, que a distribuição do ônus da prova no processo civil romano-germânico ou de *common law* possa ser *adequadamente* feita obedecendo a um princípio *geral*, dê-se este (princípio) com uma classificação legal dos fatos jurídicos em constitutivos, impeditivos e extintivos de direitos (um círculo vicioso, em realidade: impeditivas de direito v.g. são justo as circunstâncias em que o réu e não o autor suporta o ônus da prova) ou com um uso que não haja sido consolidado com foco no ônus da prova.

Lacunosa a lei, por seu turno, em razão de *não* conter regime *algum* de *ônus* da prova, sua (do ônus da prova) fixação, segundo Ekelöf (1962, p. 297), tão só por meio da *exegese da prescrição material aplicável* pode ser fixada. O direito material indica, dessarte, a *importância jurídica* da existência ou indiscutibilidade dum fato (EKELÖF, 1962, p. 297). Importa saber se se deve empregá-lo (direito material) analogicamente, quando um fato apenas é provado com certo grau de verossimilhança (EKELÖF, 1962, p. 297). Consoante a exegese legal teleológica, para a resolução desse problema deve-se partir da *intenção* da prescrição material (EKELÖF, 1962, p. 297). A analogia *convém* quando a aplicação dessa prescrição (material) para mais de seu (da prescrição) sentido original lhe (da prescrição) *promove* a finalidade (EKELÖF, 1962, p. 297). Devem-se outrossim considerar as dificuldades probatórias: se, por sua *natureza*, um fato jurídico é de prova geralmente *muito difícil*, na prática *não adiantará exigir uma prova robusta* (EKELÖF, 1962, p. 297). E que o material probatório esteja *sob o domínio* do autor é naturalmente um argumento para que ele e não o réu suporte o ônus da prova (EKELÖF, 1962, p. 297-298). Enfim, à parte que afirme uma cláusula que se afaste duma norma jurídica dispositiva é que cabe em princípio suportar o ônus de sua (da cláusula) prova; isso ou as normas dispositivas não atenderiam sua função: facilitar a conclusão de contratos (EKELÖF, 1962, p. 298, 1968, p. 109).

Quando, com esse método, verifica-se o “ponto de ônus da prova”, vê-se às vezes *convir* que nenhuma das partes o (ônus da prova) suporte com uma exigência mais elevada de força probatória, senão que se defina um *grau de verossimilhança suficiente menor* (EKELÖF, 1962, p. 298). Para Ekelöf (1962, p. 298), tal solução é apropriada *sobretudo* nos processos envolvendo *contratos* ou *perdas e danos*. No que Ekelöf (1962, p. 298) chama de “doutrina nórdica”, admite-se *ainda* que, para *fatos jurídicos* diferentes, seja outrossim distinta a força probatória bastante, sendo-se mesmo da opinião de que o “ponto de ônus da prova” fique, *em deter-*

minados casos, no meio da escala, o que significa que a *mínima* preponderância probatória seja *decisiva* e, portanto, *nenhuma* das partes suporte o *ônus* da prova (EKELÖF, 1962, p. 298). Como exemplo, é mencionada uma mãe que afirme que seu filho tenha sido trocado por outra criança na maternidade: é difícil descobrir com que fundamento uma das mães deva suportar o *ônus* da prova (EKELÖF, 1962, p. 298, 1968, p. 107-108).

Também merece ser notado que o legislador sueco formula as regras de *ônus* da prova por meio duma redação especial que, esquematicamente, mostra-se assim: “Se A, então B, *a menos que, certamente* ou *presumivelmente* ou *verossimilmente* ou *notoriamente*, C” (EKELÖF, 1962, p. 298). Dessa forma, é não apenas determinado que o *ônus* da prova deva ser suportado pela parte a que aproveite o fato jurídico C, senão também *com que força* esse fato jurídico precisa ser provado (EKELÖF, 1962, p. 298). Neste ponto, enxerga Ekelöf (1962, p. 298) uma possível diferença entre o direito sueco e o alemão: confessando ser-lhe desconhecido até que ponto os juízes alemães exijam, para ser convencidos, que o fato jurídico seja provado com certeza total ou pelo menos com um “grau de verossimilhança limítrofe da certeza”, parece, entretanto, a Ekelöf (1962, p. 298), que as regras de *ônus* da prova alemãs não forneçam resposta acerca da *força probatória suficiente*. Di-lo Ekelöf (1962, p. 298) tanto das regras de *ônus* da prova que, com a ajuda da sintaxiologia, extraem-se do Código Civil alemão, quanto das (regras de *ônus* da prova) deduzidas dalgum princípio geral de *ônus* da prova: recebe-se, em ambos os casos, informação apenas sobre *qual parte* suporte o *ônus* da prova ou, noutras palavras, *de que lado* da escala de verossimilhança esteja o “ponto de *ônus* da prova”.

Juntamente com o conterrâneo Per Olof Bolding, Ekelöf influenciou, especialmente por meio de Kegel e Bruns, a processualística civil germânica, que traduziu o princípio da verossimilhança preponderante por *Überwiegensprinzip* (WALTER, 1979, p. 142-143). No Brasil, por seu turno, ainda não se emprega a expressão “verossimilhança preponderante” fora dos casos em que a lei *expressamente* refere-se àquela (verossimilhança)³⁹.

Marinoni e Arenhart (2011, p. 91) perguntam se, ao aplicar o princípio da verossimilhança preponderante, o juiz acha-se ainda em estado de dúvida ou a terá superado. A resposta parece estar em que *sempre* há algum grau de dúvida na decisão do juiz que humildemente se aceite *falível*. A adoção do paradigma da verossimilhança implica a aceitação de que toda *convicção* é, em maior ou menor grau, *outrossim* de verossimilhança.

³⁹ Cf. Agravo de Instrumento nº 0783556-7, 4ª Câmara Cível do TJPR, Rel. Maria Aparecida Blanco de Lima, Rel. Convocado Fabian Schweitzer, j. 23.08.2011, unânime, DJe 12.09.2011, e Agravo de Instrumento nº 0766323-4, 4ª Câmara Cível do TJPR, Rel. Maria Aparecida Blanco de Lima, j. 31.05.2011, unânime, DJe 02.06.2011.

5. Interesse jurídico substantivo axiologicamente prevalecente na impossibilidade probatória concreta não subjetivamente provocada

São impróprios a traduzir a *adequação* duma ordem jurídica os sistemas de conceitos fundamentais “puros”, como o desenvolvido por Kelsen (CANARIS, 1996, p. 27):

Trata-se, neles, de categorias puramente formais, que subjazem a qualquer ordem jurídica imaginável, ao passo que a unidade *valorativa* é sempre de tipo *material* e só pode realizar-se numa ordem jurídica *historicamente* determinada; sobre isso, porém, os sistemas de puros conceitos fundamentais, pela sua própria perspectivação, não quem nem podem dizer nada. (CANARIS, 1996, p. 27).

A composição de um litígio, fim ordinário do processo civil, opera-se em dois momentos: primeiro, verifica-se, no direito substantivo, a *hierarquia entre os interesses contrapostos*; em seguida, assegura-se esta (hierarquia) pelo processo (MENDES, 1986, p. 98-99). Isso se dá porquanto o “processo civil é *instrumental* perante o direito substantivo, pelo que em processo não podem ser produzidos ou alcançados efeitos que aquele direito *material* não admite” (SOUSA, 1993, p. 42-43) nem (pode) “a convicção judicial [...] ser pensada como algo que diz respeito *apenas* ao direito processual, compreendido na sua tentativa de *isolamento do direito material*” (MARINONI; ARENHART, 2011, p. 225).

Hierarquia que, para Magalhães (1940, p. 356), existe já entre lei, verdade e justiça:

Verdade, Lei, Justiça – três conceitos *relativos*, cuja hierarquia tem de ser *pragmáticamente* estabelecida. É pela *imperatividade da Lei* que se alcança a Verdade para fazer Justiça.

Como visto acima, para Ekelöf (1962, p. 297 – cf. tb. MARINONI; ARENHART, 2011, p. 90), cabe ao próprio *juiz*, *omissa* a lei, determinar o grau de verossimilhança necessário a sua (do juiz) convicção, de acordo com a *teleologia* do direito *material*, recorrendo (o juiz) às regras do ônus objetivo da prova tão somente quando não atingido esse grau:

Na *ausência* duma disposição *legal* assim [“Se A, então B, *a menos que, certamente* ou *presumivelmente* ou *verossimilmente* ou *notoriamente*, C”], na fórmula sueca – cf. EKELÖF, 1962, p. 298], deve o *juiz*, numa interpretação *teleológica* da lei, determinar a *extensão* e o *ônus* da prova. [...] Nos casos em que [disso] *não* resulte alguma regra de ônus da prova que *favoreça* uma das partes, deve-se recorrer ao ônus *objetivo* da prova, entendido este como *risco do litígio*. (BRUSKE, 1994, p. 29).

Segundo Mendes (1961, p. 437), “[a]ctualmente, em *todas as ordens jurídicas positivas* – incluindo a nossa [portuguesa] – a forma de decisão das questões *irredutivelmente* incertas consiste no sistema chamado do *ônus da prova*”.

Contudo, ainda que se equivalham em verossimilhança as alegações contrárias no processo e exista no ordenamento jurídico regra objetiva aplicável de ônus da prova, deve-se, *sem mecanicismo nem equidade*, perquirir, quando da impossibilidade probatória concreta não provocada, sequer culposamente, por qualquer das partes, que *interesse* o direito *material* discutido prefere, respeitando-se, deste modo, o *legislador* e a natureza *instrumental* (relativamente ao direito material) do processo:

A forma de interpretação das leis que melhor satisfaz os interesses práticos é constituída pela investigação *histórica* dos *interesses*. É uma interpretação histórica – adota os métodos da investigação histórica – mas não exclusivamente subjectiva: deve procurar sim os pensamentos exteriorizados ou revelados por meio do *acto legislativo*, mas a sua acção retrospectiva deve ir mais longe, até aos interesses *determinantes* da lei, aos interesses *causais*. (HECK, 1947, p. 10).

Para Heck (1947, p. 98-99), a premissa maior, no silogismo da decisão judicial, é constituída pelo órgão jurisdicional em dois momentos: primeiro, conhecem-se historicamente os comandos legais existentes e os interesses legislativos; em seguida, trabalham-se as informações dessarte obtidas de maneira que se forme o comando necessário a decidir.

Esse esforço, no entanto, *ainda* se pode revelar *bastante superficial*:

O juiz pode ir até ao ponto de se desviar de certo comando legal particular, considerado tanto na sua letra, como mesmo na imagem final da ideia legislativa do seu conteúdo. *Mas só o pode fazer para obedecer à vontade normativa, isto é, aos interesses [imediatos] que o legislador procurou satisfazer*, tanto por meio daquele comando particular, como por outras formas. (HECK, 1947, p. 230).

Ética, no dizer de Adeodato (2007, p. 121), é, “além da doutrina do bom e do correto, da ‘melhor’ conduta, a teoria do conhecimento e *realização* desse desiderato”, incluindo-se nela (ética) “não apenas aquilo que tradicionalmente faz parte da moral, mas também o que *hoje* se chamam o político e o *jurídico*” (ADEODATO, 2007, p. 122). Tal inclusão não significa que normas morais, políticas e jurídicas sejam indistintas, antes (tal inclusão) lhes (das normas morais, políticas e jurídicas) revelando a origem comum, a imprecisão dos limites traçados para as separar e a *semelhante função social* (ADEODATO, 2007, p. 122). As diversas tentativas, na era moderna, de separar moral, política e direito por seu isolamento de *bases éticas comuns* não visam, segundo Adeodato (2007, p. 122), senão “apoiar a emergente *autonomia do Estado* por meio de uma *instrumentalização* do direito”. Essa separação, porém, “só é possível como *artifício* metodológico e pragmático” (ADEODATO, 2007, p. 122). As *decisões* éticas, “destinadas a solucionar conflitos intersubjetivos, *não* podem ser encontradas por procedimentos *descritivos*, como querem alguns, mas têm de ser *prescritas*”, o que *veda* “argumentar em termos de uma *verdade*, seja ela qual for” (ADEODATO, 2007, p. 122).

A ética não autoriza decisões fáceis baseadas nas normas legisladas, quando uma solução *satisfatória* só se obtenha por meio duma *aprofundada* pesquisa no ordenamento jurídico (CORDEIRO, 2007, p. 1.172). Como sustenta Canaris (1996, p. 75), a tarefa do pensamento *teleológico* é, “uma vez legislado um valor (*primário*), pensar *todas* as suas *consequências* até o *fim*”. Valor que, a propósito, deve estar entre os (valores) “fundamentais mais profundos” (os quais permitem a “descoberta do *sistema teleológico*”, inalcançável quando se para nas “decisões de conflitos” e nos “valores *singulares*”), apurando-se assim, “por detrás da lei e da *ratio legis*, a *ratio juris* determinante” (CANARIS, 1996, p. 77). Rejeitada, no entanto, uma verdade qualquer que seja, esse valor não é senão, com uso de palavras adeodatianas, “produto das *preferências* e experiências humanas dentro do processo *histórico*” (ADEODATO, 1996, p. 142-143). A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei 4.657/1942), a propósito, afirma *expressis verbis* que o juiz, na aplicação da lei, “atenderá aos fins *sociais* a que ela se dirige”.

Tome-se o exemplo duma enchente que haja atingido um pequeno município do interior brasileiro e feito desaparecer, para o sujeito passivo tributário e a Fazenda Pública, os documentos comprobatórios do pagamento de um tributo. Esta (Fazenda Pública) inscreve o crédito em dívida ativa e promove a execução em face daquele (sujeito passivo tributário), conquanto repute possível a primeira que o segundo, como vem este a alegar em juízo, tenha-o pagado. São igualmente verossimilhantes as alegações formuladas pelas partes (crédito da Fazenda por pagar, de um lado, e, do outro, pagamento pelo sujeito passivo). Ainda que se admita a prova do pagamento (que, em princípio, é documental – arts. 320, 321, 324, *caput*, do CC/BR) por testemunhas (arts. 401 e 403 do CPC/BR⁴⁰), suponha-se que, como é usual em se tratando do pagamento de tributos, não as há. Nessa hipótese, deve-se aplicar não a regra do art. 333, II, do CPC/BR (ônus da prova a quem alega fato extintivo da obrigação), mas a do interesse jurídico substantivo axiologicamente prevalecente: se o *direito tributário nasce para a proteção jurídica do sujeito passivo tributário*, sobrepõe-se, pois, *por teleologia do direito substantivo e não por preferência judicial*, no desate do impasse probatório extraordinário, o interesse jurídico do devedor tributário ao (interesse) da Fazenda Pública credor, não se tratando, *in casu*, de mera analogia (art. 108, I, do Código Tributário Nacional brasileiro [doravante CTN] c/c art. 55, par. 3º., da Lei 8.213/1991) ou equidade (art. 108, par. 2º., do CTN), ausente princípio pertinente geral de direito tributário ou público (art. 108, II e III, do

⁴⁰ Contra, ante a presunção de certeza da dívida cujo título embasa a execução, cf. REsp 424.621/ES, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, julgado em 06/02/2003, DJ 24/02/2003, p. 241, e REsp 119.432/PR, Rel. Ministro Demócrito Reinaldo, Primeira Turma, julgado em 12/06/1997, DJ 30/06/1997, p. 30941.

CTN) e inadequado o emprego de princípio geral de direito privado (art. 109 do CTN), este (princípio), de qualquer modo, outrossim ausente.

Não se dirá ter aqui havido uma presunção *hominis* de pagamento pelo sujeito passivo tributário à Fazenda Pública, senão *legal* (ainda que *não no sentido que habitualmente se lhe atribui*), já que a presunção encontra esteio na *preferência previamente assentada no direito substantivo*.

Por sua vez, é preciso que a impossibilidade concreta de prova não possa ser imputada a qualquer das partes. Deste modo, o recurso ao interesse jurídico substantivo axiologicamente prevalecente é subsidiário à regra que impõe o ônus da prova a quem, com sua própria conduta, dificultou-a.

Diferente a resposta, se de credor e devedor regidos por direito que *não protege especialmente* nenhum dos dois (inclusive por inversão do ônus da prova *ope legis* ou *judicis*— *v.g.* respectivamente arts. 38 e 6º., VIII, do CDC) se tratasse. Nesta hipótese, aplicar-se-ia *diretamente* a regra geral do art. 333, II, do CPC/BR, onerando-se o segundo (devedor) com a prova do fato extintivo do direito do primeiro (credor). O interesse jurídico substantivo axiologicamente prevalecente, na impossibilidade probatória concreta não provocada pelas partes, é, logo, o *último recurso* de que *eventualmente* dispõe o julgador antes da aplicação da regra do ônus (*objetivo*) da prova, a qual regra passar a ser adequada *somente* quando (A) a parte não se desincumbe, *podendo* tê-lo feito, do referido ônus ou, (B), *não* o podendo, inexistente direito *material* que a privilegie em face da (parte) adversa.

Não se pode confundir, enfim, a regra do interesse jurídico axiologicamente prevalecente com uma de ônus da prova como regra de julgamento. No emprego daquela como no desta, inexistente prova que ampare o interesse de qualquer das partes, nem a alguma destas favorece a verossimilhança. As normas concernentes ao ônus da prova, contudo, têm como possível que o onerado, salvo culpa sua mesma, prove o fato (MARQUES, 2011, p. 30), diversamente do que ocorre quando é preciso recorrer ao interesse jurídico axiologicamente prevalecente, em que a prova de um fato é, sem que para isso tenham contribuído as partes, pelo juiz reconhecida, no caso concreto, impossível.

6. Conclusão

No transcurso da mudança, na processualística civil, do paradigma da verdade para o da verossimilhança, aceita-se ainda a verdade dita real, mas como meta apenas e desde que admitido poder ela apenas com limitações ser atingida, o que implica a suficiência do verossímil para a convicção judicial que embasa a decisão, de maneira que devem as partes observar, agindo sempre com licitude e boa-fé, as oportunidades para a prova.

Nos casos em que, no processo, a verossimilhança das alegações contrárias se equivalha, deve-se, antes do recurso às regras de ônus objetivo da prova, perquirir, havendo impossibilidade probatória concreta não provocada, sequer culposamente, por qualquer das partes, que interesse, enfocado por um valor jurídico primário histórico, seja preferido pelo direito material.

Bibliografia

ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. 3ª. ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 2007.

ADEODATO, João Maurício. *Filosofia do direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência (através de um exame da ontologia de Nicolai Hartmann)*. São Paulo: Saraiva, 1996.

BAPTISTA, Francisco das Neves. *O mito da verdade real na dogmática do processo penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BRINKMANN, Moritz. *Das Beweismaß im Zivilprozess aus rechtsvergleichender Sicht*. Köln: Carl Heymanns, 2005.

BRUSKE, Frank. *Beweiswürdigung und Beweislast bei Aufklärungspflicht – Verletzungen im Bankrecht*. Berlin: Duncker & Humblot, 1994.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito*. 2ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996.

CHAUÍ, Marilena. *Convite à filosofia*. 3ª. ed. São Paulo: Ática, 1995.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa fé no direito civil*. 3ª. ed. reimpr. Coimbra: Almedina, 2007.

DELEUZE, Gilles. *Proust et les signes*. 4ª. ed. Paris: PUF, 2010.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 6ª. ed. rev. atual. Salvador: Jus Podium, 2011, v. 2.

EKELÖF, Per Olof. Beweiswürdigung, Beweislast und Beweis des ersten Anscheins. *Zeitschrift für Zivilprozeß*, v. 75, n. 5, p. 289-301, set. 1962.

EKELÖF, Per Olof. *Rättegång*. Stockholm: P. A. Norstedt & Söners, 1968, v. 4.

HECK, Philipp. *Interpretação da lei e jurisprudência dos interesses*. São Paulo: Saraiva, 1947.

KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre. Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit*. 2ª. ed. rev. ampl. Wien: Franz Deuticke, 1960.

KHALED JR., Salah H. *Ambição de verdade no processo penal: desconstrução hermenêutica do mito da verdade real*. Salvador: Jus Podium, 2009.

KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. Em busca de critérios para a conceituação do tempo razoável de duração do processo. In: JARDIM, Afrânio Silva; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de

(coord.). *Comentários pontuais às reformas processuais civil e penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2011, p. 37-71.

KUHN, Thomas S. *The structure of scientific revolutions*. 2ª. ed. ampl. Chicago: University of Chicago, 1991.

LECHNER, Norbert. Sobre a incerteza. In: *Novos estudos CEBRAP* [Centro Brasileiro de Análise e Planejamento], São Paulo, n. 17, p. 59-61, maio 1987.

MAGALHÃES, Barbosa de. *Estudos sobre o novo Código de Processo Civil*. Lisboa: [s.n.], 1940, v. I.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *A prova*. 2ª. ed. rev. atual. São Paulo: RT, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC: crítica e propostas*. São Paulo: RT, 2010.

MARQUES, J. P. Remédio. *Acção declarativa à luz do código revisto*. 3ª. ed. Coimbra: Coimbra, 2011.

MENDES, João de Castro. *Do conceito de prova em processo civil*. Lisboa: Ática, 1961.

MENDES, João de Castro. *Direito processual civil*. Lisboa: AAFDL, 1986.

RANGEL, Rui Manuel de Freitas. *O ónus da prova no processo civil*. 3ª. ed. Coimbra: Almedina, 2006.

SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SILVA, Paula Costa e. *A litigância de má-fé*. Coimbra: Coimbra, 2008.

SOUSA, Miguel Teixeira de. *Introdução do processo civil*. Lisboa: Lex, 1993.

VAZ, Alexandre Mário Pessoa. *Direito processual civil: do antigo ao novo Código*. Coimbra: Almedina, 1998.

WALTER, Gerhard. *Freie Beweiswürdigung*. Tübingen: Mohr, 1979.

Neues Schrifttum zum brasilianischen Recht

von ANDREAS GRÜNEWALD

Baiocchi, Enzo

Der Schutz bekannter Marken unter besonderer Berücksichtigung der zivilrechtlichen Sanktionen: eine Rechtsvergleichung zwischen dem deutsch-europäischen und dem brasilianisch-südamerikanischen Markenrecht
Heymanns, Köln 2012
562 S.

Bischke, Alf-Henrik; Brack, Sebastian

Reform der brasilianischen Fusionskontrolle
NZG 2011, 1261

Cabral, A.

Der amicus curiae und die alten Formen der Beteiligung Dritter am Rechtsstreit. Neue Tendenzen nach brasilianischem Recht
In: Geimer, Reinhold; Schütze, Rolf A. (Hrsg.)
Festschrift für Athanassios Kaissis,
Sellier. european law publishers, München 2012
Seiten 71-79

Deutsches Notarinstitut

Brasilien: Gesetzliche Vertretung eines minderjährigen Kindes mit Wohnsitz in Brasilien; Erfordernis gerichtlicher Genehmigung - KSÜ Art. 16
DNotI-Report 2012, 87
http://www.dnoti.de/Archive/DNotI_Report/2012/rep112012.pdf

Feiten Wingert Ody, Lisiane

Die Kohärenz der Rechtsordnung des brasilianischen Privatrechts bezüglich des Schutzes der Schwächeren
In: Grundmann, Stefan et.al. (Hrsg.)
Rechtssystem und Juristische Person - Sistema Jurídico e Pessoa Jurídica
Nomos, Baden-Baden 2012
Seiten 155-174

Feiten Wingert Ody, Lisiane

Modificações na relação contratual no Código Civil Brasileiro de 2002: lesão e resolução por onerosidade excessiva sob análise do direito comparado

In: Grundmann, Stefan et.al. (Hrsg.)

Rechtssystem und Juristische Person - Sistema Jurídico e Pessoa Jurídica

Nomos, Baden-Baden 2012

Seiten 55-78

Felsner, Marcus

Steuerstandort Südamerika - Brasilien: das brasilianische Steuerrecht - ein Überblick aus Praktikersicht

Gabler, Wiesbaden 2011

ca.300 S.

Fernandez Grund, Fabíola; Bascopé, Hugo

Brasilien: Präzisierung der Unterkapitalisierungsregeln

ISrR-LB 2011, 72

Fialho de Oliveira, Renata

Die Zulässigkeit ausschließlicher internationaler

Gerichtsstandsvereinbarungen in Brasilien

IPRax 2012, 170-175

Florence, Francisco (Übers.)

Das brasilianische Gesellschaftsrecht

5. Aufl., Nomos, Baden-Baden 2012

296 S.

Geraiades Ferreira, Vivianne

Die Europäischen Traditionen im brasilianischen Erbrecht

In: Grundmann, Stefan et.al. (Hrsg.)

Rechtssystem und Juristische Person - Sistema Jurídico e Pessoa Jurídica

Nomos, Baden-Baden 2012

Seiten 129-140

Höring

Anmerkung zu BFH v. 06.06.2012 - I R 6, 8/11: Schachtelprivileg für brasilianische Eigenkapitalverzinsung als Dividende

SteuK 2012, 338150

Klotzek, Caroline; Lechowicz, Aleksandra; Vater, Anne

Besteuerung von Mitarbeiterentsendungen nach Brasilien

PISTB 2011, 247-254

Kommer, Steffen

Diffuse Umweltrechte in Brasilien: am Beispiel von Kollektivklagen gegen ökologische Schäden durch queimadas

ZUR 2012, 459

Luz Costa, Antônio Carlos

Irritation und Allopoiesis im Rechtssystem : eine systemtheoretische Analyse der polizeilichen Beobachtung in der Stadt Teixeira de Freitas, Brasilien

Hamburg, Univ., FB Sozialwiss., Diss., 2012

219 S.

<http://ediss.sub.uni-hamburg.de/volltexte/2012/5498/index.html>

Müller, Werner; Schilling, Alexander

AGB-Kontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr – eine rechtsvergleichende Betrachtung

BB 2012, 2319

Nordmeier, Carl Friedrich

Bindende Verfügungen von Todes wegen in deutsch-brasilianischen Fällen: Methodische Überlegungen zum Kollisionsrecht / Disposições vinculantes por morte em casos brasileiro-alemães: Reflexões metodológicas sobre o direito internacional privado

In: Grundmann, Stefan et.al. (Hrsg.)

Rechtssystem und Juristische Person - Sistema Jurídico e Pessoa Jurídica

Nomos, Baden-Baden 2012

Seiten 141-154

Nordmeier, Carl Friedrich

Divergenz von Delikts- und Unterhaltsstatut bei tödlich verlaufenden Straßenverkehrsunfällen: österreichischer Trauerschadensersatz und brasilianisches pretium doloris vor dem Hintergrund der Europäisierung des Kollisionsrechts

IPRax 2011, 292

Peterke, Sven; Negreiros, Felipe

Strafbarkeit des Menschenhandels nach brasilianischem Recht

ZIS 2012, 152-162

Schmidt, Jan Peter

Länderbericht Brasilien

In: Bergmann/Ferid/Henrich (Hrsg.)

Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht mit Staatsangehörigkeitsrecht

196. Lieferung, Juni 2012

Verlag für Standesamtswesen, Frankfurt/Main, Berlin 2012

95 S.

Schmidt, Rainer; Alfonso da Silva, Virgílio (Hrsg.)
Verfassung und Verfassungsgericht: Deutschland und Brasilien im Vergleich
Nomos, Baden-Baden 2012
155 S.

Schneider, Nina
Brasilianische Wahrheitskommission nach zahlreichen Kompromissen endlich ratifiziert
Zeitschrift für Menschenrechte, 5.2011, 2, S. 72-86

Scholl, Susanne
Brasilien, Zoll und Einfuhr
Germany Trade and Invest, Köln 2012
74 S.

Schoueri, Luís Eduardo
Brasilien: Neue Verrechnungspreisregeln (vorläufige Maßnahme Nr. 563 vom 3. 4. 2012)
IStR-LB 2012, 53

Sinz, T.
Eheschließung eines österreichischen Staatsbürgers mit einer brasilianischen Staatsangehörigen
ÖStA 2012, 41-42

Steinmeyer, Heinz-Dietrich
Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen und Grenzen für Reformen der Sozialsysteme im Zeitalter der Globalisierung
NZZ 2012, 721

Vieira da Costa Cerqueira, Gustavo
A desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro - Recepção e aplicação de uma teoria também a favor da pessoa jurídica
In: Grundmann, Stefan et.al. (Hrsg.)
Rechtssystem und Juristische Person - Sistema Jurídico e Pessoa Jurídica
Nomos, Baden-Baden 2012
Seiten 91-128

Vormbaum, Moritz
Ein „heroisches Rechtsmittel“: Der habeas corpus des brasilianischen Strafprozessrechts
ZIS 2011, 996-100

Kurzmitteilungen

Brasilien tritt UN-Kaufrecht bei

Durch *Decreto Legislativo* Nr. 538/2012 (*Diário Oficial da União* vom 19.10.2012) hat der brasilianische Kongress die vorbehaltlose Zustimmung zum Abkommen der Vereinten Nationen über den internationalen Warenkauf aus dem Jahr 1980 (*United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods – CISG*) erklärt. Gemäß Art. 99 Abs. 2 CISG wird dieses für Brasilien zwölf Monate nach Hinterlegung der Ratifikationsurkunde (bei Redaktionsschluss noch nicht erfolgt) in Kraft treten. Für die deutsche Rechtspraxis bedeutet dies, dass Kaufverträge mit in Brasilien ansässigen Parteien ab diesem Zeitpunkt automatisch dem CISG unterfallen (Art. 1 Abs. 1 lit. a), solange dessen Geltung nicht vertraglich ausgeschlossen wird (Art. 6).

Mit dem Beitritt Brasiliens erhöht sich die Zahl der Vertragsstaaten des CISG auf 79, zu denen mit Ausnahme Indiens alle großen Volkswirtschaften der Welt gehören. Praxis und Wissenschaft in Brasilien haben die – schon seit geraumer Zeit geforderte – Annahme des CISG als wichtigen Schritt zu Erleichterungen im internationalen Handelsverkehr und einer Modernisierung des brasilianischen Schuldrechts begrüßt.

DBJV-Schriftenreihe

Die DBJV gibt seit 1985 eine Schriftenreihe heraus. Zuletzt ist als Band 43 erschienen:

- *Lilli Löbsack*, Verfassung und Alltag: Verfassung, Menschenrechte und Verfassungswirklichkeit in Brasilien (1979-1984), Aachen 2012.

Die Bände 1 bis 28 sind beim Peter Lang Verlag erschienen. Ab dem 29. Band erscheint die Schriftenreihe im Shaker-Verlag (www.shaker.de). Die Bände sind im Buchhandel erhältlich oder können online beim Verlag bestellt werden. Ebenso ist ein Download im PDF-Format möglich. Alle Mitglieder und Freunde der DBJV sind herzlich zum Kauf eingeladen.

Nähere Informationen zur Bestellung entnehmen Sie bitte dem Internetauftritt der Vereinigung unter www.dbjv.de.