

## Publicações da Escola da AGU

---

# Sistemi Processuali a Confronto: il nuovo Codice di Procedura Civile del Brasile tra tradizione e rinnovamento

---

volume 8 - n. 01 - Brasília-DF, jan./mar. 2016

ISSN-2236-4374

Publicações da Escola da AGU	Brasília	v. 8	n. 01	p. 1-324	jan./mar. 2016
---------------------------------	----------	------	-------	----------	----------------

# Publicações da Escola da AGU

Escola da Advocacia-Geral da União  
Ministro Victor Nunes Leal

SIG - Setor de Indústrias Gráficas, Quadra 06, lote 800  
CEP 70610-460 – Brasília – DF Telefones (61) 2026-7368 e 2026-7370  
e-mail: eagu.secretaria@agu.gov.br

## ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Ministro Luís Inácio Lucena Adams

### DIREÇÃO GERAL DA AGU

Fernando Luiz Albuquerque Faria	Substituto do Advogado-Geral da União
Renato Rodrigues Vieira	Procurador-Geral Federal
Paulo Henrique Kuhn	Procurador-Geral da União
Adriana Queiroz de Carvalho	Procuradora-Geral da Fazenda Nacional
José Levi Mello do Amaral Júnior	Consultor-Geral da União
Ademar Passos Veiga	Corregedor-Geral da AGU
Grace Maria Fernandes Mendonça	Secretária-Geral de Contencioso

### ESCOLA DA AGU

Juliana Sahione Mayrink Neiva	Diretora
André Luiz de Almeida Mendonça	Vice-Diretor
Nélida Maria de Brito Araújo	Coordenadora-Geral

### EDITOR RESPONSÁVEL

Juliana Sahione Mayrink Neiva

### COORDENADOR DA PUBLICAÇÃO

Fábio Victor da Fonte Monnerat

### Conselho Editorial

Juliana Sahione Mayrink Neiva  
André Luiz de Almeida Mendonça  
Fábio Victor da Fonte Monnerat

**Apoio Institucional:** Escola da AGU

**Diagramação/Capa:** Niuza Lima/Gláucia Pereira

Os conceitos, as informações, as indicações de legislações e as opiniões expressas nos artigos publicados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Publicações da Escola da AGU: Sistemi Processuali a Confronto: il Nuovo Codice di Procedura

Civile del Brasile tra tradizione e rinnovamento - Escola da Advocacia-Geral da União

Ministro Victor Nunes Leal - volume 8, n. 1, (jan./mar. 2016).

Brasília: EAGU, 2012. mensal.

A partir do ano III, n. 8 passou a ser periódico bimestral, a partir do ano IV, n° 14 periodicidade mensal e a partir do ano VII v. 39 periodicidade trimestral.

A partir de 2016, houve alteração no número dos exemplares. A Revista receberá numeração 1-4 em todos os volumes subsequentes.

ISSN 2236-4374

1 - Direito Público - Artigos - Brasil I. Título. II. Série.

CDD 340 . 5  
CDU 34 (05)

## SUMÁRIO

Editorial <i>Juliana Sahione Mayrink Neiva</i> .....	5
Abertura - Processo Italia-Brasile: i personaggi <i>Ada Pellegrini Grinover</i> .....	7
O Minissistema Brasileiro de Justiça Consensual: compatibilidades e incompatibilidades <i>Ada Pellegrini Grinover</i> .....	15
Aggregazione di Cause e Aggregazione di Questioni nel Contenzioso di Serie <i>Andrea Giussani</i> .....	37
Prospettive D'indagine e Spunti Comparatistici Considerando la "Legge Sull'arbitrato" Brasiliana Anche Dopo la Novella del 2015 <i>Antonio Briguglio</i> .....	45
Tutela Sommaria e Giudicato Nel Nuovo Codice di Procedura Civile Brasiliano <i>Antonio Carrata</i> .....	63
Penhora <i>On Line</i> no Novo Código de Processo Civil Brasileiro <i>Cassio Scarpinella Bueno</i> .....	75
O Precedente Qualificado no Processo Civil Brasileiro: formação, eficácia vinculante e impactos procedimentais <i>Fábio Victor da Fonte Monnerat</i> .....	93
Il Sistema Probatorio nel CPC del 2015 <i>Flávio Luis Yarshell</i> .....	113
Prospettive ed Evoluzione del Processo Esecutivo in Italia <i>Giuseppe Miccolis</i> .....	121
Linhas Fundamentais do Novo Código de Processo Civil Brasileiro <i>Heitor Vitor Mendonça Sica</i> .....	131
Compimento Della Sentenza Nel CPC Brasiliano, Specialmente Nei Casi Di Obbligazioni Di Somma Di Danaro <i>Humberto Theodoro Júnior</i> .....	151

Le Garanzie Costituzionali Della Pubblicità Degli Atti Processuali e Della Motivazione Delle Decisioni Nel Nuovo C.P.C. Brasiliano <i>José Rogério Cruz e Tucci</i> .....	171
Análise Crítica do Vigente Sistema Brasileiro de Intervenção de Terceiros <i>Lia Carolina Batista Cintra</i> .....	185
Giudicato e Motivazione <i>Marco de Cristofaro</i> .....	239
Ordinario dell'Università di Bologna <i>Paolo Biavati</i> .....	275
As Perspectivas dos Recursos Excepcionais no Processo Civil Brasileiro <i>Paulo Gustavo Medeiros Carvalho</i> .....	289
La Evoluzione dei Giudizi di Appello e di Cassazione Alla Luce Delle Recenti Riforme <i>Roberto Poli</i> .....	307

## EDITORIAL

Prezados Leitores

Como Diretora da Escola da AGU durante 04 anos (2011/2016) e, antes disso, como vice-Diretora (2008/2011), foram muitos os eventos realizados e muitas as parcerias firmadas pela Escola da AGU. Importante, nesse contexto, registrar que todas foram essenciais para a consolidação do nosso trabalho e melhor desenvolvimento dos profissionais da AGU, ampliando as oportunidades oferecidas pela Escola e alcançando um universo de conhecimento acadêmico, nacional e internacional, infinitamente maior do que o que seria possível se trabalhássemos sozinhos.

Dentre todas esses amigos da Escola da AGU, cumpre destacar a parceria firmada com a Universidade de Roma Tor Vergata e com a Internacional Experience, que resultou não apenas na realização do Seminário Internacional sobre o Novo Código de Processo Civil, na cidade de Roma, mas, também, em diversas ações, projetos e eventos ao longo dos últimos anos.

Além da facilidade de se trabalhar com profissionais altamente competentes, como os Professores da Universidade de Roma Riccardo Cardilli e Massimo Pappa e o diretor da Internacional Experience Federico Penna, havia sempre a certeza de que o resultado de todos os projetos dessa parceria seriam extremamente vantajosos para nossos alunos, dado o nível de comprometimento e profundidade de temas e discussões que nos são propostas. A eles, hoje amigos, por tudo que realizamos ao longo dos últimos anos, rendo minhas homenagens e sinceros agradecimentos.

Um desses casos de sucesso é exatamente o evento organizado em Roma, em novembro de 2015, que culminou na edição deste periódico. Convidados a participar do seminário, além de ouvintes, foi possível indicar dois professores da AGU para palestrarem ao lado de grandes nomes do Processo Civil brasileiro e italiano. Oportunidade sem precedentes para a Escola da AGU e para toda a Instituição, já que nossas teses estariam sendo divulgadas em um evento internacional de enorme envergadura.

Foram três dias de excelentes apresentações e troca de informações, com a abertura muito bem coordenada pela Professora Ada Pellegrini Grinover, pelo Brasil, e pelo Professor Bruno Sassani, pela Itália.

Pela AGU, pode-se conferir a trabalho apresentado pelo Dr. Fábio Monnerat, coordenador da grade de Processo Civil da Escola da AGU, sobre “O precedente qualificado no Processo Civil Brasileiro: formação, eficácia vinculante e impactos procedimentais”, e também a palestra do Dr. Paulo Gustavo Medeiros de Carvalho sobre o tema dos recursos excepcionais. Ambos, com o brilhantismo peculiar, muito bem representaram a Instituição no referido evento e agregam enorme valor a Revista ora apresentada.

Além dele, o leitor poderá encontrar outros grandes nomes do Processo Civil brasileiro e italiano, nessa que, sem dúvida, se consagra como uma das revistas da AGU de conteúdo mais denso dos últimos anos.

Não há dúvidas de que deixo o leitor em excelente companhia. Boa leitura!

Atenciosamente

Juliana Sahione Mayrink Neiva  
Advogada da União

# PROCESSO ITALIA-BRASILE: I PERSONAGGI

*Ada Pellegrini Grinover*

*Professora titular de direito processual penal da Universidade de São Paulo  
Professora do Curso de Mestrado e Doutorado da USP e do Curso de Mestrado da  
FDV. Coordenadora dos Cursos Pós-graduação - lato sensu - da Rede LFG (cursos  
pela TV on line e pela Internet). Diretora dos Cursos de Extensão da Escola Paulista  
de Direito. Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Vice-Presidente  
da International Association of Procedural Law e do Instituto Iberoamericano de  
Derecho Procesal. Doutora Honoris Causa pela Universidade de Milão, Itália*

Tutti sanno che il primo ad approdare in Brasile fu Enrico Tullio Liebman e che il suo allievo preferito fu Alfredo Buzaid. Ma pochi sanno che, qualche tempo dopo il suo arrivo, mentre dava lezioni in Facoltà e raccoglieva i giovani processualisti attorno a sé, Buzaid lo invitò a dare un parere “pro veritate” a un cliente del suo studio, a fronte di una ragguardevole somma di denaro. Liebman accettò ma si schernì sulla somma. “È troppo, è troppo. Questo paese mi ha accolto a braccia aperte. Non posso sfruttarlo”. Ma sì, ma no, ma figurati, ma Le pare. Non so bene come finì la faccenda, ma il fatto è che, quando si seppe, Candido Dinamarco commentò: “Ada, dove si è mai visto un turco che vuole pagare e un ebreo che non vuole ricevere?” Turco?, direte voi. Ma Buzaid non era libanese? In effetti, sì. Ma dovete sapere che tutti i levantini in Brasile erano chiamati turchi, perchè gli antenati erano arrivati col passaporto turco-ottomano.

Ma ce n'è un'altra su Dinamarco e Liebman. L'allievo gli scrisse una lettera (l'unico mezzo di comunicazione a quei tempi) e Liebman gli rispose, cortese e sollecito come sempre, ma alla fine diceva. “Non ho capito perchè mi hai mandato un assegno”. Il nostro giovane (allora) amico, sempre nel mondo delle nuvole, aveva infilato nella busta un assegno che stava sulla sua scrivania.

Poi capitò a San Paolo Francesco Cernelutti. Ero una semplice studentessa, ma sapevo chi era e conoscevo il suo pensiero per via delle lezioni del Professore Luís Eulálio de Bueno Vidigal, un altro allievo di Liebman. Pensando evidentemente di trovarsi tra i selvaggi, parlò con gran sufficienza di cose banalissime persino per me. Quando finì, tra la delusione di tutti, passò davanti al geniale e bohémien Canuto Mendes de Almeida - che avrebbe dovuto insegnarci la procedura penale, ma preferiva parlare di cinema, musica, pittura, arte - e questi mormorò in italiano (a voce abbastanza alta): “Il gran buffone”.

Dinamarco fu il primo a venire in Italia, per seguire il corso libero di Liebman a Milano e piantare il seme dello scambio tra i processualisti di seconda generazione, che doveva prosperare soprattutto attraverso Tarzia e Ricci, che impararono il portoghese come autodidatti e gareggiavano tra di loro per chi lo sapeva meglio. Achille Saletti era allora un giovane professore e le belle dottoresse che li circondavano oggi sono tutte in cattedra. Peccato che non abbiano seguito l'esempio dei Maestri nell'interesse per il processo brasiliano. Intanto io preparavo la libera docenza sulle garanzie costituzionali del processo a Padova, dove insegnava mio cugino Benedetto Conforti, che era a dar lezioni in Egitto. E lì conobbi Aldo Attardi, questo



gentiluomo di altri tempi, col quale strinsi una grande amicizia. Non c'era volta che venivo in Italia che non lo andassi a trovare. E il giovane Cerino Canova, scomparso così presto, col quale dividevo una sala per i nostri studi e una grande simpatia.

Dato il tema della mia ricerca – *Le garanzie del processo civile* –, Attardi mi avviò all'incontro con Mauro Cappelletti. Quando entrò mi si mozzò il fiato: alto, atletico, biondo, bello come il sole. Tutta entusiasmata, gli parlai della mia ricerca. Mi guardò con quegli occhi azzurri che potevano essere gelidi o sorridenti (il secondo sguardo lo dovevo conoscere solo dopo) e mi disse: "Ma il suo tema è completamente superato. Oggi bisogna parlare degli interessi diffusi". Non avevo la minima idea di cosa si trattasse, mi ritirai in buon ordine, ripresi il mio treno e poi andai a trovare Francesco Paolo Comoglio, che mi consolò: questo non sarà mai un tema superato.

Ma da un lato mi era restato il pallino per gli interessi diffusi, e dall'altro non mi aspettavo di stringere un'amicizia così forte con Cappelletti. Cominciò a invitarmi a tutti i congressi della International Association of Procedural Law, di cui era Presidente, e amava insignirsi del titolo di "Imperador de Gran Colombia". Fu così che divenni imperatrice e alcuni degli associati più antichi ancora mi chiamano così. Poi Mauro si ammalò della sua gravissima malattia. Lo andai a trovare a Bologna con Federico Carpi. Già non parlava più, ci guardava con gli occhi vuoti, sembrava non riconoscere nessuno, ma quando lo abbracciai e gli dissi "Ricordi, Imperador de Gran Colombia. Sono Ada, la tua Imperatrice", gli occhi gli luccicarono e si inumidirono.

Intanto avevo conosciuto Vincenzo Vigoriti - già biondo come oggi, ma giovanissimo magro e bello – ad uno dei Congressi Mondiali e, grazie a lui, Vittorio Denti. Un altro personaggio indimenticabile, che però mi intimidiva un po'.

Feci venire Vigoriti a Bahia e ci divertimmo da matti. Calmon de Passos, il nostro guru del diritto processuale, geniale e temperamentale, nella presentazione lo chiamò "Profeta del diritto processuale". Vincenzo ne fu molto orgoglioso, diceva tra sè e sè "Profeta, figurati, Profeta" fino a che nelle nostre scorribande per il profondo sertão di Bahia gli feci vedere una casupola di legno, coperta di paglia, con l'insegna "Bar do Profeta". Ne rimase sconvolto.

Nicola Picardi lo conobbi in Brasile, dove aveva parte delle sue radici. Questo studioso finissimo, con Nietta e le figlie hanno molto sofferto per ragioni di salute. Il mio pensiero li segue sempre.

Ah, ma dimenticavo di dirvi che uno dei giovani brasiliani che venne in Italia fu Carmona, che andò a Napoli a studiare con Verde. Sono sicura che imparò molto, persino il dialetto napoletano. Provate a fargli dire “Shshshshpaccanapoli”. O meglio ancora: shshshpaccanapule. Carmine, napoletani simmo.

Io Verde lo conobbi al Convegno dell’Associazione Italiana a Bari, e legammo subito. Erminia mi fu subito molto simpatica. Ma devo raccontarvi che era seduta a un tavolo con amiche napoletane, mi unii a loro e devo aver detto, come sempre, qualcosa di divertente o sconveniente. Una mi domandò: ma voi, da dove venite? Spiegai che vivevo in Brasile ma ero nata in Italia. Dove? A Napoli. “Ah, si vede subito che è meridionale. Le settentrionali non sono mica così”. Caspita, pensai, e poi si dice che il razzismo è lombardo...

Lì conobbi anche Franco Cipriani, con l’energia e l’estro che lo distinguevano, e che poi mi invitò in Puglia, dove detti lezioni e conferenze un po’ dappertutto. Celò accuratamente il fatto di essersi sposato, mi faceva un po’ di corte, ma per me i colleghi sono come i mariti delle amiche: non esistono sotto quell’aspetto. Venni a scoprire il matrimonio quando incontrai la vedova piangente alla giornata di Bari in sua memoria. Credo che all’inizio Giorgio Costantino mi guardò un po’ di traverso - chi è questa che viene a invadere il mio territorio? - ma poi ci fidanzammo quasi subito. E Italo Andolina, sempre sofferente - più di una volta finse di avere un infarto, una volta durante una gita nei pressi di Catania, una in motoscafo in Brasile, e ci prese un accidente, ma la bellissima Ida ci rassicurava, calma calma: “Adesso gli passa”. Ciò non gli impedì di organizzare a Taormina uno dei migliori congressi mondiali e di sorprenderci tutti, a recitare la Medea, in greco, sugli spalti dell’anfiteatro, ammantato di un lenzuolo bianco. E, a Catania, i suoi giovanissimi allievi, Giovanni Raiti e Cetty, oggi professori ordinari, eterni fidanzati che dicevano che non si potevano sposare, perchè non ne trovavano il tempo.

Poi ci fu l’ammirazione per Montesano, che mi invitò per una lezione alla Sapienza.

Un po’ più tardi ebbi modo di incontrare Francesco Paolo Luiso (nel Ceará: gli avevano perso la valigia e portò per tre giorni, con gran

disinvoltura, gli stessi pantaloni blu e la camicia bianca con i quali era arrivato). Scoprii subito che era molto vicino a me per le idee sul processo e sulla vita. Che dire della sua casa di campagna a Lucca, dove ebbi l'occasione di conversare con il fantasma di famiglia (che mi aveva chiusa in bagno e dovevo convincere ad aprire la porta) e di fare amicizia con i suoi vari gatti. E Michele Taruffò, questo discolo geniale che in Sudamerica affronta intrepidamente le avventure più incredibili e mi fa un po' rabbia perchè quando gli racconto le mie vedo che è sempre stato in tutti i posti più strani prima di me. Senza dimenticare Giussani, notevole per gli studi sulle "class actions", capelli bianchi scapigliati e saltellante, che una mia amica, quando lo conobbe a Milano, così descrisse "ma è uguale a Geppetto".

Qualche parola su Fazzalari, il grande maestro, col suo "procedimento in contraddittorio", temuto e tranchant, la cui frase che più mi colpì fu "e ora è inutile che ci stracciamo le vesti" e che mi dimostrava un affetto speciale. Ricordo che dopo una cena a casa sua mandai delle rose alla sua incantevole Signora. Il giorno dopo, alla fine della sua prolusione, disse: "E ora ringrazio l'amica Pellegrini per aver mandato dei fiori a mia moglie. Meno male che ancora esistono persone gentili". I presenti, che non avevano mandato fiori, restarono impietriti ma io avrei voluto scomparire. Non pensavo che un giorno mi sarei dovuta vergognare di aver mandato dei fiori.

E poi Andrea Proto Pisani, con la tutela differenziata, recepita da tutti in Brasile, ma che recentemente ci ha spiegato che non avevamo capito niente, e che non si tratta di tutela sommaria, ma di procedimento a cognizione piena, diverso da quello comune. Andrea, e ora cosa facciamo? Proto Pisani, questa persona dolcissima sempre accompagnato dalla coltissima Rosanna, che non solo è venuto varie volte in Brasile, dove ha stretto amicizie fortissime, ma che incontro spesso qua o là per il mondo. Un napoletano amico di mio cugino Benedetto Conforti e che, quando gli faccio qualche domanda un po' imbarazzante, preferisce rispondere: Domanda a tuo cugino che sa tutto...

Un'amicizia tutta speciale è quella che mi lega a Federico Carpi e Sergio Chiarloni e alle mogli, Paola e Mirella. Tanti e tanti episodi buffi potrei raccontare che abbiamo vissuto assieme a Bologna, a Torino, in Sardegna, per il mondo, ma il più spettacolare fu la nostra visita ai Lençois Maranhenses: 60 Km. In quadriciclo, attraverso la foresta e poi su e giù per le dune immacolate cosparsa di laghetti azzurri, per arrivare sfiniti ad una spiaggia selvaggia e lunghissima, assolutamente deserta, al cui termine ci attendevano delle amache e le aragoste più buone del mondo.

E lì il miraggio: vi portiamo indietro in motoscafo. Solo che il pilota si è perso lungo il fiume Preguiça, è riuscito a fare incagliare tre volte la barca mentre gli alligatori ci guardavano per fortuna senza interesse e gli uomini, forti e valenti (Federico e Sergio), cercavano di alzare il motoscafo affinché tornasse a galleggiare. Io stavo seduta in barca a mo' di imperatrice, con la scusa che se scendevo a fiume non sarei più riuscita a risalire.

E un'altra volta l'ho fatta grossa a Remo Caponi (un altro visitatore costante del Brasile e esimio ballerino, come ha dimostrato al congresso mondiale di Istanbul) e Eduardo Oteiza - questi, benchè argentino, non è spocchioso e siccome è un amico fraterno di Federico Carpi, possiamo considerarlo italiano. Li avevo portati a São Luiz e gli ho organizzato la visita ai Lençóis. Li ho anche avvisati: attenti ai quadricicli. Detto e fatto: Eduardo ha cappottato ma senza gravi danni. Questo perchè non sono iettatrice.

Non posso non fare un cenno ai miei rapporti con i penalprocessualisti italiani. I primi a arrivare in Brasile furono Piero Nuvolone e Mario Pisani, con le mogli. Si adoravano, ma Piero prendeva bonariamente in giro Gioconda: "Venire in Brasile con la moglie è come andare al ristorante con una polpetta in tasca". E poi qualche incidente doveva pur succedere: il primo assalto in assoluto a una macchina a San Paolo, mentre ero ferma a un semaforo, di giorno, in pieno centro, con Annamaria Pisani davanti e Gioconda dietro. Naturalmente, il finestrino era aperto. Si avvicina un tizio malvestito, indica una tasca della giacchetta e mi dice: ho una pistola, passami l'anello della signora. Guardo la mano di Annamaria, porta un bellissimo anello con uno smeraldo. Rispondo, la Signora non capisce, ti passo i miei. Mi sfilo due anellini che porto al dito e glieli consegno. Il semaforo si apre e ripartiamo. Allora Gioconda domanda: Ma come, vengono a chiederti l'elemosina e tu gli dai gli anelli? E io, per non allarmarle: che volete, un attacco di generosità. Da allora in poi sono diventata la vittima-tipo, ma contratto benissimo con gli assaltanti.

Povero Piero, finito troppo presto per un errore medico: ho sempre negli occhi la sua visione, l'ultima volta che lo ho visto, che si allontanava in mezzo a un turbinio di neve, a Milano, col suo bel pellicciotto e Gioconda al braccio.

Poi feci la mia ricerca a Pavia, accolta dall'impareggiabile e cortese Mario Pisani. Un altro gentiluomo di altri tempi. E lì conobbi Vittorio Grevi, che si preoccupava che io non capissi i suoi discorsi sul processo penale per deficienze del mio italiano. Aveva appena pubblicato il bellissimo

libro intitolato “Nemo tenetur se detegere”, che nelle prime copie era uscito col nome “Nemo tenetur se detergere”. Spiego ai brasiliani, ai quali il latino non è tanto familiare, che se detegere” significa accusarsi, ma “se detergere” significa lavarsi. I prigionieri forse saranno contenti che non debbano lavarsi, ma figuratevi che puzza...E più tardi divenni amica di Mario Chiavario e ammiratrice dei suoi studi sul giusto processo penale.

Ma lasciamo perdere le riminescenze. È ora di passare al presente. Mi è molto grato salutare questa nuova generazione di processualisti italiani e brasiliani - assieme a qualcuno un po' più provato - grazie ai quali i rapporti si riallacciano.

In particolare, l'amico Bruno Sassani che ha organizzato questo convegno insieme a Giovanni Bonato e Antonio Carratta. Carratta, l'unico che fu d'accordo con la mia relazione al Convegno di Cagliari di quest'anno: smettiamo di parlare di “preclusione pro iudicato” - per l'immutabilità della decisione nei provvedimenti a cognizione sommaria - o di “efficacia preclusiva esterna” o “efficacia panprocessuale” - per certe decisioni processuali - , poichè si tratta pur sempre di giudicato. Saluto anche Heitor Sica, Camilo Zufelato e Lia Batista che, insieme a Giovanni Bonato, organizzarono l'anno scorso a San Paolo un Convegno Brasile-Italia di diritto processuale civile, i cui atti sono stati recentemente pubblicati.

Eccoci dunque di nuovo riuniti.

Vi ringrazio. A voi la parola.



# O MINISSISTEMA BRASILEIRO DE JUSTIÇA CONSENSUAL: COMPATIBILIDADES E INCOMPATIBILIDADES

*Ada Pellegrini Grinover*

*Professora titular de direito processual penal da Universidade de São Paulo  
Professora do Curso de Mestrado e Doutorado da USP e do Curso de Mestrado da  
FDV. Coordenadora dos Cursos Pós-graduação - lato sensu - da Rede LFG (cursos  
pela TV on line e pela Internet). Diretora dos Cursos de Extensão da Escola Paulista  
de Direito. Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Vice-Presidente  
da International Association of Procedural Law e do Instituto Iberoamericano de  
Derecho Procesal. Doutora Honoris Causa pela Universidade de Milão, Itália*

SUMÁRIO: 1 Os marcos regulatórios dos métodos consensuais; 2 Origens e evolução dos meios ditos “alternativos” de solução de conflitos; 3 Heterocomposição e autocomposição; 4 A justiça conciliativa; 5 Os fundamentos da justiça conciliativa; 6 Conflitos adequados à solução pela Justiça conciliativa; 7 Os principais métodos consensuais de solução de conflitos; 8 Críticas à Justiça conciliativa; 9 A trabalhosa harmonização dos Projetos de Lei de Mediação com o NCPC e a Resolução n. 125; 10 Descrição do minissistema brasileiro: a aplicação integrada das principais disposições do novo CPC e da Lei de Mediação, à luz da Resolução; 11 Novo requisito para a atuação do mediador estabelecido pela Lei de Mediação; 12 Impedimentos do terceiro facilitador. Uma revogação e uma infeliz integração; 13 A grande novidade do CPC de 2015: a audiência prévia e exclusiva dedicada à tentativa de conciliação/mediação; 14 Conclusões.

## 1 OS MARCOS REGULATÓRIOS DOS MÉTODOS CONSENSUAIS

Os marcos regulatórios que regem hoje os métodos consensuais no Brasil são três: a) a Resolução n. 125/2001 do Conselho Nacional de Justiça, que – embora em nível de norma administrativa - instituiu e continua regendo a política nacional dos meios adequados de solução de conflitos e b) os novos dispositivos do CPC; c) as normas sucessivamente promulgadas da Lei de Mediação (Lei n.13.140/2015). Em sua grande maioria, as normas dos marcos regulatórios são compatíveis e complementares, aplicando-se suas disposições à matéria. Mas há alguma incompatibilidade entre poucas regras do novo CPC ou da Resolução em comparação com as da Lei de Mediação, de modo que, quando entrarem conflito, as desta última deverão prevalecer (por se tratar de lei posterior, que revoga a anterior, e de lei específica, que derroga a genérica, bem como da prevalência da lei na hierarquia dos atos normativos). Apesar disto, pode-se falar hoje de *um minissistema brasileiro de métodos consensuais de solução judicial de conflitos*, formado pela Resolução n. 125, pelo CPC de 2015 e pela lei de mediação, naquilo em que não conflitarem.

Objetivo deste estudo é apontar as compatibilidades e incompatibilidades dos princípios e regras dos três instrumentos normativos para indicar as principais normas que se complementam e quais as que foram revogadas.



## 2 ORIGENS E EVOLUÇÃO DOS MEIOS DITOS “ALTERNATIVOS” DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Nas sociedades primitivas, quando se perceberam os riscos e danos da autotutela, atribuiu-se a solução dos conflitos a terceiros, que atuavam como árbitros ou como facilitadores, para que se atingisse o consenso. Incumbia-se dessa função uma pessoa respeitável da comunidade – sacerdote, ancião, cacique, o próprio rei (como Salomão) – e se obtinha a pacificação, sem necessidade de recorrer à justiça pelas próprias mãos. Assim, Os métodos hoje ditos alternativos de solução de conflitos precederam, historicamente, a jurisdição estatal. Só mais tarde, quando o Estado assumiu todo seu poder (ou potestã, na denominação italiana) nasceu o processo judicial, que foi orgulhosamente considerado monopólio estatal. Mas esse processo mostrou todas as suas fraquezas. O formalismo, a complicação procedimental, a burocratização, a dificuldade de acesso ao Judiciário, o aumento das causas de litigiosidade numa sociedade cada vez mais complexa e conflituosa, a própria mentalidade dos operadores do direito, tudo contribuiu para demonstrar a insuficiência ou inadequação da exclusividade da tutela estatal. E ressurgiu, em todo o mundo, o interesse pelas chamadas vias alternativas, capazes de encurtar ou evitar o processo.

O Brasil foi de certo modo precursor desse movimento, quando determinou, na Constituição imperial, que nenhuma causa seria submetida ao Poder Judiciário, se antes não se tentasse a conciliação. Mas de duas uma: ou o momento não era oportuno, ou foi infeliz a atribuição do encargo aos juízes de paz, que se transformaram rapidamente em autoridades celebrantes de matrimônios.

De uns anos para cá, os institutos dos meios alternativos foram profundamente analisados, dissecados e difusamente implantados. E o Brasil integra esse movimento.

## 3 HETEROCOMPOSIÇÃO E AUTOCOMPOSIÇÃO

Como é sabido, na heterocomposição a decisão do litígio é atribuída a pessoa, que pode ser o juz estatal, ou órgão ou pessoa neutra e imparcial, estranha ao Poder Judiciário. Neste último caso, trata-se da *arbitragem*, de que se encarregam outro artigo do Código (ver art. 3º, § 1º) e as Leis de Arbitragem.). Na autocomposição, ao contrário, nada se decide. São as próprias partes, por intermédio de um terceiro facilitador, que trabalham o conflito, podendo chegar a um acordo (que normalmente é uma *transação*, em que cada parte

cede e ganha algo em relação ao conflito, mas que nada impede seja um *reconhecimento* ou uma *renúncia*).

#### 4 A JUSTIÇA CONCILIATIVA

A chamada justiça conciliativa corresponde aos métodos consensuais de solução de conflitos aplicados à justiça: negociação, mediação/conciliação e outros institutos que facilitam o consenso entre as partes, como a *avaliação neutra de terceiro ou a antecipação da prova fora das situações de urgência* (esta última tratada no art. 381, II e III do novo CPC). Conciliativa, porque todos tendem à conciliação. Justiça, porque perderam sua antiga característica negocial, para se enquadrarem no amplo quadro da política judiciária. Trata-se, em última análise, de acesso à justiça.

Esta visão exige a releitura do art. 5º, inc. XXXV da Constituição brasileira, (“A lei não retirará da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”) pois por acesso ao Poder Judiciário deve entender-se acesso à justiça e aos meios adequados de solução de conflitos, como está muito bem explicitado na Exposição de Motivos da Resolução n. 125/2001 do Conselho Nacional de Justiça.

#### 5 OS FUNDAMENTOS DA JUSTIÇA CONCILIATIVA

O principal fundamento da justiça conciliativa é a *pacificação*. No processo judicial e na arbitragem, em que a decisão é imposta, a pacificação pode até existir no plano social (pois o conflito foi dirimido em face da sociedade), mas certamente não existe para as partes. No chamado perde-ganha sempre haverá uma parte insatisfeita (quando não as duas, como acontece na sucumbência recíproca). E isto é evidenciado por todas as manobras das partes com a utilização dos recursos e dos meios de impugnação, no processo estatal, bem como na ação de nulidade do laudo arbitral ou na resistência ao cumprimento da sentença ou do laudo. Além disso, mesmo na pacificação social, apenas uma parte do conflito – a parte levada ao processo judicial – é solucionada, restando à sua base o conflito sociológico, do qual a “lide” é apenas a ponta do iceberg. A arbitragem atenua esse defeito. Também é importante o *fundamento político* da justiça participativa, pois não só mediadores e conciliadores, como as próprias partes, *participam* da solução do conflito, o que é característico da democracia participativa, com seus vários momentos em que a sociedade é chamada a atuar. O terceiro fundamento – talvez o mais discutível de todos – é o *funcional*, porque se afirma que a utilização desses instrumentos

é capaz de desafogar o acúmulo de trabalho dos tribunais estatais. Mas, como se verá logo adiante, entendemos que para cada conflito existe um meio adequado de solução que, dependendo do caso, pode ser a Justiça estatal ou outros métodos.

## 6 CONFLITOS ADEQUADOS À SOLUÇÃO PELA JUSTIÇA CONCILIATIVA

Em primeiro lugar, como o próprio Código e a Lei de Mediação se encarregam de afirmar, só os conflitos transacionáveis podem ser submetidos à Justiça conciliativa. Observe-se que as leis evitaram utilizar a expressão “direitos disponíveis”, utilizada nas Leis de Arbitragem, pois mesmos quando o direito é indisponível é possível transacionar sobre o modo, a forma, o prazo para o cumprimento da obrigação. Parece, também, que nem todos os conflitos encontram sua melhor solução pelos meios consensuais. Quando se trata de conflitos complexos, cujo tratamento dependa de perícia ou do exame aprofundado da matéria de direito, a Justiça conciliativa não pode suplantar o processo estatal. É oportuno lembrar a palavra profética de Mauro Cappelletti: a justiça conciliativa é a mais adequada para as relações co-existenciais.

## 7 OS PRINCIPAIS MÉTODOS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Muito embora em outros países, como os Estados Unidos da América, exista um leque de instrumentos utilizados como equivalentes jurisdicionais, aplicados conforme sua maior adequação a cada caso concreto nos chamados *tribunais multiportas*, os métodos consensuais mais utilizados no Brasil são a *negociação*, a *conciliação* e a *mediação*.

A negociação é o método pelo qual as próprias partes envolvidas chegam a uma solução, sem que seja necessária a intervenção de um terceiro, podendo, entretanto, contar com o auxílio de profissional especialmente capacitado para o desenvolvimento de negociações (*negociação assistida*). A negociação direta apresenta-se como o método adequado, quando as partes mantêm bom relacionamento e conseguem tratar objetivamente das questões a decidir.

A conciliação é conceituada, no Brasil, como o método de solução de conflitos, que se dá por intermédio da atividade desenvolvida por um terceiro facilitador, para incentivar, facilitar e auxiliar as partes a se autocomporem, adotando metodologia que permite a apresentação de propostas, visando à obtenção de um acordo, embora sem forçar

as vontades dos participantes. O conciliador investiga, assim, apenas os aspectos objetivos do conflito e sugere opções para sua solução, estimulando as partes à celebração de um acordo. A conciliação parece ser mais útil para a solução rápida e objetiva de problemas superficiais, que não envolvem relacionamento entre as partes, não tendo a solução encontrada repercussão no futuro das vidas dos envolvidos. Desse modo, diferencia-se da mediação, na medida em que apresenta procedimento mais simplificado, não tendo o conciliador que investigar os verdadeiros interesses e necessidades das partes, subjacentes ao conflito aparente.

Esse método vem sendo utilizado no Brasil há muitos anos, havendo normas regulamentadoras no Código de Processo Civil em vigor, na Lei n. 9.099/95 (Juizados Especiais), na Lei n. 6.515/77 (Lei do Divórcio).

A *mediação*, por sua vez, é conceituada, no Brasil, como método consensual de solução de conflitos, pelo qual um terceiro facilitador auxilia as partes em conflito no restabelecimento do diálogo, investigando seus reais interesses, através de técnicas próprias, e fazendo com que se criem opções, até a escolha da melhor, chegando as próprias partes à solução do conflito. Em outras palavras, a mediação é um processo cooperativo, que leva em conta as emoções, as dificuldades de comunicação e a necessidade de equilíbrio e respeito dos conflitantes e que pode resultar num acordo viável, fruto do comprometimento dos envolvidos com a solução encontrada. Para tanto, exige-se que os participantes sejam plenamente capazes de decidir, pautando-se o processo na livre manifestação da vontade dos participantes, na boa-fé, na livre escolha do mediador, no respeito e cooperação no tratamento do problema e na confidencialidade.

Nessa visão, todos os conflitos interpessoais podem ser trabalhados pela mediação e, se esta não culminar num acordo, pelo menos os participantes terão esclarecido o conflito e aprendido a dialogar entre si de forma respeitosa e produtiva. O verdadeiro objetivo do mediador não é obter um acordo, mas sim restabelecer o diálogo entre as partes, permitindo que melhorem o relacionamento, para que, por si sós, cheguem às soluções de seus problemas. A mediação representa, assim, uma fusão das teorias e das práticas das disciplinas da psicologia, assistência social, assessoria, direito e outros serviços do campo das relações humanas, sendo interdisciplinar.

Todavia, se assim se podem distinguir teoricamente e pelo Novo Código de Processo Civil (art.165, §§ 2º e 3º) os dois métodos, na prática

muitas vezes eles se confundem e o que poderia aparecer, numa triagem prévia, mais adequado para a conciliação, acaba sendo melhor resolvido pela mediação, e vice-versa. De modo que conciliador e mediador devem dar-se conta, no caso concreto, de qual a técnica melhor a ser utilizada e, se possível, convocar o outro especialista para dar seguimento ao processo consensual.

Aliás, a distinção acima nasceu da doutrina e da prática tipicamente brasileiras. Nos Estados Unidos da América, a conciliação, como técnica de solução de conflitos, vem absorvida pela mediação. Em outros países, como a França e Itália, o termo conciliação é utilizado mais amplamente, englobando a mediação.

*A conciliação e a mediação*, por sua vez, podem ser extrajudiciais ou judiciais. Quando judiciais, podem ocorrer antes do processo, evitando-o, ou durante o processo (para obstar a seu prosseguimento ou para encurtá-lo).

## 8 CRÍTICAS À JUSTIÇA CONCILIATIVA

Totalmente irrelevante, a nosso ver, é a crítica de que, pela aceitação dos meios consensuais de solução de conflito, o Estado abre mão de parcela de seu poder: a jurisdição. Mais uma vez, trata-se de uma questão de adequação: jamais a função jurisdicional estatal poderá ser totalmente suplantada por outros meios adequados de solução de conflitos. Mais consistente é a crítica de que os métodos consensuais só podem funcionar devidamente em situações de equilíbrio entre as partes, pois o terceiro facilitador terá mais dificuldades do que o juiz para superar as diferenças econômicas, sociais, psicológicas, de modo a que o consenso obtido seja realmente livre e devidamente informado. E, sem dúvida, sempre que o conciliador/mediador perceber dificuldades intransponíveis para superar o desequilíbrio, deverá interromper o processo consensual.

## 9 A TRABALHOSA HARMONIZAÇÃO DOS PROJETOS DE LEI DE MEDIAÇÃO COM O NCPC E A RESOLUÇÃO N. 125

O CPC de 2015, que se harmoniza perfeitamente com a Resolução n. 125, foi aprovado e promulgado. Mas dois projetos de lei, sobre a mediação, corriam por fora e se encontravam na Câmara revisora, destoando completamente da Resolução e do Código. A história dos dois anteprojetos é curiosa, mas vale salientar que inicialmente o que se

pretendia era apenas regular a mediação comercial, de modo que seus autores só falaram em mediação – e não em conciliação – porque seria muito difícil verter para o inglês o termo conciliação. *Mediation* era palavra mais palatável (sic). Ministério da Justiça e Superior Tribunal de Justiça trabalharam em separado, até que os dois Projetos, no Parlamento, foram fundidos em um único Substitutivo, e nasceu o ...Frankenstein. Na iminência de ser aprovado (pela mesma Câmara dos Deputados que havia aprovado o NCPC), levantaram-se as vozes da comunidade jurídica e das instituições especializadas e foi possível obter o compromisso de redação de um Substitutivo, que os harmonizasse. Mas alguma coisa escapou. Seja como for, a Lei de Mediação finalmente aprovada – depois do Código – e que terá uma *vacatio legis* mais curta – é uma lei que trata parcialmente da matéria. De modo que será complementada pelo NCPC, no que não for incompatível, mas, por ser posterior e específica, revogará o NCPC no que o for.

#### **10 DESCRIÇÃO DO MINISSISTEMA BRASILEIRO: A APLICAÇÃO INTEGRADA DAS PRINCIPAIS DISPOSIÇÕES DO NOVO CPC E DA LEI DE MEDIAÇÃO, À LUZ DA RESOLUÇÃO**

O novo Código investe muito nos métodos consensuais de solução de conflitos (conciliação e mediação judiciais), que utilizam um terceiro facilitador para que as próprias partes cheguem à solução do conflito e à pacificação mais completa. Basta verificar que os coloca num amplo quadro de política judiciária, logo nos parágrafos do art. 3º, quando estabelece como dever do Estado promover, desde que possível, a solução consensual dos conflitos, a ser incentivada por todas as instituições ligadas à justiça, antes ou durante o processo. Por outro lado determina aos Tribunais a obrigação de criarem centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição (art. 165). O comando, reproduzido pela Lei de Mediação e oriundo da Resolução n. 125, possibilitou a criação de numerosos Cejuscs, já instalados e plenamente operativos (mais de 150 só no Estado de São Paulo). Sua composição e organização, às quais o NCPC se reporta como atribuição do CNJ (art.163, § 1º), , já foram definidas por este. Conseguiu-se manter a Lei de Mediação na mesma linha.

Destacamos, dentre outros, alguns institutos que também se complementam: a necessidade de capacitação do terceiro facilitador pelos tribunais ou instituições credenciadas, devendo o CNJ estabelecer apenas os parâmetros mínimos curriculares; os cadastros para inscrição dos

conciliadores/mediadores judiciais; seu enquadramento entre os auxiliares de justiça (NCPC, art. 149); os princípios que devem informar sua atuação, complementados pelo Código de Ética anexo à Resolução; mesmo assegurando o respeito à autonomia da vontade dos interessados, inclusive na definição de regras procedimentais, a existência de certos princípios que devem ser observados no procedimento, conforme especificado no novo CPC, reproduzido pela Lei de Mediação e detalhado na Resolução (independência, imparcialidade, autonomia da vontade, confidencialidade, oralidade, informalidade e decisão informada); as etapas para o bom desenvolvimento do procedimento descritas na Resolução; o acréscimo de previsão da lavratura de um termo inicial e de um termo final do procedimento pela Lei de Mediação; a livre escolha de comum acordo, do conciliador/mediador, mesmo que não cadastrado no tribunal e, não havendo acordo, a distribuição entre os cadastrados, observada a respectiva formação (art. 168 NCPC e art. 4º LM); a possibilidade de Câmaras Privadas de Mediação, a que se refere o art. a previsão da co-mediação, segundo o NCPC, sempre que recomendável (art. 168 § 2º), mas só com o consentimento das partes, pela LM (art.15); a disciplina dos dados dos conciliadores/mediadores a serem incluídos no cadastro, só pelo NCPC (art. 168 § 3º), integrando as disposições da LM; a previsão de Câmaras Privadas de Conciliação e Mediação, com a possibilidade de sua inscrição no Cadastro, mediante uma contrapartida (art. 167, caput e art. 169, § 2º, do NCPC); a previsão de remuneração do trabalho do conciliador/mediador, salvo se integrar quadro próprio de funcionários públicos, permitido pelo art.167, 6º do NCPC, e salvo os casos de assistência aos necessitados, remuneração esta a ser fixada pelos tribunais e custeada pelas partes, segundo a LM (art.13 c/c art.4º, §2º), preenchendo a omissão do NCPC, que não dava esse encargo às partes, mas omitindo a referência a parâmetros fixados pelo CNJ art. 167, § 6º do NCPC); a possibilidade de atuação voluntária, nos termos da lei e segundo regulamentação do tribunal (art. 169, §1º, do NCPC); as sanções aplicáveis aos conciliadores/mediadores, com algumas pequenas variações do NCPC (art. 173) que prevê para tanto a necessidade de processo administrativo, integrando a disciplina da LM e da Resolução. Finalmente, a LM trata de forma mais completa da mediação envolvendo o Poder Público (arts. 32/40) suplementando o tratamento do Código (art. 174).

### **11 NOVO REQUISITO PARA A ATUAÇÃO DO MEDIADOR ESTABELECIDO PELA LEI DE MEDIAÇÃO**

Existe um requisito novo para a atuação do mediador judicial, previsto pela Lei de Mediação: graduação há pelo menos dois anos em curso de ensino superior (art. 11). Trata-se de uma restrição irrazoável, que contraria toda a filosofia que está à base das técnicas de mediação. Existem

excelentes mediadores, devidamente capacitados, que não se enquadram na exigência. Mas é ela coercitiva, enquanto estiver em vigor. A dúvida é saber se esse requisito também se aplica aos conciliadores judiciais, pois a LM só trata de mediação. Somos pela restrição, até porque a atuação do mediador e do conciliador são distintas, conforme apontado pelo novo CPC, sendo a tarefa do conciliador mais simples e imediata. As situações são diversas e não parece caber aqui a aplicação analógica.

## 12 IMPEDIMENTOS DO TERCEIRO FACILITADOR

Uma revogação e uma infeliz integração. A revogação diz respeito ao prazo de dois anos de duração do impedimento do conciliador e mediador, contado do término da última audiência em que atuaram, de assessorar, representar ou patrocinar qualquer das partes (art. 7º do Código de Ética anexo à Resolução n. 125). O art. 6º da LM e o art. 172 do NCPC reduzem o prazo de impedimento a um ano, prevalecendo.

A infeliz integração ao minissistema é representada pelo § 5º do art. 167 do NCPC: os conciliadores e mediadores judiciais cadastrados na forma do caput, se advogados, estarão impedidos de exercer a advocacia nos juízos em que desempenhem suas funções.

Curiosamente, a primeira redação do Anteprojeto de CPC reservava a função de conciliador/mediador a advogados. Em face de críticas, eliminou-se a chamada “reserva de mercado”. Em contrapartida surgiu o impedimento para que o terceiro facilitador exercesse a advocacia em todo o território de jurisdição do tribunal. Finalmente, o impedimento ficou circunscrito aos juízos em que desempenha as funções de conciliador/mediador. Há aqui uma presunção absoluta de que o advogado possa aliciar clientela entre os participantes do processo consensual. Isso parece absolutamente insensato, pois a regulamentação da conduta ética e das sanções que podem ser impostas ao terceiro facilitador é mais que suficiente para desencorajar qualquer iniciativa nesse sentido. Parece, também, insultuoso para a classe dos advogados. Desencoraja os advogados a exercerem as funções de conciliador/mediador. E é de duvidosa aplicabilidade, pois o Estatuto da OAB – que tem nível de lei complementar – não prevê o impedimento. Cumpre notar que no âmbito dos Juizados Especiais a mesma regra não vem sendo aplicada quando o trabalho do conciliador é voluntário.

O impedimento não está previsto na Lei de Mediação, mas não houve sua revogação expressa. Como a Lei trata dos mediadores judiciais e de seus impedimentos nos arts. 4º a 8º, poderia se sustentar que houve



revogação tácita do impedimento. Mas evidentemente essa posição não se coaduna com a técnica de integração que defendemos.

### **13 A GRANDE NOVIDADE DO CPC DE 2015: A AUDIÊNCIA PRÉVIA E EXCLUSIVA DEDICADA À TENTATIVA DE CONCILIAÇÃO/MEDIAÇÃO**

Deixamos propositadamente para o final a análise de uma profunda inovação do CPC de 2015 em relação ao regime anterior: a instituição de uma audiência prévia, anterior à contestação, destinada exclusivamente à tentativa de conciliação/mediação, conduzida por terceiros facilitadores devidamente capacitados.

Diversas foram as tentativas do legislador brasileiro no sentido de incentivar a conciliação judicial no processo. Tomando como marco inicial a Lei dos Juizados Especiais de Pequenas Causas (Lei n. 7.244/03/84), verificou-se que os êxitos colhidos em vários Estados da federação com essa experiência inovadora foram reconhecidos pela Assembléia Constituinte, que a consagrou em dois dispositivos da Constituição de 1988 (arts. 24, n. X, e 98, n. I).

Com base no inciso I do artigo 98 da Constituição foi promulgada, em setembro de 1995, a Lei n. 9.099, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Na parte cível, a Lei n. 9.099 acolheu, com pequenas modificações e acréscimos, as idéias contidas na Lei n. 7.244/84. A alteração mais significativa consistiu na ampliação da competência dos Juizados e na denominação, pois se passou a chamar de “causas de menor complexidade” o que a lei anterior denominava de “pequenas causas”. O Código de Defesa do Consumidor, de 1980, reforçou o ideário do acesso individual dos consumidores à Justiça pela via dos Juizados Especiais e a Resolução n. 125/2011, do Conselho Nacional de Justiça, institucionalizou a política dos meios alternativos de solução de conflitos, como a conciliação e a mediação, reforçando a atuação dos Juizados Especiais.

A idéia motriz da Lei dos Juizados Especiais Cíveis, ao lado da facilitação do acesso à justiça, é centrada exatamente na conciliação (pré-processual e processual) e, apesar de defeitos apontados nas falhas das técnicas utilizadas – pois os conciliadores são precipuamente estudantes de direito não capacitados - a conciliação tornou-se uma realidade para as chamadas causas de menor complexidade.

Mas na Justiça comum, salvo raras exceções, a conciliação judicial ainda não conseguiu se firmar.

O Código de 1974, no art. 331, previu uma audiência única, aglutinando a tentativa de conciliação e a instrução e julgamento da causa. A tentativa de conciliação, conduzida pelo juiz – salvo raríssimas exceções – tornou-se uma mera formalidade, em que o juiz se limitava a perguntar se havia possibilidade de acordo e, à resposta negativa das partes, dava início à instrução.

Objetivando maior atenção à tentativa de conciliação, o art. 331 (já reformulada pela Lei n. 8.952, de 13.12.94) instituiu, pela Lei n. 10.444, de 7.8.2002, uma audiência, chamada de preliminar, com a seguinte redação:

Art. 331. Se não ocorrer qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes, e versar a causa sobre direitos que admitam transação, o juiz designará audiência preliminar, a realizar-se no prazo de 30 (trinta) dias, para a qual serão as partes intimadas a comparecer, podendo fazer-se representar por procurador ou preposto, com poderes para transigir.

§ 1º Obtida a conciliação, será reduzida a termo e homologada por sentença.

§ 2º Se, por qualquer motivo, não for obtida a conciliação, o juiz fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário.

§ 3º Se o direito em litígio não admitir transação, ou se as circunstâncias da causa evidenciarem ser improvável sua obtenção, o juiz poderá, desde logo, sanear o processo e ordenar a produção da prova, nos termos do § 2º.

No entanto, a praxe forense deturpou inteiramente a intenção do legislador, sendo a audiência dispensada no caso de julgamento conforme o estado do processo (art. 130, *in fine* e art. 330 do CPC). Ademais, a tentativa de conciliação só se entendeu exigível quando, presentes seus pressupostos, o julgamento do pedido também dependesse da prévia produção de provas, instaurando-se imediatamente – se infrutífera a conciliação – a fase instrutória, sem

qualquer atenção do juiz para a fixação dos pontos controvertidos e decisão das questões processuais pendentes. E disseminou-se, na prática, a dispensa da audiência, nos termos do permissivo do § 3º, procedendo o juiz ao saneamento por escrito e à ordenação da produção da prova.. Na prática, a audiência preliminar acabou não sendo realizada, sendo considerada uma formalidade inútil. E a tentativa de conciliação ficou reduzida a uma pergunta vazia no início da audiência de instrução e julgamento (art; 447).

Em relação ao procedimento sumário, o CPC também previa que, na conciliação, o juiz pudesse ser auxiliado por conciliadores (art. 275, § 1º, *in fine*, mas o dispositivo foi aplicado muito esporadicamente, podendo citar-se a experiência bem sucedida no Distrito Federal, impulsionada pela ora Ministra do STJ, Nancy Andriahi. E, com a extinção do procedimento sumário, pelo novo CPC, nada restou do dispositivo.

Em compensação, o novo Código prevê uma audiência própria e autônoma, destinada à tentativa de conciliação/mediação, anterior à apresentação da contestação pelo réu (art. 335,I) e ao saneamento do processo (que poderá ser feito em audiência, conforme previsto no art. 357, § 3º).

Passa-se a comentar os novos dispositivos.

Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.

A audiência, evidentemente, não será realizada se, antes da citação do réu, o juiz verificar não preencher a petição inicial os requisitos essenciais, hipótese em que haverá possibilidade de emenda (art. 319 e 321), ou houver decretação de improcedência liminar do pedido (art.332 *caput* e § 1º ).

Caso contrário, é determinada a citação do réu. O prazo de antecedência fixado pela lei é só o mínimo, mas teria sido oportuno que o dispositivo também indicasse o prazo máximo.

§ 1º O conciliador ou mediador, onde houver, atuará necessariamente na audiência de conciliação ou de mediação, observando o disposto neste Código, bem como as disposições da lei de organização judiciária.

Sobre a atuação do conciliador ou mediador, vide *supra*, comentários aos arts. 165/175. Além das disposições do Código e da Lei de Organização Judiciária, como se viu na introdução aos comentários dos artigos mencionados, a conciliação/mediação judiciais também são regidas pela Resolução n. 125 do CNJ e pela Lei de Mediação (Lei n. 13.140/2015).

Se não houver conciliadores/mediadores judiciais disponíveis, a audiência será conduzida pelo próprio juiz. Mas, nesse caso, é vital que ele se porte como terceiro facilitador, utilizando as técnicas já examinadas. O juiz não poderá limitar-se a perguntar se há possibilidade de acordo mas deverá atuar segundo as disposições da Resolução n. 125, cabendo às partes exigir que se instaure o diálogo, para se possa chegar à decisão informada.

Um problema que se coloca é saber se o mesmo juiz que presidiu a audiência, como terceiro facilitador, no caso de insucesso do acordo, poderá continuar atuando nos atos sucessivos do processo. Tudo indica que deveria se tratar de outro magistrado, pois a atuação do juiz como terceiro facilitador envolve, como visto, o dever de confidencialidade. De qualquer modo, nada do que foi conversado ou tratado na tentativa de conciliação/mediação poderá ser levado em consideração pelo juiz. Difícil, porém, que sua imparcialidade como julgador não fique contaminada.

§ 2º Poderá haver mais de uma sessão destinada à conciliação e à mediação, não podendo exceder a 2 (dois) meses da data de realização da primeira sessão, desde que necessárias à composição das partes.

Sobretudo na mediação, será frequentemente necessária mais de uma sessão. Embora o prazo máximo fixado pela lei seja de dois meses, contado a partir da data da primeira sessão, as partes, de comum acordo, poderão pedir a dilação do prazo, com base no princípio da autonomia da vontade que rege a justiça conciliativa (art. 166, § 4º) e no disposto no art. 190, que permite às partes estipular mudanças no procedimento e convencionar sobre seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais.

A Lei de Mediação, no art. 28, também fixa o prazo de 60 dias, salvo pedido de prorrogação das partes, de comum acordo.

§ 3º A intimação do autor para a audiência será feita na pessoa de seu advogado.

Trata-se de esclarecimento salutar que resguarda o princípio da duração razoável do processo.

§ 4º A audiência não será realizada:

I - se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual;

É suficiente a vontade de uma das partes para que a audiência se realize. Para dispensá-la, é necessária a manifestação expressa de ambas, feita em consonância com o disposto no § 5º A regra tem como fundamento a idéia de que, mesmo a parte que não concorda em tese com a tentativa de autocomposição, poderá ser levado a aceitá-la quando tiver contato efetivo com os métodos consensuais e for informado sobre suas técnicas e benefícios pelo terceiro facilitador.

Vem aqui a pelo um esclarecimento importante da Lei de Mediação: ninguém pode ser obrigado a permanecer em procedimento de mediação (art. 2, par.2). Assim, a audiência pode até ser obrigatória para uma das partes, mas o método pode ser abandonado a qualquer momento, pela vontade de qualquer uma delas.

Também releva salientar que, nos termos da Lei, a mediação pode versar sobre todo o conflito ou parte dele (art.3, Par.1).

II - quando não se admitir a autocomposição.

Andou bem o legislador em evitar a distinção entre direitos disponíveis e indisponíveis, pois mesmo nestes há possibilidade de autocomposição em relação às modalidades e prazos do cumprimento da obrigação. Por outro lado, é possível que o acordo seja parcial, cobrindo apenas a parte disponível do objeto do litígio.

A Lei de Mediação preferiu falar em “direitos disponíveis ou indisponíveis que admitam transação” (art. 3), o que dá na mesma. Mas, com relação aos direitos indisponíveis, transigíveis, exige oitiva do Ministério Público e homologação pelo juiz (par.2). A preocupação pode trazer demora, mas prevalece.

§ 5º O autor deverá indicar, na petição inicial, seu desinteresse na autocomposição, e o réu deverá fazê-lo, por petição, apresentada com 10 (dez) dias de antecedência, contados da data da audiência.

Ver comentário *supra*, § 4º, I.

§ 6º Havendo litisconsórcio, o desinteresse na realização da audiência deve ser manifestado por todos os litisconsortes.

Oportuno o esclarecimento, que se aplica a qualquer tipo de litisconsórcio (art. 113 ss.)

§ 7º A audiência de conciliação ou de mediação pode realizar-se por meio eletrônico, nos termos da lei.

Para o processo penal, a lei n. 11.900/2009 introduziu a possibilidade de interrogatório por videoconferência do réu preso, mas a prática também tem sido adotada em relação ao processo civil, com o apoio da jurisprudência. Especificamente com relação à audiência de conciliação, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região vem realizando-a por videoconferência,

§ 8º O não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência de conciliação é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado.

Mais uma regra que incentiva a autocomposição, prevendo sanções para o não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência de mediação/conciliação (é evidente a irrelevância da omissão da palavra “mediação” no dispositivo). A autocomposição não é obrigatória, dependendo exclusivamente da vontade das partes, mas o é a tentativa, nas condições *supra* indicadas. No entanto, nos termos do § 10, autor e réu podem fazer-se representar por procurador com mandato específico, contendo os poderes para negociar e transigir.

§ 9º As partes devem estar acompanhadas por seus advogados ou defensores públicos.

Diversamente do que ocorre na Lei dos Juizados Especiais, que dispensa – salvo exceções – a presença do advogado ou defensor, aqui ela se faz necessária, o que prestigia a atuação da assistência técnica e se coaduna com a Constituição (art. 133) e o Estatuto da OAB.

A Lei de Mediação também contempla a necessidade da presença do advogado ou do defensor na mediação judicial, excepcionando, porém, em relação aos Juizados Especiais (art. 26). Na mediação extrajudicial, a assistência técnica é facultativa mas, se uma das partes estiver acompanhada de advogado ou defensor, o procedimento deverá ser interrompido até a parte desacompanhada ser assistida (art.10 e parágrafo único)..

§ 10. A parte poderá constituir representante, por meio de procuração específica, com poderes para negociar e transigir.

Ver *supra*, § 8º

§ 11. A autocomposição obtida será reduzida a termo e homologada por sentença.

O termo de acordo, devidamente homologado por sentença, constituirá título executivo judicial (art. 515, II). Em relação à recusa de homologação pelo juiz, não só deverá ela ser motivada, como basear-se exclusivamente na violação de qualquer dos princípios previstos na Resolução n. 125 e nas leis.

A Lei de Mediação, no entanto, não obriga a levar o termo de acordo à homologação: nesse caso, ele constituirá título executivo extrajudicial (art 20, parágrafo único).

Importante lembrar que a Lei de Mediação prevê, em caso de acordo antes da citação do réu, dispensa das custas judiciais finais (art.29).

§ 12. A pauta das audiências de conciliação ou de mediação será organizada de modo a respeitar o intervalo mínimo de 20 (vinte) minutos entre o início de uma e o início a seguinte.

O dispositivo assegura um intervalo mínimo entre as audiências de conciliação ou mediação, sem dúvida insuficiente para a realização de uma verdadeira sessão, mas que poderá ser utilizado ao menos para a primeira etapa do processo: a informação pelo terceiro facilitador sobre os métodos alternativos, prevista no art. 2º, I, do Anexo III da Resolução n. 125. Oportuno lembrar que, pelo § 2º deste artigo, poderá haver mais de uma sessão destinada à conciliação e à mediação (ver comentário *supra*), de modo que, se as partes concordarem com a utilização dos métodos consensuais, outras sessões serão designadas. O dispositivo em comento também indica que as pautas de audiências de conciliação/mediação terão organização distintas das demais audiências.

334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.

A audiência, evidentemente, não será realizada se, antes da citação do réu, o juiz verificar não preencher a petição inicial os requisitos essenciais, hipótese em que Haverá possibilidade de emenda (art. 319 e 321) ou houver decretação de improcedência liminar do pedido (art.332 *caput* e § 1º).

Caso contrário, é determinada a citação do réu. O prazo de antecedência fixado pela lei é só o mínimo, tendo sido oportuno que o dispositivo também indicasse o prazo máximo.

§ 1º O conciliador ou mediador, onde houver, atuará necessariamente na audiência de conciliação ou de mediação, observando o disposto neste Código, bem como as disposições da lei de organização judiciária.

Sobre a atuação do conciliador ou mediador, vide *supra*, comentários aos arts. 165/175. Além das disposições do Código e da Lei de Organização Judiciária, como se viu na introdução aos comentários dos artigos mencionados, a conciliação/mediação judiciais também são regidas pela Resolução n. 125 do CNJ e pela Lei de Mediação (Lei n. 13.140/2015).

Se não houver conciliadores/mediadores judiciais disponíveis, a audiência será conduzida pelo próprio juiz. Mas, nesse caso, é vital que ele se porte como terceiro facilitador, utilizando as técnicas já examinadas nos comentários aos art. 165/175. O juiz não poderá limitar-se a perguntar se há possibilidade de acordo mas deverá atuar segundo as disposições da Resolução n. 125, cabendo às partes exigir que se instaure o diálogo, para se possa chegar à decisão informada.

Um problema que se coloca é saber se o mesmo juiz que presidiu a audiência, como terceiro facilitador, no caso de insucesso do acordo, poderá continuar atuando nos atos sucessivos do processo. Tudo indica que deveria se tratar de outro magistrado, pois a atuação do juiz como terceiro facilitador envolve o dever de *confidencialidade* (*supra*, comentário ao §1º do art. 166). De qualquer modo, nada do que foi conversado ou tratado na tentativa de conciliação/mediação poderá ser levado em consideração pelo juiz. Difícil, porém, que sua imparcialidade como julgador não fique contaminada.

§ 2º Poderá haver mais de uma sessão destinada à conciliação e à mediação, não podendo exceder a 2 (dois) meses da data de realização da primeira sessão, desde que necessárias à composição das partes.



Sobretudo na mediação (ver distinção a distinção entre conciliação e mediação supra, no comentário ao art.165, §§ 2º e 3º) será frequentemente necessária mais de uma sessão. Embora o prazo máximo fixado pela lei seja de dois meses, contado a partir da data da primeira sessão, as partes, de comum acordo, poderão pedir a dilação do prazo, com base no princípio da autonomia da vontade que rege a justiça conciliativa (art. 166, § 4º) e no disposto no art. 190, que permite às partes estipular mudanças no procedimento e convencionar sobre seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais.

A Lei de Mediação, no art. 28, também fixa o prazo de 60 dias, salvo pedido de prorrogação das partes, de comum acordo.

§ 3º A intimação do autor para a audiência será feita na pessoa de seu advogado.

Trata-se de esclarecimento salutar que resguarda o princípio da duração razoável do processo.

§ 4º.A audiência não será realizada:

I - se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual;

É suficiente a vontade de uma das partes para que a audiência se realize. Para dispensá-la, é necessária a manifestação expressa de ambas, feita em consonância com o disposto no § 5º A regra tem como fundamento a idéia de que, mesmo a parte que não concorda em tese com a tentativa de autocomposição, poderá ser levado a aceitá-la quando tiver contato efetivo com os métodos consensuais e for informado sobre suas técnicas e benefícios pelo terceiro facilitador.

Vem aqui a pelo um esclarecimento importante da Lei de Mediação: ninguém pode ser obrigado a permanecer em procedimento de mediação (art. 2, par.2). Assim, a audiência pode até ser obrigatória para uma das partes, mas o método pode ser abandonado a qualquer momento, pela vontade de qualquer uma delas.

Também releva salientar que, nos termos da Lei, a mediação pode versar sobre todo o conflito ou parte dele (art.3, Par. 1).

II - quando não se admitir a autocomposição.

Andou bem o legislador em evitar a distinção entre direitos disponíveis e indisponíveis, pois mesmo nestes há possibilidade de autocomposição em relação às modalidades e prazos do cumprimento da obrigação. Por outro lado, é possível que o acordo seja parcial, cobrindo apenas a parte disponível do objeto do litígio.

A Lei de Mediação preferiu falar em “direitos disponíveis ou indisponíveis que admitam transação” (art. 3), o que dá na mesma. Mas, com relação aos direitos indisponíveis, transigíveis, exige oitiva do Ministério Público e homologação pelo juiz (par.2). A preocupação pode trazer demora,mas prevalece.

§ 5º O autor deverá indicar, na petição inicial, seu desinteresse na autocomposição, e o réu deverá fazê-lo, por petição, apresentada com 10 (dez) dias de antecedência, contados da data da audiência.

Ver comentário *supra*, § 4º, I.

§ 6º Havendo litisconsórcio, o desinteresse na realização da audiência deve ser manifestado por todos os litisconsortes.

Oportuno o esclarecimento, que se aplica a qualquer tipo de litisconsórcio (art. 113 ss.)

§ 7º A audiência de conciliação ou de mediação pode realizar-se por meio eletrônico, nos termos da lei.

Para o processo penal, a lei n. 11.900/2009 introduziu a possibilidade de interrogatório por videoconferência do réu preso, mas a prática também tem sido adotada também em relação ao processo civil, com o apoio da jurisprudência. Especificamente com relação à audiência de conciliação, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região vem realizando-as por videoconferência,

§ 8º O não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência de conciliação é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado.

Mais uma regra que incentiva a autocomposição, prevendo sanções para o não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência

de mediação/conciliação (é evidente a irrelevância da omissão da palavra “mediação” no dispositivo). A autocomposição não é obrigatória, dependendo exclusivamente da vontade das partes, mas o é a tentativa, nas condições supra indicadas. No entanto, nos termos do § 10, autor e réu podem fazer-se representar por procurador com mandato específico, contendo os poderes para negociar e transigir.

§ 9º As partes devem estar acompanhadas por seus advogados ou defensores públicos.

Diversamente do que ocorre na Lei dos Juizados Especiais, que dispensa – salvo exceções – a presença do advogado ou defensor, aqui ela se faz necessária, o que prestigia a atuação da assistência técnica e se coaduna com a Constituição (art. 133) e o Estatuto da OAB.

A Lei de Mediação também contempla a necessidade da presença do advogado ou do defensor na mediação judicial, excepcionando, porém, em relação aos Juizados Especiais (art. 26). Na mediação extrajudicial, a assistência técnica é facultativa mas, se uma das partes estiver acompanhada de advogado ou defensor, o procedimento deverá ser interrompido até a parte desacompanhada ser assistida (art.10 e parágrafo único).

§ 10. A parte poderá constituir representante, por meio de procuração específica, com poderes para negociar e transigir.

Ver *supra*, § 8º

§ 11. A autocomposição obtida será reduzida a termo e homologada por sentença.

O termo de acordo, devidamente homologado por sentença, constituirá título executivo judicial (art. 515, II). Em relação à recusa de homologação pelo juiz, não só deverá ela ser motivada, como basear-se exclusivamente na violação de qualquer dos princípios previstos na Resolução n. 125 (supra, comentários aos arts. 165/175).

A Lei de Mediação, no entanto, não obriga a levar o termo de acordo à homologação: nesse caso, ele constituirá título executivo extrajudicial (art 20, parágrafo único). Realmente incompreensível que o acordo judicial não seja levado à homologação.

Importante lembrar que a Lei de Mediação prevê, em caso de acordo antes da citação do réu, dispensa das custas judiciais finais (art.29).

§ 12. A pauta das audiências de conciliação ou de mediação será organizada de modo a respeitar o intervalo mínimo de 20 (vinte) minutos entre o início de uma e o início a seguinte.

O dispositivo assegura um intervalo mínimo entre as audiências de conciliação ou mediação, sem dúvida insuficiente para a realização de uma verdadeira sessão, mas que poderá ser utilizado ao menos para a primeira etapa do processo: a *informação* pelo terceiro facilitador sobre os métodos alternativos, prevista no art. 2º, I, do Anexo III da Resolução n. 125 (ver comentário ao art. 166, § 4º). Oportuno lembrar que, pelo § 2º deste artigo, poderá haver mais de uma sessão destinada à conciliação e à mediação (ver comentário supra), de modo que, se as partes concordarem com a utilização dos métodos consensuais, outras sessões serão designadas. O dispositivo em comento também indica que as pautas de audiências de conciliação/mediação terão organização distintas das demais audiências.

### 13 CONCLUSÕES

A aplicação integrada de três diplomas normativos (Resolução n. 125, CPC de 2015 e Lei de Mediação) não será muito fácil para os operadores do direito. Mas não vemos outra solução, em face da existência de um instrumento administrativo histórico, que instituiu uma política pública, de um tratamento completo da conciliação/mediação judiciais por um Código e de uma Lei parcial posterior e específica, que, aliás, chama de mediação o que – segundo os critérios do art. 165 e parágrafos do NCPC – seria uma conciliação. O estrago poderia ter sido maior, mas melhor fora que a Lei de Mediação cuidasse apenas da mediação extrajudicial, incluindo a que envolve órgãos públicos, deixando a judicial para a sede correta, constituída pelo novo CPC.

# AGGREGAZIONE DI CAUSE E AGGREGAZIONE DI QUESTIONI NEL CONTENZIOSO DI SERIE

*Andrea Giussani*

*Ordinario di Diritto Processuale Civile*

*Università di Urbino*

INDICE: 1 Le demandas repetitivas nel Novo CPC brasiliano; 2 Kapitalanlegermusterverfahrensgesetz (KapMuG) germanica e accertamento pregiudiziale del contratto collettivo nel diritto italiano; 3 Azioni di classe e prevalenza delle questioni comuni; 4 Frazionamento della classe e deliberazione di non manifesta infondatezza delle eccezioni personali; 5 Liquidazione globale del danno risarcibile e rinuncia alla precisione della liquidazione individuale; 6 Funzioni di deterrenza della classe olistica e conciliazione collettiva.

## 1 LE DEMANDAS REPETITIVAS NEL NOVO CPC BRASILIANO

La disciplina speciale introdotta dal *Novo CPC* brasiliano per le *demandas repetitivas* suggerisce alla ricerca comparatistica di riflettere sulla contrapposizione fra due modelli moderni di incremento dell'efficienza della gestione delle risorse dell'amministrazione della giustizia civile in presenza di liti caratterizzate dalla comunanza di questioni, quando tali liti siano talmente numerose da giustificare deroghe al regime ordinario del giudizio civile individualizzato (e non risultino quindi sufficienti le tradizionali regole del cumulo processuale).

Un primo modello, infatti, si riconduce alle tecniche dirette a convogliare in un unico procedimento la risoluzione della sola questione comune al contenzioso seriale. Un modello affatto diverso è invece diretto ad aggregare le controversie ripetitive nel loro complesso, compresi gli aspetti non comuni.

Queste brevi considerazioni si propongono di confrontarne il funzionamento sul piano della teoria generale.

## 2 KAPITALANLEGERMUSTERVERFAHRENSGESETZ (KAPMUG) GERMANICA E ACCERTAMENTO PREGIUDIZIALE DEL CONTRATTO COLLETTIVO NEL DIRITTO ITALIANO

Un esempio assai dibattuto della prima di queste possibili soluzioni si ritrova nella *Kapitalanlegermusterverfahrensgesetz (KapMuG)* germanica, introdotta nel 2005 e ancora riformata nel 2012<sup>1</sup>, ma sono possibili anche riferimenti al diritto italiano: si ispirano a tale logica, infatti, già l'art. 30 del d.lgs. n. 80 del 31.3.1998, introduttivo dell'art. 68-*bis* del d.lgs. n. 29 del 3.2.1993, oggi recepito nell'art. 64 del d.lgs. n. 165 del 30.3.2001 (*Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*), nonché il sistema di cui all'art. 420-*bis* c.p.c. e all'art. 146-*bis* disp. att. c.p.c. (che ne integra il dettato richiamando le disposizioni di cui allo stesso d.lgs. n. 165), introdotti dagli artt. 18 e 19 del d.lgs. n. 40 del 2.2.2006<sup>2</sup>.

L'idea di fondo consiste nell'imporre alle parti del contenzioso seriale una risoluzione uniforme delle sole questioni comuni attraverso un

<sup>1</sup> Con legge del 19.10.2012 il termine di efficacia della disciplina è stato prorogato sino all'1.11.2020, introducendovi lievi modifiche (v., in proposito, per es., A. Halfmeier, *Zur Neufassung des KapMuG und zur Verjährungshemmung bei Prospekthabungsansprüchen*, in *Betrieb*, 2012, 2145).

<sup>2</sup> Su queste discipline v. già, per es., L. De Angelis, *Riforme della giustizia del lavoro: condizionamento della giurisdizione e accertamento pregiudiziale sui contratti collettivi dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni*, in M. Taruffo (a cura di), *Le riforme della giustizia civile*, II ed., Torino, 2000, 676 e cfr., da ult., per es., G. Amoroso, *La Corte di cassazione ed il precedente*, in M. Acierno, P. Curzio, A. Giusti (a cura di), *La Cassazione civile*, Bari, 2015, 58.

accesso accelerato all'ultimo grado di giudizio, con correlativa sospensione dell'esame del merito della domanda sino alla loro definizione in tale sede.

Le funzioni perseguite si possono considerare anzitutto di economia endoprocessuale: la risoluzione *uno actu* delle questioni comuni si riferisce alle sole controversie già pendenti. Secondaria risulta, per converso, la funzione di assicurare uniformità di trattamento a situazioni identiche: può tollerarsi che le parti scelgano di rifiutare l'aggregazione della loro lite, anche se la decisione della questione comune è comunque destinata a influenzarne l'esito, così come a incidere sulle cause non ancora promosse.

Si può inoltre ritenere che si realizzi un'agevolazione dell'accesso alla giustizia soprattutto per le domande non ancora proposte, la cui risoluzione può essere semplificata dalla formazione del precedente aggregato: per quelle coinvolte nel procedimento, infatti, la dilazione della pronuncia sul merito imposta dal meccanismo aggregativo è scarsamente compensata dal risparmio del costo della difesa sulla sola questione comune, restando da affrontare quello della difesa sulle altre.

Sacrificata risulta principalmente la garanzia del contraddittorio individuale, poiché all'aggregazione si accompagnano meccanismi di selezione dei difensori tecnici coinvolti nel contenzioso seriale, diretti a unificare la gestione delle deduzioni nel contesto della fase procedimentale comune: da questo discende l'esigenza di permettere alle parti di rifiutare l'aggregazione, sia pure con modeste possibilità di conseguire concretamente risultati diversi.

### 3 AZIONI DI CLASSE E PREVALENZA DELLE QUESTIONI COMUNI

L'esempio più celebre della seconda soluzione è oggi senz'altro quello della *class action* statunitense, diffusasi principalmente negli ordinamenti di *common law*<sup>3</sup>, ma sempre più presente anche in quelli di derivazione

<sup>3</sup> Merita in proposito segnalare che da ultimo anche in Inghilterra (massimamente restia a seguire impostazioni sviluppate negli Stati Uniti) si è introdotta la forma più avanzata di *class action*, in cui si contempla non l'onere di adesione alla stessa del componente del gruppo, ma l'onere di recedervi, ai fini delle azioni di risarcimento del danno antitrust (si è osservato il seguente schema normativo: l'art. 81 del Consumer Rights Act del 2015 rinvia al proprio Allegato – Schedule - 8, che modifica, tra l'altro, il Competition Act del 1998 modificandone la Section 47B, a sua volta richiamata anche dalla Section 15B dell'Enterprise Act del 2002 parimenti modificato contestualmente; la Section 47B a sua volta contempla l'opt-out ai nn. 7 e 11; l'indicazione nettamente contraria all'opt-out formulata dal Parlamento Europeo con la risoluzione del 2.2.2012, intitolata Verso un approccio europeo comune in materia di ricorsi collettivi, sulla quale v. già, per rilievi critici, si vis, A. Giussani, *L'azione di classe: un primo bilancio*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 1191, è stata infatti considerevolmente sfumata, ammettendone l'uso quando sia

romanistica, in forme talvolta più talaltra meno esplicitamente debitorie della tradizione autoctona dell'*actio popularis*<sup>4</sup>: benché si ritrovino anche esperienze di *single issue class action*, infatti, l'*Idealtypus* dell'azione di classe si caratterizza per l'estensione del suo oggetto alla domanda nel suo complesso<sup>5</sup>.

La principale differenza rispetto alla prima tecnica si presenta sul piano degli effetti di accesso alla giustizia ed economia processuale: il sacrificio della garanzia del contraddittorio individuale è equivalente, poiché anche in tale ipotesi la difesa tecnica viene selezionata, e la funzione di assicurare uniformità di trattamento pure (considerando che sono peculiari all'esperienza di *common law*, e comunque relativamente rari anche colà, i casi in cui non si permette almeno il recesso individuale dall'azione<sup>6</sup>), ma l'abbattimento dei costi unitari della tutela può risultare enormemente superiore.

Le condizioni di efficienza dell'istituto, però, secondo una comune valutazione, si rinvergono solo a condizione che vi sia un rapporto favorevole fra le questioni comuni e quelle individuali: si ritrovano di frequente nei testi normativi, o almeno nelle loro interpretazioni dottrinali e giurisprudenziali, indicazioni nel senso che costituisca condizione di ammissibilità dell'azione di classe la prevalenza delle questioni comuni<sup>7</sup>; ove

---

nell'interesse dell'amministrazione della giustizia, nella successiva *Recommendation on common principles for injunctive and compensatory collective redress mechanisms in the Member States concerning violation of rights granted under Union law*, 2013/396/EU; cfr., nel senso che l'interesse per l'amministrazione della giustizia debba potersi riscontrare molto facilmente, lo *Statement of the European Law Institute on Collective Redress and Competition Damages Claims*, Vienna, 2014, 42).

- 4 Maggiormente, per es., nelle esperienze iberiche, meno in quelle scandinave (per un panorama delle vicende europee in materia v., per es., T. Armenta Deu, *Acciones colectivas: los recaudos para aprobar un acuerdo, la cosa juzgada y ejecución de sentencia*, in E. Oteiza, *Procesos colectivos. Class actions*, Buenos Aires, 2012, 247).
- 5 Particolarmente significativa, in proposito, è l'esperienza statunitense, dove tale soluzione, esplicitamente contemplata dalla *Federal Rule of Civil Procedure* 23(c)(4)(A), ha incontrato molte resistenze (cfr., per es., *In re Rhone Poulenc Rorer, Inc.*, 51 F3rd. 1293, 7th Circ. 1995, cert. den. 116 S.Ct. 184, 1995, e *Castano v. American Tobacco Co.*, 84 F3rd. 745, 5th Circ. 1996; la giurisprudenza successiva è stata meno peraltro ostile, cfr., per vari riferimenti, Federal Judicial Center, *Manual for Complex Litigation* 4th, Washington, D.C., 2004, §21.24; E.F. Sherman, *Segmenting Aggregate Litigation: Initiatives and Impediments for Reshaping the Trial Process*, in 25 *Review of Litigation* 709, 2006; The American Law Institute, *Principles of the Law. Aggregate Litigation*, St. Paul, Minn., 2010, 94; *si vis*, cfr. A. Giussani, *Azioni collettive risarcitorie nel processo civile*, Bologna, 2008, 105).
- 6 Le vicende giurisprudenziali statunitensi hanno visto respingere numerosi tentativi di ampliare l'ambito della c.d. *mandatory class action*: cfr. spec. i celebri casi *Amchem Prod., Inc. v. Windsor*, 521 U.S. 591 (1997), *Ortiz v. Fibreboard Corp.*, 527 U.S. 815 (1999), *Wal-Mart Stores, Inc., v. Dukes*, 131 S.Ct. 2541 (2009).
- 7 Per es. in Italia questa interpretazione viene sostenuta, in assenza di espressa previsione legislativa, ai fini dell'applicazione della normativa di cui all'art. 140 bis cod. cons., da M. Taruffo, *La tutela collettiva*



questa indicazione non si rinvenga esplicitamente nel dettato legislativo, si prospetta anche, in alternativa, che le questioni individuali neppure formino oggetto del giudizio di classe<sup>8</sup>.

Quest'ultima lettura tende ovviamente a ricondurre l'istituto al primo dei fenomeni qui delineati, e quindi al di fuori del perimetro di ciò che si potrebbe considerare come azione di classe in senso proprio: essa muove dalla premessa che l'aggregazione di domande non possa conseguire efficienze superiori a quelle dell'aggregazione di questioni.

Anche la mera affermazione dell'esigenza che le questioni comuni siano prevalenti può meritare peraltro di essere esaminata criticamente: sembra infatti che caratterizzi anch'essa una meccanica rigidità non del tutto compatibile con l'obiettivo di ottimizzare concretamente il rapporto fra le risorse giurisdizionali impiegate e i risultati di attuazione accurata della norma sostanziale.

#### **4 FRAZIONAMENTO DELLA CLASSE E DELIBAZIONE DI NON MANIFESTA INFONDATEZZA DELLE ECCEZIONI PERSONALI**

Una prima possibilità di assicurare efficienza all'aggregazione di domande in presenza di questioni non comuni a tutte si può agevolmente individuare osservando che anche queste possono assai sovente risultare passibili di aggregazione perché comuni a una parte consistente del gruppo interessato: l'eccezione di prescrizione sollevata nei confronti della classe di consumatori che agisce per un risarcimento del danno solitamente si presenta sul piano sia giuridico, sia fattuale, in termini identici rispetto a un buon numero di essi. In tali fattispecie sembra dunque che il frazionamento della classe in sottoclassi costituisca la migliore soluzione tecnica.

Non si devono tuttavia trascurare i limiti di tale impostazione: dall'articolazione in sottoclassi necessariamente consegue una corrispondente articolazione del contraddittorio; oltre a ridurre

---

*nell'ordinamento italiano: lineamenti generali, in Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, 115.

8 In Italia questo tipo di lettura viene per es. proposto, ancora ai fini dell'applicazione della normativa di cui all'art. 140 bis cod. cons., da S. Menchini, A. Motto, *L'azione di classe dell'art. 140-bis c. cons.*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2010, 1421 (ove si prospetta l'esclusione dalla classe dei soggetti l'accoglimento delle pretese dei quali richieda la cognizione di questioni personali), R. Donzelli, *L'azione di classe a tutela dei consumatori*, Napoli, 2011, 268 (ove si prospetta che tale esclusione sia subordinata a una delibazione di non manifesta infondatezza della questione personale quando essa sia introdotta dal convenuto), A.D. De Santis, *La tutela giurisdizionale collettiva. Contributo allo studio della legittimazione ad agire e delle tecniche inibitorie e risarcitorie*, Napoli, 2013, 644 (ove si prospetta che rispetto ai destinatari di eccezioni personali l'accoglimento della domanda nell'azione di classe operi come condanna con riserva).

l'abbattimento dei costi unitari direttamente, questa rende relativamente più difficoltosa la conciliazione della controversia. Si tratta dunque di un percorso apprezzabile ma non sempre praticabile, anche in considerazione della circostanza che mentre la classe ha interesse a evitare per quanto possibile la deduzione di questioni difformi, compreso il caso in cui tale omissione potrebbe pregiudicare una sua parte, il convenuto può avere interesse a inflazionarne, anche deducendole a prescindere dalla loro apparenza di fondatezza al mero scopo di ostacolare la tutela giurisdizionale nei suoi confronti<sup>9</sup>.

In alternativa, non sembra azzardato subordinare l'ammissibilità della deduzione di questioni non comuni nell'azione di classe, specie se ad opera del convenuto, ad una loro delibazione di non manifesta infondatezza<sup>10</sup>. Si tratta di una soluzione sottile ed equilibrata, che merita di essere considerata anche in assenza di esplicite previsioni legislative in suo favore.

Ancora più efficace, però, potrebbe risultare l'adozione di una prospettiva più d'insieme nel valutare le condizioni di efficienza dell'aggregazione delle domande seriali.

## 5 LIQUIDAZIONE GLOBALE DEL DANNO RISARCIBILE E RINUNCIA ALLA PRECISIONE DELLA LIQUIDAZIONE INDIVIDUALE

Tale prospettiva consiste nella rinuncia all'assoluta precisione nell'attuazione della norma sostanziale in cambio di una sua attuazione complessivamente più ampia.

Ad un livello più immediato, essa suggerisce che in particolare ai fini della liquidazione del *quantum* risarcitorio eventuali difformità di posizione fra i componenti della classe si possano ignorare, privilegiando

9 Nell'esperienza statunitense si riconosce diffusamente che la tecnica del c.d. *subclassing* trova un limite nell'esigenza di prevenire "balcanizzazioni" del contraddittorio (v., per es., anche per ulteriori riferimenti, The American Law Institute, *Principles of the Law. Aggregate Litigation*, cit., 158); merita peraltro rimarcare che tale prudenza non si spinge affatto, come talora si è pensato in Italia, sino a imporre che il contraddittorio abbia struttura esclusivamente bipolare (cfr., *si vis*, quanto osservato in A. Giussani, *L'edizione definitiva dei Principles of the Law of Aggregate Litigation dell'American Law Institute*, in *Riv. dir. proc.* 2012, 424).

10 In Italia, ai fini dell'applicazione della disciplina dell'art. 140 *bis* cod. cons., invero privo di espressioni disposizioni in tal senso, questa soluzione può muovere dall'idea di subordinare l'ammissibilità di eccezioni personali alla loro apparenza di fondatezza, facendo però discendere, dalla sussistenza del relativo *fumus boni iuris*, anziché l'esclusione dalla classe del destinatario, la cognizione dell'eccezione nell'azione di classe, qualificando di conseguenza l'accoglimento della domanda come condanna con riserva delle sole eccezioni che siano invece sprovviste di *fumus* (cfr. in proposito le proposte interpretative già illustrate nella nota 8, *supra*).

l'accuratezza della determinazione globale del danno mediante tecniche di campionamento: si tratta essenzialmente di svuotare il conflitto fra la classe e la sua controparte del costo della maggiore accuratezza dell'accertamento, per trasferirlo in un potenziale conflitto fra i singoli componenti della classe (lasciando a questi ultimi la scelta se affrontarlo o rinunciare a pretendere una quantificazione accurata)<sup>11</sup>.

L'opzione in discorso si può illustrare ricorrendo a una metafora già adottata per descrivere le logiche dell'azione di classe: quella secondo cui con tale istituto si permette di offrire sul mercato un servizio di assistenza legale che, rispetto a quello tradizionale, somiglia a un trasporto in autobus anziché in taxi<sup>12</sup>. Rispetto al taxi l'autobus è senza dubbio più lento, e chi se ne avvale non viene sempre trasportato proprio alla sua esatta destinazione, ma l'abbattimento dei costi unitari permette l'accesso al sistema a chiunque e complessivamente alleggerisce il traffico cittadino: in termini non dissimili può guardarsi all'azione di classe in cui le questioni difformi in punto di quantificazione individuale vengano rimesse a eventuali successivi conflitti fra i componenti della classe, assicurando precisione solo alla liquidazione globale del danno risarcibile tramite metodi statistici.

## 6 FUNZIONI DI DETERRENZA DELLA CLASSE OLISTICA E CONCILIAZIONE COLLETTIVA

La prospettiva appena illustrata risulta naturalmente appetibile soprattutto in presenza di due condizioni.

La prima è che l'ordinamento attribuisca speciale importanza alla deterrenza delle condotte illecite: l'esattezza della funzione compensativa del sistema della responsabilità civile viene infatti in parte pregiudicata in favore dell'esattezza della sua funzione sanzionatoria.

La seconda è che il gruppo di soggetti da tutelare si inquadri nella categoria, a suo tempo elaborata, delle c.d. classi olistiche: s'intende con

---

11 Questo tipo di tecnica si rinviene in varie esperienze statunitensi, in particolare quando la quantificazione globale del danno viene compiuta in via conciliativa (v., per es., le illustrazioni svolte in Federal Judicial Center, *Manual for Complex Litigation 4th*, cit., § 21.66), ed è stata proposta, per l'Italia, già nel disegno di legge C-4747 della XIV Legislatura, e ancora nel disegno di legge C-3017 della corrente XVII Legislatura (v., *si vis*, per un commento al primo d.d.l., non molto dissimile dal secondo, A. Giussani, *Azioni collettive risarcitorie*, cit., 194).

12 Si permetta in proposito di rinviare a A. Giussani, *Controversie seriali e azione collettiva risarcitoria*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 465 (*si vis*, v. anche A. Giussani, *Enter the Damage Class Action in European Law: Heading Towards Justice on a Bus*, in 28 *Civil Justice Quarterly* 132, 2009).

questa espressione indicare le classi comprensive di soggetti le cui pretese siano di fatto tutelabili solo in via aggregata, e non anche in via individuale (soprattutto perché di modesto valore unitario)<sup>13</sup>.

Merita infine aggiungere che in tali circostanze l'efficienza dell'istituto può essere ulteriormente promossa permettendo che l'azione a tutela della classe olistica sia passibile di definizione conciliativa, ma sempre a condizione che l'efficacia di quest'ultima sia condizionata a una delibazione giudiziale della sua equità, e che agli interessati sia concesso avvalersi di una facoltà di recesso entro termini decorrenti dalla ricezione della sua notizia legale<sup>14</sup>.

---

13 La nozione di classe olistica, sviluppata a partire dal concetto di derivazione statunitense di *individually unrecoverable claim*, può ricomprendere anche le ipotesi in cui è la prova del nesso di causalità a poter essere raggiunta solo in sede aggregata e non anche in sede individuale (si conceda nuovamente un rinvio, per la sua elaborazione, a A. Giussani, *Studi sulle "class actions"*, Padova, 1996, 260, e più di recente ancora a A. Giussani, *Azioni collettive risarcitorie*, cit., 110, A. Giussani, *Azione di classe*, in *Enc. dir., Ann.*, VII, Milano, 2014, 137).

14 Si permetta di nuovo, per approfondimenti, un rinvio a quanto sviluppato nei contributi raccolti in A. Giussani (a cura di), *La conciliazione collettiva*, Milano, 2009, *passim*, e più di recente a A. Giussani, *Azione di classe*, cit., 150.

# PROSPETTIVE D'INDAGINE E SPUNTI COMPARATISTICI CONSIDERANDO LA "LEGGE SULL'ARBITRATO" BRASILIANA ANCHE DOPO LA NOVELLA DEL 2015.

*Antonio Briguglio*

*Professore ordinario nella Università di Roma Tor Vergata*

**SOMMARIO:** 1 Il diritto dell'arbitrato brasiliano ed il suo nuovo assetto; una chiave di lettura comparatistica: il favor arbitrati e la limitazione dell'intervento del giudice statale nella vicenda arbitrale; 2 Ritardi ed approdi recenti del diritto brasiliano: lodi parziali; termine di pronuncia del lodo; 3. Segue: questioni pregiudiziali non compromettibili; arbitrato su liti societarie e pluralità di parti; pubblica amministrazione ed arbitrato; 4 Il diritto brasiliano all'avanguardia: le misure cautelari arbitrali; 5 "Assistenza non interferenza" del giudice statale: il retaggio storico della "formalizzazione giudiziale del compromesso"; 6 Segue: controllo sulla indipendenza dell'arbitro ed assunzione di prove; 7 Segue: sindacato impugnatorio; 8 Assenza di omologazione e possibilità comunque di "doppio controllo" interno del lodo nel sistema brasiliano; confronto con altri modelli (Italia, Francia, Austria, Germania, Legge Uncitral); il giudicato arbitrale comparatisticamente ad "assetto variabile".

## **1 IL DIRITTO DELL'ARBITRATO BRASILIANO ED IL SUO NUOVO ASSETTO; UNA CHIAVE DI LETTURA COMPARATISTICA: IL FAVOR ARBITRATI E LA LIMITAZIONE DELL'INTERVENTO DEL GIUDICE STATUALE NELLA VICENDA ARBITRALE**

Nel corso dell'anno appena concluso, il diritto brasiliano dell'arbitrato ha conosciuto una significativa risistemazione ad opera della Lei n. 13.129 del 26 maggio 2015 che ha novellato la precedente "sull'arbitrato" n.9307 del 23 settembre 1996<sup>1</sup>, mediante la quale la disciplina dell'arbitrato era stata tratta fuori dal codice di procedura civile.

Ma nello stesso 2015 il Brasile si è munito di un nuovo codice di rito civile in sostituzione del precedente che risaliva al 1973<sup>2</sup>. Alcune disposizioni del nuovo c.p.c. del 2015 riguardano indirettamente o direttamente l'arbitrato in modo tutto sommato marginale.

Ad esempio si è chiarito definitivamente ed espressamente il regime della eccezione di compromesso innanzi al giudice statale: essa va proposta nella prima difesa a pena di decadenza, importando la mancata proposizione rinuncia al diritto all'arbitrato (art. 337).

Si sono precisate alcune modalità del processo esecutivo fondato sul lodo arbitrale (art. 515).

Si è chiarito che la "confidenzialità" della vicenda arbitrale si estenderà, in luogo della "pubblicità" caratteristica del processo statale, anche a tutti i procedimenti giudiziali ausiliari dell'arbitrato, sempre che le parti provino di aver pattuito la confidenzialità per l'arbitrato (art. 189, c. IV).

Si è sancita espressamente risolvendo qualche dubbio residuo - quanto al riconoscimento del lodo estero - la prevalenza della disciplina della "Legge sull'arbitrato" e delle convenzioni internazionali (New York in primo luogo) sulla disciplina deliberatoria di diritto processuale comune (art. 960).

Le modifiche più significative, tuttavia, sono quelle apportate, sempre nel 2015, alla Legge organica sull'arbitrato del 1996, ed è di questa nel suo complesso e quale ora risultante che dobbiamo occuparci.

---

<sup>1</sup> Vedila in *Rivista dell'arbitrato*, 1998, 215 ss.

<sup>2</sup> Il c.p.c. brasiliano del 1973 è stato pubblicato in Italia, nella collana "Ricerche sul Processo" (Rimini, 1988) diretta da N. Picardi, con mia traduzione e redazione.

Le chiavi di lettura comparatistica che scelgo – come Cyrano sceglieva le rime – sono abbastanza scontate (come se scegliessi “cuore/amore”) ma qui particolarmente interessanti: il *favor arbitrati*, ed in particolare la limitazione dell’intervento del giudice statale nella vicenda arbitrale quale particolare sintomo di *favor*.

Come sovente accade - ed anche questa è una considerazione alquanto banale - vi è da dire che per alcuni versi il sistema brasiliano è più avanti e più coraggioso del nostro (e però senza fughe eccessive), per altri versi ci ha raggiunto con qualche anno di ritardo.

## 2 RITARDI ED APPRODI RECENTI DEL DIRITTO BRASILIANO: LODI PARZIALI; TERMINE DI PRONUNCIA DEL LODO

Certo, se si considera il nuovo art. 23 - “*gli arbitri possono pronunciare lodi parziali*” (§ 1), ed anche: “*le parti e gli arbitri d’accordo potranno prorogare il termine per la pronuncia del lodo definitivo*” (§ 2) - vi è da chiedersi come mai i brasiliani siano arrivati così tardi all’ammissibilità del lodo parziale. Ma probabilmente si tratta di mera dimenticanza normativa (i lodi parziali erano ammessi nella prassi). Anche la seconda disposizione a me sembra assolutamente scontata: se le parti hanno il potere di fissare il termine per l’emanazione del lodo hanno anche il potere di prorogarlo. Ma il nostro legislatore, da tempo, ed ora quello brasiliano hanno sentito la necessità di precisarlo espressamente. Non si sa mai.

Scontato è poi che, se le parti possono prorogare il termine d’accordo fra loro, evidentemente lo possono fare d’accordo con gli arbitri. Ma il legislatore brasiliano lo dice espressamente. Che senso può avere?

Che quell’“e” sia in realtà disgiuntivo e valga “o”, e cioè che gli arbitri possano prorogarsi il termine autarchicamente sarebbe un salto in avanti notevolissimo quanto eccessivo<sup>3</sup>. Sembra allora doversi desumere che occorra necessariamente una intesa sulla proroga fra arbitri e parti; risultato piuttosto limitativo, ma in realtà falso problema: quale mai collegio arbitrale non sarà d’accordo di fronte ad una proroga voluta dalle parti.

Può darsi comunque che questa disposizione così sovrabbondante, e forse inutile quanto alla enunciazione dei soggetti muniti del congiunto potere di proroga, abbia in realtà una particolare valenza normativa

<sup>3</sup> Nelle riunioni della commissione ministeriale che predispose il testo del d. lgs. n. 40 del 2 febbraio 2006, contenente l’ultima riforma della nostra disciplina dell’arbitrato, qualcuno propose qualcosa del genere, ma l’idea, e non solo in ragione dell’eccesso dalla delega, fu giustamente scartata.

quanto al tenore generale della sua seconda parte “*potranno prorogare*”, dunque in qualsiasi modo, dunque anche adottando il sistema del termine mobile decorrente dalla chiusura della trattazione, momento che resta in potere degli arbitri di determinare. Insomma: proprio quello che la nostra Cassazione pare aver messo in dubbio con una recente ed ormai nota sentenza<sup>4</sup>.

### **3 SEGUE: QUESTIONI PREGIUDIZIALI NON COMPROMETTIBILI; ARBITRATO SU LITI SOCIETARIE E PLURALITÀ DI PARTI; PUBBLICA AMMINISTRAZIONE ED ARBITRATO**

La riforma brasiliana del 2015 ha raggiunto anche altri approdi ben più recenti della nostra legislazione e prima ancora della nostra cultura giuridica.

**a)** Così è quanto alla abrogazione dell’art. 125 della Legge, che corrispondeva al nostro vecchio art. 819 ed imponeva agli arbitri di sospendere e rimettere al giudice le questioni pregiudiziali non compromettibili. Oggi anche gli arbitri brasiliani potranno deciderle *incidenter tantum*.

**b)** Così è per quell’embrione di disciplina dell’arbitrato societario (eredità, ad oltre centocinquanta anni di distanza, del periodo imperiale in cui il Codice di commercio del 1850 addirittura imponeva in certi casi l’arbitrato fra soci) che è stato introdotto modificando una legge speciale del 1976 e prevedendo la possibilità di inserire una clausola compromissoria nello statuto societario a maggioranza qualificata con diritto di recesso per i soci dissenzienti (salvi alcuni casi cui il recesso non è ammesso). Si andrà avanti verso una disciplina organica per le soluzioni arbitrali delle liti societarie? Vedremo. In Italia, intanto, già si comincia a discorrere di riforma dell’arbitrato societario.

Vi è occasione per osservare che, anche quanto all’arbitrato con pluralità di parti in generale, il legislatore brasiliano rimane ben più timido del nostro. L’art. 13, § 4° della Legge brasiliana si limita a rimettere la soluzione dei problemi ai regolamenti arbitrali (ove voluti dalle parti), le cui regole diventano in caso di arbitrato multipartiti cogenti e non derogabili. Occorrerebbe altro? Forse sí ma è anche vero che l’eccesso di regole italiano ha creato più dubbi di quanti non siano stati i problemi risolti.

---

<sup>4</sup> Cass. 19 gennaio 2015, n. 744, in *Rivista dell’arbitrato*, 2015, 513 ss., con nota di L. SALVANESCHI.



c) Altro approdo significativo riguarda l'effetto interruttivo della prescrizione che prende data, per espressa previsione dall'attuale art. 19, § 2 della Legge brasiliana, dalla istanza di promovimento dell'arbitrato ("requerimento de su insturacião"), e cioè alla domanda di arbitrato e non dalla effettiva instaurazione e cioè dalla costituzione del collegio.

E' immaginabile che si tratti di effetto interruttivo-sospensivo e che esso si produca retroattivamente dal momento della domanda di arbitrato e fino al lodo, anche se declinatorio della *potestas iudicandi* arbitrale, purchè però l'arbitrato sia effettivamente instaurato e cioè il tribunale arbitrale sia effettivamente costituito. Così il sistema sembra, almeno in parte, analogo al nostro perché anche da noi, se l'arbitrato non prende avvio o si estingue, l'effetto interruttivo permanente di certo non si produce. Ma sicuramente si produce l'effetto interruttivo istantaneo. E' così anche in Brasile? Potrebbe esservi qualche problema visto che è una sola norma a prevedere il meccanismo interruttivo, istantaneo o permanente, e la previsione effettuale di quell'unica norma è condizionata appunto espressamente alla reale e successiva instaurazione e cioè alla costituzione del collegio.

d) Ancora: da noi è stata una autentica e crescente evoluzione culturale quella che ha portato all'arbitrabilità delle controversie di cui sia parte la pubblica amministrazione (anche fuori dal classico ma speciale arbitrato delle opere pubbliche: arbitrato facoltativo nell'*an* ma obbligatorio nel *quomodo* e dunque con disciplina restrittiva rispetto alle possibilità offerte all'autonomia privata dal diritto comune dell'arbitrato). L'esito più significativo di tale evoluzione è rappresentato dall'attuale art. 12 del Codice del processo amministrativo che autorizza la generale devoluzione ad arbitri delle controversie su diritti soggettivi rientranti nella giurisdizione amministrativa.

Oggi analogamente l'art. 1, § 1° della Legge brasiliana stabilisce che la pubblica amministrazione può compromettere in arbitri controversie relative ai diritti patrimoniali disponibili. Sarà interessante assistere agli sviluppi concreti dell'arbitrato della pubblica amministrazione in Brasile e compararli con la nostra esperienza tuttora in fase di sviluppo. Così come sarà interessante – su tutt'altro versante e al di fuori delle questioni coinvolte dall'ultima riforma brasiliana – comparare, se mai davvero troverà concretezza, l'approccio al *class arbitration* nelle due culture giuridiche (quella brasiliana notoriamente in posizione di battistrada, nell'universo di *civil law*, quanto alla *class action*).

#### 4 IL DIRITTO BRASILIANO ALL'AVANGUARDIA: LE MISURE CAUTELARI ARBITRALI

Per altri aspetti il diritto brasiliano era ed è molto più avanti, come ad esempio di tema di misure cautelari arbitrali.

La Legge brasiliana le ammette ora (v. i nuovi atti 22A e 22B introdotti dalla novella del 2015) secondo un sistema equilibrato, lodevolmente assai sintetico dal punto di vista del *wording* normativo e senza fughe precipitose, ma con la prevalenza del potere cautelare arbitrale una volta che l'arbitrato sia instaurato.

Prima dell'instaurazione dell'arbitrato la misura cautelare si chiede al giudice, ma perde efficacia se l'arbitrato non è instaurato entro un termine perentorio. Instaurato l'arbitrato, competenti per la cautela sono gli arbitri. I quali sono altresì competenti per la revoca o modifica della cautela impartita dal giudice. Chi meglio di loro, già investiti del merito?

I nostri amici brasiliani hanno dunque, e non da oggi, superato il tabù delle misure cautelari arbitrali, da noi evocato come insormontabile ostacolo parlamentare ad ogni tornata di riforma dell'arbitrato; (di tabù i brasiliani hanno per altro i loro: il Presidente della Repubblica, proprio in occasione della novella del 2015, ha posto il veto sulla arbitrabilità delle controversie giuslavoristiche di cui sia parte chi esercita funzioni di amministratore o di direttore generale, nonché su una norma relativa all'arbitrato di consumatori).

Per superare in Italia il tabù delle misure cautelari arbitrali occorre avere coraggio e razionalità. Di quest'ultima è sicura espressione la Legge brasiliana. Di gran lunga preferibile è infatti un sistema a compartimenti stagni: o il giudice o l'arbitro senza sovrapposizioni e concorrenza, senza cautela arbitrale *ante causam* (come accade in altri ordinamenti o secondo alcuni regolamenti di arbitrato amministrato), e senza reclamo cautelare innanzi al giudice avverso il provvedimento cautelare arbitrale.

#### 5 "ASSISTENZA NON INTERFERENZA" DEL GIUDICE STATUALE: IL RETAGGIO STORICO DELLA "FORMALIZZAZIONE GIUDIZIALE DEL COMPROMESSO"

Questo approccio alla tutela cautelare arbitrale è del resto conforme all'approccio generale della legislazione brasiliana, confermato dall'ultima

riforma: meno intromissione possibile del giudice statale; “assistenza non interferenza” secondo un efficace slogan<sup>5</sup>).

Per la verità una forma di assistenza iniziale - estremamente “interferente” - del giudice statale l’attuale diritto brasiliano la eredita dalla sua storia.

In sintesi estrema. Disciplina del solo compromesso vi era nel codice civile del 1916 e disciplina del solo procedimento arbitrale nel c.p.c. del 1939. Ci si era “dimenticati” della clausola compromissoria. Se ne dimentica anche il c.p.c. del 1973, che pure ridisciplina in modo organico l’arbitrato inserendo le disposizioni sul compromesso e derogando tacitamente alla regolamentazione apposita riservata in proposito dal codice civile. Morale: la clausola compromissoria era conosciuta nella prassi ma aveva effetti obbligatori e non reali; se una parte rifiutava la spontanea esecuzione della clausola, e cioè rifiutava di stipulare il compromesso onde dare concreto avviso al giudizio arbitrale, neppure il provvedimento del giudice poteva tener luogo di esso. Vi rimedia la Legge sull’arbitrato del 1996 con un passo in avanti rappresentato dal sistema, ancora piuttosto complesso, dalla “*formalizzazione giudiziale del compromesso*”. La clausola compromissoria è appositamente disciplinata, ma salvo che essa faccia riferimento al regolamento di una istituzione arbitrale ed alle modalità di instaurazione dell’arbitrato da esso previste, per la concreta instaurazione dell’arbitrato occorre formalizzare il compromesso. E se una parte è riottosa rispetto a ciò, occorre che l’altra si rivolga al giudice. Il quale dapprima - già che c’è - tenta la conciliazione della lite di merito fra le parti, poi tenta di metterle d’accordo sulla stipula del compromesso, o altrimenti formalizza lui stesso il compromesso (art. 7 della Legge). La dottrina brasiliana tende peraltro a ridurre notevolmente le ipotesi in cui questo complesso meccanismo è davvero necessario<sup>6</sup>.

E’ ovvio che la valutazione complessiva di un sistema del genere non può essere fatta sulla carta. Occorrono dati statistici: quanti sono, in percentuale sulle clausole compromissorie azionate, i casi in cui si è dovuto ricorrere al giudice?

---

5 TARZIA, *Assistenza e non interferenza giudiziaria nell’arbitrato internazionale*, in Rivista dell’arbitrato, 1996, 473 ss.

6 Confinabili alle occasioni in cui la clausola compromissoria “*não contenham o elemento mínimo para que se possa instituir o tribunal arbitral (ou seja, o modo de nomear os árbitros)*” cfr. CARMONA, *Arbitragem e Processo*, São Paulo, 2009 156): da strumento di ausilio giudiziario farraginoso ed interferente, dunque, a strumento di utile salvataggio di clausole compromissorie patologiche.

Altresì scontato peraltro è che il sistema brasiliano ci appaia, sulla carta, più farraginoso e meno favorevole all'arbitrato. Ma soltanto rispondendo con dati statistici a quella domanda e ad altre connesse si potrebbe calcolare - per così dire - il "quoziente di complicazione" o se si vuole il "quoziente di impegno di attività giurisdizionale ordinaria" riguardo alla contestazione della convenzione d'arbitrato. Per poi confrontare questo "quoziente" con il nostro, che a sua volta dovrebbe emergere dai dati statistici relativi alle complicazioni del "doppio binario", alla possibilità che l'efficacia e la validità della clausola siano, innanzi al giudice ordinario, oggetto di accertamento principale (prima che cominci l'arbitrato) o incidentale (se la parte riottosa inizia il giudizio di merito davanti al giudice), alla possibilità (ormai però limitata dal noto sbarramento della previa eccezione innanzi ad arbitri) che la *quaestio* della esistenza, validità ed efficacia della clausola si riproponga in sede di omologazione o di impugnazione del lodo.

Insomma e per farla breve: se in Brasile il potenziale convenuto in arbitrato sistematicamente si oppone alla formalizzazione del compromesso e costringe l'attore a ricorrere al giudice, il sistema fa evidentemente acqua. Se ciò accade in casi relativamente rari e sostanzialmente corrispondenti a clausole compromissorie di portata incerta e/o di validità ed efficacia problematiche, può darsi che il sistema che vuole l'impiccio risolto prima e per sempre dal giudice sia, non migliore ma tutto sommato non sensibilmente peggiore rispetto ad un sistema in cui quell'impiccio può ripresentarsi dopo, o rispetto alle situazioni di iniziale obiettiva incertezza.

## **6 SEGUE: CONTROLLO SULLA INDIPENDENZA DELL'ARBITRO ED ASSUNZIONE DI PROVE**

Una volta che l'arbitrato sia avviato, il giudice brasiliano scompare o quasi.

Ha poteri sostitutivi di nomina degli arbitri (ma se li ha già esercitati con la formalizzazione giudiziale del compromesso non li esercita ovviamente più).

Non ha però, secondo la Legge del 1996 fin dalla originaria versione, poteri di ricasazione. La ricasazione - in realtà una sollecitazione ad astenersi - è rivolta all'arbitro o al presidente del collegio arbitrale (art. 15). La ragione di ricasazione, se l'arbitro non si leva di mezzo spontaneamente, si trasforma in ragione di impugnazione del lodo: l'art. 20, § 2 della Legge aggiunge in sostanza al catalogo dei motivi di nullità un apposito motivo. Anche in Germania oggi (§ 1037 ZPO) la ricasazione è indirizzata all'organo arbitrale: se quest'ultimo la nega ci si può rivolgere al giudice

statale chiamandolo, sia pure in via suppletiva, ad esercitare il classico potere di esautoramento preventivo dell'arbitro "*suspectus*". Il sistema brasiliano è, rispetto a quello tedesco del quale condivide l'approccio di massima, meno garantista e più semplificatorio tutto rimettendo ad un controllo giudiziale da esercitarsi *ex post* per via impugnatoria.

Vi è bensì l'ausilio giudiziario in materia di assunzione del teste, secondo il sistema più ragionevole che è quello dell'ordine giudiziale, sollecitato dagli stessi arbitri, di comparizione del teste davanti a questi ultimi. E la riforma del 2015 ha introdotto una più generale richiesta di ausilio attraverso il sistema della "carta arbitrale" ("*carta arbitral*": art. 22C), mediante la quale l'organo arbitrale può sollecitare al giudice statale qualsiasi atto o incumbente necessario (art. 22 della Legge), sistema in qualche modo erede della sollecitazione della misura cautelare richiesta dall'arbitro al giudice (v. l'abrogato art. 22, par. 4°), di cui non vi è più bisogno visto che la cautela è stata rimessa agli arbitri.

## 7 SEGUE: SINDACATO IMPUGNATORIO

Il giudice statale ha anche ben contenuti poteri di controllo impugnatorio. Il catalogo dei motivi di cui all'art. 32 della Legge brasiliana è rimasto sostanzialmente inalterato, e seguita a prevedere solo limitati *errores in procedendo* nonché un vizio di tipo "revocatorio" (lodo pronunciato per "*prevaricação, concussão ou corrupção passiva*").

Bisognerebbe naturalmente constatare sul campo tentativi avvocateschi ed aperture giurisprudenziali al rilievo - ed in che misura - della contrarietà dell'ordine pubblico e attraverso esso al sindacato della violazione di norme sostanziali inderogabili. Ma il fatto che un apposito motivo a riguardo non sia previsto è sintomatico di un atteggiamento assai liberista nei riguardi dell'arbitrato.

La riforma ultima, anzi, ha ridotto il catalogo dei motivi eliminando il n. 5 dell'art. 32 e cioè la omessa pronuncia. Il rimedio alla omessa pronuncia arbitrale è ora affidato, nell'art. 33, § 4, ad un apposito "giudizio". Ma che vuol dire? Se occorre un giudizio apposito innanzi al giudice, allora non è sostanzialmente mutato granché rispetto al passato. Oppure - come parrebbe miglior partito opinare - questo giudizio si svolge innanzi agli arbitri e cioè in soldoni ci si affida ad un rimedio equivalente al meccanismo di correzione del lodo (come in Germania ed ormai in molti altri ordinamenti): la parte sollecita agli arbitri la pronuncia di un lodo complementare. Ed in tal caso vi sarà da chiedersi se ciò rappresenti un onere necessariamente indirizzato verso gli arbitri o per meglio dire se

la convenzione di arbitrato, in mancanza di attivazione del meccanismo correttivo/integrativo innanzi agli stessi arbitri, resti ultrattiva ed obblighi dunque a riproporre la domanda a (nuovi) arbitri in apposito e nuovo giudizio arbitrale, o se al contrario la omessa pronuncia arbitrale, non rimediata *ex art. 33, § 4*, lasci aperta la strada della riproposizione della domanda innanzi al giudice ordinario.

Il giudice statale dell'impugnazione non pronuncia sul rescissorio: il principio è rimasto saldo anche dopo la novella del 2015.

Prima della riforma ultima, la causa tornava per il rescissorio agli arbitri solo nel caso di omessa pronuncia o di lodo viziato nella forma, ed era ovvio. In tutti gli altri casi la pronuncia era solo rescindente, ma senza rimessione agli arbitri; e ciò era forse troppo penalizzante quando la nullità non dipendesse da ragioni intrinseche alla convenzione di arbitrato o da esaurimento del potere arbitrale: per esempio quando il lodo fosse stato pronunciato da chi non poteva essere nominato arbitro.

Oggi la riforma prevede che sia il giudice a determinare se è opportuno che la parola torni agli arbitri, fermo il divieto di pronuncia rescissoria da parte del giudice della impugnazione. Il che può anche riprodurre la situazione precedente salvo casi particolari: per esempio, in ipotesi di ultrapetizione, può darsi che vi siano situazioni in cui basti la pronuncia rescindente sui capi *ultra petita*, e situazioni in cui, a causa della stretta interconnessione fra i vari capi di pronuncia, l'intera lite vada restituita agli arbitri una volta rilevata l'ultrapetizione.

Insomma: una scelta normativa che vuol essere il più possibile adeguata alla varietà di situazioni, ma cerca di raggiungere lo scopo a mezzo di una orientata discrezionalità giudiziale piuttosto che, come accade secondo il combinato disposto dei nostri artt. 829 e 830 c.p.c., a mezzo della scomposizione dei motivi di nullità e la loro parcellizzata valutazione a-prioristica di fronte all'alternativa rescindente/rescissorio.

## **8 ASSENZA DI OMOLOGAZIONE E POSSIBILITÀ COMUNQUE DI “DOPPIO CONTROLLO” INTERNO DEL LODO NEL SISTEMA BRASILIANO; CONFRONTO CON ALTRI MODELLI (ITALIA, FRANCIA, AUSTRIA, GERMANIA, LEGGE UNCITRAL); IL GIUDICATO ARBITRALE COMPARTIMENTALMENTE AD “ASSETTO VARIABILE”**

Infine: in Brasile non c'è più (dal 1996) l'omologazione giudiziale del lodo.

Il lodo ha effetti di sentenza e – se di condanna – è titolo esecutivo senza necessità di controllo giudiziario omologatorio (art. 31 della Legge). Innovazione allora vistosissima ed oggi – manco a dirlo – conservata.

I motivi di impugnazione possono però essere sempre fatti valere, per far constatare la nullità del lodo e perciò del titolo esecutivo, in sede di opposizione alla esecuzione se il lodo è portato ad esecuzione: così l'art. 33, § 3 della Legge, modificato nel 2015 solo lessicalmente e per ragioni di coordinamento con la coeva riforma generale del c.p.c.<sup>7</sup>.

Il lodo non più impugnabile (decorsi i 90 giorni dalla comunicazione) è dunque un “giudicato”, e come tale può essere fatto valere in futuri giudizi di cognizione ed ivi, anzi, il “giudicato arbitrale” è rilevabile d'ufficio<sup>8</sup>.

Però è un giudicato sempre esposto ad una “opposizione alla esecuzione” più ampia di quella spendibile contro i titoli giudiziali, anche se più ristretta (vista comunque la tassatività dei motivi impugnatori trapiantabili in quella sede) della opposizione contro titoli stragiudiziali<sup>9</sup>.

A dire il vero la riflessione su questa particolarità della Legge del 1996 ha condotto parte della dottrina brasiliana (sotto l'influenza – credo – neppur troppo nascosta del pensiero di Edoardo Ricci, che con i giuristi brasiliani ha avuto consuetudine particolarmente feconda<sup>10</sup>) ad un diverso approdo: il lodo fatto valere come titolo esecutivo è sì attaccabile, per gli stessi motivi “impugnatori”, con l'opposizione alla esecuzione, ma solo ove siano ancora aperti i termini per la impugnazione “in via principale”<sup>11</sup>.

Il vincitore in arbitrato che agisce esecutivamente sulla base del lodo, a termine decorso per l'impugnazione di quest'ultimo in via principale, sarebbe dunque esposto solo ai tradizionali motivi di opposizione all'esecuzione spendibili avverso un “normale” titolo giudiziale e non ai motivi di impugnazione del lodo utilizzabili in via incidentale in quella

7 Si faceva riferimento alla “*ação de embargos do devedor, conforme o art. 741 e seguintes do Código de Processo Civil*” (l'opposizione alla esecuzione appunto). Oggi si dice: “*A declaração de nulidade da sentença arbitral também poderá ser arguida mediante impugnação, conforme o art. 475-L e seguintes da Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), se houver execução judicial*”.

8 Cfr. BARBOSA MOREIRA, *La nuova legge brasiliana sull'arbitrato*, in questa Rivista, 1997, 1 ss., spec. 15.

9 Cfr. sempre BARBOSA MOREIRA, *op. cit.*, 14.

10 E che avrà, con la sua indimenticabile *verve*, trasmesso l'idea della inaccettabilità di un “giudicato arbitrale” che fosse men che “giudicato”.

11 CARMONA, *Arbitragem e Processo*, São Paulo, 2009, 430-431, nonché CAHALI, *Curso de Arbitragem*, São Paulo, 2015, 122.

particolare sede. Se così fosse ricostruito il sistema, la disposizione *ex art. 33, § 3* della Legge avrebbe il ben più modesto ruolo di rendere superabile – in pendenza dei termini per la impugnazione del lodo e solo in questo ridotto lasso temporale – il dogma della improponibilità di ragioni tipicamente impugnatorie della pronuncia fuori dalla cognizione propriamente detta ed in veste di ragioni di opposizione contro il titolo esecutivo. Sennonché il tenore letterale e la collocazione sistematica dell'art. 33, § 3 della Legge non sembrano affatto deporre solo (e modestamente) in tal senso, bensì proprio nel senso ben più ampio sopra cennato<sup>12</sup> che è poi, come fra breve si osserverà, corrispondente alla scelta della Legge-modello Uncitral.

In questa soluzione è compromissoria la cosa che colpisce noi giuristi europei è certamente l'assenza di omologazione<sup>13</sup>, perché la decisa maggioranza dei nostri ordinamenti contempla ancora lo scotto del controllo omologatorio giudiziale funzionale alla formazione del titolo esecutivo.

Ma questa assenza è bilanciata dal cennato sistema incisivo di “doppio controllo”. E - si badi - è un sistema di “doppio controllo” integrale (è ovvio peraltro che se si opta per la ricostruzione limitativa cui ho sopra fatto cenno, ma che mi parrebbe da rifiutarsi, l’“integralità” del “doppio controllo” sarebbe limitata almeno nel tempo e drasticamente al breve spazio del decorso del termine per la impugnazione del lodo propriamente detta).

Se si confronta la *ZPO* austriaca, dove pure e da gran tempo non è prevista omologazione del lodo, il “doppio controllo” esiste, ma è limitato ai due motivi di nullità che sono rilevabili anche “*von Amts wegen*” (§ 611 *ZPO*) e cioè d'ufficio dal giudice statale in sede di impugnazione (incompromettibilità e contrarietà all'ordine pubblico). Questi e solo questi possono essere opposti (§ 613 *ZPO*) in qualsiasi “*anderen Verfahren, etwa in einem Exekutionsverfahren*” in cui il lodo sia fatto valere, e se accertati conducono alla incidentale disapplicazione del lodo in quel processo e dunque all'impedimento della sua esecuzione se si tratta di processo esecutivo (restando poi problematico se quei motivi possano fondare, in via principale, una domanda di accertamento della *Nichtbestehens* del lodo in forza del § 612 *ZPO*).

12 V. infatti BARBOSA MOREIRA, *op. cit.*, 12 ss., nonché FIGUEIRA JUNIOR, *Arbitragem, jurisdição e execução*, São Paulo, 2015, 122.

13 Ricontrabile però – come non mancava di ricordare, all'indomani della Legge del 1996, lo stesso BARBOSA MOREIRA, *op. cit.*, 12, § 7.4 – già “nella penisola iberica”.



In Brasile invece il “doppio controllo” è integrale, nel senso che l’intero catalogo dei motivi della *actio nullitatis* soggetta ad un termine di decadenza è spendibile anche in sede di opposizione alla esecuzione (ma allora perché no – pur se la Legge brasiliana non lo dice espressamente – anche in sede di secondo processo in cui il lodo sia fatto valere per i suoi effetti di giudicato e di accertamento?).

La cosa può piacere o no. Può piacere a chi, pur arrendendosi ormai (doverosamente ove il dettato normativo sia esplicito) alla tendenziale equiparazione effettuale fra lodo e sentenza del giudice, ritenga razionale che dalla origine privata dell’arbitrato scaturisca una qualche diversità nel regime di contestazione di quegli effetti. Può dispiacere a chi la pensi diversamente o voglia semplicemente ... semplificare *ut sit finis litis*.

Resta il fatto che il sistema del “doppio controllo” è in fondo quello stesso della Legge-modello Uncitral anche nella sua ultima versione. Vi sono lì motivi di annullamento da far valere con l’apposita azione impugnatoria entro un termine di decadenza (art. 34); alcuni di essi rilevabili anche d’ufficio una volta che l’azione di annullamento sia comunque proposta (art. 34.1 lett. b); *tutti* questi motivi possono comunque essere spesi in sede di procedura di *exequatur* “*irrespective of the country in which in [the award] was made*” (art. 36.1): dunque anche nello stesso paese a cui il lodo appartiene e nel quale può essere direttamente impugnato innanzi al giudice statale.

Ora, la Legge-modello Uncitral ha come chiave di volta della sua visione – riterrei – ben diversamente che il “doppio controllo” all’interno dello stesso sistema giudiziale statale, la equiparazione ed anzi la identità dell’*enforcement* e perciò della procedura di *exequatur* del lodo vuoi che il lodo sia “domestico” vuoi che sia “estero” (rispetto all’organo di *enforcement*), nonché la riduzione dei motivi di impugnazione (del lodo interno) allo *standard* di New York e cioè ad un tipo di sindacato formale ed estrinseco che coincida con il “moderno” sindacato deliberatorio del lodo estero.

Raggiunta questa riduzione, che vi sia poi un “doppio controllo” – da parte del giudice dell’impugnazione dello stato di appartenenza del lodo e da parte del giudice dell’*exequatur* rispetto al quale il lodo è estero – è assolutamente fisiologico perché conforme al panorama universale che la Legge-modello si trovava davanti.

Meno fisiologico è l’effetto di risulta: che cioè il “doppio controllo” - vista l’equiparazione di regime fra *exequatur* interno ed *exequatur* estero

- sia affidato *per gli stessi identici motivi* a due giudici diversi *dello stesso Stato* (quello di appartenenza del lodo) ed *in due procedimenti funzionalmente diversi*, quello di impugnazione soggetto a termine di decadenza e quello di *exequatur* possibile in qualsiasi momento seppur ad iniziativa della parte vittoriosa in arbitrato.

Ma pur essendo questo – a mio avviso – un effetto di risulta e non la chiave di volta del sistema Uncitral, esso è accettato razionalmente e consapevolmente dai multietnici o meglio multiculturali *conditores* della *Model Law*. Nella *Explanatory Note*<sup>14</sup> si legge: “*In regulating «recourse» (i.e. the means through which a party may actively «attack» the award), article 34 does not preclude a party from seeking court control by way of defence in enforcement proceedings (articles 35 and 36)*”.

E' in fondo la vecchia storia dell'annullamento che si prescrive in via d'azione e non in via di eccezione (“*by way of defence*” appunto).

Ebbene in Brasile è – o pare essere<sup>15</sup> – proprio così, con una differenza che sposta tuttavia l'ago del *favor arbitrati* più verso il sistema brasiliano che verso il modello Uncitral: in quest'ultimo il “doppio controllo” è possibile sempre ed in via preventiva rispetto alla formazione del titolo esecutivo sulla condanna arbitrale, appunto perché è pur sempre previsto un apposito procedimento omologatorio. Nel sistema brasiliano, ove l'omologazione manca, il “doppio controllo” è possibile, ma solo *ex post* e dopo la formazione del titolo esecutivo.

Resta il fatto che sono ancor più favorevoli all'arbitrato, almeno apparentemente, i sistemi in cui il “doppio controllo” è evitato o molto limitato, ed a petto di ciò la semplice sussistenza o meno dello scotto omologatorio risulta variante tutto sommato secondaria.

Così è in Francia ed in Italia ove pure l'omologazione esiste (né è dato preconizzarne la prossima scomparsa). Ed è così anzitutto perché l'ambito del controllo omologatorio, inteso ad attribuire efficacia esecutiva al lodo, è drasticamente ridotto rispetto a quello del controllo impugnatorio già sensibilmente e progressivamente limitato nell'evolversi della normativa.

14 *Explanatory Note by the Uncitral secretariat on the 1985 Model Law on International Commercial Arbitration as amended in 2006.*

15 Perché occorre tener presente la pur discutibile tesi limitativa cui si è fatto cenno dianzi: opposizione al titolo-lodo per i medesimi motivi impugnatori solo se la impugnazione del lodo in senso proprio non sia ancora preclusa per lo spirare del relativo termine di decadenza.

Ma è così anche in virtù del coordinamento, espresso o sistematicamente attingibile, fra controllo impugnatorio (soggetto a termine di decadenza) e controllo omologatorio. Si pensi all'art. 1498, c. 2° del codice francese: "*Le rejet de l'appel ou da recours en annulation confère l'exequatur à la sentence arbitrale*"; regola a mio avviso anche da noi riscontrabile attraverso la tesi della c.d. omologazione implicita<sup>16</sup>.

Ma si pensi anche e simmetricamente alla regola - espressa in Francia (art. 1499) ed ancora una volta implicita quanto ovvia in Italia - secondo cui l'annullamento del lodo in sede impugnatoria comporta "*de plein droit*" caducazione dell'*exequatur* eventualmente concesso. Ed infine all'art. 1500 del codice francese secondo cui in sede di appello contro l'ordinanza che rifiuta l'*exequatur* la Corte d'appello può conoscere, ad istanza della controparte, anche della impugnazione del lodo se i termini sono ancora aperti. Insomma la tendenza di questi sistemi è ad ammettere solo assai limitatamente il "doppio controllo" e comunque a coordinare i piani in modo da evitare che la loro separazione diventi fonte di incertezza *sine die* sulla sorte del lodo.

Il comparatista a questo punto dovrebbe chiedersi: ammesso che il lodo fin da pargolo aspiri a somigliare il più possibile alla sentenza del giudice dello Stato e dato per scontato che ormai la stragrande maggioranza delle legislazioni nazionali formalmente dicono al lodo "sei tutto tua madre" e cioè "hai la stessa efficacia della sentenza", ebbene: somiglia più ad una sentenza un lodo che non ha bisogno di omologazione ma che può essere integralmente contestato per gli stessi identici motivi impugnatori tutte le volte che sia speso come titolo esecutivo o che voglia diventare tale, o un lodo che uscito dal lavacro della impugnazione passa davvero ed inossidabilmente "in giudicato" e cioè davvero non è più contestabile in altre sedi?

Ma in realtà la domanda è astratta perché questi modelli di lodo con tutta probabilità non esistono. E qui l'indagine interna e poi comparatistica meriterebbe ogni necessario approfondimento.

---

<sup>16</sup> V. già all'indomani della novella del 1994, FAZZALARI in BRIGUGLIO-FAZZALARI-MARENGO, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, Milano, 1994, 170, BRIGUGLIO, *Impugnabilità ed efficacia del lodo non omologato dopo la legge di riforma n. 25 del 5.1.94*, in *Giust. civ.*, 1994, II, 295 ss. spec. 308, MONTESANO, *Sugli effetti del nuovo lodo arbitrale e sulle funzioni della sua omologazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, 821 ss., spec. 823 ss., MONTELEONE, *Diritto processuale civile*, Padova, 2000, 860; *contra*, RASCIO, in AA.VV., *Diritto dell'arbitrato rituale*, a cura di G. VERDE, Torino, 2005, 421 ss.

Noi (e i francesi) dovremmo chiederci: un lodo impugnabile perché confermato (con efficacia di giudicato) dalla Corte d'appello ed un lodo impugnabile perché semplicemente non impugnato sono davvero la stessa cosa nel prosieguo della esperienza giuridica? Non credo<sup>17</sup>. Si dà oggi, ed entro quali confini, la categoria del lodo “inesistente”? E la relativa *exceptio* com'è spendibile, ed in quale eventuale diversa misura, nel prosieguo della esperienza giuridica, avverso un lodo passato in giudicato perché confermato dal giudice statale della impugnazione o avverso un lodo passato in giudicato perché non impugnato? E' ancora concepibile, ed entro quali confini, la “omologazione incidentale”<sup>18</sup>, e cioè il controllo del giudice - di qualsiasi giudice - al fine di verificare se un lodo non omologato e cioè non ancora controllato, e però fatto valere in un successivo processo, sia davvero un lodo?

I brasiliani dovranno – azzardo - farsi domande speculari. Una anzitutto: un lodo impugnato e confermato come valido dal giudice statale resta davvero esposto ad integrale sindacato impugnatorio in sede di *impugnação ex art. 475* del codice di procedura civile e cioè in sede di opposizione alla esecuzione, oppure questa possibilità è radicalmente esclusa non dal giudicato sul lodo, non dalla legge, ma sì dal giudicato che si è formato sulla sentenza giudiziale che ha confermato il lodo?

Risposte espresse a domande sistematicamente analoghe dà, come è noto, la attuale *ZPO* tedesca, la quale prevede un “doppio controllo” integrale quanto ai motivi, ma coordinato in modo da limitare al massimo le sovrapposizioni. Tutti i motivi che possono fondare l'impugnazione in via principale del lodo soggetta a termine di decadenza, e non solo quelli rilevabili d'ufficio (come invece in Austria), sono motivi ostativi alla concessione dell'*exequatur*. Sennonché la impugnazione è inammissibile se il lodo è stato già dichiarato esecutivo (§ 1059, c. III, *ZPO*). E per converso i motivi di annullamento rilevabili d'ufficio (incompromettibilità e contrasto con l'ordine pubblico) *non possono* essere considerati motivi ostativi in sede di *exequatur* se è stata già respinta con efficacia di giudicato una impugnazione fondata su di essi; lo possono invece se l'impugnazione non era fondata su di essi: il giudicato giudiziale sulla validità del lodo non è dunque, sotto tale profilo, un giudicato che copre il dedotto ed il deducibile. Tutti gli altri motivi di annullamento *non possono* invece mai essere opposti all'*exequatur* sol che *il lodo sia divenuto impugnabile* anche per semplice decorso dei termini.

17 Nel primo caso l'efficacia è evidentemente “raddoppiata” dal giudicato giudiziale sulla validità.

18 Ipotesi che avevo prospettato all'indomani della novella italiana del 1994 (cfr. BRIGUGLIO, *Impugnabilità ed efficacia*, cit., 328 ss.) e nella quale – pur con alcuni correttivi – tuttora sostanzialmente credo.

Insomma ed in conclusione: la comparazione addita sì ed a chiare lettere, quanto ai *nomina*, la diffusa equiparazione fra lodo e sentenza e dunque e al momento opportuno – decorsi che siano i termini di gravame - fra lodo e giudicato, ma già il *nomen* “giudicato” esibisce in dimensione comparatistica, accanto ad un rilevante nucleo concettuale ed effettuale comune, varianti sottili. Insomma già il *giudicato giudiziale* è – per usare ad altro scopo una felice espressione di Remo Caponi – comparatisticamente “ad assetto variabile”<sup>19</sup>. *A fortiori* lo è il *giudicato arbitrale*, che sconta pur sempre un embrionale connotazione privatistica nonché il vario modo di intenderla e considerarla, sul piano dei concetti come su quello degli effetti, a latitudini diverse.

---

<sup>19</sup> Donde, fra l'altro, il noto ed affascinante problema internazionalprivatistico (ma non solo) circa il se il trasferimento del giudicato dall'ordinamento di origine a quello straniero comporti alterazioni del suo nucleo effettuale; problema in ordine al quale credo che una risposta tendenzialmente compromissoria (salve le sue complesse specificazioni di dettaglio) sia l'approdo più ovvio ma anche più giusto (ovvero e come ho scritto altrove: “gli obelischi egizi, pur non mutando forma né colore, non furono ovviamente più gli stessi una volta trapiantati dalle sabbie del deserto o dalle rive del Nilo nelle piazze di Roma imperiale”).



**TUTELA SOMMARIA E GIUDICATO NEL  
NUOVO CODICE DI PROCEDURA CIVILE  
BRASILIANO**

*Antonio Carratta*  
*Ordinario di Diritto processuale civile*  
*Università di Roma Tre*  
*antonio.carratta@uniroma3.it*

1 - Permettetemi, anzitutto, di salutare gli amici brasiliani qui presenti e di dare a loro il benvenuto nel nostro Ateneo: è grazie a loro che già nel 2014 è stato organizzato il primo colloquio italo-brasiliano di diritto processuale civile a San Paolo; ed è sempre grazie alla loro iniziativa che oggi festeggiamo l'arrivo del nuovo codice di procedura civile brasiliano qui a Roma.

In prima battuta devo dire che è sempre ammirevole e da guardare con grande rispetto lo sforzo e il coraggio dell'ordinamento che in un dato momento storico decide di introdurre un nuovo codice di procedura civile. Per parte nostra, dunque, non possiamo che salutare con sincera ammirazione (ma anche con un pizzico di invidia) la nascita del nuovo codice brasiliano.

E questo, credo, per quattro ragioni fondamentali.

In primo luogo, perché la nascita di un nuovo codice è inequivocabile sintomo di maturità dell'ordinamento e di consapevolezza del fatto che qualsiasi disciplina giuridica, e quella processuale in particolare, per poter conseguire al meglio gli obiettivi voluti, necessita di un impianto, di un disegno sistematico, che inevitabilmente emerge dal codice.

In secondo luogo, perché, se è vero che con sempre maggiore forza si manifesta la tendenza degli ordinamenti alla «decodificazione», è pur vero – e di questo occorre avere piena consapevolezza – che il fenomeno della «decodificazione» costituisce un sintomo di crisi, di malattia del sistema, perché determina frammentazione e «fuga» dal sistema e dal suo impianto organico. E dunque, la scelta dell'ordinamento di predisporre un nuovo codice è certamente una scelta non solo tecnica, ma di valore, perché sottintende proprio la consapevolezza della dannosità per lo stesso ordinamento di assistere inermi agli effetti della «decodificazione».

In terzo luogo, perché un nuovo codice è comunque il prodotto di una generazione di giuristi (in questo caso di processualisti) ed il frutto della convergenza delle diverse idee in campo. L'esempio del nostro codice del 1940-1942 è emblematico da questo punto di vista: le generazioni di processual-civilisti che ci hanno preceduto e noi stessi guardiamo ad esso come ad un «testimone» tramandatoci dai nostri *patres*. E spero che lo stesso possa essere per le generazioni future dei processuali-civilisti brasiliani rispetto a questo nuovo codice.

Non è secondario, poi, il fatto che nel caso di specie il nuovo codice di procedura civile brasiliano sia il primo codice democratico, prodotto, cioè, a differenza di quelli che l'hanno preceduto (nel 1939 e nel 1973) da un ordinamento governato da regole democratiche.



Anche questo è un aspetto che merita di essere sottolineato, perché, se è vero, come spesso si sostiene, che le regole processuali sono regole tecniche, servono per far funzionare bene lo strumento processuale, è anche vero – e lo sappiamo benissimo – che dietro le soluzioni tecniche (o pseudo tali) spesso si nascondono importanti scelte di valore. E basti ricordare, qui, le pagine illuminanti del nostro Maestro comune Chiovenda sulle forme giudiziali<sup>1</sup> o quelle altrettanto illuminanti di un altro Maestro come Salvatore Satta su forme e formalismo<sup>2</sup> o – su altro versante – quelle di estrema attualità di Franz Klein sulla «funzione sociale» del processo<sup>3</sup>.

2 - La sessione di questa mattina sarà dedicata, come da programma, a due temi fondamentali per qualsiasi sistema processuale e fra loro intimamente connessi: quello della tutela sommaria (cautelare e non) e quello del giudicato.

Si tratta di due temi ampiamente dibattuti nel passato anche dalla dottrina italiana. E che periodicamente vengono ripresi dalla stessa. In effetti, proprio l'ultimo Congresso dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile, svoltosi a Cagliari lo scorso ottobre, è stato dedicato appunto alla *Crisi del giudicato*.

Come è emerso poi nel corso dei lavori del Convegno cagliaritano, in realtà, è difficile poter parlare per il nostro ordinamento processuale di crisi del giudicato (o, per meglio dire, del concetto stesso di giudicato) se si considera che, soprattutto in tempi più recenti, il legislatore italiano ha senza dubbio seguito la tendenza (peraltro comune a molti ordinamenti contemporanei) di individuare percorsi processuali diversi dal processo a cognizione piena ed esauriente e quindi sommari secondo l'accezione tradizionale del termine sommario.

E tuttavia, si è comunque attenuto alla regola che in altra sede<sup>4</sup> ho definito «aurea» e che mira a salvaguardare la pienezza del diritto di difesa costituzionalmente garantito, per cui in tanto questi procedimenti

---

1 CHIOVENDA, Giuseppe. *Le forme nella difesa giudiziale del diritto* (1901). In: *Saggi di diritto processuale civile*, I, Roma, 1930, rist., Milano, 1993. p. 354 ss.

2 SATTA, Salvatore. *Il formalismo nel processo*. In: Id., *Il mistero del processo*. Milano, 1994. 81 ss.

3 KLEIN, Franz. *Pro futuro*. Betrachtungen über Probleme der Civilprozessreform in Österreich, Wien-Leipzig, 1891, p. 31 ss.; Id., *Zeit- und Geistesströmungen im Prozesse*. Vortrag gehalten in der Gehe-Stiftung zu Dresden am 9. November 1901, Dresden, 1901, ristampa Frankfurt a.M., 1958. p. 20 ss. In proposito v. anche A. Carratta, *Funzione sociale e processo civile*, Relazione al Convegno "La funzione sociale nel diritto privato tra XX e XXI secolo" (Roma, 9 ottobre 2015), organizzato dall'Istituto Emilio Betti di Scienza e Teoria del Diritto nella storia e nella società", in corso di pubblicazione.

4 CARRATTA, Antonio. *Voce Processo sommario* (dir. proc. civ.), in *Enc. dir., Annali*, II, 1, Milano, 2008. p. 877 ss.; Id., *Struttura e funzione nei procedimenti giurisdizionali sommari*, in *La tutela sommaria in Europa*. Studi, a cura di A. Carratta, Napoli, 2012. p. 1 ss.

sommari sono destinati a produrre il giudicato in quanto sia prevista la loro trasformabilità, su iniziativa della parte che vi abbia interesse, in processi a cognizione piena ed esauriente.

Con la conseguenza che delle due l'una: o la parte che vi abbia interesse abbia utilizzato tale possibilità ed abbia effettivamente determinato la trasformazione del procedimento da sommario in processo a cognizione piena, ed allora avremo comunque la sentenza finale idonea a produrre la cosa giudicata; oppure, la parte ha rinunciato consapevolmente a tale possibilità, perché probabilmente ritiene di non avere valide ragioni da spendere, e questo suo comportamento «concludente» viene sfruttato dall'ordinamento per eliminare definitivamente la controversia e far sì che anche il provvedimento sommario (nato provvisorio) acquisti l'idoneità del giudicato. Si tratta, evidentemente di considerazioni abbastanza ovvie alle quali da tempo la nostra dottrina processualcivilistica è pervenuta.

Resta inteso che, laddove questa trasformabilità non sia prevista, il procedimento sommario non è in grado di produrre provvedimenti idonei al giudicato sostanziale.

Su entrambi questi temi (giudicato e tutela sommaria o provvisoria) il nuovo c.p.c. brasiliano fa scelte ben precise, come vedremo e come emergerà ampiamente dalle relazioni che seguiranno.

E tuttavia, l'impressione che ho tratto dalla lettura della disciplina codicistica è che le scelte compiute rispetto ai due profili dal legislatore brasiliano non risultino pienamente coordinate fra loro. Questo è indubbiamente un elemento di debolezza del codice perché la mancanza di linearità nelle soluzioni adottate può essere fonte di incertezze interpretative e applicative che sono quanto di più deleterio possa esserci per la legislazione processuale, come ben sappiamo noi italiani a causa del susseguirsi di interventi normativi sul codice esistente, privi di qualsiasi impianto sistematico.

E difatti, mentre sul problema del giudicato il nuovo c.p.c. brasiliano sembra ispirarsi ad un'impostazione indubbiamente classica, sul versante della tutela sommaria, invece, compie scelte molto innovative (in parte ispirate dalla legislazione francese sui *référé* e a quella italiana sull'efficacia dei provvedimenti cautelari e sulle ordinanze anticipatorie di condanna), che, però, non si conciliano perfettamente – almeno così mi sembra – con quanto stabilito a proposito del giudicato.

Sembra quasi che su questi due temi fondamentali il nuovo codice brasiliano abbia le sembianze di un'erma bifronte: rivolta al passato, per

quel che riguarda la disciplina del giudicato; al futuro, per quel che riguarda la disciplina dei provvedimenti sommari o di tutela provvisoria come li definisce lo stesso codice.

3 – Ora, a proposito del giudicato materiale, anzitutto, il nuovo c.p.c. brasiliano – in linea con quello precedente del 1973 – all’art. 502 stabilisce espressamente che per cosa giudicata materiale deve intendersi l’autorità che connota come immutabile e indiscutibile la decisione di merito non più soggetta a *recurso*, cioè alle impugnazioni previste per le sentenze.

All’art. 503 poi aggiunge che la pronuncia che decide totalmente o parzialmente il merito ha forza di legge nei limiti della questione principale espressamente decisa.

Non si può non evidenziare, in prima battuta, la sostituzione che il legislatore brasiliano del 2015 fa del precedente riferimento alla «*sentenza*» con l’attuale «*decisione sul merito*». In questa scelta può vedersi la consapevolezza (abbastanza pacifica anche da noi) che la cosa giudicata materiale non appartiene solo alla sentenza sul merito, ma anche a decisioni di merito aventi forma diversa dalla sentenza, pronunciate nell’ambito di procedimenti a cognizione sommaria trasformabili (ma in concreto non trasformati) in giudizi a cognizione piena su iniziativa del convenuto (come, ad es., da noi, il decreto ingiuntivo non più opponibile o l’ordinanza di convalida di sfratto o l’ordinanza di cui all’art. 702 bis, ecc.).

E tuttavia, a ben guardare non sembra essere questa la conseguenza della formulazione dell’art. 502, in quanto, sebbene parli di decisione nel merito, tuttavia poi aggiunge che deve trattarsi di decisione non più soggetta a *recurso*, ovvero ai normali mezzi di impugnazione previsti per le sentenze. Ne deriva che, evidentemente, la scelta del legislatore brasiliano è di collegare la produzione della cosa giudicata materiale alla sentenza, cioè alla decisione di merito che sia l’effetto di un giudizio a cognizione piena ed esauriente. Lasciando fuori dall’ambito della produzione della cosa giudicata, di conseguenza, tutte le decisioni di merito diverse dalla sentenza. Vale a dire tutte quelle decisioni di merito pronunciate nell’ambito di procedimenti sommari non trasformati in giudizi a cognizione piena ed esauriente.

La conseguenza di questa scelta sul sistema è duplice, a mio modo di vedere.

Da un lato, infatti, la soluzione appare pienamente garantista: solo la decisione di merito emessa all’esito di un processo nel quale abbia

trovato piena espressione il contraddittorio e il diritto di difesa è in grado di produrre l'effetto del giudicato.

Dall'altro lato, però, lascia del tutto indefinita l'efficacia che sono destinati a produrre tutti quei provvedimenti diversi dalla sentenza che contengono una decisione (sia pure sommaria) sul merito della controversia e non sono in alcun modo aggredibili o impugnabili o opponibili (a seconda dei casi) con gli specifici rimedi previsti dallo stesso ordinamento. E mi riferisco, a questo proposito, da un lato ai *provvedimenti di evidenza* (cioè allo stato degli atti) previsti dall'art. 311 del nuovo c.p.c. brasiliano o ai *provvedimenti anticipatori d'urgenza* di cui all'art. 303, per i quali espressamente il 6° comma dell'art. 304 prevede che non siano idonei a produrre la cosa giudicata materiale, sebbene lo stesso art. 304 parli, in termini notevolmente ambigui, di «stabilizzazione».

In questo si vede con chiarezza la stretta connessione che sottolineavo all'inizio fra i due temi che occuperanno questa sessione del nostro Seminario.

4 – Quanto poi al tema specifico della tutela sommaria o provvisoria, come dicevo, il legislatore brasiliano si mostra molto attento a cogliere le novità che sono emerse anche in altri ordinamenti, e in particolare quello francese e quello italiano. Epperò, connota di importanti novità questa disciplina.

Della tutela sommaria o provvisoria il nuovo codice si occupa agli articoli che vanno dal 294 al 311. Pochi articoli, tutto sommato. Ma il disegno che emerge – questa è la mia impressione e pronto a ricredermi anche alla luce delle analisi che verranno svolte nel corso dei lavori di questa mattina – presenta alcune ombre che potrebbero minarne in radice l'efficacia.

Anzitutto, l'art. 294 stabilisce che la tutela provvisoria comprende sia la tutela d'urgenza, e cioè la tutela provvisoria con funzione cautelare, sia la tutela di evidenza, che ho già richiamato prima e che non riveste funzione cautelare perché prescinde dalla sussistenza del *periculum in mora*, mentre si avvicina molto alle nostre ordinanze anticipatorie di condanna e al *référé-provision* francese.

Fin qui, direi, *nihil novi sub soli*. Se non il fatto che anche nel sistema brasiliano viene introdotta la tutela di evidenza, che secondo la terminologia utilizzata in altra sede<sup>5</sup> sarebbe preferibile chiamare *anticipatoria in senso proprio*, la cui finalità è quella di evitare che la durata del processo (a

5 CARRATTA, Antonio. *Profili sistematici della tutela anticipatoria*, Torino, 1997. p. 57 ss.

cognizione piena) possa andare a danno della parte che nel corso dello stesso appare aver ragione.

La vera novità, però, sta nella previsione della possibilità che il provvedimento d'urgenza, pur rivestendo funzione cautelare, possa acquisire *efficacia stabilizzante*. Sebbene, come già detto prima, non è chiaro questo cosa significhi in concreto, visto che, in ogni caso, tale stabilizzazione non è assimilabile alla cosa giudicata materiale.

Infatti, in caso di provvedimento d'urgenza a contenuto anticipatorio, laddove il convenuto non lo impugni entro 15 giorni con il rimedio specifico, ai sensi dell'art. 304 tale provvedimento è destinato a stabilizzarsi, salva la possibilità per ognuna delle parti di proporre una nuova domanda (ma avente ad oggetto il medesimo diritto del provvedimento d'urgenza), destinata a ridiscutere, revocare o modificare la decisione anticipatoria.

E' questo un «nodo irrisolto» del nuovo codice brasiliano, non essendo affatto chiaro cosa si intenda per «stabilizzazione» dei provvedimenti d'urgenza a contenuto anticipatorio e in che cosa quest'efficacia stabilizzante si distingua dal vero e proprio giudicato sostanziale. Perché delle due l'una: o tale stabilizzazione non si distingue in nulla dal giudicato vero e proprio, ma allora vi è una contraddizione con l'art. 502 che attribuisce il giudicato solo alla sentenza non più impugnabile; oppure essa va intesa in maniera diversa dal giudicato, e allora l'art. 304 avrebbe dovuto chiarire gli elementi che la caratterizzano.

5 - Un identico problema, del resto, è emerso anche da noi, dove l'attenuazione o l'allentamento della stretta concatenazione fra i provvedimenti cautelari ed il giudizio di merito, cui si è proceduto negli ultimi tempi (mediante la riformulazione dell'art. 669 *octies* c.p.c.) con riguardo ai provvedimenti d'urgenza di cui all'art. 700 c.p.c., ai provvedimenti cautelari idonei ad anticipare gli effetti della sentenza di merito ed a quelli emessi a seguito di denuncia di nuova opera o di danno temuto, ha portato a ritenere che questi provvedimenti sommari, pure cautelari, siano utilizzabili – sul modello francese del *référé* – come strumenti autonomi di tutela sommaria, alternativi sia al processo (ordinario o speciale) a cognizione piena, sia al giudicato sostanziale. E significativa – proprio per sottolineare la netta differenza fra il permanere degli effetti prodotti dal provvedimento cautelare e il giudicato vero e proprio – appare la formula utilizzata dall'ultimo comma dell'art. 669 *octies* c.p.c., laddove prevede espressamente che «l'autorità del provvedimento cautelare non è invocabile in un diverso processo».

In realtà, essendo espressione del principio di effettività della tutela giurisdizionale, i provvedimenti con funzione cautelare nascono, come noto, in conseguenza dell'esercizio dell'azione cautelare con la finalità di tutelare la situazione sostanziale in attesa del provvedimento definitivo (*provvisori* nello scopo o nel fine direbbe Calamandrei)<sup>6</sup>. Vale a dire che, a prescindere dalla durata temporale che essi avranno in concreto, tali effetti sono comunque destinati a cedere il passo all'accertamento ottenuto all'esito del giudizio a cognizione piena, che, se dichiara l'inesistenza della situazione soggettiva a cautela della quale la misura cautelare è stata concessa, rende inefficaci tali effetti e, in caso contrario, è destinato ad assorbirli. Infatti, «sorto per dar tempo al provvedimento principale di nascere attraverso la lunga gestazione del processo ordinario, e per tenere provvisoriamente le sue veci in quel limitato campo in cui il ritardo sarebbe stato pericoloso, il provvedimento cautelare vede, colla nascita del provvedimento principale, esaurita la sua funzione, compiuto il suo ciclo vitale»<sup>7</sup>.

Da ciò deriva anche che l'assenza di una funzione dichiarativa nei provvedimenti cautelari, e quindi la loro inidoneità a produrre un accertamento incontrovertibile, non è affatto una conseguenza della natura della cognizione che svolge il giudice al fine di pronunciare il provvedimento, ma piuttosto della loro *provvisorietà funzionale*. Come riconosceva Calamandrei, «il provvedimento cautelare ha effetti provvisori non perché (o non necessariamente perché) la cognizione su cui si basa sia meno piena di quella ordinaria e debba quindi essere bilanciata da una minore stabilità di effetti, ma perché il rapporto che il provvedimento cautelare costituisce è *per sua natura* destinato ad esaurirsi, in quanto il suo scopo sarà ormai raggiunto, al momento in cui sarà emanato il provvedimento sul merito della controversia»<sup>8</sup>.

Mentre la *provvisorietà* è intrinseca alla stessa funzione e struttura dei provvedimenti cautelari, che *nascono provvisori* e tali rimangono finché continuano ad esistere<sup>9</sup>, la durata più o meno limitata nel tempo dei loro effetti dipende dalle scelte operate in concreto: *a) dall'ordinamento processuale*, il quale può, in base a scelte di politica legislativa, imporre oppure no alla parte, la quale abbia ottenuto la misura cautelare, l'onere di instaurare entro un termine decadenziale il giudizio di merito sulla medesima controversia

6 CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. Padova, 1936. p. 14 e p. 21.

7 CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, cit., p. 82 s. Per ulteriori considerazioni in argomento rinvio ad A. Carratta, *Profili sistematici della tutela cautelare*, in *I procedimenti cautelari*, opera diretta da A. Carratta, Bologna, 2013. p. 1 ss.

8 CALAMANDREI, *ibidem*, p. 15.

9 Parafrasando le parole di P. Calamandrei, *Introduzione*, cit., p. 175 s.

o, se già instaurato, di proseguirlo fino alla decisione finale; *b) dalle parti*, le quali, conservando immutato il diritto di azione nel merito (non esaurito e neppure limitato dall'esercizio dell'azione cautelare, che – come abbiamo visto – ha contenuto e natura diversa ed autonoma da quella di merito), ne possono sempre usufruire, instaurando il giudizio di merito o, se già instaurato, proseguendolo fino alla decisione finale.

Di conseguenza, la connotazione in termini di provvisorietà – nel significato assunto – degli effetti cautelari prodotti è destinata a permanere anche laddove gli stessi, in concreto, dovessero non essere temporanei.

Va anche aggiunto, peraltro, che, intesa nei termini indicati, la provvisorietà come inidoneità del provvedimento a diventare definitivo è uno degli elementi sui quali è stata tradizionalmente impostata la differenza con i chiovendiani *accertamenti con prevalente funzione esecutiva* o meglio con i *provvedimenti sommari con funzione decisoria*. Anche questi, infatti, nascono provvisori e sono destinati a produrre effetti fino a quando non sopravvenga il provvedimento definitivo di merito a cognizione piena ed esauriente, che assorbe quello sommario<sup>10</sup>.

La differente natura provvisoria fra gli uni e gli altri si coglie, invece, per l'ipotesi in cui il provvedimento definitivo di merito a cognizione piena ed esauriente non dovesse sopravvenire: a differenza dei provvedimenti cautelari, che continuano a permanere nell'originario stato di provvisorietà, gli *accertamenti con prevalente funzione esecutiva* o i *provvedimenti sommari decisori* sono tradizionalmente considerati idonei a perdere la provvisorietà degli effetti prodotti e ad acquisire *una certa stabilità*, pienamente assimilabile a quella propria del giudicato sostanziale.

Ne deriva che prevedere – così come fa l'art. 304 del nuovo c.p.c. brasiliano – la «stabilizzazione» degli effetti prodotti dal provvedimento d'urgenza a contenuto anticipatorio significa non tenere in adeguata considerazione questa fondamentale distinzione tramandataci dai nostri Maestri e tuttora meritevole, a mio parere, di essere mantenuta.

6 - Né si risolve il problema attraverso l'*escamotage* del ricorso alla discussa nozione della c.d. preclusione *pro judicato*, come pure è stato fatto da parte della dottrina brasiliana.

---

<sup>10</sup> CALAMANDREI, Introduzione, cit., p. 175 s., il quale osserva che negli «accertamenti con prevalente funzione esecutiva» il provvedimento «nasce nella speranza che un successivo provvedimento non sopraggiunga, impedendogli di diventare definitivo, mentre quello cautelare nasce già in attesa di un successivo provvedimento definitivo, in difetto del quale è destinato a venir meno per mancanza di scopo».

E non lo si risolve, in primo luogo, perché continua a suscitare notevoli dubbi la «commistione fra il concetto di cosa giudicata e quello di preclusione»<sup>11</sup> e perché continua ad apparire inaccettabile – proprio alla luce dell’art. 502 del nuovo codice brasiliano – la configurabilità di due nozioni di giudicato, «quantitativamente» diverse.

In secondo luogo, perché non può non riconoscersi una vera e propria lesione del diritto costituzionale alla tutela «piena» del proprio diritto violato – oltre che una «petizione di principio»<sup>12</sup> - nella tesi che esclude l’efficacia di giudicato sostanziale per il provvedimento d’urgenza a contenuto anticipatorio non impugnato ed ammette, poi, «la pura e semplice protezione di quanto conseguito o conseguibile in via di esecuzione»<sup>13</sup> del provvedimento stesso. Se fosse vero che la sommarietà della cognizione implica necessariamente – come sostengono i fautori della c.d. preclusione *pro judicato* - una restrizione della sfera «quantitativa» di efficacia del provvedimento sommario, in confronto a quella di una sentenza di condanna, dovrebbe a maggior ragione escludersi (non solo «*quoad iustitiam*»<sup>14</sup>, ma anche e soprattutto) *quoad Constitutionem* qualsiasi preclusione degli effetti della successiva azione di accertamento negativo del diritto di cui è stato riconosciuto titolare nel provvedimento d’urgenza un soggetto che tale è risultato non essere.

Di conseguenza, riproporre con riferimento alla «stabilizzazione» di cui parla l’art. 304 del nuovo c.p.c. brasiliano la discussa figura della

11 Così GARBAGNATI, E. *I procedimenti d’ingiunzione e per convalida di sfratto*. Milano, 1979. p. 15 e p. 22 ss.; Id., *Il procedimento di ingiunzione*, Milano, 1991. p. 6 ss.; Id., *Preclusione pro iudicato e titolo ingiuntivo*, in Riv. dir. proc., 1949. p. 302 ss.; ma nel senso che la tesi della c.d. preclusione pro iudicato non costituisca altro che una «personalissima, ingegnosa creazione, propria dell’opera redentiana» già E. Allorio, *Giudicato su domanda parziale*, in Giur. it., 1958, I, 1, c. 399 ss., testo e nota 1; v. anche Id., *Saggio polemico sulla «giurisdizione» volontaria*, in Id., *Problemi di diritto*, II, Milano, 1957. p. 33 ss.; Id., *Nouve riflessioni critiche in tema di giurisdizione e di giudicato*, in Id., *Problemi di diritto*, II, cit., p. 64. Per altre indicazioni rinvio ad A. Carratta, *Profili sistematici*, cit., p. 532 ss.

12 Così GARBAGNATI, *ibidem*, p. 15.

13 Così, con riferimento alla ricostruzione della tesi della preclusione-presunzione pro iudicato, REDENTI, Enrico. *Diritto processuale civile*. 2a ed., Milano, 1957. III, p. 26 ss.; v. anche Id., *Profili pratici del diritto processuale civile*, Milano, 1938. p. 122 ss.

14 Così ancora E. Garbagnati, op. loc. ult. cit. In termini non dissimili. Allorio, Enrico. *Nuove riflessioni critiche in tema di giurisdizione e di giudicato*, in *Problemi di diritto*, II, cit., p. 57 ss., spec. p. 79 ss., criticando la tesi di E. Minoli, *Contributo al giudizio divisorio*, Milano, 1950. p. 144 s., che applicava la teoria della c.d. preclusione pro iudicato al giudizio divisorio. Osserva, in particolare, Allorio che «in una disputa come questa, l’onere della prova di una tesi tanto eteroclita, come quella che tende a sospendere in un particolare caso l’efficacia di un principio generalissimo, quale il principio della restituzione dell’indebito ... non può non incombere totalmente a chi ritiene di dover aderire a siffatta tesi!», mentre «coloro che vi aderiscono ... si limitano alla enunciazione senza dimostrazione», e che piuttosto - «do stato reale dei diritti sostanziali non può non venir meno che per effetto del giudicato che lo disconosca».



preclusione *pro judicato* significa riproporre questi problemi, dalla cui soluzione la stessa dottrina brasiliana che ad essa ricorre non può sottrarsi.

La verità è che anche con riferimento all'art. 304 del nuovo codice brasiliano si profila con chiarezza l'alterazione della posizione sostanziale (di partenza) delle parti, in quanto si introduce a favore dell'attore una vera e propria inversione dell'onere di conseguire l'accertamento definitivo dei propri pretesi diritti violati al fine di poter consolidare i provvisori effetti esecutivi. E, di fronte ad una tale inversione delle posizioni sostanziali (di partenza), è lecito domandarsi perché il legislatore dovrebbe preoccuparsi soltanto della salvaguardia della parte che chiede tutela, offrendole la possibilità di consolidare gli effetti prodotti dal provvedimento d'urgenza, e trascurare (o comunque, far passare in secondo piano) quella della parte contro cui tale tutela viene avanzata.



# PENHORA *ON LINE* NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

*Cassio Scarpinella Bueno<sup>1</sup>*

<sup>1</sup> Advogado formado pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP), instituição na qual obteve os títulos de Mestre (1996), Doutor (1998) e Livre-docente (2005) em Direito Processual Civil, todos com a nota máxima, e onde exerce as funções de Professor-Doutor de Direito Processual Civil nos cursos de Graduação, Especialização, Mestrado e Doutorado. Foi *Visiting Scholar* da *Columbia University* (Nova York) no ano acadêmico de 2000/2001. É Vice-Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Processual e membro do Instituto Iberoamericano de Direito Processual e da Associação Internacional de Direito Processual. Integrou a Comissão Revisora do Anteprojeto de novo Código de Processo Civil no Senado Federal e participou dos Encontros de Trabalho de Juristas sobre o Projeto de novo Código de Processo Civil no âmbito da Câmara dos Deputados. É autor de 21 livros, dentre os quais destacam-se os seguintes, publicados pela Editora Saraiva: *Curso sistematizado de direito processual civil* (em 7 volumes); *Manual de direito processual civil* (em volume único) e *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. Escreveu mais de 60 livros em coautoria e mais de 70 artigos científicos, alguns publicados em revistas estrangeiras. Desenvolve intensa atividade acadêmica em todo o território nacional, como palestrante e conferencista, e participa dos principais Encontros de Processualistas do exterior..

SUMÁRIO: 1 Considerações iniciais; 2 Apresentação do instituto; 3 Análise do art. 854 do CPCb de 2015; 3.1 Penhora em dinheiro; 3.2 Iniciativa do exequente; 3.3 Possibilidade de a penhora *on line* ser feita imediatamente; 3.4 Dispensa de prévio contraditório; 3.5 O sistema eletrônico empregado; 3.6 Limite da indisponibilidade; 3.7 O contraditório após a indisponibilização; 3.7.1 Tutela de terceiro; 3.8 Conversão em penhora; 3.9 Cancelamento da indisponibilidade; 3.10 Responsabilidade da instituição financeira; 3.11 Penhora eletrônica de outros bens; 3.12 Quando se tratar de partidos políticos; 4. Considerações finais; Referências.

## 1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Em primeiro lugar, quero registrar meus sinceros agradecimentos pelo honroso convite que me foi formulado pelo Professor Heitor Vitor Mendonça Sica, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, pelo Professor Giovanni Bonato, Professor visitante daquela mesma Instituição e pelo Professor Bruno Sassani da *Università degli Studi di Roma 'Tor Vergata'*, para participar desse Colóquio ítalo-brasileiro sobre o direito processual civil. A eles também meus cumprimentos pela excelência da organização e pela viabilização concreta do evento na Cidade de Roma.

O tema da minha exposição é a penhora *on line*, isto é, *eletrônica*, no novo Código de Processo Civil brasileiro<sup>2</sup>.

Antes de apresentar aos eminentes colegas as linhas gerais da novel disciplina, entendo necessário destacar a dicotomia que, aos poucos, voltou a ocupar o cenário jurídico brasileiro entre as execuções fundadas em títulos executivos *judiciais* e *extrajudiciais* o que, para nós, brasileiros, vem sendo chamado, desde a Lei n. 11.232/2005, de “cumprimento de sentença” em oposição ao “processo de execução”, respectivamente.

A dicotomia, contudo, que convida — e não é de hoje —, reflexão mais detida da doutrina brasileira acerca de seu alcance não traz maiores consequências ou inquietações para os atos executivos em geral, inclusive para a “penhora *on line*”. É que sua aplicação dá-se indistintamente de o

<sup>2</sup> O novo Código de Processo Civil brasileiro, Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015, é identificado ao longo do texto como CPCb de 2015. O Código de Processo Civil em vigor, Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973, é referido como CPCb de 1973.

fundamento da prática dos atos executivos ser título executivo judicial ou extrajudicial. É o que decorre, com segurança suficiente da interpretação conjunta do *caput* do art. 513 e do art. 771 do CPCb de 2015<sup>3</sup>.

## 2 APRESENTAÇÃO DO INSTITUTO

O art. 854 do novo Código de Processo Civil brasileiro disciplina a “penhora de dinheiro em depósito ou em aplicação financeira”, mais conhecida como “penhora *on-line*”, concretizando a expressa permissão do art. 837 do mesmo Código, segundo o qual: “Obedecidas as normas de segurança instituídas sob critérios uniformes pelo Conselho Nacional de Justiça<sup>4</sup>, a penhora de dinheiro e as averbações de penhoras de bens imóveis e móveis podem ser realizadas por meio eletrônico”<sup>5</sup>.

Parte desses critérios com relação à penhora de dinheiro foi (e ainda é) estabelecida pela Resolução n. 61/2008 do Conselho Nacional de Justiça que “disciplina o procedimento de cadastramento de conta única para efeito de constrição de valores em dinheiro por intermédio do Convênio BACENJUD e dá outras providências”<sup>6</sup>. O BACENJUD, consoante esclarece o art. 1º daquele ato normativo “é o sistema informatizado de envio de ordens judiciais e de acesso às respostas das instituições financeiras pelos magistrados devidamente cadastrados no Banco Central do Brasil, por meio da Internet”. O cadastro é obrigatório de acordo com o art. 2º da mesma Resolução.

---

3 Para o desenvolvimento do tema, v. meu *Manual de direito processual civil*, p. 420/423 e 525/528. Antes do CPCb de 2015, embora com orientação plenamente válida para ele, v., com mais espaço, meu *Curso sistematizado de direito processual civil*, v. 1, p. 359/369.

4 Cabe esclarecer para os amigos italianos que o Conselho Nacional de Justiça é órgão criado pela Emenda Constitucional n. 45/2004 na organização judiciária brasileira e tem como função precípua a uniformização e o aperfeiçoamento do trabalho do sistema judiciário brasileiro na perspectiva administrativa. Aquele órgão não tem atribuições jurisdicionais.

5 Antes mesmo da entrada em vigor do CPCb de 2015, a Recomendação n. 51/2015 do Conselho Nacional de Justiça já sugeria, em seu art. 1º, “a todos os magistrados que utilizem exclusivamente os sistemas Bacenjud, Renajud e Infojud para transmissão de ordens judiciais ao Banco Central do Brasil, Departamento Nacional de Trânsito e Receita Federal do Brasil, respectivamente”. A edição daquele ato normativo tem fundamento no art. 7º da Lei n. 11.419/2006, segundo o qual todas as comunicações oficiais que transitem entre órgãos do Poder Judiciário e entre este e os demais Poderes serão preferencialmente realizadas por meio eletrônico.

6 Aquele ato normativo teve sua constitucionalidade questionada perante o Supremo Tribunal Federal brasileiro sob o argumento de que o CNJ teria exorbitado de sua competência meramente administrativa ao expedir-lo, o que foi negado pelo Plenário do STF (MS 27.621/DF, rel. p./acórdão Min. Ricardo Lewandowski, j.m.v. 7.12.2011, DJe 11.5.2012).

A Lei n. 11.382/2006, ao alterar o CPCb de 1973 na parte relativa ao processo de execução, introduziu o art. 655-A, que passou a disciplinar expressamente o assunto. A iniciativa teve o mérito de colocar fim a discussão relevante sobre a inviabilidade de a penhora *on line* ser realizada independentemente de expressa previsão legislativa, baseada, como era, até então, no referido Convênio firmado por diversos Tribunais brasileiros<sup>7</sup>.

É correto entender que a chamada “penhora *on line*” é a possibilidade de o magistrado ter acesso a informações acerca da existência de depósitos e, mais amplamente, de aplicações financeiras em instituições financeiras para viabilizar a realização de sua penhora. O acesso dá-se por intermédio do Banco Central do Brasil, autoridade máxima e reguladora do sistema financeiro nacional brasileiro. Por isso, aliás, o nome do Convênio ser BACENJUD<sup>8</sup>.

O nome pelo qual o instituto é conhecido pode conduzir a engano comum. A penhora é, na verdade, o *resultado* de uma série de atos que começa com a requisição de informações sobre depósitos ou ativos financeiros em nome do executado e a solicitação de sua imediata indisponibilidade<sup>9</sup>. Mesmo quando efetivada a penhora *on line*, importa destacar que, como toda e qualquer penhora, ela é, ainda, ato de preparação da satisfação do exequente e não a satisfação em si mesma considerada. Tanto assim que, no momento adequado, o exequente precisará requerer, ao magistrado, o levantamento ou a transferência eletrônica do valor depositado sem o que o direito perseguido em juízo não tem como ser considerado satisfeito. É o que decorre, com clareza, do inciso I do art. 904 do CPCb de 2015<sup>10</sup>.

7 Essa discussão rendeu ensejo a duas ações diretas de inconstitucionalidade ainda pendentes de julgamento perante o STF (ADI 3.091/DF e na ADI 3.203/DF, atualmente na relatoria do Min. Roberto Barroso).

8 “A ‘penhora *on line*’ é instituto jurídico, enquanto ‘BACENJUD’ é mera ferramenta tendente a operacionalizá-la ou materializá-la, através da determinação de constrição incidente sobre dinheiro existente em conta-corrente bancária ou aplicação financeira em nome do devedor, tendente à satisfação da obrigação” (STF, Pleno, MS 27.621/DF, rel. p./acórdão Min. Ricardo Lewandowski, j.m.v. 7.12.2011, DJe 11.5.2012).

9 “A expressão ‘penhora *on line*’ é incorreta, se se considerar como tal o conjunto de todos os procedimentos desde a decretação de indisponibilidade. A indisponibilidade em si não é penhora, mas uma espécie de reserva de ativos que impede o uso e a fruição destes pelo executado. A penhora propriamente dita só ocorre após a rejeição da manifestação do executado, ou transcorrido o prazo sem manifestação” (Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, *Comentários ao Código de Processo Civil*, comentário n. 8 ao art. 854).

10 Marcelo Abella Rodrigues (Penhora eletrônica de ativos financeiros no NCP e defesa do executado, p. 639) elogia, no particular, a alocação da regra no CPCb de 2015, como subseção da Seção dedicada à penhora, depósito e avaliação, e não, como se dava no CPCb de 1973, inserida na subseção destinada a disciplinar a citação do devedor e a indicação de bens.

### 3 ANÁLISE DO ART. 854 DO CPCB DE 2015

Como visto, o tema de minha exposição é expressamente disciplinado pelo art. 854 do CPCb de 2015.

Aprimorando o art. 655-A do CPC de 1973, aquele dispositivo do novo Código distingue com nitidez a *indisponibilidade* dos valores (que se dá na conta do executado) da sua oportuna *conversão* em *penhora* e sua *transferência* para conta judicial (art. 854, § 5º); a *postergação* do contraditório para viabilizar a indisponibilidade independentemente de prévia ciência do executado (art. 854, *caput* e § 2º); o ônus do executado de arguir eventual impenhorabilidade dos valores bloqueados ou a manutenção de indisponibilidade indevida (art. 854, § 3º) e a decisão a ser tomada a esse respeito (art. 854, § 4º); os prazos para desbloqueio de valores indevidos (art. 854, §§ 1º e 6º) e a responsabilidade do banco pela demora do acatamento das determinações judiciais (art. 854, § 8º), todas elas transmitidas por meio de sistema eletrônico gerido pela autoridade supervisora do sistema financeiro nacional (art. 854, § 7º). O § 9º do art. 854, de seu turno, conserva a regra do § 4º do art. 655-A do CPCb de 1973, nele introduzido pela Lei n. 11.694/2008, a respeito das normas a serem observadas na realização da penhora quando a execução é dirigida contra partido político, impondo a responsabilidade de cada órgão partidário individualmente considerado<sup>11</sup>.

Entendo que cada um desses pontos merece ser analisado mais detidamente de modo a fornecer, com a iniciativa, material para o diálogo pretendido entre o sistema processual civil brasileiro e o italiano.

#### 3.1 Penhora em dinheiro

A penhora em dinheiro é considerada *prioritária* pelo § 1º do art. 835 do CPCb de 2015. O mecanismo do art. 854 quer criar condições plenas de sua realização. Para tanto, o magistrado deverá determinar a *indisponibilidade* de dinheiro em depósito ou em aplicação financeira existente em nome do executado que, posteriormente, será convertida em penhora. Considerando a dicção legal, é correto entender que não há autorização para que a indisponibilidade recaia sobre limites de

<sup>11</sup> Para a comparação entre os dois Códigos, o de 2015 e o de 1973, e a identificação das principais modificações, v. o meu *Novo Código de Processo Civil anotado*. Para a comparação entre os arts. 854 do CPCb de 2015 e o art. 655-A do CPCb de 1973, v. p. 660/666.

crédito porventura disponibilizados pelo executado perante a instituição financeira<sup>12</sup>.

O emprego do meio eletrônico para aquela finalidade é mais que justificável em função do *tempo* necessário para levantar as informações requeridas e do *tempo* necessário para realizar o bloqueio das quantias eventualmente encontradas, que tende a ser maior que o *tempo* necessário para que o executado levante os valores existentes na instituição financeira<sup>13</sup>. Não há como duvidar que tal iniciativa constitui *fraude à execução* e ato atentatório à dignidade da justiça, nos precisos termos do art. 792 e do inciso I do art. 774, do CPCb de 2015, respectivamente. O que se quer evitar, pela presteza e agilidade na *prática eletrônica* do ato judicial, é a consumação daquela fraude e toda a dificuldade, senão *impossibilidade*, de recuperar os valores desviados mesmo que sua transferência seja de todo *inefícax* com relação à execução (art. 792, § 1º, do CPCb de 2015). Sancionar o litigante nos moldes do parágrafo único do art. 774, de seu turno, não é, isoladamente, providência suficiente para inibir a prática, tão lamentável como comum na prática forense brasileira.

### 3.2 Iniciativa do exequente

O *caput* do art. 854 do CPCb de 2015 exige, tanto quanto já o fazia o *caput* do art. 655-A do CPCb de 1973, o *requerimento* do exequente. Este requerimento pode ser formulado já com a petição inicial do processo de execução (fundada em título executivo extrajudicial) ou com a petição que dá início à *etapa* de cumprimento de sentença quando os atos executivos tiverem fundamento em título executivo *judicial*. É o que dispõe o art. 798, II, “c”, e, embora de maneira menos clara, o § 3º do art. 523, do CPCb de 2015, respectivamente.

Questão discutida pela doutrina brasileira, a despeito do exposto texto legal, é saber se o magistrado pode fazer a referida determinação de ofício, isto é, independentemente de pedido do exequente. A melhor resposta, penso, é a positiva, máxime porque o CPCb de 2015, inovando,

12 Nesse sentido: Luiz Fernando Casagrande Pereira, *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*, comentário n. 9 ao art. 854.

13 Como bem escrevem Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero: “O direito à penhora eletrônica é corolário do direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva, na medida em que esse tem como consequência imediata o direito ao meio executivo adequado à tutela do direito material. Não há dúvida que a penhora eletrônica é a principal modalidade executiva destinada à execução pecuniária, razão pela qual não se pode negá-la ao exequente” (*Novo Código de Processo comentado*, comentário n. 1 ao art. 854).



ao menos expressamente, em relação ao anterior, dispõe que a penhora em dinheiro é *prioritária* em relação aos demais bens (art. 835, § 1º), ao mesmo tempo em que o inciso IV do art. 139 cria para o magistrado verdadeiro dever-poder *atípico* relativo à prática de atos executivos, “inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária”<sup>14</sup>.

### 3.3 Possibilidade de a penhora *on line* ser feita imediatamente

Questão importante é saber se existe alguma gradação na realização da chamada “penhora *on line*”. Sempre houve vozes no sentido de que aquela penhora pressuporia o esgotamento de outros meios de localização dos bens penhorados e que, relatados os malogros das diligências para este fim, o magistrado autorizasse *excepcionalmente* o bloqueio eletrônico dos ativos do executado.

A defesa dessa tese nunca me pareceu a mais adequada. Para afastá-la importa entender a chamada penhora *on line* como uma *forma* de realização da penhora sobre dinheiro “em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira” do executado (art. 835, I, do CPCb de 2015) mais célere, ágil, segura e *eficiente*. A regra é inequivocamente inspirada em razões de interesse público, de maior *eficiência* da prestação jurisdicional, não havendo razão para relegá-la à disponibilidade das partes e, menos ainda, para um “segundo plano”, como se a penhora *on line* tivesse como pressuposto, por qualquer razão, o malogro de outras tentativas de penhora sobre outros bens do executado.

Compreendida a “penhora *on line*” dessa forma, não há espaço para duvidar que o emprego dessa *técnica* constrictiva *independe* da prévia

---

14 O assunto, de qualquer sorte, é controvertido. Tendo como pano de fundo o art. 854 do CPCb de 2015, manifestaram-se contrários à realização de ofício da penhora, dentre outros: Rodrigo Mazzei e Sarah Merçon-Vargas, *Comentários ao novo Código de Processo Civil*, p. 1220 e José Miguel García Medina, *Novo Código de Processo Civil comentado*, comentários III ao art. 854. É esta a orientação que se mostrava majoritária na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, como demonstra o AgRg no REsp 1.296.737/BA, 1ª Turma, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j.un. 5.2.2013, DJe 21.2.2013. A favor da adoção da medida independentemente de pedido do exequente, escreveram, dentre outros: Teresa Arruda Alvim Wambier e outros, *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*, comentários ao art. 854; Marcelo Abelha Rodrigues, Penhora eletrônica de ativos financeiros no NCPC e defesa do executado, p. 639 e Luiz Fernando Casagrande Pereira, *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*, comentário n. 6 ao art. 854. Já vinha me manifestando favoravelmente à atuação oficiosa do magistrado desde o meu *Curso sistematizado de direito processual civil*, v. 3, p. 256/258.

frustração de outras diligências, quaisquer que sejam elas, tendentes à localização de bens penhoráveis do executado<sup>15</sup>.

### 3.4 Dispensa de prévio contraditório

Outra dúvida que decorre do *caput* do art. 854 diz respeito a saber o alcance da expressão “sem dar ciência prévia do ato ao executado”. Trata-se de postergação do contraditório relativo à prática do ato executivo ou, mais amplamente, da intimação para a etapa de cumprimento de sentença ou da citação para o processo de execução?

A melhor interpretação, em harmonia com as garantias constitucionais do processo, é de entender legítima a postergação do contraditório em relação *ao ato construtivo*<sup>16</sup>. Até porque, *antes* da prática daqueles atos, o executado deverá ser intimado ou citado para pagar voluntariamente. Somente com o seu silêncio é que terão início os atos executivos<sup>17</sup>. O § 2º do art. 854, por sua vez, parece corroborar esse entendimento ao determinar a intimação do executado *após* a efetivação da indisponibilidade de seus ativos financeiros para que possa se manifestar sobre a higidez daquele ato<sup>18</sup>.

Aspecto diferente da questão dá-se quando o executado não é encontrado para o início regular da etapa de cumprimento de sentença ou, principalmente, para o processo de execução. Nesse caso, a solução dada pelo art. 830 do CPCb de 2015 é a de serem *arrestados* os bens do executado. Nada há que impeça que o arresto que, após as comunicações

15 Antes do CPCb de 2015 já era esse o entendimento vencedor na jurisprudência do STJ, como faz prova suficiente o REsp 1.112.943/MA (repetitivo), rel. Min. Nancy Andriighi, j.un. 15.9.2010, DJe 23.11.2010, inclusive, no âmbito do direito processual tributário, a despeito do disposto no art. 185-A do Código Tributário Nacional (STJ, 1ª Seção, REsp 1.184.765/PA (repetitivo), rel. Min. Luiz Fux, j.un. 24.11.2010, DJe 3.12.2010). Aplicando esse entendimento mais recentemente, v.: STJ, 2ª Turma, AgRg no AREsp 705.435/SC, rel. Min. Og Fernandes, j.un. 20.8.2015, DJe 4.9.2015; STJ, 4ª Turma, AgRg no AREsp 408.348/SC, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j.un. 9.6.2015, DJe 12.6.2015, e STJ, 3ª Turma, AgRg no AREsp 389.401/SP, rel. Min. Ricardo Villas Bóas Cueva, j.un. 7.5.2015, DJe 13.5.2015.

16 É nesse sentido que a doutrina predominante vem se manifestando. Assim, *v.g.*: Rodrigo Mazzei e Sarah Merçon-Vargas, *Comentários ao novo Código de Processo Civil*, p. 1220; Luiz Fernando Casagrande Pereira, *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*, comentário n. 7 ao art. 854, salientando que, na espécie, o risco de ineficácia da medida foi presumido pelo legislador e Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, *Comentários ao novo Código de Processo Civil*, comentários n. 5 e 7 ao art. 854.

17 Marcelo Abelha Rodrigues (Penhora eletrônica de ativos financeiros no NCPC e defesa do executado, p. 640) entende diferentemente, sustentando a viabilidade da determinação da indisponibilidade antes mesmo da intimação ou da citação inicial.

18 Esse entendimento tem respaldo na jurisprudência do STJ como fazem prova os seguintes julgados: 4ª Turma, AgRg no REsp 1.510.848/DF, rel. Min. Marco Buzzi, j.un. 14.4.2015, DJe 23.4.2015, e 1ª Turma, AgRg no REsp 1.296.737/BA, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j.un. 5.2.2013, DJe 21.2.2013.

devidas, tende a se converter em penhora, recaia sobre dinheiro e que, por isso mesmo, seja ele efetivado de maneira eletrônica, observando-se, para tanto, o art. 854 do CPCb de 2015<sup>19</sup>.

### 3.5 O sistema eletrônico empregado

A determinação, ainda de acordo com o *caput* do art. 854, será feita por intermédio de “sistema eletrônico gerido pela autoridade supervisora do sistema financeiro nacional”. Este sistema é operado pelo Banco Central do Brasil, em função de convênios firmados com os diversos órgãos do Poder Judiciário — o já nominado BACENJUD —, levando em conta o disposto na já mencionada Resolução n. 61/2008 do Conselho Nacional de Justiça. O § 7º do art. 854 do CPCb de 2015 reitera essa orientação ao dispor genericamente, em harmonia com o art. 837 do mesmo Código, que “as transmissões das ordens de indisponibilidade, de seu cancelamento e de determinação de penhora previstas neste artigo far-se-ão por meio de sistema eletrônico gerido pela autoridade supervisora do sistema financeiro nacional”.

Questão interessante a este respeito é sobre a competência do órgão jurisdicional para determinar as medidas previstas no *caput* do art. 854. Para o direito brasileiro, é indiferente qual seja a competência do órgão. Em rigor, a determinação suplanta questões relativas à competência jurisdicional, mesmo na perspectiva territorial, dando preferência ao ambiente eletrônico, típico da internet. Assim, para ilustrar, o órgão jurisdicional da cidade de São Paulo pode requisitar diretamente, independentemente de carta precatória, as informações e indisponibilidade de depósitos em nome do executado por intermédio do Banco Central do Brasil, cujo endereço é, para todos os fins, em Brasília, Capital da República Federativa do Brasil, sendo indiferente a localização da agência bancária em que o executado possui os valores a serem indisponibilizados e, oportunamente, penhorados. Tudo ocorre, importa colocar em relevo, no ambiente *virtual* do sistema financeiro nacional.

### 3.6 Limite da indisponibilidade

A indisponibilização dos valores eventualmente localizados pela pesquisa a ser efetuada deve ser limitada ao “valor indicado na execução”.

19 No mesmo sentido, na doutrina: Luiz Fernando Casagrande Pereira, *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*, comentário n. 7 ao art. 854. É esse o entendimento da jurisprudência do STJ também, como fazem prova os seguintes julgados: 3ª Turma, REsp 1.338.032/SP, rel. Min. Sidnei Beneti, j.un. 5.11.2013, DJe 29.11.2013, e STJ, 3ª Turma, REsp 1.370.687/MG, rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j.un. 4.4.2013, DJe 15.8.2013.

O dispositivo legal quer corrigir uma das principais críticas usualmente feitas à prática da chamada “penhora *on line*”. É que o bloqueio de ativos por ele admitido encontra como limite “o valor indicado na execução”. Não se trata, a olhos vistos, de tornar indisponíveis todos os ativos do executado, todas as suas “contas-correntes” ou suas aplicações financeiras, quaisquer que sejam elas. Trata-se, diferentemente, de ato prévio para viabilizar a *penhora* do valor suficiente e bastante para a satisfação do crédito do exequente. É esta a regra que sempre vigeu e continua a vigor no direito brasileiro, como faz prova segura o art. 831.

Eventuais abusos do exequente, em indicar como devidos valores superiores a seu crédito, devem ser punidos como atos de litigância de má-fé (art. 17, I e II, do CPCb de 2015).

A previsão é complementada pelo § 1º do art. 854. Segundo ela, o magistrado, ciente da resposta, até mesmo de ofício, deverá determinar a liberação do valor *excedente*. A instituição financeira tem o prazo de vinte e quatro horas para liberar o excesso.

A previsão legislativa, que limita a indisponibilidade — e posterior conversão da penhora — “ao valor indicado na execução” tem sido destacada por alguns para sublinhar a inexistência de qualquer ofensa ao direito constitucional de intimidade do executado (art. 5º, X, da Constituição Federal brasileira)<sup>20</sup>. Isso porque o sistema não indica ao magistrado o numerário titularizado pelo executado; apenas concretiza a indisponibilidade no montante requisitado.

### 3.7 O contraditório após a indisponibilização

Após a indisponibilização dos ativos financeiros, o executado será intimado na pessoa do seu advogado ou pessoalmente se não estiver representado por um (art. 854, § 2º, do CPCb de 2015). Terá, a partir de então, o prazo de cinco dias (considerados apenas os úteis, por se tratar de prazo processual)<sup>21</sup>, para comprovar que as quantias tornadas indisponíveis são *impenhoráveis* ou que há (ou ainda há, a despeito do *dever* judicial constante do § 1º do art. 854) indisponibilidade em excesso (art. 854, § 3º, do CPCb de 2015).

20 Nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, *Novo Código de Processo Civil comentado*, comentário n. 4 ao art. 854, e Luiz Fernando Casagrande Pereira, *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*, comentário n. 4 ao art. 854.

21 A dicotomia tem fundamento no art. 219 do CPCb de 2015.

Cabe destacar, acerca dessa previsão, que o inciso IV do art. 833 do CPCb de 2015 trata da impenhorabilidade dos valores recebidos pelo executado destinados à sua própria subsistência e à sua família, salvo se a natureza jurídica do crédito for alimentar, independentemente de sua origem, como excepciona o § 2º do art. 833 do CPCb de 2015<sup>22</sup>. O inciso X do mesmo art. 833, por sua vez, veda a penhora de valores até quarenta salários mínimos em cadernetas de poupança, isto é, R\$ 31.520,00 em 2015, equivalente a 7.366,20 euro em outubro de 2015, com a mesma ressalva do § 2º sobre o crédito ter natureza alimentar.

Nesse sentido, o § 3º do art. 854 merece ser entendido no sentido de estabelecer verdadeiro ônus ao executado *alegar e demonstrar* que os valores revelados ao magistrado são protegidos por aqueles dispositivos codificados. A desincumbência desse ônus do executado é tanto mais importante porque o sistema eletrônico não consegue discernir — não ainda, pelo menos — contas-salário ou cadernetas de poupança de outras contas<sup>23</sup>.

Submetida a arguição do executado ao contraditório com o exequente<sup>24</sup>, o magistrado a analisará. Acolhida, determinará o cancelamento de eventual indisponibilidade irregular ou excessiva. Também aqui o § 4º do art. 854 concede o prazo de vinte e quatro horas para que a determinação seja implementada pela instituição financeira. É irrecusável o entendimento de que, para o sistema processual civil brasileiro, a decisão do magistrado é imediatamente recorrível por meio do agravo de instrumento, nos termos do parágrafo único do art. 1.015 do CPCb de 2015<sup>25</sup>.

Dúvida pertinente é saber se o silêncio do executado quanto a eventual irregularidade da indisponibilidade dos ativos financeiros acarreta preclusão para que o tema seja arguido em impugnação ou embargos à execução que são os nomes dados pelo CPCb de 2015 às manifestações do executado ao cumprimento de sentença e ao processo de execução,

22 A esse respeito, o CPCb de 2015 passou a autorizar a penhora *mensal* de valores acima de cinquenta salários mínimos, isto é, R\$ 39.400,00 (o equivalente a 9.207,75 euro em outubro de 2015), mesmo quando o crédito não tiver natureza alimentar.

23 Nesse mesmo sentido é o entendimento de Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, *Novo Código de Processo Civil comentado*, comentário n. 6 ao art. 854.

24 A despeito do silêncio do § 4º do art. 854, o prévio contraditório tem fundamento suficiente nos arts. 9º e 10 do CPCb de 2015. No mesmo sentido, v.: Teresa Arruda Alvim Wambier e outros, *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*, comentários ao art. 854; Marcelo Abelha Rodrigues, Penhora eletrônica de ativos financeiros no NCP e defesa do executado, p. 642; Luiz Fernando Casagrande Pereira, *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*, comentário n. 14 ao art. 854 e José Miguel Garcia Medina, *Novo Código de Processo Civil comentado*, comentários VII ao art. 854.

25 No mesmo sentido: Luiz Fernando Casagrande Pereira, *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*, comentário n. 16 ao art. 854.

respectivamente. A melhor resposta é a negativa, considerando que a indisponibilidade converter-se-á em penhora e a irregularidade da *penhora* é matéria típica a ser tratada naquelas oportunidades (art. 525, § 1º, IV, e art. 917, II, do CPCb de 2015, respectivamente)<sup>26</sup>. O que não pode ocorrer, a despeito do caráter de ordem pública da matéria, são sucessivas alegações, ensejando sucessivas decisões, comportamento que, de resto, merece ser analisado (e sancionado) na perspectiva da prática de atos atentatórios à dignidade da justiça<sup>27</sup>.

### 3.7.1 Tutela de terceiro

O *caput* do art. 854 limita a indisponibilidade de depósito ou de ativos financeiros existentes em nome do *executado*. Pode ocorrer, não obstante, que o ato afete terceiros, como ocorre, com frequência, na hipótese de ser indisponibilizada conta corrente conjunta.

Sem prejuízo de o próprio executado questionar a incorreção da indisponibilidade valendo-se do momento que lhe é reservado para tanto pelo § 3º do art. 854 do CPCb de 2015, é irrecusável que o próprio terceiro pode valer-se de *embargos de terceiro* para aquela finalidade<sup>28</sup>. Trata-se de instituto que é disciplinado pelos arts. 674 a 681 do CPCb de 2015 e que, em largas linhas, corresponde à *opposizione di terzo* dos arts. 619 a 621 do *Codice di procedura civile*.

### 3.8 Conversão em penhora

Se o executado, intimado, nada arguir ou caso sua arguição seja rejeitada, a indisponibilidade será convertida em penhora, dispensada a lavratura de termo, que, de acordo com o art. 838 do CPCb de 2015, é exigido para os demais bens penhorados. Na mesma oportunidade, o magistrado determinará

26 Correto entender, nesse sentido, que a consequência do silêncio do executado para os fins do § 3º do art. 854 é a conversão da indisponibilidade em penhora e não a impossibilidade de arguir a incorreção do ato em momento processual posterior. Nesse sentido, Luiz Fernando Casagrande Pereira, *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*, comentário n. 13 ao art. 854.

27 Nesse mesmo sentido, em ambos os pontos, Marcelo Abelha Rodrigues, *Penhora eletrônica de ativos financeiros no NCPC e defesa do executado*, p. 644.

28 Nesse sentido, Luiz Fernando Casagrande Pereira, *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*, comentário n. 18 ao art. 854, e Marcelo Abelha Rodrigues, *Penhora eletrônica de ativos financeiros no NCPC e defesa do executado*, p. 644. A pesquisa em torno do termo *final* para a apresentação dos embargos de terceiro deve levar em conta eventual ciência inequívoca da efetiva turbação da posse dos bens por determinação judicial nos moldes em que a 3ª Turma do STJ já decidiu no julgamento do REsp 1.298.780/ES, rel. Min. João Otávio de Noronha, j.un. 19.3.2015, DJe 27.3.2015.

à instituição financeira depositária que transfira, no prazo de vinte e quatro horas, o montante para conta corrente vinculada ao juízo da execução<sup>29</sup>.

Essa previsão, que ocupa o § 5º do art. 854 do CPCb de 2015, é importante para entender, vez por todas, a distinção que existe entre a prévia pesquisa sobre a existência de ativos financeiros passíveis de penhora, sua indisponibilidade e a sua posterior conversão em penhora.

Questão importante que se punha no sistema do CPCb de 1973 para os atos executivos baseados em títulos executivos *judiciais* dizia respeito ao início do prazo para oferecimento, pelo executado, de sua impugnação (sua defesa aos atos executivos). Isso porque, de acordo com o § 1º do art. 475-J daquele Código, o *dies a quo* para tanto dava-se com a intimação da penhora. Como se discutia se era, ou não, necessária a lavratura de termo quando a penhora fosse realizada eletronicamente, controvertia-se acerca do início do prazo<sup>30</sup>. Com o CPC de 2015, a questão ficou superada<sup>31</sup>. Não pela expressa dispensa da lavratura de termo de penhora no caso, como estatui o § 5º do art. 854, mas pela radical alteração da fluência do prazo para a impugnação na etapa de cumprimento de sentença. Doravante, de acordo com o *caput* do art. 525 do CPCb de 2015, o prazo de 15 dias terá início imediatamente após o término do prazo de 15 dias para pagamento sob pena de multa de 10%. De resto, o recebimento da impugnação, no CPCb de 2015, *independe* de prévia garantia de juízo (art. 525, *caput*), diferentemente do que era mais correto sustentar diante do § 1º de seu art. 475-J do CPCb de 1973<sup>32</sup>.

### 3.9 Cancelamento da indisponibilidade

Considerando a razão de ser da indisponibilidade dos ativos financeiros e sua posterior conversão em penhora para depois, somente depois, ser levantada pelo exequente para satisfação de sua dívida, autorizando o magistrado a julgar extinto, pela satisfação da dívida, o

29 O depósito em conta vinculada ao juízo é imposto pelo art. 840, I, e pelo art. 1.058, ambos do CPCb de 2015.

30 O tema chegou ao STJ, cuja 2ª Seção decidiu que o prazo para a impugnação deveria fluir da intimação para que o executado se manifeste acerca da penhora realizada eletronicamente (EDcl na Rel 8.367/RS, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j.un. 25.9.2013, DJe 2.10.2013), entendimento reiterado inúmeras vezes mais recentemente, dentre elas pela 4ª Turma daquele Tribunal no julgamento do REsp 1.220.410/SP, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j.un. 9.6.2015, DJe 30.6.2015.

31 Preciso nesse sentido: Marcelo Abelha Rodrigues, Penhora eletrônica de ativos financeiros no NCPC e defesa do executado, p. 642.

32 Para essa demonstração, v. o meu *Curso sistematizado de direito processual civil*, vol. 3, p. 474/476.

processo (art. 904, I, do CPCb de 2015), pode ocorrer de, nesse ínterim, o executado acabar pagando o valor da dívida.

Neste caso, o magistrado determinará o cancelamento, em vinte e quatro horas, da indisponibilidade e/ou da penhora, sempre se valendo do sistema eletrônico gerido pelo BACEN (art. 854, § 6º, do CPCb de 2015).

### 3.10 Responsabilidade da instituição financeira

Crítica comum na prática forense brasileira é a da demora na liberação de valores tornados indisponíveis em excesso ou indevidamente. É corriqueira a afirmação de que a velocidade que viabiliza a pronta indisponibilização de ativos não acompanha a correção de eventual erro.

O § 8º do art. 854 estabelece, para coibir o problema, que a responsabilidade da instituição financeira pelos prejuízos causados ao executado em decorrência da indisponibilidade de ativos financeiros em valor superior ao indicado na execução ou pelo juiz, bem como na hipótese de não cancelamento da indisponibilidade no prazo de vinte e quatro horas. A mesma agilidade pretendida para a indisponibilidade dos valores sujeitos à execução deve existir nos casos em que o comportamento oposto mostrar-se impositivo.

A fixação da responsabilidade, é o mesmo dispositivo que estatui, depende de determinação judicial e, em rigor, pode ser feita nos mesmos autos do processo, sempre após o devido contraditório e a devida ampla defesa, dando-se interpretação ampla ao art. 777 do CPCb de 2015.

A previsão normativa é adequada e merece ser aplaudida para o fim a que se destina. Sua implementação prática, contudo, depende de alteração nos programas empregados para viabilizar a comunicação eletrônica das informações. Até pouco tempo, a indisponibilidade era requerido eletronicamente mas, acreditem, o desbloqueio era requisitado por intermédio de ofícios de papel com toda a demora da tramitação de qualquer papel na burocracia administrativa de qualquer ente, ao menos dos brasileiros...

O art. 854 do CPCb é omissivo, contudo, acerca da responsabilização do banco por eventuais danos causados ao exequente como, por exemplo, em eventual falha da conversão da indisponibilidade em penhora com a perda do valor anteriormente encontrado. Mesmo assim, é irrecusável



a existência da responsabilidade a ser apurada mediante o devido processo legal<sup>33</sup>.

### 3.11 Penhora eletrônica de outros bens

O já mencionado art. 837 do CPCb de 2015, tanto quanto o § 6º do art. 659 do CPCb de 1973, não são claros quanto à viabilidade de a penhora de outros bens, que não o dinheiro, ser feita eletronicamente. O que aqueles dispositivos autorizam é a realização eletrônica de *averbação* das penhoras em bens imóveis e móveis nos respectivos registros.

Não obstante, há diversas iniciativas, algumas, inclusive com a participação do Conselho Nacional de Justiça, como a já mencionada Resolução n. 51/2015, autorizando, permitindo e, até mesmo, incentivando que as comunicações entre os diversos órgãos para aquele fim sejam feitas de maneira eletrônica. Na Justiça do Estado de São Paulo, por exemplo, é vedada a expedição de ofícios, certidões ou mandados em papel para averbações de penhora ou requisições de pesquisas de titularidade de imóvel, devendo as comunicações serem feitas eletronicamente<sup>34</sup>.

Em recente julgado do Superior Tribunal de Justiça o tema veio à tona e gerou decisão na qual se lê acerca do chamado “RENAJUD” que se trata de “... um sistema *on-line* de restrição judicial de veículos criado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que interliga o Judiciário ao Departamento Nacional de Trânsito (Denatran) e permite consultas e envio, em tempo real, à base de dados do Registro Nacional de Veículos Automotores (Renavam) de ordens judiciais de restrições de veículos, inclusive registro de penhora”. Mas não só. Também entendeu-se na mesma oportunidade que: “Considerando-se que *i*) a execução é movida no interesse do credor, a teor do disposto no artigo 612 do CPC de 1973<sup>35</sup>; *ii*) o sistema RENAJUD é ferramenta idônea para simplificar e agilizar a busca de bens aptos a satisfazer os créditos executados e *iii*) a utilização do sistema informatizado permite a maior celeridade do processo (prática de atos com menor dispêndio de tempo e de recursos) e contribui para a efetividade da tutela jurisdicional, é lícito ao exequente requerer ao Juízo que promova a consulta via RENAJUD a respeito da possível existência

33 No mesmo sentido: Teresa Arruda Alvim Wambier e outros, *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*, comentários ao art. 854 e Luiz Fernando Casagrande Pereira, *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*, comentário n. 21 ao art. 854.

34 Arts. 233 e 234 das Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

35 Que encontra correspondência no *caput* do art. 797 do CPCb de 2015.

de veículos em nome do executado, independentemente do exaurimento de vias extrajudiciais”<sup>36</sup>.

Trata-se de decisão que, a meu ver, aplica de maneira absolutamente escorreita o ideal de maior eficiência na atuação jurisdicional que, em última análise, encontra eco seguro no inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal brasileira.

### 3.12 Quando se tratar de partidos políticos

O § 9º do art. 854, como salientei de início, trata, em rigor, de tema estranho ao da penhora *on line*, já que se volta a afastar a corresponsabilidade dos diversos órgãos de direção dos partidos políticos, municipais, estaduais ou nacional, estabelecendo que a indisponibilidade e posterior penhora seja feita “somente em nome do órgão partidário que tenha contraído a dívida executada ou que tenha dado causa à violação de direito ou ao dano, ao qual cabe exclusivamente a responsabilidade pelos atos praticados, na forma da lei”.

É dispositivo que merecia, por isso mesmo, estar alocado em outro lugar do CPCb, quiçá na Lei Orgânica dos Partidos Políticos, Lei n. 9.096/1995, cujo *caput* do art. 15-A, na redação dada pela Lei n. 12.034/2009, estabelece a responsabilidade de cada órgão partidário pelos atos por ele próprio praticado, “excluída a solidariedade de outros órgãos de direção partidária”.

## 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo desse breve trabalho é apresentar a chamada penhora *on line* tal qual regulamentada pelo novo Código de Processo Civil brasileiro para fomentar o debate que este Colóquio pretende travar entre os sistemas brasileiro e o italiano.

Por isso mesmo, esquivei-me de fazer qualquer comparação a seu respeito com o modelo italiano, limitando-me a apresentar o tema em sua versão *tropical*. Estou, por isso mesmo, ansioso para ouvir dos distintos colegas italianos as novidades recentíssimas trazidas pela L. 6 agosto 2015 n. 132, que deu nova redação ao art. 492-bis no *Codice di Procedura Civile*, que disciplina a “ricerca com modalità telematiche dei beni da pignorare” e seus impactos na prática dos atos executivos na prática do foro italiano, levando em conta também o disposto no art. 155-bis a 155-sexies das *Disposizioni per L'attuazione do Codice di Procedura Civile*.

36 STJ, 3ª Turma, REsp 1.347.222/RS, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j.un. 25.8.2015, DJe 2.9.2015.

**REFERÊNCIAS**

- ABELHA RODRIGUES, Marcelo. Penhora eletrônica de ativos financeiros no NCPC e defesa do executado: a mini impugnação do § 3º do art. 854 do CPC. In: DIDIER JR., Fredie (coord. geral); MACÊDO, Lucas Buril; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (org.). *Novo CPC doutrina selecionada*, v. 5: execução. Salvador: Jus Podivm 2015.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado* (livro eletrônico). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- MAZZEI, Rodrigo; MERÇON-VARGAS, Sarah. Comentários ao art. 854. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coord.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil comentado* (livro eletrônico). 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil* (livro eletrônico). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande. Comentários ao art. 854. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil* (livro eletrônico). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Curso sistematizado de direito processual civil*, vol. 1: teoria geral do direito processual civil. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- \_\_\_\_\_. *Curso sistematizado de direito processual civil*, v. 3: tutela jurisdicional executiva. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- \_\_\_\_\_. *Manual de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- \_\_\_\_\_. *Novo Código de Processo Civil anotado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil* (livro eletrônico). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

### **Sites de interesse**

Código de Processo Civil Brasileiro (de 1973). Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm)>

Código de Processo Civil Brasileiro (de 2015). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>

Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <[www.cnj.jus.br](http://www.cnj.jus.br)>.

Constituição da República Federativa do Brasil: Disponível em: <<http://www2.planalto.gov.br/acervo/constituicao-federal>>.

Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>.

Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>.

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br>>.

# O PRECEDENTE QUALIFICADO NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO: FORMAÇÃO, EFICÁCIA VINCULANTE E IMPACTOS PROCEDIMENTAIS

*Fábio Victor da Fonte Monnerat*  
*Procurador Federal*

*Diretor da Escola da Advocacia-Geral da União em São Paulo*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 O incidente de assunção de competência e formação de precedentes qualificados; 2 Julgamento de casos repetitivos e formação de precedentes qualificados; 2.1 O tratamento “coletivizado” das questões repetitivas; 2.2 Do incidente de resolução de demandas repetitivas; 2.3 Do julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivos.

<sup>1</sup> Coordenador nacional de Direito Processual Civil da Escola da AGU. Mestre em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP. Coordenador e professor do Curso de Especialização em Direito Público com ênfase em Advocacia Pública da Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção São Paulo ESA/OAB-SP. Co-coordenador e professor do Curso de Especialização em Direito Processual Civil da Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo e Escola da Advocacia-Geral da União. Coordenador e professor do Curso de Atualização em Direito Processual Civil da Editora Saraiva. Professor convidado dos cursos de Pós-graduação lato sensu (especialização) da Escola Paulista de Direito- EPD, da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo-PUC/SP e do Complexo Educacional e Faculdade de Direito Damásio de Jesus. Professor de Direito Processual Civil do curso de graduação da Universidade São Judas Tadeu - USJT Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual - IBDP. Membro Efetivo da Comissão de Direito Administrativo da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção São Paulo. Autor do livro Introdução ao Estudo do Direito Processual Civil pela editora Saraiva.

## INTRODUÇÃO

A jurisprudência, assim entendida como o conjunto de decisões reiteradas sobre uma mesma matéria proferidas por tribunais, sempre, em maior ou menor medida, exerceu algum papel no sistema jurídico.

Rodolfo de Camargo Mancuso<sup>2</sup> aduz que a jurisprudência desempenha diferentes papéis conforme o regime político do país e a família jurídica a que ele esteja filiado. No Estado de Direito filiado à família romano-germânica da civil law, segundo Mancuso, a jurisprudência uniformizada, em especial os enunciados e súmulas formalizados, exerce relevantíssimos papéis, pois: a) opera como uma segura diretriz para o Poder Judiciário, funcionando como um importante subsídio para subsunção dos fatos ao Direito, na medida em que sinaliza a interpretação predominante em casos análogos; b) contribui para consecução de uma ordem jurídica justa, ou isonômica, por modo que casos semelhantes possam receber respostas qualitativamente uniformes; c) complementa a formação da convicção do magistrado, atuando como fator de atualização do Direito Positivo e como elemento moderador entre o fato e a fria letra da lei<sup>3</sup>.

O mesmo autor elenca a importância do respeito à jurisprudência reiterada e dominante para que o próprio Direito realmente tenha eficácia prática e credibilidade social, tendo em vista que “tratar igualmente situações assemelhadas é algo imanente a esse ramo do conhecimento humano<sup>4</sup>.

Nesse contexto, vale destacar o papel da jurisprudência e a importância da uniformidade de entendimentos nas hipóteses de definição do alcance e conteúdo dos conceitos vagos e indeterminados, assim entendidos “as expressões linguísticas cujos referenciais semânticos não são tão nítidos”<sup>5</sup> que, por isso, carecem de contornos claros e não são imediata e prontamente identificáveis no mundo dos fatos. O mesmo ocorre nas denominadas cláusulas gerais, que, por possuírem significado também vago, são sobremaneira utilizadas pelo direito contemporâneo

2 *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*, cit., p. 57/58.

3 O mesmo autor (op. e loc. cit.) cita o relevante rol de funções específicas da jurisprudência elencado pelo mestre Rubens Limongi França (Verbetes “Jurisprudência”, in SANTOS, Carvalho; DIAS, Aguiar. *Jurisprudência*. Repertório enciclopédico de direito brasileiro, vol. XXX, Rio de Janeiro Borsó, p. 291-293), a saber: a) interpretar a lei; b) vivificar a lei; c) humanizar a lei; d) suplementar a lei; e, e) rejuvenescer a lei.

4 Op. cit. p. 65.

5 Teresa Arruda Alvim Wambier, *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*, p. 153.

de modo a permitir que o texto normativo se adapte à realidade fática contemporânea, por demais complexa.

Por essas razões, as normas que contêm conceitos vagos ou indeterminados e cláusulas gerais, assim como as normas com estrutura de princípios, são indispensáveis ao Direito atual e, em certa medida, transferem ao intérprete a delimitação do sentido e do alcance do enunciado normativo.

Nesse contexto, o papel do Poder Judiciário não é apenas aplicar a norma ao caso concreto, mas também terminar o trabalho do legislador, fixando, de um modo mais claro do que o próprio texto normativo, o sentido e o alcance da norma, especialmente o conteúdo e os contornos de conceitos jurídicos indeterminados, cláusulas gerais e princípios jurídicos.

Essa atividade de concretização e esclarecimento do conteúdo da norma, a partir de sua constante aplicação a casos concretos, muitas vezes vai além da lide em que se formou o entendimento, pois sua constante aplicação possibilita a transformação de um conceito vago constante da lei em um conceito preciso quando colocado no contexto do Direito<sup>6</sup>.

Obviamente, o alcance dessa certeza e desse maior grau de precisão passa por uma necessária uniformização do entendimento jurisprudencial, pois, conforme afirma Teresa Arruda Alvim Wambier, a incerteza nesses casos é inevitável, sobretudo em um primeiro momento, mas deve ser combatida, pois é desejável e até indispensável que, a partir da consolidação do entendimento do Judiciário, forme-se um consenso em relação ao alcance dessas normas<sup>7</sup>.

Ademais, a consolidação de entendimentos acerca de questões de direito no âmbito da jurisprudência traz cada vez mais consequências no plano procedimental dos processos pendentes e futuros que venham a tratar das mesmas matérias, como a dispensa de citação do réu nas hipóteses do art. 332 do CPC, a autorização de julgamento monocrático do recurso pelo relator nas hipóteses do 932, incs. IV e V do Código, e o cabimento da reclamação para se fazer observar o disposto em súmula ou outros precedentes vinculantes.

---

6 Teresa Arruda Alvim Wambier, *op. cit.*, p. 155-158.

7 *Op. cit.* p. 164.

Como se vê, inúmeras são as utilidades da jurisprudência que, cada vez mais, vem exercendo um papel relevante sobre o conteúdo da decisão judicial, bem como sobre o procedimento.

Nesse sentido o Direito Processual brasileiro, na busca por uma prestação jurisdicional mais justa, efetiva e em tempo razoável, vem passando por uma modificação de paradigma que, progressivamente, passa a valorizar a jurisprudência formada pelas cortes superiores ou mesmo órgãos de jurisdição inferior.

Essa valorização é reflexo do reconhecimento da jurisprudência e do precedente judicial como fonte do direito<sup>8</sup> e da necessidade sistemática, imposta pelo princípio da isonomia, de que o Poder Judiciário ofereça a mesma resposta a todos os jurisdicionados que se encontrem em situação jurídica idêntica no plano do direito material.

O processo, deve ser entendido como instrumento do direito material, sendo decorrência dessa instrumentalidade a necessidade de uma resposta jurisdicional uniforme para todos os casos que envolvam a mesma questão jurídica<sup>9</sup>.

A valorização da jurisprudência e a busca pela uniformização de entendimentos jurisprudenciais já era sentida no sistema processual na vigência do Código de Processo Civil de 1973, onde destacava-se, por exemplo os arts. 476 a 479 do que, desde a redação original do Código estimulava e estabelecia o procedimento de uniformização da jurisprudência.

As reformas implementadas no sistema processual – não apenas codificado mas também constitucional – maximizaram este papel, sendo o constante aumento do protagonismo da jurisprudência e sua influência no processo um dos traços característicos das alterações pelas quais passou o CPC/73 e a própria Constituição Federal.

Exemplo desta clara e sempre crescente valorização da jurisprudência podem ser encontrados na Lei n. 9.756/1998 que, alterando o art. 557 do

---

8 José Rogério Cruz e Tucci, *Precedente judicial como fonte do direito*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 18.

9 Em nossa *Introdução ao Estudo do Direito Processual Civil* (MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. São Paulo: Saraiva, 2015) destacamos a dupla perspectiva do princípio da igualdade no processo civil que, a par de garantir “paridade de armas” às partes litigantes, exige que “o processo deve ser um instrumento capaz de produzir respostas jurisdicionais uniformes a todos que se encontram na mesma situação jurídica no plano do direito material”.



CPC/73, passou a autorizar o relator julgar monocraticamente o recurso com base em “súmula ou jurisprudência dominante” e na Lei n. 11.276/2006 que, ao inserir o §1º ao art. 518 do Código, passou a permitir ao juiz não “receber a apelação” quando a sentença estivesse em conformidade com súmula dos tribunais superiores<sup>10</sup>.

Igualmente, reformas constitucionais, notadamente a implementada pela Emenda Constitucional 45/2004, passaram a estabelecer formalmente um efeito vinculante à jurisprudência sumulada pelo Supremo Tribunal Federal por meio do procedimento estabelecido no art. 103-A, acrescentado ao texto constitucional pela referida emenda.

Esta marcha rumo à redefinição do papel da jurisprudência e dos precedentes e sua crescente influência no sistema processual é ainda mais potencializada pelo Código de Processo Civil de 2015 conforme será demonstrado ao longo do presente trabalho.

O novo Código parte da premissa que a uniformização jurisprudencial possibilita vários benefícios à sociedade, pois, ao mesmo tempo, prestigia o princípio da isonomia, gera segurança jurídica (no sentido de previsibilidade), e além disso, autoriza legitimamente a aceleração da prestação jurisdicional, em casos semelhantes, gerando maior efetividade processual.

Em última análise, a observância dos precedentes e das súmulas, sobretudo aqueles expressamente qualificados pelo legislador, por gerar maior segurança jurídica, evita a sensação de que a mesma situação jurídica é tutelada por mais de uma forma pelo ordenamento jurídico, em um mesmo momento, a par de combater frontalmente um mal que chegou a ser denominado de “jurisprudência de loteria”.

Ademais, a utilidade da jurisprudência formalmente uniformizada vai além da aceleração do procedimento e do prestígio da igualdade alcançados pela decisão uniforme para todos aqueles que se encontram na mesma situação de direito material, podendo gerar uma tutela jurisdicional mais *efetiva* ao legitimar a concessão de tutela de evidência, com base no art. 311, inc. II ou, dispensar o reexame necessário, nos termos do art. 496, §4º, ambos do Código de Processo Civil.

---

10 Sobre as técnicas processuais previstas no CPC de 1973 fulcradas na prévia uniformização da jurisprudência, nosso: MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. A Jurisprudência uniformizada como estratégia de aceleração do procedimento, in *Direito Jurisprudencial*, WAMBIER. Teresa Arruda Alvim (coord.)

Além disso, a jurisprudência uniforme pode ser um bom parâmetro para a caracterização de condutas de má-fé, nos casos em que o incidente ou recurso tenha por base um entendimento pacificamente já afastado pela jurisprudência formalmente uniformizada e consagrada em súmula ou precedente qualificado.

Portanto, valorizar os precedentes é viabilizar um processo mais ágil, justo e equo, possibilitando, naqueles processos que discutam causas idênticas já pacificadas pelos tribunais, cortes procedimentais e a repetição do entendimento consagrado.

Teresa Arruda Alvim Wambier<sup>11</sup>, relatora final do anteprojeto do novo Código de Processo Civil, elenca três vantagens advindas desse sistema de valorização de precedentes, a saber: a) mais efetividade do processo, na medida em que, uma vez decidida a questão de maneira reiterada, o gasto de atividade jurisdicional e das partes tende a ser menor na solução da mesma questão em casos futuros; b) maior respeito ao princípio da isonomia, por estar dando-se tratamento igual, ou seja, a mesma resposta jurisdicional a casos idênticos; e c) maior previsibilidade e tranquilidade para o jurisdicionado, representações do princípio da segurança jurídica que estaria sendo prestigiado a partir do momento em que há um sistema voltado a garantir que a resposta do Poder Judiciário, órgão constitucionalmente competente para dar a última palavra sobre a interpretação e aplicação da lei, é respeitada nos casos pendentes e terá respaldo pela aplicação futura.

Nesse sentido, especialmente deve ser destacado o art. 926 do CPC, que obriga os tribunais a uniformizarem sua jurisprudência e determina que estes a mantenham estável, íntegra e coerente.

Ademais, o art. 927 do CPC arrola uma série de pronunciamentos que devem ser obrigatoriamente observados pelos juízes e tribunais, quais sejam: I – as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II – os enunciados de súmula vinculante; III – os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV – os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria

---

<sup>11</sup> *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*, 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 210.

infraconstitucional; V – a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

O dispositivo nos permite concluir que a existência de um dos pronunciamentos nele arrolados influenciam diretamente no *conteúdo da decisão judicial* dos demais processos que versem sobre o tema já sumulado ou consagrado em um dos precedentes ali identificados<sup>12</sup>.

De uma certa maneira, a expressa referência àqueles pronunciamentos sugerem que estes precedentes e os enunciados de súmulas sejam a forma sugerida pelo Código pela qual os tribunais cumpram o dever estabelecido no art. 926, qual seja, o dever de uniformizar a jurisprudência.

De outro lado, o sistema do Código de Processo Civil estabelece que, uma vez existentes estes precedentes, restam legitimados *cortes procedimentais que aceleram o procedimento* como é o caso, por exemplo, da dispensa do reexame necessário prevista no art. 496, §4º - que acelera o trânsito em julgado -, do julgamento monocrático do relator a teor do art. 932, incs. IV e V - que dispensa a sessão de julgamento e os atos nela praticados, como a sustentação oral e o voto dos demais magistrados - e o julgamento liminar de total improcedência nos termos do art. 332 que autoriza a prolação da sentença de mérito logo quando da análise da petição inicial.

É de se destacar que tanto a eficácia vinculante quanto a potencialidade de impactar no procedimento e permitir a “aceleração” procedimental fulcrada na prévia uniformização só é autorizada pelo Código quando o entendimento estiver consagrado em “súmula” e em alguns precedentes que, por esta razão, devem ser tidos como “precedentes qualificados”.

Neste aspecto destaca-se uma sensível diferença em comparação ao sistema do CPC de 1973 que autorizava a aceleração do procedimento com base em “jurisprudência dominante” - não *formalmente enunciada* portanto - (art. 557 CPC/73) e em “precedentes do próprio juízo” (art. 285-A) que não possuíam qualquer qualidade ou peculiaridade digna de destaque no que tange ao procedimento de sua formação.

---

12 Nesse sentido: Enunciado nº 170 do Fórum Permanente de Processualistas Civis – FPPC, verbis: “(art. 927, caput ) As decisões e precedentes previstos nos incisos do caput do art. 927 são vinculantes aos órgãos jurisdicionais a eles submetidos. (Grupo: Precedentes).

As técnicas de aceleração a estas equivalentes, na sistemática do CPC 2015 só estão autorizadas, repita-se, por “*súmulas*” ou “*precedentes qualificados*”.

Por *súmulas*, devem ser entendidas a representação formal da jurisprudência pacífica, ou dominante, que emerge de um procedimento especificamente voltado ao reconhecimento da pacificação ou domínio do entendimento jurisprudencial.

Já os *precedentes qualificados* devem ser entendidos como julgamentos proferidos em procedimentos previstos em lei voltados a formação de uma precedente, apto à expressar o entendimento do Tribunal sobre uma questão de direito e a ser aplicado nos demais casos que envolverem a mesma matéria.

Estes precedentes são *qualificados*, não apenas pelo fato de serem vinculantes e por legitimarem cortes procedimentais, mas também porque os procedimentos previstos para sua formação são dotados de uma maior influência dos princípios do contraditório, motivação e publicidade<sup>13</sup>.

Nesse sentido, é nítido da análise do sistema do Código a preocupação em *maximizar a publicidade, o contraditório e a motivação* nos procedimentos voltados à formação do precedente qualificado, o que pode se depreender da leitura dos arts. 979, 983, 1.038, 1.040, por exemplo.

Desta feita, tais precedentes podem ser tidos por qualificados: a) pela sua autoridade (força) e capacidade de influenciar nos demais processos que versem sobre a mesma questão jurídica, e; b) pela maior qualidade do procedimento de sua produção.

Os procedimentos de formação de precedentes qualificados são regulamentados pelo próprio Código de Processo Civil, notadamente nos arts. 947; 976 a 986 e arts. 1.036 a 1.040.

Já em relação às *súmulas*, o Código se limita a determinar que os tribunais a editem mas não se preocupa em estabelecer o procedimento de edição, apenas dispondo que as mesmas serão editadas “na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno (art. 926, §1º).

13 Nesse contexto, vale o destaque do *Enunciado nº 460 do Fórum Permanente de Processualistas Civis – FPPC, verbis*: “(arts. 927, §1º, 138) O microsistema de aplicação e formação dos precedentes deverá respeitar as técnicas de ampliação do contraditório para amadurecimento da tese, como a realização de audiências públicas prévias e participação de *amicus curiae*.”

Sem olvidar da importância das súmulas para o sistema processual, os itens a seguir discorrerão sobre quatro *técnicas de formação de precedentes qualificados*, todas elas referidas no art. 927, inc. III, do CPC quais sejam: a) o incidente de assunção de competência; b) o incidente de resolução de demandas repetitivas; e c) o julgamento dos recursos excepcionais repetitivos.

## 1 O INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA E FORMAÇÃO DE PRECEDENTES QUALIFICADOS

A par de propor genericamente a valorização da jurisprudência e incentivar a adoção de súmulas de jurisprudência dominante no já comentado art. 926, o CPC 2015 instituiu *incidentes voltados a formar precedentes qualificados*.

O primeiro deles é disciplinado no art. 947, que substitui e faz as vezes de dois incidentes previstos no CPC/1973: o disciplinado no art. 476 e seguintes; e outro, com sutis modificações, previsto no art. 555, §1º, do CPC, introduzido pela Lei 10.352/2001.

No CPC/2015, o incidente de uniformização de jurisprudência, até então duplamente tratado, restou unificado.

Prevaleceu a sistemática do art. 555, §1º, do CPC/1973, pois o art. 947, §4º do CPC/2015 admite que o incidente seja suscitado não apenas quando já caracterizada a divergência, voltando-se a compô-la, como também para prevenir a possível divergência capaz de surgir a partir da multiplicidade de demandas com fundamento em idêntica controvérsia.

Os verdadeiros pressupostos de cabimento, portanto é o fato de a causa versar sobre uma: a) *relevante questão de direito*, b) *com grande repercussão social*, c) *sem repetição de processos*.

Diferentemente da letra do art. 476, e nos termos do 555, §1º, do CPC/1973, uma vez verificado o cabimento do incidente, o colegiado maior competente para julgá-lo não apenas se pronuncia sobre o ponto polêmico como também perfaz o julgamento do recurso que veiculou a tese, em uma verdadeira assunção de competência, para usarmos a expressão consagrada na doutrina<sup>14</sup> e na própria lei.

14 Sidnei Agostinho Beneti, Assunção de competência e fast-track recursal, *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 171, maio 2009, p. 9.

O artigo em comento não estabelece expressamente qual órgão colegiado do tribunal possui competência para o julgamento do incidente de uniformização, deixando isso a cargo do regimento interno de cada tribunal. Tal norma regimental, por sua vez, deve atribuir a competência ao órgão necessariamente representativo de todo tribunal ou de todos órgãos fracionários competentes para a análise da matéria, notadamente o plenário, a corte especial, ou mesmo seções especializadas que abarquem todas as câmaras ou turmas competentes em relação à matéria.

Vale destacar a previsão do §3º do art. 947 que estabelece que “O acórdão proferido em assunção de competência vinculará todos os juízes e órgãos fracionários”.

*Desta feita, o acórdão proferido na assunção de competência possui efeito vinculante e nessa medida pode ser perfeitamente categorizado como um precedente qualificado.*

Tal vinculação é coerente com o sistema de valorização dos precedentes, e zelo pela estabilidade da jurisprudência, até porque, por se tratar de frações, tais órgãos são parte de um todo, o tribunal, que, através de sua composição máxima com competência para a matéria, firmou o entendimento em determinado sentido.

A tese contrária, ou seja, aquela que admite a possibilidade de órgãos fracionários aplicarem entendimentos diferentes do decidido em sede de incidente de assunção de competência, esvazia o sentido do mesmo, e ofende a isonomia, permitindo o tratamento diferente de dois sujeitos em uma mesma situação no plano do direito material, além de atentar contra a segurança jurídica e a própria legalidade.

Ademais, o inconformismo da parte derrotada com fulcro em uma tese rechaçada em sede de incidente de assunção de competência, certamente, gerará a interposição de outros recursos ou mesmo ação rescisória, ferindo os princípios da celeridade, eficiência e economia processual.

Por estas razões, o precedente formado quando do julgamento da assunção de competência é vinculante e caso desobedecido por decisão de juiz, relator ou qualquer órgão fracionário do tribunal pode ser impugnado por reclamação, conforme dispõe o art. 988, inc. IV, do Código.

Vale destacar que, a técnica prevista no art. 947 tem lugar quando a questão de direito, não obstante possuir relevância social, não for caracterizada como repetitivo, ou seja, contida em um significativo número de processos.

Isso porque, para o trato das questões repetitivas, o CPC 2015 institui e regulamenta outros mecanismos de formação de precedentes qualificados, previstos no art. 928, classificados como “julgamento de casos repetitivos”, cujas espécies são: a) incidente de resolução de demandas repetitivas; b) recursos especial e extraordinário repetitivos.

## **2 JULGAMENTO DE CASOS REPETITIVOS E FORMAÇÃO DE PRECEDENTES QUALIFICADOS**

Outros dois mecanismos de formação de precedentes qualificados voltados a racionalizar o julgamento de causas e recursos repetitivos são identificados no art. 928 do Código de Processo Civil, são eles: a) o incidente de resolução de demandas repetitivas; e b) o julgamento dos recursos excepcionais repetitivos.

O incidente de resolução de demandas repetitivas tem cabimento toda vez que houver “efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito e risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica” (art. 976), podendo ser proposto pelas partes, Ministério Público, Defensoria Pública, ou ainda, instaurado de ofício, pelo juiz ou relator (art. 977).

O julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivos tem lugar nos termos do art. 1.036 do Código sempre que houver multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito.

Os itens subsequentes serão dedicados a breves comentários sobre a *litigiosidade repetitiva e às técnicas processuais de formação de precedentes qualificados* nesse contexto.

### **2.1 O TRATAMENTO “COLETIVIZADO” DAS QUESTÕES REPETITIVAS**

Historicamente, nosso sistema processual, sempre foi pautado pelo individualismo, sendo o direito de ação e o processo, bem como todo o sistema judiciário, pensados, estudados e regulados de forma a solucionar as lides individuais.

Se é certo que essa filosofia foi suficiente e coerente diante das demandas da época, hoje, com o avanço da tecnologia e com a formação de grandes grupos de pessoas, como consumidores de determinados serviços (por exemplo, telefonia, internet, planos de saúde, dentre outros), e com o crescimento considerável no número de servidores públicos e contribuintes, é impraticável pensar o processo e o sistema judicial como um sistema capaz dar soluções exclusivas para cada caso.

O tão buscado acesso à Justiça, prometido pela Constituição Federal foi, em grande medida alcançado, sobretudo após a criação dos Juizados especiais cíveis estaduais e federais. Entretanto, o alcance dessa meta, algo elogiável e digno de ser comemorado, também coloca em risco o sistema processual e judicial, haja vista a patente incapacidade dos órgãos jurisdicionais, dentre os quais os próprios Juizados especiais, de dar vazão a todos os pedidos de maneira efetiva e em tempo razoável.

A louvável ampliação do acesso à Justiça, portanto, somada à massificação dos conflitos e ao crescimento dos denominados casos múltiplos, que se identificam por veicular uma mesma questão de direito, impôs a necessidade de que o modelo processual civil e o próprio sistema judicial tivessem de ser repensados, à luz dessa nova realidade.

Uma primeira solução, apontada nos idos dos anos 80, foi o processo coletivo que, em teoria, poderia solucionar uniformemente as questões de massa, dando um tratamento coletivo e uniforme a todos os membros de um grupo ligados por determinadas características ou circunstâncias fáticas ou jurídicas.

Contudo, o sistema de jurisdição coletiva, na prática, não se mostrou eficiente e capaz de evitar o ajuizamento individual de demandas repetitivas sendo muito comum a pendência de uma ou mais ação coletiva e milhares de ações individuais versando sobre a mesma matéria.

Portanto, não obstante a engenhosidade e logicidade do sistema de jurisdição coletiva, essa técnica, por si só, não solucionou a questão da litigiosidade de massa plenamente, devido a três principais razões, quais sejam: a) a decisão de improcedência não atingir os integrantes de grupo, classe ou categoria de pessoas abrangidas pelo objeto da ação coletiva; b) a pendência do processo coletivo não inviabilizar o ajuizamento da ação individual pelo integrante de grupo, classe ou categoria de pessoas; e c) as constantes restrições impostas, ora pela lei, ora pela jurisprudência, que impedem a tutela coletiva de determinadas matérias, cujo maior



exemplo talvez seja a vedação de ajuizamento de ações coletivas para tutelar contribuintes, que, por definição, são um grupo que possui o mesmo status jurídico e que merece igual tratamento quer da administração pública, quer do Poder Judiciário.

Enfim, apesar da existência do processo coletivo, voltado a tutelar uniformemente questões jurídicas que atingem da mesma maneira centenas, milhares e, muitas vezes, milhões de pessoas, perduram, nessas mesmas proporções, em nosso sistema judicial, centenas, milhares ou mesmo milhões de ações individuais que discutem a mesma questão de direito.

Sobre este fenômeno de multiplicidade de demandas repetitivas, Sidnei Agostinho Beneti<sup>15</sup> sustenta que, em muitos dos casos repetitivos, não se tem uma ‘lide individual’ no sentido clássico da expressão, mas sim uma macrolide, que se desdobra em vários processos e ações individuais que, na verdade, envolvem os mesmos argumentos e as mesmas questões de direito, sendo, por esse motivo, a composição dessas apenas “ilusoriamente individual”.

É nesse contexto que o Código de Processo Civil de 2015 estabelece normas direcionadas a racionalizar o processamento e o julgamento das demandas individuais repetitivas que, não obstante *formalmente individuais*, recebem do Código um “*tratamento coletivizado*”.

Este *tratamento coletivizado* de processos que envolvam demandas repetitivas, em essência, se caracteriza por: a) concentração da solução da questão múltipla; b) sobrestamento de todos os processos que versem sobre a questão idêntica; c) formação de um precedente qualificado, d) aplicação do precedente qualificado de forma vinculante (art. 927, III, art. 985, I e II e art. 1.040) e “acelerada” (ex.: art. 332, 932, inc. IV e V) a todos os processos até então suspensos.

Tal sistemática portanto, pauta-se, especialmente, pela *formação e valorização de precedentes qualificados* que, uma vez produzidos, autorizam, legitimamente, a aceleração do procedimento e impõe a repetição da aplicação da tese consagrada no julgamento de todas as demandas individuais idênticas ajuizadas.

---

15 Assunção de competência e fast-track recursal, *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 171, maio 2009, p. 9.

A existência destes precedentes, portanto, é legitimadora de técnicas de aceleração da prestação jurisdicional que, se bem aplicadas, podem não só levar a um processo mais rápido e eficiente, homenageando o princípio da duração razoável do processo, como também torná-lo mais justo, aplicando a todos que se encontram na mesma situação no plano do direito material o mesmo entendimento.

O Código de Processo Civil, nesse aspecto, combate a concepção antiga de que cada processo e cada um dos autos é “um mundo”, que implicaria em aceitar a já denominada “loteria jurisdicional” e tolerar que duas pessoas em uma mesma situação jurídica recebam tratamentos rigorosamente opostos por terem sido julgadas por juízes com diferentes “entendimentos”.

## 2.2 DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

Com o objetivo de racionalizar o julgamento de processos que versam sobre questões repetitivas não afetadas pelos tribunais superiores, via recurso especial ou extraordinário repetitivos, e de prestigiar a isonomia, segurança jurídica, celeridade e efetividade processuais, o Código de Processo Civil de 2015 criou o incidente de resolução de demandas repetitivas, regulamentando-o entre os arts. 876 e 986.

Tal técnica tem lugar no âmbito dos tribunais de 2º grau de jurisdição pois, para os tribunais superiores o CPC institui uma técnica semelhante, a dos recursos excepcionais repetitivos, entre os arts. 1.036 e 1.041, a seguir comentada.

Assim, identificada a questão repetitiva abre-se a possibilidade de instauração do IRDR nos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais.

Podemos entender por demandas repetitivas aquelas que não possuem questões controvertidas acerca de fatos, mas exclusivamente de direito, e que, por disciplinar uma relação jurídica massificada, atingem individualmente um grande grupo de jurisdicionados (contribuintes de determinado tributo, consumidores de certos serviços, aposentados, etc.), e, por isso, em caso de conflito ou ambiguidades na interpretação e aplicação do direito, proporcionam uma enorme quantidade de ações propostas com pedido e causa de pedir semelhantes.

Muitas vezes, inclusive, é comum que as diversas demandas sejam propostas contra um mesmo sujeito, em especial entes públicos (União

Federal, autarquias federais, empresas públicas, fazendas estaduais e municipais), significando um motivo a mais para o tratamento coletivizado, uma vez que, nessas hipóteses, além da demanda representada na petição inicial, também as respostas do réu, notadamente a contestação, tendem a ser padronizadas, o que justifica um procedimento mais simples, se comparado com o de uma demanda inédita ou única e, mais do que isso, uma decisão com conteúdo equivalente.

A instauração do incidente pode ser realizada de ofício pelo juiz ou relator, ou a requerimento da parte, Ministério Público ou Defensoria Pública, conforme o art. 977 do Código.

Em função da força emprestada às decisões tomadas em sede do incidente de resolução de demandas repetitivas, o que será tratado a seguir, a sistemática prevista no CPC *potencializa* os princípios processuais constitucionais no curso de seu procedimento, especialmente a *publicidade*, o *contraditório* e a *motivação*.

O princípio da publicidade é maximizado especialmente pelo art. 979, que, em seu *caput*, reza que “a instauração e julgamento do incidente serão sucedidos da mais ampla e específica divulgação e publicidade, por meio do registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça”.

O parágrafo único do mesmo dispositivo, por sua vez, determina que “os tribunais promoverão a formação e atualização de banco de dados eletrônico sobre questões de direito submetidas ao incidente, comunicando, imediatamente, ao Conselho Nacional de Justiça, para a inclusão no cadastro”.

Tais regras possuem um claro intuito de promover o mais amplo conhecimento possível da instauração e do julgamento do incidente, viabilizando uma participação abrangente, dos magistrados, advogados e demais operadores de Direito e da própria sociedade no procedimento e maior observância do decidido.

Também o princípio do contraditório é potencializado no incidente, pela previsão de participação do Ministério Público, quando esse não for o requerente (art. 982, III), e pela possibilidade de o relator, antes de proferir decisão sobre a questão de direito, ouvir as partes e os demais interessados, assim entendidas “pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia”.

A participação desses interessados possui clara natureza de *amicus curiae*, modalidade de intervenção de terceiro já existente na legislação

processual extravagante e que passa a possuir tratamento no sistema codificado no art. 138 do CPC 2015.

A legitimidade para intervir como *amicus curiae*, segundo a mais autorizada doutrina sobre o tema<sup>16</sup>, decorre da demonstração, cumulativamente: a) do interesse institucional, conceito mais abrangente do que o de interesse jurídico previsto na regulamentação do instituto da assistência; e b) de adequada representação, ou seja, a representatividade dos postulantes.

Cassio Scarpinella Bueno<sup>17</sup> sugere como “um referencial importantíssimo, mas não suficiente”, o rol de legitimados pelo direito processual para propor ações coletivas, salientando, todavia, que não há como recusar que quaisquer interessados, “mesmo não admitidos pela lei brasileira como legitimados para propor ações coletivas, possam pretender desempenhar a função de *amicus curiae*”<sup>18</sup>.

É possível, ademais, vislumbrar um interesse jurídico objetivamente constatável, para que, com fulcro no princípio do contraditório, determinados sujeitos possam participar do incidente de resolução de demandas repetitivas, quais sejam, *aqueles que figurem como parte em demandas individuais que versam sobre a mesma matéria* e que potencialmente serão atingidos pelo decidido no procedimento.

Portanto, no grupo de legitimados para intervir incluem-se todas as partes dos processos que envolvam a mesma questão de direito, que, apesar de não possuírem interesse institucional, têm interesse jurídico na solução do incidente.

O sistema codificado, visando combater o proferimento de decisões divergentes durante o curso do procedimento de resolução concentrada, determina a paralisação dos processos que versem sobre a mesma questão de direito.

Nesse sentido, o art. 982, inc. I dispõe que admitido o incidente, o relator “suspenderá os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitam no Estado ou na região, conforme o caso”.

16 Cassio Scarpinella Bueno, *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*, São Paulo: Saraiva, 2006, p. 141.

17 Op. cit., p. 648.

18 Op. cit., p. 647.

Suspensos os processos, fica proibida a prática de atos processuais até o julgamento do incidente, restando apenas autorizada, nos termos do art. 982, §2º, a concessão de medidas de urgência pelo juízo de origem.

Uma vez julgado o incidente, a tese deve ser aplicada a todos os processos que envolvam a questão em função do disposto no art. 985 do Código que, apesar de não se utilizar da expressão “eficácia vinculante”, determina a observância obrigatória do entendimento firmado no incidente por todos os órgãos de jurisdição inferior vinculados ao tribunal prolator da decisão, inclusive nos processos que se desenvolvem perante os juizados especiais.

Desta eficácia vinculante do precedente qualificado formado no IRDR decorre *o cabimento da reclamação, contra a decisão que contrarie o decidido no incidente*, conforme dispõe o art. 988, inc. IV, do Código.

O estudo da reclamação, obviamente, escapa ao objeto deste trabalho, mas, em apertada síntese, esta pode ser entendido como uma *técnica de aceleração da cassação ou reforma do julgado contrário a entendimento consagrado no incidente de resolução de demandas repetitivas*.

### **2.3 DO JULGAMENTO DOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIO E ESPECIAL REPETITIVOS**

O Código de Processo Civil, em seus artigos 1.036 a 1.041, estabelece um procedimento de julgamento dos recursos excepcionais repetitivos, assim entendidos os recursos especial ou extraordinário múltiplos, fundados em idêntica questão de direito.

Nesse aspecto, a primeira inovação é a padronização do procedimento, no âmbito legislativo, do tratamento tanto do recurso especial, quanto do recurso extraordinário, o que não ocorria com o Código de Processo Civil de 1973, no qual o tratamento procedimental dos recursos excepcionais repetitivos, não obstante semelhantes, encontram-se disciplinados em dispositivos distintos, art. 543-A, 543-B, dedicados ao recurso extraordinário, e art. 543-C, que trata do procedimento do recurso especial repetitivo.

Todavia, diferenças procedimentais podem se mostrar presentes, não apenas pelo fato da exigência da repercussão geral da questão discutida no recurso ser uma exigência constitucional apenas para o recurso extraordinário, como também pelo fato de o art. 1.036 do Código

determinar a observância do regimento interno do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

Outra novidade criada pelo CPC 2015, quando comparado com o CPC 1973, é a possibilidade de *suspensão* não apenas dos recursos excepcionais que envolvam a mesma questão de direito mas *de todos os processos pendentes que versem sobre a questão repetitiva* (art. 1.037, II).

Em outras palavras, a instauração do incidente de julgamento de recurso especial ou extraordinário repetitivo, paralisa todos os processos que versem sobre a questão afetada, em 1ª e 2ª instâncias, além de, obviamente, impedir a tramitação e julgamento dos recursos excepcionais que versem sobre a matéria.

No que se refere ao procedimento do julgamento do recurso “representativo da controvérsia”, é estabelecida, de forma coerente com os efeitos vinculantes da decisão, a necessidade de maximização dos princípios constitucionais da publicidade e do contraditório, este último pela expressa previsão de participação do Ministério Público, e demais pessoas, órgãos ou entidades com “interesse na controvérsia”, que atuam na qualidade de *amicus curiae*, de modo extremamente semelhante à participação dos mesmos no incidente de resolução de demanda repetitiva comentada acima.

Nessa esteira, a *motivação também é potencializada* pois, nos termos do art. 1.038, § 3º “o conteúdo do acórdão abrangerá a análise de todos os fundamentos da tese jurídica discutida, favoráveis ou contrários”.

Julgado o recurso repetitivo, forma-se um precedente qualificado, com eficácia vinculante.

Portanto, a tese nele consagrada deve ser aplicada por todos os órgãos jurisdicionais sejam eles juízes, tribunais de 2º grau ou mesmo os próprios tribunais superiores a depender de fase procedimental que o processo tenha sido suspenso.

Se o recurso excepcional, quando suspenso já estiver pendente no tribunal superior, o julgamento deverá se dar monocraticamente pelo relator, conforme art. 932, IV e V do CPC, aplicando-se a tese consagrada no precedente qualificado.

Caso o processo esteja suspenso no tribunal de origem aguardando o juízo de admissibilidade pelo presidente ou vice presidente do tribunal

o recurso deverá, a depender da hipótese: a) ter seguimento denegado quando o acórdão recorrido consagrar a tese decidida pelo Tribunal Superior no julgamento do recurso paradigma; e b) ser reexaminado pelo tribunal *a quo* na hipótese contrária, em que o acórdão recorrido divergir da orientação do Tribunal Superior, momento em que está autorizado o tribunal *a quo* a exercer o juízo de retratação, adaptando o acórdão recorrido ao entendimento consagrado no julgamento concentrado.

Se, após a referida reanálise pelo tribunal de origem, for mantido o acórdão em termos contrários à orientação firmada pelo Tribunal Superior quando do julgamento do recurso paradigma, o procedimento deve ser: c) análise da admissibilidade do recurso excepcional e encaminhamento para o Tribunal Superior competente (art. 1.041).

Obviamente, esta última hipótese é frontalmente combatida pelo sistema, até porque é clara a determinação do Código o sentido de que os tribunais de 2º grau de jurisdição devem observar e aplicar a tese consagrada no julgamento do recurso paradigma independentemente da “jurisprudência local”, pois o contrário significa negar sentido ao procedimento de resolução concentrada.

Já os processos suspensos em primeiro e segundo grau de jurisdição retomarão o curso para julgamento, pelos juízes e relatores (monocraticamente, a teor do art. 932, IV e V) que devem, na ocasião, observarem e obrigatoriamente aplicarem a tese firmada pelo tribunal superior.

Nesse ponto, importante destacar que, mesmo que a decisão dos órgãos de 1º e 2º graus contrarie a tese consagrada no julgamento dos recursos excepcionais repetitivos não é admissível *imediatamente* a reclamação.

Isso porque, de acordo com a sistemática estabelecida pelo Código a partir da alteração empreendida pela Lei 11.256/2016 que entrou em vigor no mesmo dia que o próprio CPC, a reclamação proposta para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, é inadmissível enquanto não “esgotadas as instâncias ordinárias”.

No caso da ocorrência do indesejável desrespeito ao entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça, caberá a parte prejudicada interpor o recurso cabível visando modificar

a decisão (v.g. apelação, agravo interno), estando impedida de ajuizar *imediatamente* a reclamação diretamente no tribunal superior.

O não cabimento - *imediato* - da reclamação, contudo, não retira a natureza vinculante e a necessidade de observância obrigatória do precedente qualificado formado no julgamento dos recursos especial e extraordinário repetitivos.

Isso porque, a *natureza vinculante do precedente qualificado decorre da determinação legal que no sentido de que a tese nele consagrada deve ser observada* não estando, portanto, diretamente ligada à natureza do mecanismo voltado a impugnar a decisão contrária ao precedente.



# IL SISTEMA PROBATORIO NEL CPC DEL 2015

*Flávio Luis Yarshell*

*Professore ordinario di diritto processuale civile presso la Facoltà di  
Giurisprudenza dell'Università di San Paolo (USP)*

**SOMMARIO:** 1 Oggetto; 2 Il nuovo Codice di Procedura Civile e il ruolo delle parti nell'ambito dell'istruzione probatoria; 3 Distribuzione dell'onere della prova ad opera del giudice e istruzione ufficiosa; 4 Anticipazione della prova indipendentemente dalla sussistenza del periculum in mora; 5 Negozi processuali; 6 Trattazione congiunta; 7 Scelta del consulente tecnico ad opera delle parti; 8 Audizione di testimoni direttamente dalle parti; 9 Conclusione.

## 1 OGGETTO

Il tema prescelto é quello del sistema probatorio nel nuovo codice di procedura civile che entrerà in vigore nel marzo del 2016. In questa sede voglio trattare degli aspetti relativi alla disciplina delle prove in generale, facendo alcuni riferimenti alle regole specifiche dei singoli mezzi di prova.

L'obbiettivo è offrire, nei limiti di tempo della mia relazione, una visione sull'evoluzione del diritto delle prove in Brasile negli ultimi decenni, con particolare riferimento al confronto tra il ruolo delle parti e quello del giudice.

Inoltre, sempre rispettando i limiti di tempo, farò un pronostico su ciò che accadrà in futuro in ragione delle modifiche apportate dal nuovo codice.

A questi fini, voglio esaminare alcuni aspetti del nuovo codice per illustrare il contenuto delle mie riflessioni.

## 2 IL NUOVO CODICE DI PROCEDURA CIVILE E IL RUOLO DELLE PARTI NELL'AMBITO DELL'ISTRUZIONE PROBATORIA

Negli ultimi trenta anni, possiamo notare che dottrina brasiliana ha dato particolare rilievo ai poteri del giudice: non solo ai poteri istruttori, ma anche a quelli di direzione del processo e a quelli decisori. Rispetto a questi ultimi, basta ricordare le modifiche che hanno attribuito ai giudici istruttori il potere di decidere, in determinate ipotesi, in via monocratica. Nella pratica, tali ipotesi sono state aumentate, molto spesso per impedire deliberazioni tipicamente collegiali.

In particolare, rispetto ai poteri istruttori, ha prevalso in dottrina la tesi secondo cui l'attività officiosa deve essere ampia e non è condizionata all'iniziativa delle parti. Inoltre, è stato riconosciuto che l'attività istruttoria del giudice non è meramente sussidiaria, né è condizionata o dipende dalla natura del diritto dedotto in giudizio o dalla posizione delle parti rispetto al rapporto giuridico sostanziale.

Tutto ciò è basato sulla convinzione che la ricerca della verità sarebbe un requisito essenziale per l'emanazione di decisioni giuste e che, pertanto, nel disporre d'ufficio l'assunzione di mezzi di prova il giudice starebbe attuando il diritto oggettivo, perseguendo in tal modo un obiettivo che è prima di tutto dello Stato. La dottrina maggioritaria ha ritenuto che l'iniziativa officiosa del giudice in materia probatoria non violasse il principio di uguaglianza delle parti, né mettesse a rischio l'imparzialità dell'organo giudicante.

Su questo punto apro una parentesi: sono convinto che l'iniziativa officiosa in materia probatoria sia sempre stata oggetto più di un desiderio della dottrina che dell'effettiva realtà giudiziaria dei giudici di primo grado e secondo grado, salvo i casi di diritti indisponibili. In effetti, gli organi giurisdizionali lasciano, in modo pragmatico, l'attività istruttoria nelle mani delle parti interessate e finiscono per applicare, pertanto, le regole sulla distribuzione dell'onere della prova. In un contesto processuale in cui gli organi del potere giudiziario si lamentano sistematicamente del sovraccarico di lavoro, tutto ciò trova la sua giustificazione.

Tale visione del fenomeno processuale – che dà risalto al ruolo officioso del giudice quanto all'assunzione delle prove – è legata all'idea secondo cui il magistrato è il destinatario della prova, come si ha l'abitudine di affermare.

Da questa premessa derivano, almeno, due importanti conseguenze, presenti nel pensiero della dottrina brasiliana: a) si dà molto risalto all'"onere oggettivo della prova", che, secondo la visione classica, è una regola di giudizio, il cui destinatario è, pertanto, il giudice nel caso in cui si resti, al momento della decisione della controversia, nello stato di incertezza e ignoranza sui fatti da provare; b) si ritiene che il diritto alla prova, malgrado tutto il discorso sul suo fondamento costituzionale, come aspetto delle garanzie dell'azione e del diritto di difesa, si esaurisce quando il giudice, in un determinato momento, ha già formato il suo convincimento. In altre parole, ciò significa che: il limite al diritto alla prova non sarebbe l'ampiezza del diritto di azione e di difesa, ma il convincimento del giudice che, ancora una volta, è il "destinatario della prova"...

Accade che, paradossalmente, il codice di procedura civile (del 2015), senza propriamente negare i poteri istruttori del giudice e l'iniziativa officiosa, ha finito per attribuire alle parti un ruolo particolarmente rilevante in materia probatoria.

Ricordo, fin d'ora, che tale affermazione è basata sulla constatazione dell'enfasi data dal nuovo codice al principio del contraddittorio nella sua dimensione normativa: nell'art. 7, ultimo comma, si dice che spetta al giudice garantire un contraddittorio effettivo; e agli articoli 9 e 10 viene stabilito che non si possono emanare "decisioni a sorpresa", senza aver previamente sentito le parti, anche quando si tratta di materia che può essere conosciuta d'ufficio dal giudice. Oltre a queste regole, ce ne sono altre simili che tendono sempre a valorizzare la circostanza che il giudice ascolti le parti. Faccio un'osservazione: sarebbe un'ottima cosa che l'oralità – al pari di quanto accade nei procedimenti arbitrari – potesse nel

processo giurisdizionale statale brasiliano, essere uno strumento a servizio del contraddittorio, per renderlo una realtà e non solo una promessa che termina in lunghe memorie scritte e inviate in via telematica che il giudice non sempre legge e a cui non risponde in maniera adeguata.

Ma, alcuni esempi potranno illustrare meglio la mia affermazione secondo la quale in materia probatoria il ruolo delle parti è stato potenziato.

### **3 DISTRIBUZIONE DELL'ONERE DELLA PROVA AD OPERA DEL GIUDICE E ISTRUZIONE UFFICIOSA**

Nell'art. 373, il CPC del 2015 ha consacrato la possibilità che il giudice possa distribuire l'onere della prova in modo differente da quello tradizionale, “nei casi previsti dalla legge o dinanzi alle peculiarità della causa relativa alla impossibilità o eccessiva difficoltà di assolvere all'onere [della prova] (...) o alla maggior facilità di ottenere la prova del fatto contrario”. Faccio un'ulteriore osservazione: nel codice di difesa del consumatore, in vigore dal 1990, è contenuta una disposizione che permette al giudice di cambiare la regola tradizionale in materia di onere della prova a favore del consumatore, in conseguenza della sua debolezza e della plausibilità delle sue allegazioni.

Da un lato, è certo che la regola del nuovo codice di procedura civile rinforza i poteri del giudice in materia istruttoria, nella misura in cui il compito di distribuire diversamente l'onere della prova non spetta solo alla legge, ma anche al giudice.

Tuttavia, a questo proposito ci sono due aspetti rilevanti: a) in quanto il giudice dispone sulla distribuzione dell'onere della prova (e, pertanto, dà già una prima traiettoria per la soluzione della controversia in caso di assenza di prova), si tende a ridurre in modo sostanziale l'area della iniziativa officiosa nell'assunzione dei mezzi di prova: risulterebbe, infatti, contraddittorio che il giudice si pronunciasse su tale distribuzione e, successivamente, avviasse un'indagine non considerando la precedente attribuzione dell'onere; b) quando il giudice modifica la regola legale, deve “dare alla parte l'opportunità di adempiere l'onere che le è stato assegnato”; ciò è in linea con le regole precedentemente richiamate sul principio del contraddittorio. Tutto ciò era già stato auspicato da una parte della dottrina e la scelta del legislatore dimostra quanto meno una attenuazione della prospettiva “obbiettiva” dell'onere della prova.

#### 4 ANTICIPAZIONE DELLA PROVA INDIPENDENTEMENTE DALLA SUSTENENZA DEL PERICULUM IN MORA.

Nell'articolo 381, il codice di procedura civile del 2015, nel solco di quanto sostenuto da una parte della dottrina e della giurisprudenza, ha superato l'idea che l'anticipazione della prova debba essere necessariamente subordinata alla presenza di un pericolo sulla perdita di una fonte di prova. In linea con quanto stabilito dall'ordinamento tedesco e da quello francese (ma, tuttavia, senza giungere a quanto previsto nei sistemi di common Law), il nuovo codice brasiliano dispone che una parte possa chiedere l'assunzione di una prova prima dell'instaurazione del processo di cognizione quando quest'ultima è "idonea a permettere l'autocomposizione [della controversia] o un altro strumento adeguato alla risoluzione del conflitto"; o, ancora, quando "la previa conoscenza dei fatti può giustificare o evitare la proposizione dell'azione".

L'irrilevanza del periculum in mora certamente non implica irrilevanza della situazione di diritto sostanziale, che deve almeno esposta dalle parti. La prova rimane, quindi, strumentale. Per questo, in tale processo, la parte istante ha l'onere di indicare i fatti su cui la prova è richiesta, non trattandosi di una specie di "fishing expedition", di cui si parla nei sistemi di common Law.

Resta il fatto che misura in discorso è diretta a permette alle parti la possibilità di conoscere meglio i fatti per valutare, quindi, le chances e i rischi di un futuro processo. Questa funzione della prova non è propriamente legata allo scopo giuridico dell'attuazione del diritto, ossia alla soluzione della controversia data dal giudice o dall'arbitro. Si tratta di una funzione della prova che viene legata allo scopo sociale della giurisdizione – di pacificazione attraverso l'eliminazione della controversia – e, coerentemente, pone le parti (e non il giudice) come destinatarie della prova. Ancora una volta, il ruolo delle parti in materia di prova nel nuovo codice acquista una dimensione fino ad oggi sconosciuta nel sistema processuale.

#### 5 NEGOZI PROCESSUALI

Nell'articolo 190, il codice di procedura civile del 2015 stabilisce che, trattandosi di diritti per i quali è ammessa la "autocomposizione" della controversia, "è permesso alle parti con piena capacità di agire di stipulare modifiche del procedimento per adeguarlo alle specificità della causa e di disporre convenzionalmente su oneri, poteri, facoltà e doveri processuali, prima o durante il processo".

Sicuramente, tale prospettiva – che va molto oltre quella della mera elezione di foro competente (nonostante qui la legge autorizzi l’elezione di “foro straniero esclusivamente in contratto internazionale”, come indicato dall’art. 25) – non si limita al diritto delle prove. Ma, nel campo specifico dell’istruzione probatoria, si spera che la disposizione sui negozi processuali possa dare i suoi frutti. Risulta, quindi, aperta la possibilità di accordi in materia di prova, inclusa la prova prodotta in materia stragiudiziale; forse – e ciò dipenderà dal ruolo che gli avvocati possono esercitare – in forma simile a quello che accade in modelli di common law.

Nonostante tutto ciò non faccia parte della cultura giuridica brasiliana, forse con il tempo e non solo nei processi arbitrari, sarà possibile svolgere processi stragiudiziali per lo scambio di documenti, realizzazione di perizie e audizione di testimoni.

## 6 TRATTAZIONE CONGIUNTA

Nell’articolo 357, il CPC del 2015 stabilisce, in senso contrario, che sussistendo la necessità di assumere prove non meramente documentali, il giudice deve procedere alla trattazione della causa: a) risolvere le questioni processuali pendenti; b) delimitare le questioni di fatto e i corrispondenti mezzi di prova, così come le questioni di diritto rilevanti; c) definire la distribuzione dell’onere della prova.

In questo contesto, il nuovo codice passa a disporre che: “Le parti possono presentare al giudice, chiedendo l’omologazione, la delimitazione consensuale delle questioni di fatto e di diritto” (§ 2°). Oltre a tutto ciò, se la causa presenta una “complessità in materia di fatto o di diritto, il giudice dovrà fissare un’udienza affinché la trattazione della causa avvenga con la cooperazione delle parti, momento in cui il giudice, se necessario, inviterà le parti a integrare o chiarire le proprie allegazioni”.

Ancora una volta, il CPC ha dato risalto al ruolo delle parti in ambito probatorio e, nella descritta ipotesi, relativamente alla ammissibilità e al modo di produzione delle prove. Questa mi sembra costituire una opportunità adeguata affinché le parti prestino non solo il proprio accordo in relazione a punti controversi, ma anche perché concludano convenzioni processuali di un contenuto ancora più ampio rispetto a quanto permesso dall’art. 190. Nonostante questi accordi, se validi, non dovranno essere omologati dal giudice, mi sembra più opportuno che, come avviene in materia arbitrale (quando le parti e gli arbitri discutono lo svolgimento del procedimento), questi accordi siano discussi alla presenza del giudice; questa udienza di mostra essere una opportunità adeguata.

Ancora una volta, è stato potenziato il ruolo delle parti in materia probatoria.

## 7 SCELTA DEL CONSULENTE TECNICO AD OPERA DELLE PARTI.

Dagli anni novanta in poi, è cresciuto il ruolo delle parti nello svolgimento della consulenza tecnica: spettando al giudice la nomina di un consulente di sua fiducia, i consulenti tecnici di parte vennero ufficialmente riconosciuti come soggetti privi di imparzialità rispetto alle parti (nonostante, in tesi, la consulenza tecnica di parte potesse anche prevalere su quella elaborata dal consulente nominato dal giudice). Oltretutto, nonostante il CPC del 1973 garantisca che le parti siano a conoscenza della data e del luogo in cui verrà dato inizio alla prova, nella pratica accade non di rado che il consulente tecnico d'ufficio escluda i consulenti di parte dalla raccolta dei dati acquisiti congiuntamente alla fonte di prova. Il CTU (consulente tecnico d'ufficio) agisce in maniera isolata e, dopo, semplicemente comunica il proprio lavoro per degli eventuali dissenzi dei consulenti di parte e critiche delle parti stesse.

Forse, in ragione di questo stato di cose, l'articolo 466, § 2°, del CPC del 2015 passa a disporre espressamente che: "Il consulente tecnico [d'ufficio] deve garantire, ai consulenti di parte l'accesso alle operazioni peritali e agli esami che realizzerà, attraverso una previa comunicazione".

Oltre a tutto ciò, l'articolo 471 passa a disporre che le parti "possono, di comune accordo, scegliere il consulente tecnico, indicandolo attraverso un'istanza, alla condizione che (i) abbiano la piena capacità di agire; (ii) la causa possa essere risolta per mezzo di autocomposizione". Ai sensi del § 3° di questo articolo, "la consulenza tecnica consensuale sostituisce, a tutti gli effetti, quella che sarebbe realizzata dal consulente nominato dal giudice".

È ancora difficile sapere quali saranno le conseguenze pratiche della richiamata disposizione, in un contesto processuale in cui si dà sempre grande rilievo al ruolo del giudice in materia istruttoria, come si è cercato di dimostrare. Pertanto, supponendo che il giudice non si accontenti del lavoro del consulente nominato dalle parti, dovremmo chiederci se il giudice abbia la possibilità di disporre una nuova consulenza ad opera di un perito da lui stesso indicato.

È ragionevole affermare che, in tale situazione, la risposta degli organi giudiziari sarà positiva; per lo meno per un periodo di tempo. Tuttavia, se la legge prevede che la consulenza tecnica consensuale debba

prevalere “a tutti gli effetti”, ci sembra, dunque, corretto che nell’ipotesi, precedentemente descritta: a) sia attribuito al giudice il potere di disporre che il consulente fornisca chiarimenti, anche oralmente durante l’udienza; b) qualora restino dei dubbi, il giudice decida secondo le regole di distribuzione dell’onere della prova. Ragionare in modo diverso, salvo miglior intendimento, sarebbe infatti svuotare la volontà delle parti; volontà che, più di una volta, è stata valorizzata dalla legge.

## **8 AUDIZIONE DI TESTIMONI DIRETTAMENTE DALLE PARTI.**

Un ultimo aspetto può essere ricordato, per dimostrare ancora una volta che il ruolo delle parti è stato rinforzato dal CPC del 2015.

Si tratta della regola contenuta nell’art. 459, che disciplina il modo di audizione dei testimoni in udienza: “Le domande saranno formulate direttamente dalle parti al testimone, iniziando da quello che è stato da loro indicato; il giudice non ammetterà le domande che possono indurre alla risposta e quelle prive di riferimento con i fatti da provare, né quelle che implicano una ripetizione di una domanda a cui è già stata data risposta”. Le domande del giudice sono, pertanto, solo sussidiarie, nonostante il § 1° dell’articolo in esame disponga che: “Il giudice potrà interrogare testimoni sia prima che dopo l’interrogatorio fatto dalle parti”.

Nella legge processuale penale, questa regola è stata adottata fin dalla riforma del 2008, ma con la corretta ed espressa indicazione che l’attuazione del giudice è sussidiaria, ma solo rispetto ai “punti non chiariti”. Questa è la forma corretta per preservare l’imparzialità del giudice. In ogni caso, ancora una volta, si valorizza il ruolo esercitato dalle parti nella produzione delle prove.

## **9 CONCLUSIONE**

Le situazioni in precedenza esaminate mi sembrano confermare l’analisi fatta inizialmente: senza scartare il rilevante intervento del giudice in materia probatoria, il sistema brasiliano – in modo coerente con l’importanza che ha dato al principio del contraddittorio – è evoluto in direzione di una maggiore partecipazione delle parti in questo tipo di attività. Da tutto questo, spero che derivi il perfezionamento (e non soluzioni magiche o definitive) nel sistema della tutela giurisdizionale dei diritti.



# PROSPETTIVE ED EVOLUZIONE DEL PROCESSO ESECUTIVO IN ITALIA<sup>1</sup>

*Giuseppe Miccolis*  
*Professore ordinario di Diritto Processuale Civile presso la Facoltà*  
*di Giurisprudenza dell'Università del Salento*

---

<sup>1</sup> Relazione tenuta al convegno "Sistemi processuale a confronto: il nuovo codice di procedura civile del Brasile tra tradizione e rinnovamento", Roma 26-28 novembre 2015.

1 Il processo esecutivo ha natura giurisdizionale. Il che trova conferma non soltanto nell'art. 484, primo comma, c.p.c., ai sensi del quale «l'espropriazione è diretta da un giudice», ma anche nella considerazione che l'espropriazione forzata rende effettiva la tutela giurisdizionale garantita dall'art. 24, primo comma, Cost., esattamente al pari dell'azione di cognizione e dell'azione cautelare. Del resto se è possibile affermare, senza timore di essere smentiti, che a nulla serve essere titolare di un diritto soggettivo se poi, in caso di mancata cooperazione dell'obbligato o dei consociati, non esiste uno strumento processuale idoneo a riconoscere tale titolarità, allo stesso modo è possibile affermare che a nulla serve lo strumento processuale idoneo a riconoscere la titolarità del diritto soggettivo se poi non esiste un ulteriore strumento processuale idoneo a ripristinare in concreto (o per equivalente) la situazione sostanziale lesa dalla mancata cooperazione. Quest'ultimo strumento è, il più delle volte, rappresentato, appunto, dal processo esecutivo.

Ciononostante, il processo esecutivo, fino a qualche anno fa, ha vissuto ai margini dell'interesse del legislatore e della giurisprudenza. Infatti la prima riforma degna di rilievo dopo il 1940 è del 1998 (l. 3 agosto 1998, n. 302), che, con l'inserimento del notaio nell'espropriazione forzata legittimandolo vuoi a rilasciare le certificazioni ipocatastali ai sensi dell'art. 567 c.p.c., vuoi ad essere delegato dal giudice dell'esecuzione nelle operazioni di vendita con incanto dei beni immobili e mobili registrati, ha recepito in parte ciò che la giurisprudenza più avanzata aveva iniziato a introdurre con le c.d. prassi virtuose.

In precedenza l'unica norma che suscitava un certo interesse del legislatore, se si eccettua la modifica dell'art. 586 c.p.c. che ha introdotto il potere del giudice dell'esecuzione di sospendere la vendita per eccessivo ribasso del prezzo di aggiudicazione (d.l. 13 maggio 1991, n. 152, conv. con l. 12 luglio 1991, n. 203), era l'art. 495 c.p.c. (più volte modificato nel corso degli anni).

Tale disinteresse del legislatore ha finito per attribuire all'esecuzione, ma in realtà all'espropriazione forzata, l'appellativo di "Cenerentola" del processo civile.

Finalmente nel 2005/2006 (ll. n. 80/2005, 263/2005 e 52/2006) Cenerentola ha incontrato il suo "Principe Azzurro". Infatti il "piatto forte" della riforma del 2005/2006 è certamente costituito dalla

riforma dell'espropriazione forzata, che, in estrema sintesi ha: (i) ha creato nuovi titoli esecutivi (contribuendo a quella che viene definita "la crisi del giudicato"); (ii) introdotto nuovi criteri (rivelatisi del tutto insufficienti) per individuare i beni nascosti del debitore, modificando l'art. 492 c.p.c.; (iii) ancora una volta modificato l'istituto della conversione del pignoramento; (iv) introdotto una nuova vendita immobiliare (non più con incanto o senza incanto, ma prima senza incanto e poi, in caso di esito negativo di questa, con incanto); (v) esteso la delega nelle vendite dei beni immobili e mobili registrati anche alle altre figure professionali diverse dal notaio; (vi) introdotto una nuova esecuzione mobiliare; (vii) introdotto piccoli interventi nell'espropriazione presso terzi; (viii) introdotto importanti modifiche nella opposizione e nella sospensione del processo esecutivo.

Occorre precisare che il legislatore ha dovuto predisporre ben tre leggi per aggiustare il tiro, correggere errori e "strafalcioni". Però dopo l'attenta meditazione e i tre interventi, tutti antecedenti all'entrata in vigore, finalmente è partita la grande riforma dell'esecuzione forzata. Quindi ci si aspettava che dopo il 2006 Cenerentola e il suo Principe Azzurro vivessero felici e contenti per tanti anni.

2 Ma purtroppo non finisce così la favola. Il rapporto tra i due è andato subito in crisi e, ancora oggi, continua ad essere più che travagliato. Infatti, dopo appena tre anni, già nel 2009 e, limitatamente al pignoramento di crediti, dopo altri tre anni, nel 2012, il legislatore è nuovamente intervenuto sul processo esecutivo. Questi interventi, dopo la grande riforma del biennio 2005/2006, possono considerarsi per certi versi delle "scosse di assestamento" e per altri versi delle "toppe" apposte ad un vestito, in certi punti, di qualità scadente. Di certo costituisce una "toppa" la reintroduzione con la l. n. 69/2009 dell'appello avverso la sentenza sull'opposizione all'esecuzione, eliminato dalla riforma del 2005/2006, come costituisce una toppe la modifica del terzo comma dell'art. 624 c.p.c. che disciplina l'estinzione del processo esecutivo a seguito di sospensione e mancata introduzione del giudizio di merito sull'opposizione, introdotto con le ll. n. 80/2005 e 52/2006 e subito "aggiustato" con la l. n. 69/2009. Esattamente come accaduto, fuori dalla esecuzione forzata, per il "quesito di diritto" nel ricorso per cassazione (art. 366 *bis* c.p.c.), introdotto con il d.lgs. 2 febbraio 2006 n. 40, per il rito societario introdotto con il d.lgs. n. 5/2003 e per il rito (del lavoro) degli "incidenti stradali" introdotto con la l. n. 102/2006; disposizioni queste tutte abrogate dalla l. n. 69/2009.

E non è finita qui.

Il d.l. 12 settembre 2014 n. 132, convertito con modificazioni con la l. 10 novembre 2014, n. 162 contiene, tra l'altro, alcune disposizioni relative al processo esecutivo (artt. 18, 19, 19 *bis* e 20). Anche quest'ultima riforma costituisce per certi versi una ulteriore scossa di assestamento e per certi altri una "toppa". Ciò, però, non esclude che il prodotto realizzato in questa occasione, con le dovute riserve, possa definirsi, limitatamente all'esecuzione forzata, apprezzabile. Claudio Consolo ha sostenuto che tra gli interventi del decreto settembrino, quelli in tema di esecuzione forzata sono «*i meno mal riusciti*»<sup>2</sup>.

Le principali innovazioni di questa riforma riguardano: (i) l'adeguamento del processo esecutivo al processo telematico, con l'introduzione dell'istituto della iscrizione a ruolo; (ii) la semplificazione dell'estinzione del processo esecutivo con la contestuale inefficacia del pignoramento in caso di mancata iscrizione a ruolo, soprattutto qualora ciò avvenga a seguito di intervenuto accordo tra creditore e debitore subito dopo il pignoramento e prima della scadenza del termine per l'iscrizione a ruolo; (iii) l'accesso diretto dell'ufficiale giudiziario alle banche dati per "scovare" i beni nascosti del debitore; (iv) una disciplina *ad hoc* per l'espropriazione degli autoveicoli; (v) l'ulteriore ridimensionamento della vendita con incanto, che da necessaria dopo la infruttuosa vendita senza incanto diventa soltanto eventuale e lasciata al prudente apprezzamento del giudice dell'esecuzione; (vi) piccole, ma significative modifiche al pignoramento presso terzi (la previsione dell'inserimento nell'atto di pignoramento o, in caso di pignoramento *ex art. 492 bis c.p.c.*, unitamente al decreto di fissazione dell'udienza per la vendita delle cose mobili o l'assegnazione dei crediti pignorati, dell'avvertimento in ordine alle conseguenze in caso di inerzia del terzo *debitor debitoris*; la previsione che la dichiarazione del terzo avvenga in ogni caso con il mezzo della raccomandata e della pec, anche per il pignoramento di stipendi; la competenza presso il domicilio o la residenza del debitore, sempre che questo non sia un p.a.).

È singolare che questa riforma del 2014 è intervenuta allorché si stava discutendo sul disegno di legge delega licenziato dalla Commissione ministeriale presieduta dal Presidente Berruti, che, alla

---

<sup>2</sup> C. Consolo, Un d.l. processuale in bianco e nerofumo sullo equivoco della "degiurisdizionalizzazione", in *Corr. giur.*, 2014, 1180.

voce “Processo esecutivo” prevede poca cosa: l’applicazione dell’art. 702 *bis* (rito sommario di cognizione) ai giudizi di opposizione e l’applicazione dell’art. 614 *bis* a tutti i provvedimenti di condanna, anche, dunque, ai provvedimenti di condanna al pagamento di somme di danaro.

3 Dopo tutti questi innumerevoli interventi si può affermare che finalmente l’obiettivo è raggiunto? È quindi possibile sperare che il legislatore “allenti la morsa” e lasci respirare i creditori, i debitori, i giudici, gli avvocati, i professori universitari, gli studenti, gli editori, gli organizzatori di convegni?

Niente affatto. Dopo solo un anno il legislatore è intervenuto (d.l. n. 83/2015, convertito con modificazione in l. n. 132/2015), oltre che sul fallimento, sul processo telematico e introducendo il nuovo art. 2929 *bis* c.c., nuovamente sul processo esecutivo; anzi questa riforma ha modificato il codice di rito civile soltanto con riferimento al processo esecutivo.

Il cantiere delle riforme è sempre aperto non certamente per adeguare il processo esecutivo alle mutate condizioni socio-economiche e tecnologiche, bensì soltanto per riparare i vizi di quanto appena realizzato. Il che conferma ancora una volta l’assoluta superficialità con la quale il legislatore affronta il tema delle riforme processuali.

Basti considerare che da sempre per chi si affaccia alla carriera universitaria, nella scelta del tema per la monografia incide anche la possibilità che l’argomento affrontato non sia stravolto da una imminente riforma, al fine di evitare che al momento della pubblicazione, il libro sia già “vecchio”; nella nostra materia, da qualche anno tale rischio sussiste anche per i libri di commento alle riforme, anzi, a ben considerare, addirittura nella scelta dei temi per i convegni. Mi è, infatti, capitato di essere relatore in un convegno sulla riforma del processo esecutivo del 2014 lo stesso giorno in cui è stato pubblicato il d.l. 83/2015, che la modificava.

Anche in quest’ultima tornata il legislatore non ha perso l’occasione di cercare di porre rimedio ad alcune incongruenze introdotte con la precedente riforma del 2014; ciò si può sostenere per la modifica dell’art. 492 *bis* c.p.c. sulla ricerca telematica dei beni da pignorare, dell’art. 159 *ter* disp. att. c.p.c. sulla disciplina della iscrizione a ruolo e dell’art. 521 *bis* c.p.c. sulla espropriazione forzata

degli autoveicoli. Per le restanti parti la riforma del 2015 ha, in estrema sintesi, (i) introdotto l'obbligo del creditore di avvisare il debitore della possibilità di attivare la procedura di sovraindebitamento; (ii) disposto che tutti gli avvisi debbano essere pubblicati, a pena di estinzione del processo esecutivo, nel portale del Ministero della giustizia, peraltro non ancora istituito; (iii) modificato l'istituto della conversione del pignoramento, trascurato dalle ultimissime riforme, allungando il termine della rateizzazione del versamento della somma da sostituire al bene pignorato ed estendendo la facoltà di rateizzare il versamento anche all'esecuzione mobiliare; (iv) ridotto tutti i termini del processo esecutivo (per il deposito della istanza di vendita, per il deposito delle certificazioni ipocatastali, per la nomina dell'esperto che giura non più davanti al giudice ma nella cancelleria, per il deposito della stima, per la fissazione dell'udienza di vendita); (v) modificato la disciplina della vendita mobiliare (anche con riferimento alla delega); (vi) modificato la disciplina del pignoramento presso terzi, introducendo nuovi limiti alla pignorabilità di stipendi e pensioni e rendendo non più automatici gli effetti negativi della inerzia del terzo; (vii) profondamente modificato la vendita immobiliare, decretando la morte definitiva della fase con incanto della vendita, potenziando l'istituto della delega al professionista, introducendo regole più accattivanti per favorire la vendita (già nella valutazione dell'immobile vuoi allorché questa deve tenere conto di tutte le componenti di cui tiene conto il mercato nella determinazione del prezzo, vuoi allorché il compenso del perito estimatore è determinato in relazione al prezzo realizzato non a quanto valutato, mai poi anche nella possibilità di formulare l'offerta ad un prezzo ribassato di non oltre il 25% rispetto del prezzo minimo, nella possibilità di accedere al pagamento rateale e nel contempo di ottenere immediatamente, previo rilascio di fideiussione, il possesso del bene, nella possibilità di formulare l'offerta telematicamente, anche se questa, allo stato, mal si concilia con la segretezza dell'offerta medesima, nel potenziamento dell'istituto della assegnazione al creditore, che può essere chiesta al prezzo minimo a cui la vendita è pervenuta non già in ogni caso al prezzo iniziale).

4 Un discorso a parte merita forse la modifica dell'art. 614 *bis* c.p.c. Si è scritto tanto su questa norma introdotta nel 2009, sulla sua natura di misura coercitiva generale che ha la funzione di indurre l'obbligato allo spontaneo adempimento, sicché l'ammontare della misura deve essere idonea a rendere più conveniente lo spontaneo adempimento che il pagamento della medesima. Il rischio è quello di

cadere nell'eccesso opposto: la misura coercitiva non deve costituire una splendida rendita per il creditore. In ogni caso non ha, né può avere natura di risarcimento danni, ancorché la determinazione del *quantum* sembrerebbe scontare criteri per certi versi simili a quelli utilizzati per la determinazione del risarcimento danni.

La norma è stata modificata soltanto dalla legge di conversione (l.132/2015) non anche dal decreto legge (d.l. 83/2015). La riforma ha modificato la collocazione dell'art. 614 *bis* c.p.c. introducendo un apposito titolo (IV *bis* intitolato "Delle misure di coercizione indiretta"), nonché la sua intitolazione (da "*Attuazione degli obblighi di fare infungibile o di non fare*" a "*Misure di coercizione indiretta*"). Ma la modifica più significativa consiste nell'ampliamento dell'ambito di applicazione: la misura coercitiva è oggi applicabile a fianco di qualsiasi "provvedimento di condanna" diverso dal pagamento di somme di danaro; quindi la norma è applicabile a fianco dei provvedimenti di condanna, non più soltanto ad un fare infungibile o ad un non fare, ma anche attuabili con l'esecuzione forzata ossia relativi ad obbligazioni di fare fungibili, di disfare, di consegnare beni mobili o di rilasciare beni immobili, con la sola esclusione dei provvedimenti di condanna al pagamento di somme di danaro.

La modifica recepisce solo in parte quanto previsto nel disegno di legge delega predisposto dalla Commissione ministeriale in precedenza citato, che, come detto, propone l'applicazione generalizzata del 614 *bis* a tutti i provvedimenti di condanna anche a quelli diretti al pagamento di somme di danaro (si legge nel ddl *«in presenza di qualunque provvedimento di condanna, a prescindere dal carattere fungibile o infungibile dell'obbligazione a cui esso si riferisce»*).

L'applicazione della misura coercitiva a fianco anche del provvedimento di condanna al pagamento di somma di danaro determinerebbe un vero e proprio supplizio in capo al debitore inadempiente; non dimentichiamo che quest'ultimo oggi già subisce, oltre agli interessi previsti dalla disciplina sostanziale, (i) l'applicazione degli interessi moratori ai sensi dell'art. 1284 c.c., come modificato dall'art. 17 l. 10 novembre 2014 n. 162 *«dal momento in cui è proposta la domanda giudiziale»*, (ii) la oramai inevitabile condanna alle spese in conseguenza della modifica introdotta con l'art. 13 l. 10 novembre 2014 n. 162 all'art. 92 c.p.c., (iii) la sempre più frequente condanna alla responsabilità aggravata ai sensi dell'art. 96, primo e terzo comma, c.p.c., per lite temeraria (anche se recentemente la Cassazione, dopo

avere dichiarato a sezione semplice n.16/2015 che la conoscenza degli innumerevoli precedenti contrari potrebbe legittimare la lite temeraria, a ss.uu n. 6606/2015 ha ridimensionato l'applicazione dell'art. 96 c.p.c. affermando che la manifesta infondatezza della pretesa non giustifica di per sé la lite temeraria, per la quale è necessario che la parte abbia usato il processo esclusivamente con finalità diverse dalla tutela giurisdizionale); se ci aggiungessimo anche la misura coercitiva per ogni giorno di ritardo, resterebbe fuori soltanto l'arresto per debiti.

Nemmeno dobbiamo dimenticare che il debitore pecuniario inadempiente più incallito è proprio la pubblica amministrazione, i cui dissesto, inefficienza e disorganizzazione sono forse le cause principali dirette e, per l'effetto domino, indirette dell'enorme numero del contenzioso civile che intasa le aule giudiziarie. Per cui è facile prevedere che questo inasprimento verso il debitore, più che contribuire alla riduzione del contenzioso civile, è destinato ad aggravare il debito pubblico, il dissesto della pubblica amministrazione, l'inadempimento di questa e, conseguentemente, il contenzioso civile.

Per fortuna la l. 132/2015 ha espunto tra i provvedimenti di condanna per i quali è applicabile la misura coercitiva quella al pagamento di somme di danaro. Per il resto ha generalizzato l'applicazione della norma. Possono così essere risolti i problemi determinati da situazioni *border line* per i quali poteva anche accadere che il giudice del merito ritenesse fungibile l'obbligo e non applicasse la misura coercitiva, mentre il giudice dell'esecuzione ritenesse inattuabile il provvedimento di condanna stante l'infungibilità della obbligazione. E assai probabile che lo spettro della misura coercitiva indurrà il debitore (sempre che abbia qualcosa da perdere) a rilasciare spontaneamente l'immobile dopo il provvedimento di sfratto o a consegnare l'autoveicolo acquistato a leasing dopo il decreto ingiuntivo provvisoriamente esecutivo per la consegna di bene mobile, ecc.

5 Nei dieci anni trascorsi il legislatore ha fatto molto (anzi troppo) per il processo esecutivo, alcune cose buone, altre meno buone, altre con superficialità tanto da rendere necessario subito dopo la correzione e subito dopo ancora la correzione della correzione. Altre cose avrebbero potuto essere fatte e non sono state fatte anche se sollecitate dal CNF. Mi piace citarne una fra tutte. Il legislatore avrebbe potuto prevedere un termine dilatorio da cui fare decorrere l'efficacia esecutiva dell'ordinanza di assegnazione nel pignoramento presso terzi al fine di evitare sia un ingiustificato pregiudizio nei confronti del terzo intenzionato a pagare



o consegnare spontaneamente il bene mobile sia il proliferare di un elevato numero di contenzioso. La disciplina attuale determina che il *debitor debitoris* un attimo prima dell'ordinanza di assegnazione è terzo custode con i vincoli posti dagli art. 546 c.p.c. e 388 c.p., mentre un attimo dopo è debitore assoggettato al titolo esecutivo, costretto sempre più frequentemente a subire la notificazione (e i costi) dell'atto di precetto prima ancora di conoscere l'esistenza del provvedimento di assegnazione e, quindi, prima ancora di avere la possibilità di adempiere spontaneamente ad esso. Tanto è vero che la disciplina attuale è fonte di un numero sempre crescente di contenzioso (procedure esecutive, opposizioni a precetto e all'esecuzione ai sensi dell'art. 615, primo e secondo comma), che, l'introduzione di un breve termine dilatorio per il decorrere dell'efficacia esecutiva dell'ordinanza di assegnazione eviterebbe<sup>3</sup>.

Ci si domanda cosa ci aspetta nell'immediato futuro e dove sta andando il processo esecutivo. Ci auguriamo che resti fermo in stazione almeno per dieci anni, sì da consentire a tutti noi di tornare respirare e di metabolizzare tutte le riforme di questi ultimi anni.

Il legislatore è passato da un eccesso all'altro; dalla totale indifferenza alla frenetica e ossessiva attenzione verso il processo esecutivo, tanto da farci, oggi, rimpiangere il periodo della indifferenza.

---

3 Il legislatore avrebbe potuto inserire un secondo comma all'art. 507 c.p.c. del seguente tenore:  
«L'ordinanza di assegnazione pronunciata ai sensi degli articoli 552 e 553 è comunicata dalla cancelleria al terzo debitore e, decorsi venti giorni, acquista efficacia di titolo esecutivo nei suoi confronti».



# LINHAS FUNDAMENTAIS DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

*Heitor Vitor Mendonça Sica*  
*Professor Doutor de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da*  
*Universidade de São Paulo*

SUMÁRIO: 1 Criação do microsistema de processos coletivos (1985-1990); 2 Reformas do microsistema de processos coletivos (1992-2001); 3 Reformas do CPC de 1973 (1992 a 2008); 4 CPC de 2015 e litigiosidade repetitiva; 5 CPC de 2015 e valorização dos precedentes judiciais; 6 Demais novidades principais do CPC de 2015; 7 Redimensionamento da garantia ao contraditório; 8 Redimensionamento da garantia à motivação das decisões judiciais; 9 Meios consensuais para solução de conflitos; 10 Meios consensuais para solução de conflitos; 11 Estabilização da tutela sumária antecipatória urgente; 12 Acenos conclusivos.

## INTRODUÇÃO

Para que se compreendam adequadamente as linhas fundamentais do novo Código de Processo Civil brasileiro – promulgado pela Lei Federal nº 13.105 de 16 de março de 2015 e que entrará em vigor em 18 de março de 2015 – impõe-se necessário preliminarmente traçar breve retrospecto do diploma que o antecedeu – Código de Processo Civil brasileiro promulgado pela Lei Federal nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973 – bem como das leis que processuais civis editadas ao longo de seus mais de quarenta anos de vigência.

Trata-se de um diploma que aspirava se revestir do mesmo apuro técnico que os Códigos de Processo Civil editados na Europa continental nas décadas anteriores, em especial o italiano e o português<sup>1</sup>.

Contudo, excetuado o aprimoramento terminológico e alguns avanços pontuais, pode-se dizer que o CPC de 1973 era substancialmente igual ao diploma que o antecedeu (o qual datava de 1939<sup>2</sup>): ambos ainda fortemente arraigados às tradições herdadas do direito lusitano medieval<sup>3</sup> e cunhados com o objetivo primordial a solução de conflitos intersubjetivos eclodidos em uma sociedade ainda majoritariamente rural<sup>4</sup>. Ademais, ambos os Códigos (de 1939 e 1973) foram editados em períodos de regimes políticos autoritários e, portanto, se ressentiram

1 Os sistemas desses dois países constituem, indubitavelmente, os mais influentes na construção do sistema processual civil do Brasil (e, de resto, de todo o seu ordenamento jurídico). A influência do sistema português se explica por óbvias razões históricas, já que o Brasil se tornou um país independente em 1822, depois de mais de três séculos de colonização, e continuou a utilizar a legislação herdada de Portugal até início do século XX. Particularmente em matéria de processo civil, a base da legislação brasileira ao tempo da proclamação da independência eram as Ordenações Filipinas, monumento legislativo compilatório editado em 1603 e que somente começou a ser derogado por leis genuinamente brasileiras na década de 1830 e, mais intensamente, a partir de 1850. Já a influência italiana, como é bem documentado, deve-se principalmente à estadia de Enrico Tullio Liebman na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo nos anos 1940, cujas ideias influenciaram de maneira inegável Alfredo Buzaid, um de seus anfitriões em São Paulo, que anos depois elaborou anteprojeto que veio a se converter no CPC brasileiro de 1973.

2 Essa é a opinião de um dos maiores processualistas brasileiros de todos os tempos, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. v.1, São Paulo: Malheiros, 2013. p.284-286.

3 Assim denunciou Liebman, em ensaio publicado pouco tempo depois de seu retorno à Itália: *Istituti del diritto comune nel processo civile brasiliano*. Studi in onore di Enrico Redenti, nel XL anno del suo insegnamento, a cura di Francesco Carnelutti. Milano: Giuffrè, 1951. v. 1, p. 581-607.

4 Isso explica a profusão de procedimentos especiais e de mecanismos de intervenção de terceiros aplicáveis a litígios que envolviam posse e propriedade de imóveis, herdados de monumentos legislativos passados e afeiçoados a sociedades em que a terra é o principal bem de produção.

da falta de prévias discussões mais profundas (até mesmo no âmbito acadêmico).

Não causa surpresa o fato de que rapidamente se concluiu que o CPC de 1973 era obsoleto e inadequado à solução de litígios complexos, que surgem em uma sociedade de massa urbana então em franca expansão.

À vista disso, o sistema processual civil passou, de 1980 em diante, a ser profundamente alterado por numerosas e profundas reformas legislativas.

As dezenas de leis em matéria de direito processual civil editadas entre as décadas de 1980 e de 2000 podem ser subdivididas, para fins exclusivamente didáticos, em três grupos: (a) as que criaram e aprimoraram os mecanismos de tutela coletiva; (b) as que, posteriormente, reduziram a efetividade dos instrumentos de tutela coletiva antes criados; e (c) as que se propuseram a aprimorar os processos individuais.

## 1 CRIAÇÃO DO MICROSSISTEMA DE PROCESSOS COLETIVOS (1985-1990)

Entre 1985 e 1990, o Brasil promulgou dois diplomas que, analisados conjuntamente, formam um microssistema de processo coletivo<sup>5</sup>: Leis Federais nº 7.437 de 1985 e 8.078 de 1990<sup>6</sup>. A primeira criou a chamada “ação civil pública”, cujas características principais são as seguintes: (a) visa proteger direitos transindividuais<sup>7</sup> que, até então,

5 Afirmando a existência de um microssistema de tutela coletiva no ordenamento brasileiro, confira-se, por todos, PELLEGRINI GRINOVER, Ada. *Direito processual coletivo*. Tutela coletiva. Paulo Henrique dos Santos Lucon (org.). São Paulo: Atlas, 2006. p.302-308.

6 Esses diplomas constituem os principais pilares do microssistema de tutela de interesses transindividuais, embora não tenham sido os primeiros a instituir normas nesse campo. Como bem lembrou há tempos Barbosa Moreira (A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados ‘interesses difusos’, *Temas de direito processual*, São Paulo: Saraiva, 1977. p.110-124), o ordenamento jurídico brasileiro previa a ação popular, há meio século disciplinada pela Lei nº 4.717/65 e que já se apresentava como mecanismos de defesa de “interesses difusos”, no tocante aos “bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico” (art. 1º, par.ún., da Lei nº 4.717/65). Contudo, a aplicabilidade desse instrumento era (e ainda é) limitada, pois deva abrigar o pedido de “anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos” (art. 1º, caput). Ou seja, fundamentalmente a ação popular é instrumento para ataque a atos administrativos (realidade reconhecida por Barbosa Moreira novamente alguns anos depois do ensaio aqui referido: *A legitimação para a defesa dos ‘interesses difusos’ no direito brasileiro*. *Temas de direito processual – terceira série*. São Paulo: Saraiva, 1984. p.186).

7 O art. 1º da Lei nº 7.437 se referia, originalmente, à tutela dos seguintes direitos transindividuais: meio-ambiente, relações de consumo, bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico

não eram tutelados pelos mecanismos individuais de tutela jurisdicional previstos no CPC de 1973<sup>8</sup>; (b) legitimidade ativa concorrente e disjuntiva conferida *ope legis* a determinados entes públicos e privados reputados pela lei como representantes adequados<sup>9</sup>; (c) o aprimoramento de mecanismos de efetivação da tutela específica (de modo a privilegiar a prevenção e a reparação *in natura* do direito transindividual lesado<sup>10</sup>); (d) o estabelecimento de coisa julgada *erga omnes secundum eventum probationis* (isto é, coisa julgada *ultra partes*, ressalvada a possibilidade de repropositura da ação em caso de improcedência por insuficiência de provas<sup>11</sup>).

Pouco depois, em 1990, foi editado o Código de Defesa do Consumidor (CDC), que contém profunda normatização sobre tutela coletiva, não apenas relativamente aos litígios consumeristas de massa, mas igualmente a todos os conflitos envolvendo quaisquer outros direitos transindividuais.

Além de diversos aprimoramentos em relação ao regime processual previsto na “Lei da Ação Civil Pública” de 1985, o CDC inovou ao possibilitar a tutela de direitos *acidentalmente coletivos*, os quais são

---

e paisagístico. Posteriormente, incluíram-se por meio de reformas legislativas, a defesa da ordem urbanística e da ordem econômica.

- 8 A criação desse subsistema partiu da constatação, feita décadas antes, de que determinados interesses, porquanto difusos (rectius, pertencentes a uma gama indeterminável de titulares), não poderiam ser adequadamente tutelados pelos mecanismos processuais cunhados pelo CPC de 1973 para litígios intersubjetivos, sobretudo face à restritiva regra concernente à legitimidade ativa constante do seu art. 6º, primeira parte: “Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio (...)”. Essa constatação já era considerada pacífica no Brasil ao começo da década de 1980. Embora ocioso comprovar essa assertiva, não custa mencionar a esse respeito Ada Pellegrini Grinover (Novas tendências na tutela jurisdicional dos interesses difusos. O processo em sua unidade – II, Rio de Janeiro, Forense, 1984, p.88-121, esp. p.96-118).
- 9 De acordo com a Lei nº 7.437, os legitimados para a ação civil pública são: o Ministério Público, a União Federal (o Brasil adotou o regime federalista), os Estados, os Municípios, autarquias, empresas públicas, fundações públicas, sociedades de economia mista (esses último quatro entes são integrantes da Administração Pública indireta) e, finalmente, por associação civil sem fins lucrativos constituída há pelo menos um ano e cujas finalidades estatutárias sejam condizentes com o objeto da ação que propuser. Posteriormente, incluiu-se por meio de reforma legislativa a Defensoria Pública (órgão estatal que presta assistência jurídica a pessoas desprovidas de recursos para contratar advogado).
- 10 Parte-se do correto pressuposto de que a tutela meramente reparatória no mais das vezes seria inócua para adequada proteção de determinados bens jurídicos, seja por seu valor inestimável, seja pela dificuldade ou impossibilidade prática de recuperá-los eficazmente depois de danificados.
- 11 A redação original do art. 16 da Lei nº 7.437 era a seguinte: “A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, exceto se a ação for julgada improcedente por deficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova”.

direitos individuais com “impacto de massa” e que, portanto, podem ser tratados num processo coletivo<sup>12</sup>. O art. 81, parágrafo único, III do CDC os denominou, com claríssima inspiração na doutrina italiana<sup>13</sup>, como *direitos individuais homogêneos*.

12 Segundo entendimento doutrinário largamente disseminado no Brasil, os direitos acidentalmente coletivos se diferenciam dos direitos essencialmente coletivos, os quais são divididos em duas categorias: os difusos e os coletivos em sentido estrito, os quais têm em comum, segundo Ricardo de Barros Leonel, “uma união tão firme que a satisfação de um só implica a satisfação de todo, e a lesão de um só implica a lesão da inteira coletividade. São os interesses essencialmente coletivos: o caráter coletivo é da própria essência, da substância do interesse”. (Manual do processo coletivo, São Paulo: RT, 2002, p. 101-102). A par dessa expressão, já consagrada na doutrina, ZAVASCKI, Teori Albino, preferiu se referir ao fenômeno como o de tutela coletiva de direitos individuais em contraposição à tutela de direitos coletivos (Processo coletivo, São Paulo: RT, 2006, cap.7).

13 Vincenzo Vigoriti, em 1979, já apresentava essa distinção entre os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, assinalando que: “Non sarebbe peraltro, né oportuno di fronte a fenomeni suscettibili di amplissimi sviluppi, affermare che solo per certi interessi è possibile parlare di interessi diffusi o collettivi, e sostenere magari che gli interessi diffusi sono solo quelli che hanno un certo contenuto, e collettivi quelli che ne hanno uno ancora diverso. Le due formule concernono entrambe i processi di aggregazione degli interessi individuali ed indicano due stadi diversi di fenomeni omogenei nella sostanza. A livello semplicemente diffuso mandano i meccanismi di coordinamento delle volontà, non si sono saldati quei vincoli che possono dare un carattere unitario ad un fascio di interessi uguali; a livello collettivo esiste invece un’organizzazione, nel senso che esistono strumenti di direzione e di controllo, e la dimensione superindividuale degli interessi acquista una sua precisa rilevanza giuridica. [...] Questi scrive incisivamente che l’interesse collettivo è «l’interesse di una pluralità di persone a un bene idoneo a soddisfare un bisogno comune. Esso non è la somma di interessi individuali, ma la loro combinazione, ed è indivisibile nel senso che viene soddisfatto non già da più beni atti a soddisfare i bisogni individuali, ma da un unico bene atto a soddisfare il bisogno della collettività»” (Interessi collettivi e processo: la legittimazione ad agire, Milano: Giuffrè, 1979, p. 43-47). Kazuo Watanabe, um dos autores do Anteprojeto de Código de Defesa do Consumidor, ao comentar o diploma apresentou a mesma distinção proposta por Vincenzo Vigoriti: “Os interesses ou direitos ‘coletivos’ foram conceituados como ‘os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica de base’ (art. 81, parágrafo, n° II). Essa relação jurídica base é a preexistente à lesão ou ameaça de lesão do interesse ou direito do grupo, categoria ou classe de pessoas. Não a relação jurídica nascida da própria lesão ou da ameaça de lesão. [...] Nos interesses ou direitos ‘difusos’, a sua natureza indivisível e a inexistência de relação jurídica base não possibilitam, como já ficou visto, a determinação dos titulares. É claro que, num plano mais geral do fenômeno jurídico em análise, é sempre possível encontrar-se um vínculo que une as pessoas, como a nacionalidade. Mas a relação jurídica base que nos interessa na fixação dos conceitos em estudo, é aquela da qual é derivado o interesse tutelando, portanto interesse que guarda relação mais imediata e próxima com a lesão ou ameaça de lesão” E, nos interesses ou direitos individuais homogêneos, também poderá inexistir entre as pessoas uma relação jurídica base anterior. O que importa é que sejam todos os interesses individuais ‘decorrentes de origem comum’. O vínculo com a parte contrária é consequência da própria lesão” (*Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: Comentários pelos autores do anteprojeto, 8. ed. Rio de Janeiro: Fonte Universitária, 2005).

Imaginava-se que se trataria de um instrumento apto a neutralizar a litigiosidade repetitiva<sup>14</sup>, promovendo isonomia no tratamento dos sujeitos individualmente afetados por condutas lesivas de projeção coletiva e diminuição da sobrecarga do Poder Judiciário com processos individuais oriundos do mesmo conflito de massa.

Ainda que sem embasamento em dados estatísticos, é corrente o pensamento de que a tutela dos direitos essencialmente coletivos apresentou resultados positivos e a tutela dos direitos acidentalmente coletivos malogrou.

No primeiro campo, de fato foi possível passar a trazer ao Poder Judiciário litígios que antes não eram judicializados com base nas técnicas processuais individualistas do CPC de 1973. Destaca-se, aí, particularmente o papel do Ministério Público, que se aparelhou de modo muito eficiente para a defesa de direitos transindividuais e assumiu verdadeiro protagonismo no sistema judiciário brasileiro, sobretudo nas áreas de proteção ao meio ambiente e à probidade administrativa.

No segundo campo, o sistema falhou nos intentos de reduzir a judicialização individual de litígios de massa repetitiva e de promover isonomia. É uma das explicações para tal fracasso repousa em uma diretriz colocada à base da tutela dos direitos acidentalmente coletivos, isto é, a de manter totalmente incólume o direito de acesso individual ao Poder Judiciário.

De fato, rechaçou-se tanto a técnica do *opt-in*<sup>15</sup>, quanto do *opt-out*<sup>15</sup>, presente em outros sistemas de tutela coletiva e, no lugar disso, o art.

14 Neste sentido Ricardo de Barros Leonel apresentou claramente a finalidade dos direitos individuais homogêneos para solução da litigiosidade repetitiva, descrevendo que: "Neste contexto, podem ser identificadas vantagens na tutela coletiva dos interesses individuais homogêneos: prevenção da proliferação de numerosas demandas individuais onde se repetem exaustivamente o mesmo pedido e a mesma causa de pedir; obstar a contradição lógica de julgados, que desprestigia a justiça; resposta judiciária equânime e de melhor qualidade, com tratamento igual a situações análogas, conferindo efetividade à garantia constitucional da isonomia de todos perante a lei; alívio na sobrecarga do Poder Judiciário. Decorrente da 'atomização' de demandas que poderiam ser tratadas coletivamente; transporte útil da coisa julgada tirada no processo coletivo para demandas individuais" (*Manual do processo coletivo*, p. 110).

15 Marcos Cavalcanti, de forma sucinta, descreve a funcionalidade da técnica do *opt-in* e *opt-out* no sistema estadunidense: "Após a efetiva notificação, o integrante da classe pode assumir as seguintes condutas: (a) requerer sua autoexclusão da lide (*opt-out*), dentro do prazo estabelecido, a fim de não ser alcançado pelos efeitos da coisa julgada material; (b) manter-se inerte e assumir os efeitos de decisão favorável ou desfavorável e da coisa julgada material (*opt-in*)" (*Incidente de resolução de demandas repetitivas e ações coletivas*, Salvador: Juspodivm, 2015. p. 94).



104 do CDC facultou ao autor da ação individual apenas a possibilidade de requerer a suspensão do seu processo, após ciência do ajuizamento da ação coletiva, sob pena de não poder se beneficiar da eventual sentença de procedência lá proferida. Por outro lado, estabeleceu-se a coisa julgada *erga omnes secundum eventum litis*, de modo que os indivíduos somente se beneficiam da sentença de procedência, nunca se prejudicam (salvo no caso previsto no referido art. 104 do CDC). Assim, desponta evidente que o sistema não foi munido de instrumentos para inibir eficazmente demandas individuais, até mesmo porque, em um país de dimensões continentais, há natural dificuldade para que os sujeitos interessados tenham informação quanto à pendência de um processo coletivo.

Ademais, mesmo quando o sistema efetivamente funciona, substituiu-se uma pluralidade de ações de conhecimento individuais por uma pluralidade de liquidações e execuções individuais da sentença coletiva genérica que julga procedente a ação coletiva que tutela direitos individuais homogêneos<sup>16</sup>.

Pois o sucesso do modelo de tutela de direitos essencialmente coletivos e o fracasso do modelo de tutela dos direitos acidentalmente coletivos ajudam a explicar parte expressiva das reformas legislativas operadas no sistema processual nos anos 1990 e 2000 e, em alguma medida, as opções feitas na elaboração do CPC de 2015. Esse é o objeto da análise que se segue.

## 2 REFORMAS DO MICROSSISTEMA DE PROCESSOS COLETIVOS (1992-2001)

O segundo grupo de leis que reformaram o sistema processual civil brasileiro foram aquelas editadas entre 1992 e 2001, com o declarado propósito de enfraquecer o microssistema de processo coletivo, sobretudo relativamente à sua aplicação em face do Poder Público<sup>17</sup> (cumprindo lembrar que o Brasil adotou o sistema de jurisdição una, cabendo ao Poder Judiciário, com base no Código de Processo Civil, reger a solução de

16 É o que dispõe o art. 95 do CDC: “Em caso de procedência do pedido, a condenação será genérica, fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados”.

17 A Lei Federal nº 8.437 de 1992 proibiu que juízes de 1º grau concedessem, inaudita altera parte, medidas de urgência em face do Poder Público e aprimorou mecanismos para que a medida fosse cassada pelos tribunais. A Lei Federal nº 9.494 de 1997 instituiu limitações na eficácia da sentença e na imutabilidade da coisa julgada proferida em processos coletivos. A Medida Provisória nº 2.180 de 2011 proibiu a utilização do processo coletivo relativamente a algumas matérias de interesse do Poder Público, em especial no tocante ao direito tributário e previdenciário.

quase todos os litígios não-penais que envolvam particulares e/ou entes públicos). Não bastasse, depois dessa época, naufragaram praticamente todas as iniciativas para reformas legislativas do microsistema de processos coletivos<sup>18</sup>.

O sistema processual civil brasileiro continuou, portanto, calcado essencialmente no acesso individual à tutela jurisdicional.

Por força desse e de outros fatores, o Poder Judiciário brasileiro, desde meados da década de 1990, passou a enfrentar um quadro crônico de congestionamento, que pode ser atribuído em grande medida à litigiosidade repetitiva. Essa afirmação se baseia em alguns dados estatísticos do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que se propôs a identificar os “100 maiores litigantes” do Brasil. Constatou-se que 79,23 milhões de processos (num universo de aproximadamente de 83,4 milhões<sup>19</sup>), tem em um dos seus polos um desse seletivo grupo de litigantes habituais, destacando-se nesse universo os entes da Administração Pública, direta e indireta, em esferas federal, estadual e municipal (51%), bancos (38%) e empresas de telefonia (6%). Esses sujeitos seriam candidatos naturais a serem réus em processos coletivos, pois se relacionam necessariamente com pluralidades indetermináveis de indivíduos. Contudo, em vez disso, tornam-se parte de milhões de processos individuais.

### 3 REFORMAS DO CPC DE 1973 (1992 A 2008)

Chega-se, por fim, ao terceiro conjunto de leis que reformaram o CPC de 1973 para efeito de melhor tratar os processos individuais.

Não se pode negar que entre 1992 e 2008, houve uma série expressiva de leis reformadoras do CPC de 1973 que tornaram a prestação jurisdicional puramente individual mais efetiva.

Contudo, parece evidente que grande parte das reformas tinham a clara finalidade de *acelerar ou aglutinar processos individuais repetitivos*, com

18 Destacam-se aqui o “Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos”, que foi elaborado por comissão capitaneada por Ada Pellegrini Grinover e entregue ao Ministério da Justiça em 2008, mas não se converteu em efetivo projeto de lei. Em seu lugar, o Ministério da Justiça elaborou um simples projeto de nova “Lei de ação civil pública”, o qual foi arquivado.

19 Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/sum\\_exec\\_por\\_jn2010.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/sum_exec_por_jn2010.pdf)> (consulta 07.08.2015); <[http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa\\_100\\_maiores\\_litigantes.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf)>. Acesso em: 07 ago. 2015).

especial ênfase naqueles já pendentes em grau de recurso, sempre que a decisão judicial estivesse amparada em precedentes judiciais<sup>20</sup>.

No grupo das leis responsáveis por *acelerar* processos repetitivos, estão aquelas<sup>21</sup> que substituíram julgamentos colegiados por decisões monocráticas em 2º grau de jurisdição e nos tribunais superiores (rompendo-se secular tradição do direito luso-brasileiro), bem como a que permitiu a prolação julgamentos de improcedência liminar de demandas repetitivas (art. 285-A do CPC de 1973, com redação dada pela Lei nº 11.277 de 2006) e, finalmente, a que passou a limitar o cabimento de recursos em causas cujo objeto fosse questão jurídica já pacificada pelo tribunal competente (art. 518, §1º, do CPC de 1973, inserido pela Lei nº 11.276/2006).

Já os mecanismos de *aglutinação* para gestão de recursos repetitivos – também assentadas sobre precedentes judiciais – foram criados entre 2007 e 2008<sup>22</sup>, exclusivamente no âmbito dos dois principais tribunais superiores do Brasil, isto é, o Supremo Tribunal Federal (STF) e o Superior Tribunal de Justiça (STJ)<sup>23</sup>. Tanto no âmbito do STF (para o chamado “recurso extraordinário”, que controla a aplicação e interpretação

20 Não há, nas leis referidas na nota anterior, uma padronização. Ora o sistema se contentava com decisão proferida pelo próprio órgão em casos iguais, ora exigia “jurisprudência dominante” (isto é, um conjunto reiterado de decisões uniformes), ora se exigia a existência de “súmula” (expediente que em muito se aproxima dos “assentos” da tradição lusitana). As súmulas começaram a ser editadas pelo STF na década de 1960 e, depois, passaram a ser utilizadas também por outros tribunais de todos os graus. Por meio de reforma constitucional realizada em 2004, atribui-se ao STF o poder de editar uma modalidade diferente de súmula, de caráter “vinculante”. Segundo o art. 103-A, caput e §1º da Constituição Federal, por decisão de dois terços de seus membros, o STF, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, poderá aprovar verbete que tenha “por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica”. Esse enunciado deve ser necessariamente observado por todos os magistrados no território nacional e pela Administração Pública, sob pena de cabimento de um instrumento direto de controle junto ao STF denominado “reclamação”, que tem natureza similar à de um recurso, interimpável, contudo, per saltum.

21 Refiro-me em especial, mas não exclusivamente, às alterações introduzidas pelas Leis Federais nº 8.038 de 1990, 9.756 de 1998, 10.352 de 2001, 11.276 de 2008 e 11.277 de 2008.

22 Refiro-me às alterações que as Leis Federais nº 11.418 de 2007 e 11.672 de 2008 trouxeram para o CPC de 1973 no que as regras dos recursos dirigidos às Cortes de vértice.

23 Até a Constituição Federal de 1988, o STF, na qualidade de mais alta Corte do país e integrante do Poder Judiciário, era o guardião de toda a legislação federal, tanto constitucional quanto infraconstitucional, (além de ter uma extensa lista de competências originárias, especialmente em matéria criminal). A Constituição Federal de 1988 tirou do STF uma série de competência originárias e a atribuição da guarda da legislação federal infraconstitucional, confiando essa última atribuição a uma nova Corte Superior, de âmbito nacional, isto é o Superior Tribunal de Justiça, igualmente sediada na capital do país. Não há no Brasil uma Corte Constitucional nos moldes dos países da Europa continental.

uniforme das normas constitucionais em território brasileiro<sup>24</sup>) quanto no STJ (para o denominado “recurso especial”, que visa unificar a interpretação e aplicação do direito federal infraconstitucional), criaram-se mecanismos para selecionar um ou mais “casos-piloto” e sobrestar os demais processos repetitivos. Gerado o precedente judicial apto a fixar a tese jurídica para o “caso-piloto”, deve ser ela reproduzida a todos os casos sobrestados.

Ou seja, paulatinamente o sistema processual brasileiro passou a apostar cada vez mais nos precedentes judiciais como fonte de racionalização de processos repetitivos e de promoção de isonomia (isto é, o mesmo papel que se esperava obter por meio da tutela de direitos acidentalmente coletivos).

A questão que se põe a essa altura é: esses mecanismos de aceleração e aglutinação surtiram os efeitos desejados, ao menos em termos de descongestionamento dos tribunais superiores?

Os extensos dados estatísticos atualmente disponíveis apontam indubitavelmente para a resposta negativa.

Alfredo Buzaid, que foi magistrado do STF na década de 1960, se queixava da excessiva carga de trabalho a que aquela Corte se achava submetida à época (cerca de 6.000 processos por ano, distribuídos entre os seus onze membros<sup>25</sup>). Às vésperas da promulgação da Constituição Federal de 1988 (que reduziu substancialmente o rol de competências do STF), essa quantidade havia triplicado (18.674 processos por ano). Em 2007, o número anual de processos que chegaram ao STF atingiu seu ápice histórico (112.938), a demonstrar que não vinham surtindo efeito as reformas processuais calcadas na *aceleração* realizadas entre 1990 e 2006. Apenas a partir de 2008 é que constata queda substancial no número de processos recebidos pelo STF, sendo inevitável relacionar tal redução à técnica de *aglutinação* acolhida a partir de 2007. Contudo, a partir de 2012 o número de processos dirigidos ao STF voltou a subir, sinalizando que essas últimas reformas tiveram efeito meramente paliativo<sup>26</sup>.

24 O Brasil adotou um sistema misto de controle de constitucionalidade, que contempla tanto abstrato-concentrado (por meio de medidas diretamente ajuizadas no STF por um rol limitado de legitimados), quanto o difuso-concreto (autorizando-se cada juiz a recusar a aplicação da lei tida por inconstitucional no caso concreto). Nesse passo, o recurso extraordinário (também dirigido ao STF) desempenha um papel relevante nessa segunda modalidade de controle de constitucionalidade.

25 BUZAID, Alfredo. *A crise do Supremo Tribunal Federal*. Estudos de direito. São Paulo: Saraiva, 1972. p.121-180.

26 Dados extraídos do portal virtual do STF: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=movimentoProcessual>>. Acesso em: 23 jul. 2015.

Situação similar se verifica no âmbito do segundo mais importante tribunal de vértice do sistema judiciário brasileiro, o Superior Tribunal de Justiça (STJ). Criado pela Constituição Federal de 1988 para absorver parte das competências do STF, o STJ (integrado por 33 magistrados) recebeu 23.368 processos em 1991. Após série ininterrupta de aumentos no número de processos, chegou-se a um recorde histórico (até então) de 347.426 processos recebidos (em 2009), reforçando-se o entendimento de que os meios *aceleratórios* implantados nas reformas de 1990 a 2006 não implicaram diminuição do volume de trabalho daquela Corte. Acresça-se que também no STJ se pode reconhecer, a partir do início da vigência da técnica de *aglutinação*, queda apenas transitória do número de processos (entre 2009 e 2011) pois, ao final de 2014, já se havia atingido um número de processos superior ao do recorde histórico anteriormente verificado (386.423<sup>27</sup>).

Assim, pode-se dizer que o funcionamento dos dois principais tribunais de vértice no Brasil está há muito completamente inviabilizado, muito distante do que seria recomendável para o adequado desempenho de seus respectivos papéis constitucionais.

Ademais, os números relevam o fracasso do modelo de aceleração/aglutinação de processos repetitivos individuais, cujo funcionamento é fundamentalmente baseado em precedentes judiciais.

É possível afirmar que essa realidade não chegou a ser levada em conta quando o atual CPC de 2015 começou a ser gestado (o Senado Federal designou uma Comissão de Juristas para elaboração do Anteprojeto em outubro de 2009, a qual concluiu a elaboração do texto básico que viria a ser convertido no Código em junho de 2010).

A impressão que se tem é que, naquela época, ainda impressionavam os primeiros números que indicavam que as reformas processuais de 2007 e 2008 realmente haviam reduzido o congestionamento dos dois principais tribunais superiores. Àquele tempo não se havia notado que se tratava, apenas, de um pequeno “alívio” transitório, e ainda não havia sido retomado o aumento no número de processos recebidos anualmente por ambos os tribunais.

Foi com base em uma certa “ilusão” de uma situação meramente transitória que se fixaram as balizas principais do CPC de 2015, que

---

27 Dados extraídos do portal virtual do STJ: <<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Boletim/?vPortalAreaPai=188&vPortalArea=584>>. Acesso em: 23 jul. 2015.

foram pouco corrigidas durante os seus mais de cinco anos de tramitação. Esse é, portanto, o cenário para começar a examinar parte das principais alterações estruturais do CPC de 2015 em relação ao CPC de 1973.

#### 4 CPC DE 2015 E LITIGIOSIDADE REPETITIVA

Uma parte expressiva das principais novidades introduzidas pelo CPC brasileiro de 2015 representa o aprofundamento das tendências sinalizadas nas reformas processuais operadas de 1992 em diante: enfraquecimento do processo coletivo (que continuará a ser tratado em um microssistema apartado do Código) e aprimoramento / ampliação de técnicas de aceleração / aglutinação de processos repetitivos individuais por meio da valorização da eficácia normativa de precedentes judiciais.

De fato, além de consolidar e aprimorar as técnicas de aceleração introduzidas pelas reformas ao CPC de 1973, o CPC de 2015 ampliou os poderes do juiz de 1º grau quando do recebimento da demanda, sempre que ela versar sobre questão já assentada em precedente judicial. Se a pretensão do autor é contrária à tese firmada em determinadas modalidades de precedentes judiciais, o juiz de 1º grau poderá julgá-la improcedente liminarmente (art. 322). Se, por outro lado, a pretensão do autor se alinha a determinadas modalidades de precedente e houver comprovação documental de que sua situação permite a incidência da tese jurídica lá firmada, o juiz pode conceder provimento antecipatório de tutela independentemente de alegação de urgência (art. 311, II).

De outra parte, o CPC de 2015, além de aperfeiçoar os mecanismos de gestão de recursos repetitivos nos tribunais de vértice, estendeu a mesma técnica para os tribunais de 2º grau. Trata-se do chamado “Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas” (IRDR), que visa selecionar “causas-piloto” e suspender todos os processos (individuais e coletivos<sup>28</sup>) repetitivos. Fixada a tese, ela há de ser reproduzida de forma “vinculante” por todos os juízes sujeitos hierarquicamente ao respectivo tribunal.

Num balanço crítico, ocorre dizer que o sistema de “tratamento coletivo de demandas individuais repetitivas” – que passou a ser implementado pelas reformas processuais dos anos 1990–2000 e foi decididamente abraçado pelo CPC de 2015 – apresenta ao menos três graves problemas em comparação com o sistema de tutela coletiva: (a) lida-se com o efeito (multiplicidade de processos)

<sup>28</sup> Eis aqui mais uma evidência do enfraquecimento do processo coletivo, que passará a ser tratado sem nenhuma distinção em relação a processos individuais para efeito de julgamento de “casos-piloto”.

e não com a causa (litígios de massa originalmente levados ao Poder Judiciário de maneira atomizada, em processos individuais, tal como o médico que combate apenas a febre, em vez de tratar da infecção); (b) o foco desses mecanismos de aglutinação é a solução do problema do Poder Judiciário (e não do conflito de massa, que pode ter sido judicializado apenas por uma ínfima parte dos indivíduos atingidos<sup>29</sup>); (c) compromete-se a representatividade adequada da coletividade a ser atingida pela decisão proferida no “caso-piloto”, no qual há o combate desigual litigante individual eventual *versus* litigante habitual<sup>30</sup>.

Não tenho dúvidas em afirmar que a litigiosidade de massa tenderia a ser solucionada de forma muito mais eficaz por meio do processo coletivo, em comparação com os mecanismos de tratamento coletivo de processos individuais fundados em precedentes judiciais. Até porque, os ordenamentos da família da *common law*, a quem se deve a criação de um sistema de precedentes vinculantes, jamais pretendeu utilizá-los como ferramenta de tratamento de litigiosidade repetitiva<sup>31</sup>.

## 5 CPC DE 2015 E VALORIZAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS

Embora tenham sido apresentadas até aqui severas críticas ao sistema de tratamento coletivo de demandas individuais repetitivas com base em precedentes judiciais, não se pode ignorar a importância que o direito jurisprudencial tem ganho em ordenamentos jurídicos filiados à

29 Nessa linha, há que se ponderar o risco de o Poder Judiciário valer-se de mecanismo (consciente ou inconsciente) de autoproteção para julgar contra os interesses da massa indeterminável de indivíduos, de modo a evitar que aqueles que ainda não tiverem proposto suas demandas se animem a fazê-lo à luz de um precedente vinculante favorável.

30 Aliás, sempre se considerou como premissa do sistema de tutela coletiva a provável incapacidade técnica e econômica do cidadão individualmente considerado para defender em juízo direito de caráter transindividual. Esse risco de déficit de representatividade adequada pode não ser suficientemente sanado pela possibilidade de intervenção de pessoas físicas e jurídicas (especialmente entes de classe como sindicatos e associações) para ampliação do contraditório na formação de uma decisão apta a atingir uma pluralidade indeterminável de sujeitos (esses intervenientes são denominados pelo art. 138 do CPC de 2015 de *amici curiae*). Isso porque os poderes dos *amici curiae* são limitados em comparação aos da parte e sua intervenção (que embora possa ser provocada, no mais das vezes será espontânea) não é obrigatória para validade da decisão a ser proferida.

31 Essa importância advertência foi feita por Dierle Nunes e Alexandre Melo Franco Bahia: “o sistema de uso de precedentes se estruturou historicamente muito anteriormente ao (e, pois, totalmente à revelia do) surgimento da nominada litigiosidade repetitiva” (Precedentes no CPC-2015: por uma compreensão constitucionalmente adequada do seu uso no Brasil, p.2. Texto disponível em: <[https://www.academia.edu/12103940/Precedentes\\_no\\_CPC-2015\\_por\\_uma\\_compreens%C3%A3o\\_constitucionalmente\\_adequada\\_do\\_seu\\_uso\\_no\\_Brasil](https://www.academia.edu/12103940/Precedentes_no_CPC-2015_por_uma_compreens%C3%A3o_constitucionalmente_adequada_do_seu_uso_no_Brasil)>. Acesso em: 23 jul. 2015.

tradição da *civil law*<sup>32</sup> e, na mesma medida, os notáveis avanços do CPC de 2015 em estruturar ferramentas para que o sistema judiciário brasileiro opere adequadamente com base em precedentes judiciais.

Em breves acenos, merecem realce as seguintes novidades: (a) a imposição aos tribunais do dever de “uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente” (art. 926); (b) a atribuição ao tribunal de poderes para, uma vez constatada a necessidade de alteração do entendimento jurisprudencial antes consolidado (*overruling*), convocar audiências públicas e permitir a participação de *amici curie* que contribuam para a rediscussão da tese (art. 927, §2º); e (c) a atribuição aos tribunais do poder de modular os efeitos normativos de uma decisão que altere entendimento jurisprudencial antes consolidado, em homenagem à segurança jurídica (*prospective overruling* – art. 927, §4º). Eis aqui novidades que merecem ser louvadas.

## 6 DEMAIS NOVIDADES PRINCIPAIS DO CPC DE 2015

É evidente que nem tudo o que há de novo no CPC de 2015 concerne a processos individuais repetitivos ou à valorização de precedentes judiciais.

Podem-se destacar no CPC de 2015 diversas alterações estruturais relevantes, as quais examinarei nos itens seguintes: (a) redimensionamento das garantias ao contraditório e à motivação das decisões judiciais; (b) valorização da solução consensual de conflitos; (c) valorização da vontade das partes na estruturação do procedimento e nos seus ônus e poderes; e (d) criação da “estabilização da tutela sumária”.

## 7 REDIMENSIONAMENTO DA GARANTIA AO CONTRADITÓRIO

Há muitos anos, a doutrina processual brasileira reconhece que a garantia ao contraditório – insculpida no art. 5º, LV, da Constituição Federal de 1988<sup>33</sup> – deve ser encarada como um poder de influir eficazmente na formação do convencimento do julgador, e não simplesmente o direito ao binômio “informação-reação”, decorrente da bilateralidade da audiência.

32 Cf. reconhecem, v.g., no Brasil, MOREIRA, Barbosa. O processo civil contemporâneo: um enfoque comparativo. *Temas de direito processual* – nona série, São Paulo: Saraiva, 2007, p. 39-54; na Espanha, COMELLA, Victor Ferreres. *Sobre la possible fuerza vinculante de la jurisprudencia, El carácter vinculante de la jurisprudencia*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009. p. 54; e, na Itália, v.g. TARUFFO, Michele. Precedente e Giurisprudenza. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, v. 61, n. 3, p. 709-725, sett. 2007.

33 Art. 5º [...]. LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.



Uma das decorrências mais evidentes dessa mais ampla dimensão do contraditório está na exigência de que é dever do juiz propor à prévia discussão das partes a solução de questões cognoscíveis de ofício<sup>34</sup>. O CPC de 2015, fazendo coro à doutrina e espelhando-se em disposições expressas contidas em legislações estrangeiras<sup>35</sup>, passou a prever de maneira textual que “O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício” (art. 10). Trata-se de postulado que já poderia ser extraído de uma interpretação do CPC de 1973 à luz da Constituição Federal, mas que evidentemente ganha força uma vez positivado no CPC de 2015.

## 8 REDIMENSIONAMENTO DA GARANTIA À MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

Intimamente relacionada à garantia ao contraditório, se encontra a garantia à motivação das decisões judiciais<sup>36</sup>. De fato, não basta deixar que os litigantes se manifestem; é preciso que eles sejam efetivamente ouvidos. E para tanto se revela absolutamente imprescindível que a decisão judicial seja adequadamente fundamentada, como exigência ínsita a um Estado Democrático de Direito.

A Constituição Federal brasileira de 1988 dispôs expressamente que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade” (art. 93, IX), em um caso (talvez único ou, no mínimo, raro no mundo) de cominação expressa de invalidade processual pelo texto constitucional.

Contudo, entendeu-se que o CPC de 2015 deveria detalhar em que consistiria o dever de fundamentação e, para tanto, o art. 489, §1º, seguiu uma metodologia inusitada: indicou-se um rol de situações em que *não* se

34 Essa tese é defendida na doutrina europeia há décadas, citando-se a título de exemplo: TROCKER, Nicoló. *Processo civile e costituzione: problemi di diritto tedesco ed italiano*, Milano: Giuffrè, 1974. p. 387/389; DENTI, Vittorio. *Questioni rilevabili d'ufficio e contraddittorio, Dall'azione al giudicato*. Padova: Cedam, 1983. p. 46-63. Na doutrina brasileira, confira-se DINAMARCO (Instituições..., cit., v. 1, p. 220-226) e OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Garantia do contraditório. In: José Rogério Cruz e Tucci (coord.). *Garantias constitucionais do processo civil*. 1. ed. 2. tir., São Paulo: RT, 1999. p. 132-150.

35 V.g. o art.16.3 do CPC francês e o §139 da ZPO alemã, art. 101 do CPC italiano e art. 3.3 do CPC português.

36 Cf. destaca, p. ex., Michelle Taruffó, Considerazione su prova e motivazione, Doutrinas essenciais – Processo civil. WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. São Paulo: RT, 2011. v. 4 (Atividade probatória), p.213-226.

pode considerar respeitada a garantia constitucional, quais sejam: a decisão que “se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida” (inc.I); “empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso” (inc. II), “invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão” (inc.III), “não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador” (IV) e “se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos” (inc.V) e “deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento” (inc. VI). Ao assim proceder, o legislador forneceu aos litigantes ferramentas mais efetivas para apontar vícios na fundamentação, deixando clara que ela deve ser completa e analítica, sob pena de maltrato ao modelo constitucional do processo civil brasileiro.

## 9 MEIOS CONSENSUAIS PARA SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Desde as reformas processuais realizadas em 1994, o sistema processual brasileiro adotou como diretriz clara a valorização da solução consensual de conflitos quando já deduzidos judicialmente<sup>37</sup>. Contudo, o CPC de 1973 atribuía essa atividade primordialmente ao juiz responsável pelo processo (o que representa um risco à sua imparcialidade<sup>38</sup>), e reservava momento para sua realização após o desenvolvimento de toda a fase postulatória (quando os litigantes já estavam completamente armados, no meio do debate judicial).

Assim, a fim de propiciar melhores condições para a solução autocompositiva, o CPC de 2015 alterou essas duas diretrizes.

37 Por meio da Lei nº 8.952 de 1994, impôs-se ao juiz o dever de tentar obter a solução consensual em audiência preliminar, realizada após o término da fase postulatória e antes do saneamento processual e da organização da fase instrutória (art. 331 do CPC de 1973), sem prejuízo da possibilidade de o juiz convocar as partes para a tentativa de autocomposição a qualquer tempo (art. 125, IV, do CPC de 1973).

38 Eis uma precisa síntese dessa crítica: “Com uma conversa mais longa, o juiz corre o risco de comprometer o futuro de sua atividade jurisdicional, envolvendo-se em demasia com a pretensão de uma das partes ou de ambas. Deve evitar adiantar seu ponto de vista sobre os fatos e o direito aplicável. A simples menção à jurisprudência (sobretudo a própria) pode deitar por terra sua credibilidade. Mas, tomadas as cautelas necessárias para evitar essas consequências desastrosas, há espaço para a atividade conciliadora do juiz da causa, sem exigir-lhe maior dedicação”. (CALMON, Petrónio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 148-149).

Primeiramente, nos termos dos arts. 139, V, e 334, §1º, as audiências destinadas à obtenção da solução consensual serão presididas, preferencialmente, por conciliadores ou mediadores (auxiliares do juiz, integrantes do quadro de servidores do Poder Judiciário ou não, cuja atividade passou a ser disciplinada minuciosamente pelos arts. 165 a 175). Trata-se de novidade auspiciosa.

De resto, o art. 334 define como obrigatória a realização de audiência de conciliação ou mediação após a citação do réu, mas antes da apresentação de defesa, salvo se os direitos em disputa não admitirem autocomposição ou caso todas as partes informem com antecedência desinteresse nessa forma de solução de conflitos. Se ao menos um dos litigantes manifestar desejo de comparecer à audiência ou simplesmente nada disser a respeito, todos os litigantes são obrigados a comparecer sob pena de multa calculada com base no benefício econômico em disputa. Esse ponto, penso, mereceria uma segunda reflexão, pois parece ser um contrassenso que as partes se submetam forçadamente a um ato processual destinado a obter solução consensual, sobretudo se uma delas já tenha se manifestado desinteresse na autocomposição.

## 10 ATIPICIDADE DE CONVENÇÕES PROCESSUAIS

O CPC de 1973 contempla algumas hipóteses de convenções processuais, assim entendidas como acordo de vontades entre os litigantes, celebrados antes ou durante o processo, com a finalidade de moldar o procedimento e/ou criar, modificar e extinguir posições jurídicas na relação processual<sup>39</sup>. Contudo, tratava-se de hipóteses excepcionais e típicas, tais como a eleição de foro (art. 111), a inversão consensual do ônus da prova (art.333, par. ún.) e a suspensão consensual do processo (art.265, III).

Pois o CPC de 2015 não apenas manteve as hipóteses de convenções processuais típicas previstas no CPC de 1973 e acima referidas, como ainda criou novas modalidades típicas (tais como a convenção para escolha do profissional responsável pela realização de prova pericial<sup>40</sup> e a organização consensual da instrução<sup>41</sup>) e, por fim, contemplou cláusula geral prevendo a

39 Até o início dos anos 2010, o tema foi pouco estudado na doutrina brasileira, ressaltando-se pouquíssimos ensaios, como um de MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Convenções das partes sobre matéria processual. Temas de direito processual civil*. Terceira Série. São Paulo: Saraiva, 1984. p.87-98. Nos últimos anos se proliferaram estudos dedicados ao tema, destacando-se em particular a recentíssima coletânea de artigos da lavra de brasileiros e estrangeiros coordenada por CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Negócios Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2015.

40 Cf. Art. 471.

41 Cf. Art.357, §2º.

possibilidade de partes plenamente capazes de processo que verse “direitos que admitam autocomposição” estipularem consensualmente “mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa” ou convencionarem “sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo” (art. 190).

Essa novidade – que representa verdadeira quebra de paradigma do sistema brasileiro de justiça há séculos desenhado – ainda desafiará a argúcia dos estudiosos, magistrados, advogados e membros do Ministério Público, sobretudo porque se colocam incontáveis dificuldades para definir limites para a celebração de convenções processuais.

## 11 ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA SUMÁRIA ANTECIPATÓRIA URGENTE

Eis aqui uma novidade contida nos arts. 304 e 305 do CPC de 2015 que merece referência.

Para compreendê-la convém assentar algumas premissas.

Os arts. 294 ao 311 do CPC de 2015 denominam “tutela provisória” uma ampla gama de tutelas fundadas em cognição sumária, e se subdivide, primeiramente, em tutela provisória de urgência e tutela provisória desprovida de urgência (a que o Código denominou de “tutela de evidência”).

A primeira dessas categorias (tutela urgente), por sua vez, se subdivide em tutela cautelar (que não propicia à parte tutela a fruição do bem da vida em disputa, mas apenas a asseguarção de obtenção de um resultado útil futuro) e antecipatória (em que a parte tutela já começa a fruir, ainda que provisória e precariamente, do objeto da disputa).

Em linhas gerais, esses instrumentos processuais mantêm o postulado, já antes bem vincado pelo CPC de 1973, segundo o qual tutelas fundadas em cognição sumária são, salvo casos excepcionais, precárias (podem ser revistas à luz de novos elementos fático-probatórios) e provisórias (dependem de uma ulterior confirmação por decisão fundada em cognição exauriente para produzir efeitos de forma perene).

Essa diretriz resta, contudo, parcialmente atenuada pelo projeto de novo CPC, ao prever em seu art. 304 a chamada “estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória”<sup>42</sup>.

<sup>42</sup> Eis a redação do dispositivo: “Art. 304. A tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso. § 1.º No caso previsto no

Trata-se de técnica inspirada em dispositivos presentes nos ordenamentos processuais estrangeiros – em especial do francês e do italiano<sup>43</sup> – e que vem há tempos sendo debatida pela doutrina brasileira, bem como cogitada em outros anteprojetos ou projetos de lei elaborados no passado e que não vingaram.

O objetivo primordial da técnica é tornar meramente eventual e facultativo o exercício de cognição exauriente para dirimir o conflito submetido ao Estado-juiz, desde que tenha havido deferimento liminar de tutela provisória de urgência antecipatória (fundada, por óbvio, em cognição sumária) e que o réu não tenha contra ela se insurgido. Sumarizam-se, a um só tempo, a cognição e o procedimento<sup>44</sup>.

Para tanto, a leitura dos arts.303 e 304 permite identificar que a estabilização ocorrerá se preenchidas duas condições cumulativas: (a) que o juiz haja deferido liminarmente o pedido de tutela provisória de urgência antecipatória; e (b) que o réu, comunicado da decisão, não tenha interposto o recurso cabível contra a decisão. Essa segunda condição revela que o CPC brasileiro de 2015 se afastou dos sistemas estrangeiros em que se inspirou, nos quais a estabilização decorre da falta de contestação. É isso se explica pelo fato de o sistema processual brasileiro (seja à luz do CPC de 1973, seja à luz do CPC de 2015) ter adotado a *ficta confessio*. Assim, teve-se que encontrar outro comportamento omissivo do réu (que

---

caput, o processo será extinto. § 2.º Qualquer das partes poderá demandar a outra com o intuito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada nos termos do caput. § 3.º A tutela antecipada conservará seus efeitos enquanto não revista, reformada ou invalidada por decisão de mérito proferida na ação de que trata o § 2.º. § 4.º Qualquer das partes poderá requerer o desarquivamento dos autos em que foi concedida a medida, para instruir a petição inicial da ação a que se refere o § 2.º, prevento o juízo em que a tutela antecipada foi concedida. § 5.º O direito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada, previsto no § 2.º deste artigo, extingue-se após 2 (dois) anos, contados da ciência da decisão que extinguiu o processo, nos termos do § 1.º. § 6.º A decisão que concede a tutela não fará coisa julgada, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revidar, reformar ou invalidar, proferida em ação ajuizada por uma das partes nos termos do §2º deste artigo.”

43 Aparentemente o projeto se inspirou em alguns aspectos do regime geral das ordonnances de référé (arts.484 a 492) e em outros das ordonnances sur requête (arts.493 a 498). Já quanto ao CPC italiano, parece-me que alguns elementos foram colhidos dos arts. 186-ter e quarter, com redação dada pelas Leis n. 353/90 e 263/2005, e do art. 669-ocies, com redação dada pelas Leis n. 80/2005 e 69/2009 (destacando semelhanças e diferenças entre os dois ordenamentos, que aqui não vêm ao caso, confira-se Giovanni Bonato, I référés nell'ordinamento francese, La tutela somaria in Europa – Studi, Antonio Carratta (org.), Napoli: Jovene, 2012, p.35-76). A inspiração é confessada expressamente pela Exposição de Motivos do Anteprojeto elaborado pela Comissão de Juristas nomeada em 2009 pela Presidência do Senado Federal: “Também visando a essa finalidade, o novo Código de Processo Civil criou, inspirado no sistema italiano e francês, a estabilização de tutela, a que já se referiu no item anterior, que permite a manutenção da eficácia da medida de urgência, ou antecipatória de tutela, até que seja eventualmente impugnada pela parte contrária”.

44 A sumarização da cognição sempre implica sumarização procedimental, mas o inverso não é verdadeiro. É corrente a ideia de que o procedimento sumário e o procedimento dos Juizados Especiais preservam o exercício de cognição exauriente.

não a falta de contestação) para ensejar a estabilização (isto é, a falta de recurso contra a decisão antecipatória<sup>45</sup>).

Preenchidas as duas condições referidas, o juiz extinguirá o processo e o autor beneficiado pela decisão poderá executá-la em caráter definitivo. A partir de então, qualquer das partes poderá propor uma nova e diferente demanda, perante o mesmo órgão judiciário, destinada a revogar ou modificar a decisão antecipatória<sup>46</sup>.

Vê-se claramente que o dispositivo aqui em foco cria mais uma hipótese de “tutela sumária definitiva”<sup>47</sup>, assim entendida como aquela que, em contraposição à “tutela sumária provisória”, tem eficácia plena independentemente de ulterior confirmação por provimento proferido com base em cognição exauriente (cujo exercício, repita-se, passa a ser meramente facultativo e eventual, atrelado à provocação do réu, por meio de um processo autônomo). Contudo, não se vê formação de *coisa julgada material*, que continua reservada pelo art. 502 do CPC de 2015 à decisão fundada em cognição exauriente. Sob tal conformação, a técnica da estabilização apresentava indistigáveis semelhanças com aquela empregada no processo monitorio<sup>48</sup>, que o Brasil implantou em 1995 e foi preservado no CPC de 2015.

## 12 ACENOS CONCLUSIVOS

Este breve ensaio não teve outro propósito de dar notícia aos processualistas de fora do Brasil as principais novidades contidas em nosso novo CPC recentemente aprovado. Os primeiros itens deste ensaio revelam alguma dose de pessimismo com as principais novidades implementadas, o qual, contudo, resta temperado pelo reconhecimento de outras modificações alvissareiras.

45 De fato, nos sistemas francês e italiano, a ausência de defesa do réu não implica a presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor e, conseqüentemente, lá não se dispensa o juiz de abrir instrução probatória). Daí porque italianos e franceses se esmeram em criar meios mais céleres de formação de título executivo judicial (o que ajuda a explicar o propalado “sucesso” da tutela monitoria naqueles países). No sistema brasileiro, não faria muito sentido acolher a mesma solução. A gravidade dos efeitos da revelia e a possibilidade de julgamento imediato do mérito em face do réu revel – previstos no CPC de 1973 e mantidos no CPC de 2015 (arts.319 e 330, II do primeiro, 344 e 355, II, do segundo) – tornam menos úteis e necessárias técnicas processuais baseadas na inércia do réu e destinadas a abreviar o iter procedimental a ser percorrido para que seja possível dar início à execução.

46 O art. 305, §4º, prevê prazo decadencial de dois anos para ajuizamento dessa demanda.

47 Cf., v.g., BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Estabilização das tutelas de urgência*. Estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover, Flávio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide de Moraes (org.), São Paulo: DPJ, 2005, p.663).

48 A aproximação entre as hipóteses é há tempos exaltada. Vide, p.ex., TALAMINI, Eduardo. Tutela de urgência no projeto de novo Código de Processo Civil: a estabilização da medida urgente e a “monitorização” do processo civil brasileiro, *Revista de Processo*, n. 209, v.37, p.13-34, jul. 2012.

# COMPIMENTO DELLA SENTENZA NEL CPC BRASILIANO, SPECIALMENTE NEI CASI DI OBBLIGAZIONI DI SOMMA DI DANARO

*Humberto Theodoro Júnior<sup>1</sup>*

**SOMMARIO:** Introduzione; 1 Riforme attuate nel Codice di Procedura Civile alla fine del ventesimo secolo e all'inizio del ventunesimo; 2 Il compimento della sentenza secondo il nuovo Codice di Procedura Civile (Legge n° 13.105/2005); 3 Tutela interdittiva come standard; 4 Titoli esecutivi giudiziali; 5 Non solo le sentenze di condanna sono titoli esecutivi giudiziali nel processo civile brasiliano; 6 Necessità di rispettare il contraddittorio nel compimento

<sup>1</sup> Professore ordinario Titolare in pensione della Facoltà di Giurisprudenza della Università Federale del Minas Gerais (Brasile) FMG. Giudice Consigliere in pensione del Tribunale di Giustizia di Minas Gerais. Membro dell'Accademia di Minas Gerais di Lettere Giuridiche, dell'Istituto degli Avvocati di Minas Gerais, dell'Istituto di Diritto Comparato luso-brasiliano, dell'Istituto Brasiliano di Diritto Processuale, dell'Istituto ibero-americano di Diritto Processuale, della International Association of Procedural Law e membro della Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française – Gruppo Brasiliano. Dottore in Giurisprudenza. Avvocato

della sentenza; 7 Necessità di richiesta del creditore; 8 Comunicazione (non notificazione) al debitore; 9 Compimento per iniziativa del debitore; 10 Esecuzione definitiva di sentenza che riconosce l'esigibilità dell'obbligazione di pagare una somma di danaro; 11 Provvisoria esecuzione; 12 Norme di base della provvisoria esecuzione; 13 Osservazioni finali.

## INTRODUZIONE

Il Brasile, relativamente alla storia della procedura fino alle recenti date, si è sempre mantenuto fedele alla tradizione del diritto romano in materia di esecuzione di sentenza. Viene osservato il criterio di due azioni distinte ed autonome:

- a) all'inizio, si esercitava l'azione cognitiva destinata ad ottenere l'accertamento, mediante sentenza, dell'esistenza del diritto discusso tra le parti che, procedendo dalla richiesta del creditore, condannava il debitore a realizzare la prestazione dovuta e
- b) dalla sentenza di condanna nasceva per il creditore *l'azione esecutiva* che gli concedeva la possibilità di instaurare un nuovo processo tendente ad attuare materialmente sul patrimonio del debitore inadempiente, processo in cui il giudice avrebbe estratto in maniera forzata i beni e le risorse necessari al soddisfacimento del diritto certificato nella sentenza del processo precedente, senza dipendere dal consenso dell'escusso.

Il sistema era quello del doppio binario, come nel diritto romano, che forzava il creditore ad esercitare due volte il diritto d'azione per riuscire ad ottenere il soddisfacimento del credito reclamato in giudizio. Si esercitava dapprima la *actio* e, dopo la sentenza, la *actio iudicati*, in una successione obbligatoria di due azioni, due processi e due provvedimenti giudiziali diversi. Tutto avveniva durante lo stesso giudizio ma in contesti processuali diversi ed indipendenti. La *actio iudicati* aveva inizio dopo l'estinzione della *actio condemnationis*. Questa, una volta conclusa, perfezionava il titolo esecutivo (sentenza di condanna) che a sua volta sarebbe il fondamento di sostegno all'azione esecutiva.

Tuttavia, sono sempre esistite tra di noi azioni speciali la cui procedura era unitaria, ossia, in un unico rapporto processuale si procedeva in via



eccezionale tanto all'accertamento del diritto quanto alla sua realizzazione forzata. Si trattava di qualcosa di simile agli antichi interdetti romani (*interdicta*) che si prestavano a esplicitare moderne azioni come quelle possessorie e di sfratto. La dottrina in Brasile denominava queste azioni speciali *azioni esecutive "lato sensu"*, di contro alle *azioni di condanna*. Mentre le prime si concludevano con la sentenza, le seconde proseguivano nello stesso rapporto processuale fino all'effettiva realizzazione materiale del diritto accertato nel provvedimento cognitivo.

Il diritto positivo brasiliano, negli ultimi tempi, ha conosciuto una evoluzione nel senso che ha generalizzato le azioni esecutive *lato sensu*, attribuendo tale carattere a tutte le sentenze di condanna.

#### **1 RIFORME ATTUATE NEL CODICE DI PROCEDURA CIVILE ALLA FINE DEL VENTESIMO SECOLO E ALL'INIZIO DEL VENTUNESIMO**

Attraverso successive riforme che hanno dapprima riguardato la modalità di esecuzione delle sentenze relative alle obbligazioni di fare e non fare (Legge n° 8.952/1994), dopo quelle relative alle obbligazioni di consegnare una cosa (Legge n° 10.444/2002) ed infine a quelle relative alle obbligazioni di somma di danaro (Legge n° 11.232/2005), il diritto brasiliano è riuscito a svincolarsi completamente dal sistema romano della *actio iudicati*. Al suo posto si è impiantato come regola generale del procedimento di compimento della sentenza, qualcosa di simile al regime medievale longobardo o almeno ispirato ad esso. Invece di mantenere la dualità romana *actio – actio iudicati*, il Codice brasiliano ha impiantato, in pieno ventunesimo secolo, la procedura unica o sincretica della *executio per officium iudicis*, regime esecutivo forgiato nel confronto storico fra diritto romano e diritto germanico.

È necessario sottolineare che, con la caduta dell'Impero Romano e l'instaurazione del dominio dei popoli germanici, si è prodotto un enorme scontro culturale, dato che i nuovi dominatori praticavano usanze barbariche nella prassi giudiziaria: l'esecuzione era privata, esercitata dalla stessa forza del creditore sul patrimonio del debitore, senza dipendere dal precedente beneplacito giurisdizionale. Era il debitore che, trovandosi in disaccordo sugli atti esecutivi privati del creditore, doveva ricorrere al Potere Pubblico per formulare l'impugnazione. Si trattava pertanto di una completa inversione riguardo alle tradizioni civilizzate dei romani: prima si eseguiva per poi discutere in giudizio il diritto delle parti. L'attività cognitiva era quindi successiva a quella

esecutiva che, a sua volta, non dipendeva dalla procedura giudiziale per essere legittimata.<sup>2</sup>

Nello scontro fra culture, alla fine si arrivò ad una conciliazione sul metodo. Si abolì da un lato l'esecuzione privata per sottomettere la realizzazione del diritto del creditore al previo accertamento giudiziale ma, dall'altro, si eliminò la duplicità di azioni che il diritto romano aveva tanto coltivato. Il compimento della sentenza cominciò a non assoggettarsi più all'apertura di un nuovo giudizio. Spettava al giudice, dopo aver emesso la sentenza, prendere, come semplice dovere di ufficio, i dovuti provvedimenti per fare compiere la sua decisione, il tutto come atto dello stesso processo in cui la pretesa del creditore fosse stata accolta. Al posto della vecchia e complicata *actio iudicati*, si instaurò in pieno Medioevo la nuova e semplice *executio per officium iudicis*. (2)<sup>3</sup>

In questo modo il giudice in Brasile, ancora sotto il regime del CPC del 1973, iniziò a racchiudere nelle proprie mani il potere di giudicare il processo di cognizione e di realizzare l'ordine emergente dalla sua sentenza, durante la stessa durata del rapporto processuale in cui era stata pronunciata la condanna.

## 2 IL COMPIMENTO DELLA SENTENZA SECONDO IL NUOVO CODICE DI PROCEDURA CIVILE (LEGGE N° 13.105/2015)

Il nuovo Codice di Procedura Civile brasiliano, ancora in fase di *vacatio legis*, si è mantenuto fedele al sistema unitario costruito in base alle riforme progressive subite dal Codice del 1973. Il creditore continuerà ad essere sollevato dall'onere di entrare due volte in giudizio, con due differenti azioni, per ottenere infine il suo unico obiettivo pratico, quello cioè di soddisfare il suo diritto di credito.

Il nuovo Codice di Procedura Civile mantiene l'unificazione della procedura dell'attività di cognizione e di quella esecutiva per quanto concerne i titoli esecutivi giudiziali. In questo modo, in un'unica azione, l'autore è in condizione di ottenere il accertamento del suo diritto e la soddisfazione del credito.

2 LIEBMAN, Enrico Tullio. *Embargos do executado (oposições de mérito no processo de execução)*. ed. Tradução portuguesa de J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1968, n. 23, p. 34, e n. 28, p. 40; REIS, José Alberto dos. *Processo de execução*. Coimbra: Coimbra, 1943, v. I, n. 24, p. 72; cf. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *A execução de sentença e a garantia do devido processo legal*. Rio de Janeiro: AIDE, 1987. p. 132-133.

3 LIEBMAN, Enrico Tullio. *Embargos do executado*, cit., ns. 34-36, p. 52-56; cf. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *A execução da sentença* cit., p. 136-138.

Il nuovo Codice di Procedura Civile destina così l'azione esecutiva autonoma

unicamente ai titoli esecutivi stragiudiziali. Con questo, sono previste due vie di esecuzione forzata singolare nel diritto di procedura civile brasiliano:

- a) quella del compimento forzato delle sentenze di condanna e di altre cui la legge attribuisce ugual forza (NCPC, art. 513 e 515) – regime equivalente a quello di *executio per officium iudicis*; e
- b) quella della procedura di esecuzione dei titoli stragiudiziali enumerati nell'art. 784, a cui si applicano le diverse procedure del Libro II della Parte Speciale del nuovo Codice – regime di azione esecutiva autonoma (originaria della *actio iudicati* e della sua evoluzione nell'età moderna).

### 3 TUTELA INTERDITALE COME STANDARD

Il processo di cognizione, nel nuovo sistema del diritto brasiliano, si è distanziato dalla meta della condanna che si manifestava dalla ricerca della formazione del titolo esecutivo, come conclusione di un processo e preparazione di un altro. La sentenza non è più un titolo di condanna ma una fonte diretta dell'esecuzione reale o ordinamentale, che l'avvicina agli interdetti romani, la cui implementazione non avveniva mediante la *actio iudicati* ma in ragione di misure concrete determinate direttamente dal pretore. Si rifugge, come diceva Ovídio A. Baptista da Silva, dall'ordinarietà della procedura di cognizione, che nei modelli primitivi del Codice/73, faceva confondere la sentenza di condanna con una sentenza dichiarativa. Il Codice precedente, mediante successive riforme, era riuscito a superare il modello romano denominato *ordo iudiciorum privatorum*.

Più della pura eliminazione del processo di esecuzione delle sentenze, che si raggiunge con la forza del compimento immediato, nella stessa azione di cognizione, il più grande merito della Legge n° 11.232/2005 è giustamente stato quello di adottare come standard esecutivo quello della tutela interdittiva, che vede nella sentenza molto di più della definizione del diritto della parte e dell'obbligazione del debitore, perché ci vede un comandamento subito eseguibile per forza immediata del provvedimento con cui si accoglie la pretesa della parte.<sup>4</sup> Questo sistema è stato totalmente assorbito dal nuovo Codice.

<sup>4</sup> Le sentenze dopo la riforma, "o saranno esecuzioni reali, quando si riferiscono a pretese alla consegna di cosa certa o saranno preporandamente ordini, quando non , in certe ipotesi, ugualmente esecuzioni reali, le pretese relative al compimento delle obbligazioni di fare o non fare, come prevede il §5° dell'art. 461. Ci avviciniamo quindi ai modi peculiari della tutela interdittiva. A nostro avviso, questo è un vantaggio

#### 4 TITOLI ESECUTIVI GIUDIZIALI

Al fine di permettere l'applicazione del procedimento sincretico di compimento della sentenza, il nuovo Codice non si concentra soltanto sulle decisioni di condanna e presenta nell'art. 515 il ruolo di molti altri pronunciamenti giudiziari, riconoscendo a tutti quanti la qualità di titoli esecutivi giudiziari. In questo modo, si eseguono secondo le regole del procedimento speciale di compimento di sentenza come:

- a) quelli che nella procedura civile riconoscono l'esigibilità di obbligazione di pagare la somma di danaro, di fare o di non fare e di dare la cosa; o
- b) la decisione omologatoria di autocomposizione giudiziaria, o stragiudiziale; e la sentenza arbitrale, tra molti altri

#### 5 NON SOLO LE SENTENZE DI CONDANNA SONO TITOLI ESECUTIVI GIUDIZIALI NELLA PROCEDURA CIVILE BRASILIANA

Di tal maniera, al descrivere il titolo esecutivo giudiziale basico, l'art. 515, I del nuovo Codice<sup>5</sup> riconosce come titolo di tale natura non solo le sentenze, ma tutte "le decisioni proferite nella procedura civile che riconoscano l'esigibilità di obbligazione di pagare somma, di fare, di non fare o di dare cosa.

Dato che il Codice non parla più di sentenza ma di decisioni, non c'è dubbio che sono titoli esecutivi giudiziari le decisioni relative alle tutele di urgenza o alla tutela sommaria non cautelare, o altre ancora che, durante la procedura, impongano alla parte prestazioni monetarie certe e liquide immediatamente esigibili.<sup>6</sup>

Si nota ancora che il nuovo Codice si è mantenuto sulla linea di ampliamento della forza esecutiva aldilà delle tradizionali sentenze di condanna, accogliendo la corrente dottrinarica e giurisprudenziale che, anche nel regime del Codice precedente, riconosceva già la possibilità di

---

espressivo sulla strada della pubblicazione del diritto di procedura civile". (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. "Sentença condenatória na Lei nº11.232". *Revista Jurídica*, r. 345, p.20)

5 CPC/73, art.475-N, 1.

6 Davanti alla espresa estensione conferita dalla legge al titolo giudiziale eseguibile, a tutte le decisioni e non solo alle sentenze, si è posta fine, secondo Teresa Wambler e altri, alla controversia relativa alla forza esecutiva delle decisioni relative alle tutele di urgenza o di evidenza (*Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015. p. 845).

instaurare in certi casi l'esecuzione anche in base a decisioni dichiarative e costitutive. La redazione dell'art. 515, I del nuovo Codice, appoggiandosi sul riconoscimento giuridico dell'esigibilità di obbligazione, come elemento capace di identificare la decisione di base del compimento forzato del provvedimento giudiziale, ha evidenziato la possibilità di includere in tale procedimento anche le sentenze meramente dichiarative e costitutive, sempre che in queste siano contenuti i dati che configurano l'obbligazione esigibile che quindi dovrà naturalmente essere certa e liquida.

Nella classica tripartizione delle sentenze, soltanto a quelle di condanna si riconosceva la qualità di titolo esecutivo, perché sarebbero le uniche a contenere l'ingiunzione al debitore, nel senso di imporgli la realizzazione di una prestazione. Le sentenze di mero accertamento, limitate alla determinazione di certezza, non produrrebbero la forza per sostenere la pretesa di realizzazione coatta in giudizio di qualsiasi prestazione. Inoltre, le sentenze costitutive non sarebbero titoli esecutivi, perché il loro effetto non è la certificazione di diritto a qualche prestazione, ma semplicemente l'istituzione di una nuova situazione giuridica che si stabilisce immediatamente per emanazione della stessa sentenza, indipendentemente da qualsiasi modalità di cooperazione o comportamento del soggetto passivo.

Anche questa visione che sembrava tanto semplice ed ovvia ha finito per subire, nel diritto brasiliano, una rilettura dalla quale è scaturita una interessantissima dottrina con notevoli riflessi sulla giurisprudenza del Superiore Tribunale di Giustizia, formata ancora durante la vigenza del Codice/73.

Il testo di quel Codice apriva uno spiraglio che indeboliva la teoria che riconosceva che solo le sentenze di condanna producevano titolo esecutivo, perché, per esempio, l'art. 584 includeva nel ruolo dei titoli esecutivi giudiziali sentenze in cui, in nessun modo, il giudice aveva pensato di ordinare al vinto qualsiasi tipo concreto di prestazione (come sentenza penale di condanna, sentenza omologatoria di conciliazione o transazione e il certificato di divisione della eredità). Pertanto, il vecchio Codice non stabilirebbe un monopolio dell'esecuzione per la sentenza di condanna.

Prima del nuovo Codice due fattori hanno contribuito a fare in modo che la dottrina rendesse ancora più fragile la pretesa esclusività riconosciuta un tempo alla sentenza di condanna:

- a) l'azione di mero accertamento, dall'art. 4º, paragrafo unico, del Codice/73, è passata ad essere permessa anche dopo che

l'obbligazione fosse esigibile, nel senso che si è assicurato l'accesso della parte alla pura dichiarazione del suo diritto, quando era già possibile reclamare l'adempimento del debitore mediante sentenza di condanna;

- b) negli ultimi anni del ventesimo secolo, il Codice ha sofferto una serie di riforme, tutte dettate da una migliore e più effettiva prestazione giurisdizionale. Buona parte delle innovazioni sono state introdotte sul terreno dell'esecuzione forzata, che ha come obiettivo l'eliminazione di ostacoli burocratici alla rapida soddisfazione del diritto del creditore e ancora a facilitargli l'accesso al processo esecutivo. In questo senso, si sono costituiti in leggi stravaganti nuovi e numerosi titoli esecutivi stragiudiziali. Nel ruolo dell'art. 585 del Codice/73, l'innovazione più significativa si è avuta nel comma II, dove, a partire dalla Legge n° 8.953/1994 si è conferita forza di titolo esecutivo a qualsiasi documento pubblico o privato firmato dal debitore, sempre che, in quest'ultimo caso, fosse sottoscritto anche da due testimoni. Ovviamente il documento avrebbe dovuto riportare l'obbligazione liquida, certa ed esigibile, per imposizione dell'art. 586 di quel Codice.

Quel momento fu propizio alla revisione della dottrina classica che postulava che la sentenza di mero accertamento non sarebbe mai potuta essere usata come titolo esecutivo. Ed è stato quanto è accaduto negli ultimi tempi nella giurisprudenza sotto la leadership della Suprema Corte di Giustizia. Ecco una decisione paradigmale:

Possiede efficacia esecutiva la sentenza dichiarativa che porta in sé definizione integrale della norma giuridica individualizzata. Non esiste nessuna ragione, logica o giuridica, per sottometterla prima dell'esecuzione ad un secondo giudizio di certificazione, anche perché la nuova sentenza non potrebbe arrivare a risultato differente da quella precedente, sotto pena di compromettere la garanzia della cosa giudicata, costituzionalmente assicurata. Instaurare un processo di cognizione senza offrire alle parti o al giudice altra alternativa di risultato oltre ad uno solo, già prefissato, rappresenterebbe attività meramente burocratica e inutile, che potrebbe ricevere qualsiasi altra qualifica, tranne quella giurisdizionale.<sup>7</sup>

7 STJ, 1ª T., REsp. 588.202-PR, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, ac. un. 10.2.2002, DJU 25.02.2004. Il caso deciso dall'ordinanza si riferiva ad una sentenza dichiarativa che aveva riconosciuto diritto di credito oriundo da pagamento indovuto a fini di compensazione tributaria, la quale tuttavia non è stata attuabile nella pratica. Da qui deriva il fatto che il contribuente abbia optato per l'esecuzione della sentenza per

Infatti, se il nostro diritto processuale positivo s'avvia verso il conferimento di forza di titolo esecutivo ad ogni e qualsiasi documento privato in cui ci si riferisce all'obbligazione liquida, certa ed esigibile, perché non riconoscere pari autorità alla sentenza meramente dichiarativa? Questa, più di qualsiasi altro strumento privato, possiede l'incontestabile autorità per accertare e positivare l'esistenza di obbligazione liquida, certa ed esigibile.<sup>8</sup> Sarebbe una pura perdita di tempo esigere, a pregiudizio delle parti e della stessa Giustizia, l'apertura di un procedimento di condanna in tali circostanze. Se il creditore è esente da azione di condanna, bastandogli disporre di uno strumento privato per attestargli il credito non compiuto dal debitore inadempiente, sarà migliore la sua situazione di accesso all'esecuzione quando si troverà attrezzato con una precedente sentenza di mero accertamento in cui si attesti l'esistenza del debito liquido e già scaduto.<sup>9</sup>

È possibile fare le stesse considerazioni riguardo alle decisioni costitutive che regolarmente si limitano a stabilire una nuova situazione giuridica per le parti, senza prevedere prestazioni e controprestazioni tra di loro, dispensando ulteriori misure esecutive. Non possiamo però dimenticarci dei casi in cui il decisionale costitutivo, descrivendo il rapporto giuridico innovato, prevede l'obbligazione d'ora in poi esigibile tra i litiganti. Si pensi all'azione innovatrice di locazione o alla revisionale di contratto che stabilisca nuovi affitti e nuovi incarichi per gli interessati. Non è possibile contestare la forza esecutiva attuata per esigere le prestazioni definite in sentenze costitutive di questa natura.

---

ottenere l'importo del suo credito in denaro. Anche altri precedenti del STJ avevano adottato uguale intendimento: REsp. 207.998/RS, 1<sup>a</sup> T. Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, ac. 18.11.1999, *RSTJ* 134/90; REsp. 551.184/PR, 2<sup>a</sup> T. Rel. Min. Castro Meira, ac. 21.10.2003, *DJU* 01.12.2003, p. 341.

8 È interessante che la prima causa di grande ripercussione riportata nel paragrafo unico dell'art. 4 dell'attuale CPC, si è avuto nel famoso caso Herzog, giornalista torturato e ucciso nelle caserme dell'esercito a San Paolo, durante la dittatura militare. La vedova, non desiderando ricevere risarcimento, ma cercando di rendere chiara la responsabilità dello Stato per la morte del marito, fece appena la sua dichiarazione. Il Tribunale Federale di Ricorsi, a maggioranza di voti, non accolse la preliminare di carenza di azione per mancanza di interesse, ma proclamò che la dichiarazione, nella specie, appoggiata nel permissivo del paragrafo unico dell'art. 4 del CPC, era, in concreto, accolta con forza di condanna, visto che non avrebbe potuto essere diverso l'accertamento nelle circostanze della causa portata in giudizio. Già prima però della vigenza del CPC del 1973, lo stesso TFR aveva deciso: "Ammissibile l'azione dichiarativa, anche se la parte disponeva di azione dichiarativa per la reintegrazione del suo diritto". (TFR, 1<sup>a</sup> T., Ap. Civ. 28.342, *DJU* 19.03.1973, p. 1.526; FADEL, Sérgio Sahione. *Código de Processo Civil Comentado*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 11).

9 "Non procede l'affermazione per cui la sentenza dichiarativa non è mai titolo esecutivo; questa avrà forza esecutiva qualora contenga certificazione di tutti gli elementi di una norma giuridica concreta, relativa all'obbligazione con caratteristiche sopra descritte, ossia, quando contenga obbligazione "liquida, certa ed esigibile di consegnare cosa e di fare o di non fare, o di pagare somma in denaro, tra soggetti determinati" (ZAVASCKI, Teori Albino. "Sentenze dichiarative, sentenze di condanna e efficacia esecutiva dei giudicati". *Revista de Processo*, v. 109, p. 56, jan./mar. 2003).

In questo modo, è evidente nell'attuale sistema della nostra procedura civile che il dato che autorizza l'esecuzione forzata non adotta più come parametro esclusivo questa o quella categoria di sentenza del processo di cognizione.

Quel che si cerca in questo ambito, mediante l'attività giurisdizionale, è accertare l'esistenza o meno di diritti civili materiali e stabilire definizioni di situazioni giuridiche materiali preesistenti o formate dalla stessa sentenza. Gli effetti pratici, manifestabili mediante il compimento di prestazioni o comportamenti della parte soccombente, non interferiscono nell'essenza della sentenza e si reggono su regole e principi propri collegati alle esigenze del diritto materiale e alle convenienze politiche perché si stabilisca una procedura esecutiva più semplice o più complessa per raggiungere l'effetto concreto ordinato dall'atto di sentenza.

Perciò si può riconoscere che una sentenza di condanna può quindi essere compiuta con o senza necessità del processo autonomo di esecuzione forzata; una sentenza di condanna, per la natura della prestazione violata, eventualmente non può mai sfociare in una *actio iudicati*, rimanendo solo sul terreno delle misure coercitive indirette; d'altra parte, una sentenza di mero accertamento che, di regola, non ha niente da eseguire, può in determinate circostanze diventare titolo esecutivo giudiziale.

In questa malleabilità di gestione che le figure processuali hanno acquisito nel processo effettivo e giusto dei nuovi tempi risiede la grande ricchezza della prestazione giurisdizionale moderna. Sapere far uso dell'abbondanza di questa fonte di giustizia è la virtù alla quale aspirano i processualisti veramente impegnati con le nuove risorse delle garanzie costituzionali di tutela giuridica.

## **6 NECESSITÀ DI RISPETTARE IL CONTRADDITORIO NEL COMPIMENTO DELLA SENTENZA**

Sebbene all'interno del diritto processuale civile brasiliano sia stata abolita l'azione autonoma di esecuzione della sentenza, trasformandola in un semplice incidente della procedura in cui la domanda sia stata accolta, non è possibile rifiutare al debitore la garanzia del contraddittorio e di una adeguata difesa.

Si riconosce evidentemente al debitore la facoltà di opporsi al compimento della sentenza, non mediante il classico rimedio di opposizione all'esecuzione, ma mediante semplice petizione destinata ad accusare



illegalità, eccessi o qualsiasi irregolarità occorsa, che siano pertinenti al merito o alle formalità processuali, relativi agli atti esecutivi posti in pratica.<sup>10</sup>

## 7 NECESSITÀ DI RICHIESTA DEL CREDITORE

Il nuovo Codice lascia ora evidente la necessità di richiesta del creditore per dare inizio al compimento della sentenza che riconosce il dovere di pagare una somma di danaro, sia provvisoria che definitiva (NCPC, art. 513, § 1°). Si respinge così l'inizio del compimento della sentenza per impulso ufficiale del giudice. Però, una volta richiesto il compimento della sentenza, questa attività di soddisfazione può proseguire fino alle ultime conseguenze per impulso ufficiale.

L'art. 775 del nuovo Codice, ripetendo la norma che già constava nell'art. 569 del Codice/73, proclama che "il creditore ha il diritto di rinunciare all'intera esecuzione o soltanto a qualche misura esecutiva". In questo consiste il classico principio della libera disponibilità dell'esecuzione da parte del creditore, da cui decorre la necessità di aspettarsi da parte sua l'iniziativa della attività processuale esecutiva, contemplata nel §1° della disposizione *sub examine*.

Sebbene l'emissione del mandato esecutivo, *in casu*, sia autorizzata come efficacia naturale della condanna, è anche vero che al vincitore resterà sempre la ampia facoltà di astenersi dall'esigere l'immediato compimento forzato del titolo giudiziale, all'interno del principio generale della libera disponibilità dell'esecuzione. Vari motivi possono sconsigliare l'implementazione immediata della prestazione ordinata dalla sentenza, sia per ragioni di ordine etico, come la necessità di non superare la dignità umana del debitore, sia di ordine pratico o economico, come la possibilità di soluzione consensuale più interessante per il rapporto che le parti possano mantenere. La volontà del giudice non può essere indifferente ad una situazione di tal natura. In ultima analisi, anche davanti a prestazioni di fare o di dare la cosa, sarebbe sempre più prudente aspettare che si manifesti il creditore dopo il passaggio in giudicato della decisione di merito, prima di emettere il mandato esecutivo.

---

10 CAMBI, Accácio. Opposizione all'esecuzione del titolo giudiziale. *Juris Plenum*, n.° 57, p. 84, maggio/2014; MARTINS, Sandro Gilbert. Appunti sulla difesa del debitore nel "compimento della sentenza". *Revista de Processo*, n.° 116, p. 174, giu-ago/2004

## 8 COMUNICAZIONE (NON NOTIFICAZIONE) AL DEBITORE

### I – Regola generale

Il Nuovo Codice determina che il compimento della sentenza abbia inizio dalla comunicazione al debitore, mostrando che la regola si indirizza alla realizzazione di prestazione di somma di danaro alla quale è stato giudizialmente condannato. Compito che sarà affidato di regola alla persona dell'avvocato. (art. 513, §2°, 1). Stesso procedimento, quindi, sarà anche osservato in relazione alle obbligazioni di fare, non fare e dare la cosa.

In questo modo, la regola è che ogni comunicazione per compiere la sentenza, non importa quale che sia la natura dell'obbligazione da eseguire, sarà fatta, a principio, nella "Gazzetta Ufficiale", nella persona dell'avvocato costituito agli atti. (art. 513, §2°, I).<sup>11</sup>

### II – Eccezioni

Ci sono tuttavia delle eccezioni, in cui la comunicazione personale del debitore diventa necessaria:

- (a) La comunicazione sarà fatta per raccomandata con ricevuta di ritorno, quando il debitore sia rappresentato mediante Pubblico Patrocinio o quando non abbia un procuratore costituito negli atti (comma II del §2° dell'art. 513).
- (b) La comunicazione sarà fatta per via elettronica, nel caso di aziende pubbliche o private, quando non abbiano un avvocato agli atti. Tali persone giuridiche sono obbligate ad essere registrate nei sistemi elettronici, per imposizione dell'articolo 246, §1°. Però, non si applicherà questa modalità di intimazione alle microimprese ed imprese di piccola dimensione. (art. 513, §2°, III).
- (c) La comunicazione sarà fatta per pubblici proclami quando il debitore sia stato notificato per la stessa forma nella fase di

---

11 "Dato che ci troviamo davanti ad una semplice *fase del nuovo processo*, il debitore non ha bisogno di essere citato, *perché non si instaura una nuova relazione giuridica processuale*, dato che si tratta solo di una fase di quella che era già stata iniziata con la fase cognitiva. Per questo, precedentemente, la parte era già stata citata, e, per la fase esecutiva, sarà solamente *intimato* della pretesa al compimento di sentenza" (RODRIGUES, op. cit., p. 214).

cognizione (art. 256) ed anche così si sia mantenuto contumace (art. 513, §2°, comma IV)

## 9 COMPIMENTO PER INIZIATIVA DEL DEBITORE

Nel Codice/73, la stesura primitiva dell'art. 570, prevedeva un procedimento speciale perché il debitore condannato in sentenza promovesse la consegna dell'oggetto di sua obbligazione. La tecnica di compimento della sentenza relativa alle obbligazioni di somma di danaro, innovata dalla Legge n°11.232/2005, ha revocato il citato dispositivo (art. 9°). Questo non ha però comportato per il debitore la privazione dell'iniziativa di dar compimento volontario alla sentenza. Al contrario, quello che la nuova tecnica ha reso evidente è stata la soggezione dell'obbligato alla realizzazione della prestazione riconosciuta ed imposta in giudizio, tanto che si è stabilito un termine per questo, sotto pena di multa nell'eventualità di inadempienza. (Codice/73 art.475 – J, *caput*).

Il Codice del 2015 regola esplicitamente la possibilità di compimento volontario della sentenza, disponendo che “ è lecito per il convenuto, prima di essere intimato per il compimento della sentenza, comparire in giudizio ed offrire in pagamento la somma che intende essere dovuta, presentando memoria discriminata del calcolo” (art. 526).<sup>12</sup>

Anticipando così l'esecuzione del creditore, sarà in condizione di evitare la multa e le spese accessorie. Una volta udito il creditore, e in assenza di impugnazione, il giudice dichiarerà soddisfatta l'obbligazione ed estinguerà il processo (art. 526, §3°).

## 10 ALCUNE CARATTERISTICHE DELL'ESECUZIONE DEFINITIVA DI SENTENZA CHE RICONOSCE L'ESIGIBILITÀ DI PAGARE SOMMA DI DANARO

### A – Requisiti

Il compimento definitivo della sentenza che riconosce l'esigibilità di pagare somma di danaro presuppone che esista (art. 523 del NCPC):

- a) Condanna precedente di somma di danaro; o
- b) Somma già fissata in liquidazione; o

<sup>12</sup> CPC/73, senza corrispondenza

- c) Decisione sulla parte non controversa della lite: giudizio anticipato *parziale del merito* (art. 389), nella fase di giudizio conforme lo stato del processo: (ordinanza nominata “decisione interlocutoria di merito” dall Codice brasiliano).

In questo modo, perché abbia inizio il compimento definitivo di sentenza che riconosca il dovere di pagare, deve già esistere un titolo esecutivo giudiziale liquido, certo ed esigibile, che può essere tanto una sentenza, un’ordinanza in materia di merito o in questioni disciplinari (*id est*, qualsiasi decisione “interlocutoria”).

Trattandosi di parte incontrovertita, soltanto la parte passata in giudicato darà luogo al compimento definitivo, mentre il restante continuerà ad essere oggetto di discussione in giudizio, nel processo di cognizione.

#### B – Mesura coercitiva: multa civile

L’ammontare della condanna sarà aumentato della pena pecuniaria del dieci per cento oltre agli onorari dell’avvocato del dieci per cento (Codice, art. 523, §1°) sempre che il debitore non proceda al pagamento volontario del debito da eseguire entro quindici giorni dalla comunicazione realizzata nei termini dell’art. 513, §2°.<sup>13</sup>

In caso di pagamento parziale entro i termini di legge, la pena pecuniaria e gli onorari previsti nel §1° dell’art. 523 incideranno sul restante. (art. 523, §2°).

Non si contemplano la multa né gli onorari dell’avvocato se il compimento della prestazione avviene entro i quindici giorni previsti dalla legge per la risoluzione volontaria del debito. Tuttavia, a questo fine, l’esecuzione deve essere stata richiesta dal creditore e il debitore deve essere stato comunicato con un anticipo sufficiente per compiere volontariamente l’obbligazione. Per evitare la pena pecuniaria, il debitore deve prendere l’iniziativa di compiere la condanna entro i quindici giorni seguenti la comunicazione.

13 “Sono cumulabili le sanzioni degli art. 475-J e 601 del CPC. La multa dell’ art. 475-J del CPC è una sanzione specifica per la mancanza di compimento, entro i termini di 15 giorni, dell’ordine che emana dalla sentenza. La multa dell’ art. 601 del CPC, a sua volta, si caratterizza come una sanzione alla pratica di atto che attenta alla dignità della Giustizia. Si tratta quindi di sanzione specifica, tanto che lo stesso caput dell’ art. 601 sottolinea che la sua incidenza si ha ‘senza pregiudizio di altre sanzioni di natura processuale o materiale’, come quella dell’ art. 475-J” (STJ, 3ª T., REsp. nº 1.101.500/RJ, Rel.ª Min.ª Nancy Andrighi, ac. 17.05.2011, *DJe* 27.05.2011).

La liberazione dal dovere di pagare la pena pecuniaria, *in casu*, avviene soltanto se il debitore procede di fatto al pagamento del debito e delle spese accessorie (art. 523 *caput* e 526), o al deposito giudiziale con la previsione di saldarlo. Il semplice deposito, per garantire il giudizio e permettere l'impugnazione al compimento della sentenza, non possiede la forza di esentare il debitore dalla sanzione suddetta.<sup>14</sup>

#### C – Onorario degli avvocati

Secondo giurisprudenza del Superiore Tribunale di Giustizia, il fatto che l'esecuzione sia un semplice incidente di procedura non impedisce la condanna in onorari.<sup>15</sup> Il nuovo Codice adotta espressamente questa tesi nell'art. 523, §1°. Trascorsi i termini per il pagamento volontario, il debitore incorrerà negli onorari di soccombenza relativi del 10 per cento, ci sia stata o meno impugnazione al compimento di sentenza. (art.523, *caput*).

La base del calcolo dell'importo dell'onorario degli avvocati deve tener in conto soltanto l'importo principale del debito. Non si deve sommare a questo l'importo della pena pecuniaria, secondo Shimura.<sup>16</sup>

#### D – Procedimento

Superati i termini per il pagamento, senza il dovuto riscatto, sarà emanato automaticamente mandato di pignoramento ed stima, dando inizio agli atti di espropriazione (art. 523, §3°), i quali saranno eseguiti secondo le regole di esecuzione per somma di danaro fondata su titolo stragiudiziale. (art. 513 e 771)

#### E – Difesa del debitore

Il debitore, entro quindici giorni da contarsi dalla comunicazione che gli invita a pagare il debito, potrà difendersi mediante impugnazione prevista nell'art. 525, la cui formulazione non dipende dalla sicurezza del giudizio e che, di regola, non ha effetto sospensivo

14 L'attitudine del debitore, che promuove il mero deposito giudiziale del *quantum* da eseguire, con la finalità di permettere l'opposizione al compimento di sentenza, non compie adempimento volontario dell'obbligazione, autorizzando il calcolo della sanzione del 10% sul saldo debitore" (STJ, 4ª T., REsp 1.175.763/RS, Rel. Min. Marco Buzzi, ac. 21.06.2012, *DJe* 05.10.2012).

15 STJ, Corte Especial, REsp 1.028.855/SC, Rel. Min Nancy Andrighi, ac. 27.11.2008, *DJe* 05.03.2009.

16 SHIMURA, Sergio Seiji. Comentários ao art. 523. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, et.al, *Brevés comentários, cit., p. 1357.*

sul corso di compimento della sentenza. Le materie arguibili, di fronte all'esistenza di cosa giudicata sul contenuto della sentenza da eseguire, si limitano alla nullità del titolo o degli atti esecutivi, alla inesigibilità o inesequibilità, all'eccesso di esecuzione e all'invocazione di cause di modificazione, di impedimento o estintive del merito che sopravvengano alla condanna così come l'incompetenza del giudizio di esecuzione (art. 525, §1°).

## 11 PROVVISORIA ESECUZIONE

Il Codice ammette che l'esecuzione per somma di danaro, in compimento di sentenza, possa essere *definitiva o provvisoria* (art. 520 e 523). L'esecuzione definitiva "è quella in cui il creditore vede riconosciuta la sua situazione in maniera immutabile, decorrente dalla natura stessa del titolo su cui si fonda l'esecuzione".<sup>17</sup> Si basa su titoli esecutivi stragiudiziali o su sentenze passate in giudicato. È la regola generale dell'esecuzione forzata delle decisioni giudiziali.

Per il Nuovo Codice, l'esecuzione è *provvisoria* quando si basa su *titolo giudiziale* contestato mediante ricorso sprovvisto di effetto di sospensione (art. 520), o ancora, quando si fonda su titolo stragiudiziale, mentre è pendente appello della sentenza di improcedenza dell'opposizione del debitore, quando ricevuti con effetto di sospensione. (art. 1.012, §1°, III).

## 12 NORME DI BASE DELLA PROVVISORIA ESECUZIONE

Il procedimento che orienta basicamente il compimento provvisorio della sentenza è lo stesso di quello definitivo (nuovo Codice, art. 520, *caput*). Si assoggetta però ad un regime speciale di effetti e responsabilità, per cui:

- a) Prima di tutto, *la provvisoria esecuzione ha luogo per iniziativa, conto e responsabilità del creditore*. In questo modo, se la sentenza dovesse essere riformata, sarà questi ad essere obbligato a riparare i danni che il debitore avrà subito. Si tratta di ipotesi di responsabilità oggettiva per danno processuale.<sup>18</sup> La modalità più completa di risarcimento è la restituzione dei beni e valori espropriati esecutivamente, oltre ai danni causati dalla privazione di questi durante il tempo in cui

17 LIMA, Alcides de Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, v. VI, tomo II, n. 924, 1974. p. 414.

18 RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de execução civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p.287.

è prevalso l'effetto della provvisoria esecuzione. Essendo però stati trasmessi a terzi, senza essere raggiungibili dall'effetto del giudizio di ricorso pendente, si trasformeranno in dovere di totale indennizzazione del loro valore e delle svariate perdite sofferte dal debitore. Davanti al grave rischio che la provvisoria esecuzione possa rappresentare per il creditore, questa non può essere concessa d'ufficio dal giudice. Dipenderà sempre dalla richiesta della parte. (art. 520, comma I).

- b) Però, qualsiasi alienazione avvenuta durante il compimento provvisorio dovrà essere preservata, senza pregiudicare la verifica di perdite e danni di responsabilità del creditore.
- c) Se il titolo esecutivo (sentenza) è riformato solo in parte, la provvisoria esecuzione resterà senza effetto soltanto relativamente a quanto è stato sottratto dalla sua forza di condanna. Se il creditore ha ricevuto mille e il ricorso gli ha riconosciuto il diritto soltanto a ottocento, dovrà restituire duecento che ha ricevuto in più, oltre agli eventuali danni provocati al debitore, nella parte eccessiva dell'esecuzione (art. 520, III).
- d) *Nei casi di riscossione di versamento in denaro e di pratica di atti che comportino trasferimento di possesso o alienazione di proprietà o di altro diritto reale sui beni del debitore, o dai quali possa risultare grave danno al debitore, la provvisoria esecuzione si concluderà soltanto mediante cauzione sufficiente ed idonea, arbitrata dal giudice e prestata negli stessi atti (art. 520, IV).* La cauzione, che può essere reale o fideiussoria, deve essere idonea e sufficiente, deve cioè rappresentare per il debitore allontanamento dal rischio di pregiudizio, nell'eventualità che sia revocato o riformato il titolo esecutivo giudiziale che supporta la provvisoria esecuzione.

Perciò fornita la cauzione competente, il trasferimento di dominio a terzi, mediante vendita all'asta, non sarà provvisorio. Per l'aggiudicante, l'operazione di acquisto della proprietà sarà definitiva. Tra le parti, in caso di revoca o riforma della sentenza di esecuzione, la soluzione sarà l'indennizzazione di perdite e danni. Non si ripercuoterà pertanto sul diritto acquisto dal terzo aggiudicante.

Se inoltre la vendita all'asta avviene durante la provvisoria esecuzione, l'aggiudicante avrà titolo definitivo per la trascrizione nel

registro catastale. Non si applicherà, *in casu*, la regola dell'art. 256 della Legge n° 6.015/1973, che vieta la cancellazione di registrazione nel citato registro in base a "sentenza soggetta a ricorso". In realtà, specificatamente, è il processo esecutivo ad essere soggetto a ricorso, non l'atto di trasferimento di dominio. Quest'ultimo è definitivo, in relazione al terzo acquirente.

### 13 OSSERVAZIONI FINALI

Il diritto brasiliano non si è ancora alleato al movimento di ampia degiudizializzazione dell'esecuzione civile, che sta caratterizzando il diritto europeo. Tra di noi, non si è ancora istituita la figura dell'ufficiale giudiziario, incaricato dell'esecuzione forzata fuori dal processo giudiziale e con considerevole autonomia nei confronti del giudice.

Si registra però un considerevole aumento della pratica di atti di espropriazione da parte dello stesso creditore o di agenti privati di sua scelta.

Così avviene, per esempio, che nell'esecuzione dei crediti garantiti dall'alienazione fiduciaria, dopo aver ottenuto per decisione giudiziaria il consolidamento del possesso e dominio sul bene gravato, il creditore rimane autorizzato a venderlo stragiudizialmente, al fine di pagarsi con il prodotto accertato (Decreto Legge n° 911/1969, art. 2°; Codice Civile art. 1.364). Anche l'esecuzione dell'immobile ipotecato, mediante il Sistema Finanziario di Abitazione, può essere alienato per iniziativa dell'agente fiduciario, senza dipendere dall'intervento giudiziale. (Decreto Legge 70/1966, art.31). Uguale procedimento spetta alle operazioni del Sistema di Finanziamento Immobiliare, garantito dall'alienazione fiduciaria di cosa immobile (Legge n° 9.514/1997, art. 27). In questi ultimi casi, l'esecuzione è totalmente stragiudiziale.

Anche in esecuzioni giudiziarie l'asta può essere soppressa in quanto il Codice prevede :

- a) la facoltà del creditore esecutante di aggiudicarsi il bene pignorato, per la soddisfazione del credito, senza sottometterlo ad asta giudiziaria (nuovo Codice, art. 876); e
- b) la possibilità che lo stesso creditore si incarichi dell'alienazione del bene pignorato per iniziativa privata, agendo di persona o tramite mediatore immobiliare o banditore d'asta (art. 880).



È interessante sottolineare infine un mezzo importante adottato dal nuovo Codice per aumentare l'effettività e conseguentemente agilizzare il compimento della sentenza e dell'esecuzione in generale. Si tratta del moderno pignoramento elettronico di danaro in deposito bancario o in investimento finanziario.

La legge brasiliana considera prioritario il pignoramento di danaro (nuovo Codice, art. 835, § 1°) e per facilitare la sua realizzazione permette al giudice di bloccare elettronicamente, attraverso la Banca Centrale, saldi bancari del debitore, per un valore sufficiente a coprire il credito in esecuzione. L'indisponibilità che prepara il futuro pignoramento è determinata "in limine litis", su richiesta del creditore e senza previa conoscenza del debitore (art. 854).

Questi avrà però, prima del perfezionamento del pignoramento, cinque giorni di tempo per dimostrare l'eventuale impignorabilità del saldo bancario o l'eccesso della misura costringitiva (art. 854, § 2°).

Especiale attenzione merita il notevole impegno del diritto brasiliano in garantire l'esecuzione specifica delle obbligazioni di fare o non fare o di dare. Per questo fine il nuovo Codice stabilisce un ventaglio di misure coercitive, tra le quali la pena pecuniaria ("astreintes") (art. 536, § 1° e art. 538, § 3°).

Ringrazio tutti i presenti per la cortese attenzione che mi avete prestato.



# LE GARANZIE COSTITUZIONALI DELLA PUBBLICITÀ DEGLI ATTI PROCESSUALI E DELLA MOTIVAZIONE DELLE DECISIONI NEL NUOVO C.P.C. BRASILIANO<sup>1</sup>

*José Rogério Cruz e Tucci*  
*Professor Titular e Diretor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*  
*Departamento de Direito Processual*

SOMMARIO: 1 Principi costituzionali della pubblicità degli atti processuali e della motivazione delle decisioni; 2 Garanzia della pubblicità degli atti processuali; 3 Garanzia della motivazione delle decisioni; 4 Decisione non motivata; 5 Osservazioni conclusive.

<sup>1</sup> Traduzione in lingua italiana a cura di Giovanni BONATO.

Il nuovo codice di procedura civile brasiliano è stato approvato con la legge 16 marzo 2015, n. 13.105, e pubblicato il giorno seguente nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione della Repubblica Federale del Brasile. Il nuovo codice entrerà in vigore un anno dopo la sua pubblicazione.

1 – La pubblicità degli atti processuali e l'obbligo della motivazione sono consacrati, dalla moderna dottrina processualistica, all'interno della sfera dei diritti fondamentali, come dei presupposti del diritto di difesa e dell'imparzialità e indipendenza del giudice.

La pubblicità del processo costituisce un imperativo di connotazione politica, introdotto dall'ideologia liberale nei testi costituzionali contemporanei, come vero strumento di controllo dell'attività degli organi giurisdizionali.

Per questo motivo, gli specialisti, tra cui ad esempio Stalev, hanno evidenziato l'importanza di tale principio, affermando che la pubblicità si sostanzia in una «garanzia per il procedimento legale e imparziale dei tribunali, al pari della veridicità delle allegazioni delle parti e dei testimoni, dovuta all'influenza di disciplina che deriva dalla possibilità concessa al popolo di vegliare sugli atti e sui termini del processo. Allo stesso tempo, la pubblicità rivela l'aspetto pedagogico della giustizia. Nel mondo, la pubblicità è la tecnica

più appropriata per ottenere una buona giustizia e uno dei migliori mezzi per giungere all'educazione giuridica del popolo <sup>2</sup>.

Nella stessa direzione, Couture ritiene che la pubblicità e la trasparenza degli atti processuali siano l'essenza propria di un sistema di governo democratico, rappresentando un elemento necessario per «la prossimità della Giustizia ai cittadini <sup>3</sup>.

In verità, come già affermato da Fairén Guillén, la garanzia in esame è basata sull'esigenza politica di evitare la sfiducia del popolo nell'amministrazione della giustizia, anche perché la pubblicità consiste: in un meccanismo idoneo a controllare la fallibilità umana dei giudici; in un mezzo con cui il popolo supervisiona l'attuazione del potere

---

2 Z. STALEV, *Fundamental Guarantees of Litigation in Civil Proceedings: A Survey of the Law of the European People's Democracies, in Fundamental Guarantees of the Parties in Civil Litigation*. Org. M. CAPPELLETTI e V. VIGORITI, Milano-New York, 1973, 406. Si veda, anche, R. LAURIA TUCCI, J.R. CRUZ E TUCCI, *Constituição de 1988 e processo*, San Paolo, 1989, p. 76, alla ricerca fatta in tale sede mi riporto, parzialmente, nel presente scritto. In tema, si veda J. PICÓ I JUNOY, *Las garantías constitucionales del proceso*. Barcelona: 1997. p. 116 ss.; e, nella letteratura brasiliana, R. J. FERREIRA DE ALMADA, *A garantia processual da publicidade*, a cura di J.R. dos Santos Bedaque e J.R. Cruz e Tucci, San Paolo: 2005, p. 86 ss.

3 E. J. COUTURE, *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3. ed. Buenos Aires: 1966. p. 87.

giudiziario; in uno strumento per promuovere l'interesse del popolo alla amministrazione della giustizia<sup>4</sup>.

D'altra parte, viene sottolineato che, accanto alla pubblicità degli atti processuali è assolutamente imprescindibile che una «pronuncia giurisdizionale, destinata ad assicurare l'integrità dell'ordinamento giuridico, sia realmente fondata sulla legge; ed è necessario che tale fondamento si manifesti, affinché si possa sapere se l'impero della legge è stata realmente rispettata. Se così non fosse, la garanzia sarebbe illusoria: qualora si riconosca all'organo giudicante la facoltà di mantenere il silenzio sui motivi per i quali concede o rigetta la protezione nella forma richiesta, non si può avere nessuna certezza sul fatto che il sistema di tutela giurisdizionale stia funzionando correttamente e stia realmente svolgendo la finalità per la quale venne creato<sup>5</sup>.

In effetti, considerando la dimensione del significato giuridico-politico delle garanzie in questione, sorge, attualmente, la necessità di un controllo (extraprocessuale) «generalizzato» e «diffuso» sul *modus operandi* del giudice riguardo all'amministrazione della giustizia. Ciò implica, come correttamente osserva Taruffo, che: «i destinatari della motivazione non siano soltanto le parti, i loro avvocati e il giudice dell'impugnazione, ma anche l'opinione pubblica intesa sia nel suo complesso, sia come opinione del *quisque de populo*<sup>6</sup>.

Pertanto, al pari della pubblicità degli atti processuali, l'obbligo di motivazione dei provvedimenti decisori viene catalogato all'interno delle garanzie stabilite dalle Costituzioni democratiche con la finalità primordiale di assicurare la trasparenza dei rapporti delle parti dinanzi al potere statale e, in particolare, delle circostanze in cui è richiesta la tutela giurisdizionale<sup>7</sup>.

4 V. FAIRÉN GUILLÉN, *Un proceso actual, oral, concentrado y económico: el del Tribunal de las Aguas de Valencia*, in *Studi in onore di Enrico Tullio Liebman*, v. 4, Milano: 1979. p. 2.859.

5 J.C. BARBOSA MOREIRA, A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito. In: *Revista brasileira de direito processual*, n. 16, p. 118, 1978.

6 M. TARUFFO, *La motivazione della sentenza civile*. Padova: 1975. p. 406-407.

7 M. TARUFFO, *La motivazione della sentenza civile*, cit., p. 398; si rinvia anche al precedente studio R. LAURIA TUCCI, J.R. CRUZ E TUCCI, *Constituição de 1988 e processo*, cit., p. 77. Più recentemente, sul dovere di motivazione si veda J. NORMAND, *Le domaine du principe de motivation*, in *La motivation - Travaux de l'Association Henri Capitant*, Parigi, 2000. p. 17 ss.; A. CHIZZINI, *Sentenza nel diritto processuale civile*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, vol. XVIII, Torino, 1998, p. 256 ss.; I. COLOMER HERNÁNDEZ, *La motivación de las sentencias*. Valencia: 2002, passim. Nella letteratura brasiliana,

Vittorio Colesanti, con identico ragionamento, ritiene opportuno affermare chela garanzia della motivazione rappresenta l'ultima manifestazione del contraddittorio, per ciò solo che l'obbligo posto al giudice di enunciare i motivi del suo provvedimento, si traduce nell'obbligo di tener conto dei risultati del contraddittorio, e al tempo stesso di render conto che l'*iter* formativo del provvedimento medesimo s'è svolto all'insegna della (possibile) partecipazione degli interessati <sup>7</sup>.

Sebbene la garanzia della pubblicità degli atti e quella dell'obbligo della motivazione non siano state inserite nel catalogo dei *Diritti e Garanzie Fondamentali*, il costituente brasiliano le ha collocate all'interno delle disposizioni generali sul Potere Giudiziario. Ad ogni modo, entrambe le garanzie in discorso sono state considerate dalla vigente Costituzione Federale come delle autentiche *garanzie processuali* <sup>8</sup>.

2 – In un mio recente saggio sulla garanzia del contraddittorio nel Progetto di nuovo c.p.c. brasiliano, ho avuto l'occasione di affermare, senza timore di sbagliarmi, che l'elaborazione di un codice, qualunque sia il suo oggetto, costituisce un compito notevole e rilevante.

Rispetto al processo civile, Carnelutti metteva in risalto l'evidente difficoltà e richiamava l'attenzione sulla differenza tra architettura scientifica e architettura legislativa, essendo sicuro che quest'ultima non deve disprezzare i valori e i dogmi conquistati dalla scienza processualistica <sup>9</sup>.

Non c'è il minim<sup>8</sup>o dubbio che la dogmatica sia molto importante per illuminare il legislatore!

Confesso, tuttavia, che non trovo molto utile, oggi, etichettare un determinato modello processuale come «liberale» o «autoritario», «inquisitivo» o «dispositivo», ecc., poiché, è sicuro, che tali dicotomie non hanno la capacità di risolver<sup>9</sup>ere i problemi reali che emergono dalla *prassi forense*. A questo proposito, mi permetto di richiamare un'importante

---

si vedano: M. T. GONÇALVES PERO, *A motivação da sentença civil*, San Paolo, 2001, passim; B. OLIVEIRA SILVA, *A garantia fundamental à motivação da decisão judicial*, Salvador: 2007, passim.

8 V. COLESANTI, *Principio del contraddittorio e procedimenti speciali*, in Riv. dir. proc., 1975, p. 612

9 Art. 93, IX, della Costituzione Federale: Tutti i processi degli organi del potere giudiziario saranno pubblici e tutte le decisioni saranno motivate, a pena di nullità, potendo la legge, se lo richiede l'interesse pubblico, limitare la presenza, in determinati atti, alle parti e ai loro avvocati, o solamente a questi ultimi».

considerazione formulata da Consolo, e ripresa da Trocker, secondo la quale in epoca moderna, il processualista, relegando l'ideologia ad un piano secondario, deve sforzarsi per: a) mettere in risalto il ruolo costituzionale della giustizia e della tutela giurisdizionale all'interno della società civile moderna, in costante evoluzione; b) garantire l'effettività della tutela giurisdizionale per dare pieno riconoscimento alle situazioni giuridiche soggettive previste dalla legge; e c) offrire a tutti i cittadini gli strumenti e i meccanismi per raggiungere una giusta composizione delle liti.

Partendo da queste premesse, Consolo aggiunge (seguito da Trocker): è sempre opportuno ricordare che il processo non può perseguire un fine in se stesso. Il processo costituisce solo un mezzo e le sue regole devono adeguarsi alle necessità dei suoi destinatari, ossia, della società e, in particolare, delle parti. Anche per questo, diviene impensabile considerare i problemi della giustizia in forma pragmatica, elaborare e seguire le riforme processuali in base ad un approccio critico, al fine di rivelare i punticoncreti e le problematiche dell'esperienza giuridica ancora non risolti in modo soddisfacente. Ciò significa che gli studiosi del processo non si devono uniformare e nemmeno soddisfare con lo studio della retorica del processo e con prospettive puramente dogmatiche e astratte. A riguardo è stato correttamente affermato che quando analizziamo i problemi della giustizia civile, dobbiamo abituarci, per lo meno alcune volte, ad aguzzare l'ingegno<sup>10</sup>.

A questo riguardo, deve essere rilevato che, senza dubbio, il nuovo c.p.c., fin dal progetto preliminare, non ha sottovalutato i moderni principi che emergono dalla Costituzione Federale. Al contrario, vanno messe in risalto le innumerevoli regole che nel codice sono dirette, ad ogni momento, ad assicurare il rispetto dei principi del «giusto» processo. Anche perché, in primo luogo, i fondamenti di un codice di rito devono essere orientati secondo le direttive tracciate nel testo costituzionale<sup>11</sup>.

E, quindi, in questo particolare ambito, devo dire che la legislazione processuale recentemente approvata merita di essere elogiata.

10 F. CARNELUTTI, *Intorno al progetto preliminare del Codice di Procedura Civile*. Milano: 1937. p. 7.

11 C. CONSOLO, *Dieci anni di riforme della giustizia civile (la trattazione della causa nella fase introduttiva del processo)*, in *Rassegna Forense*, 2001. p. 343-344; nella stessa linea N. TROCKER, *Poderes del juez y derechos de las partes en el proceso civil: las enseñanzas de Calamandrei y las reformas procesales en Europa*, (traduzione spagnola di Laura Volpe, in *Teoría & derecho – Revista de Pensamiento Jurídico*, Valencia: n. 7, 2010. p. 112-113.

Per quanto riguarda la garanzia della pubblicità degli atti, si rileva, fin d'ora, che il nuovo codice – oltre a restare fedele ai classici dogmi del processo liberale, assicurando, di regola, la *pubblicità assoluta o esterna*<sup>12</sup> – introduce un notevole miglioramento rispetto al vecchio testo (ancora attualmente in vigore).

In primo luogo, ripetendo praticamente il dettato costituzionale (di cui all'art. 93, IX), l'art. 11, prima parte del nuovo codice dispone, quale norma di carattere generale, che que: «*Tutti i processi degli organi del Potere Giudiziario saranno pubblici e tutte le decisioni saranno motivate, a pena di nullità*». L'eccezione viene indicata nel paragrafo unico del citato articolo con la seguente redazione: «*Nei casi di segreto di giustizia, può essere autorizzata la sola presenza delle parti, dei loro avvocati, del difensore pubblico e del pubblico ministero*<sup>12</sup>.

Coerentemente con queste premesse, l'art. 189 del nuovo c.p.c. stabilisce che:

*Gli atti processuali sono pubblici, tuttavia sono coperti da segreto di giustizia i processi: I in cui lo esige l'interesse pubblico o sociale; II – vertenti su matrimonio, separazione dei corpi, divorzio, separazione, unione stabile, filiazione, alimenti e affidamento di bambini e adolescenti; III – in cui constano dati<sup>13</sup> protetti dal diritto costituzionale alla riservatezza; IV in materia di arbitrato, in<sup>14</sup>clusi i processi relativi all'esecuzione della carta arbitrale, purché*

12 Si veda, in questo senso, L. G. MARINONI; D. MITIDIERO. O Projeto do CPC – críticas e propostas, San Paolo: 2010. p. 15.

13 (12) Il regime di pubblicità assoluta o esterna permette l'accesso agli atti processuali non solo alle parti, ma anche ad ogni individuo; al contrario, nel regime di pubblicità ristretta o interna tutti gli atti, o alcuni di essi, si realizzano solo davanti alle persone direttamente interessate e ai loro rispettivi procuratori legali, oppure alla sola presenza di questi ultimi. Si rileva, a questo proposito, che la dottrina processualista più recente ha abbandonato l'utilizzazione (d'altronde, atecnica e del tutto inappropriata) dell'espressione «segreto di giustizia». Si preferisce, quindi, l'uso delle locuzioni «regime di pubblicità assoluta» e «regime di pubblicità ristretta». Si vedano: J.A. TOME GARCÍA, Protección procesal de los derechos humanos ante los tribunales ordinarios, Madrid, 1987, p. 116; V. FAIRÉN GUILLÉN, Los principios procesales de oralidad y de publicidad general y su carácter técnico o político, in *Revista de Derecho Procesal Ibero-Americana*, 1975, nn. 2-3, p. 325.

14 Si veda, anche, F. C. PONTES DE MIRANDA, Comentários ao Código de Processo Civil, t. 3, 2ª ed., Rio de Janeiro, 1979, p. 71, il quale sottolinea che: «... Attualmente, i rispettabili interessi dello Stato in cui non sono coinvolti alcuni servizi strategici, così come quelli degli individui [...] sono degni di tutela quanto il decoro e la moralità pubblica». Sul tema, si veda L. MONTESANO, "Pubblico" e "privato" in norme del Codice Civile sulla tutela giurisdizionale dei diritti, in Riv. dir. proc., 1992, p. 1011 ss., pubblicato anche in *Scritti in onore di Elio Fazzalari*, v. 2, Milano: 1993, p. 15 ss. D'altra parte, si noti che, secondo la decisione della sezione 4ª del Superiore Tribunale di Giustizia, relatore ministro Fernando Gonçalves, nel processo del Ricorso speciale n. 253.058-MF, è stato stabilito che: Nei casi di persone pubbliche,



*la riservatezza, concordata nell'arbitrato, sia provata in giudizio. § 1° Il diritto di consultare i fascicoli del processo coperti da segreto di giustizia e di chiedere copia autentica dei suoi atti è riservato alle parti e ai loro procuratori. § 2° Il terzo che dimostra di avere un interesse giuridico può richiedere al giudice una copia autentica del dispositivo della sentenza, così come dell'inventario e della divisione risultante dal divorzio o dalla separazione».*

In linea generale, il nuovo codice, più appropriato rispetto all'attuale ordinamento giuridico, conserva la regola dell'art. 155 del vecchio testo.

A questo riguardo, è opportuno fare alcune osservazioni. Come già indicato, si rileva che l'art. 189 continua a utilizzare l'espressione anacronistica «segreto di giustizia», invece di usare un'altra formula, molto più tecnica, come quella di «regime di pubblicità ristretta».

Inoltre, molte volte accade che l'interesse a garantire la riservatezza del processo non abbia solo una connotazione pubblica, riguardando anche un aspetto privato di uno o entrambi i contendenti (come, ad esempio, nei casi di errore medico, in cui la prova prodotta in giudizio può danneggiare la dignità della persona coinvolta)<sup>13</sup>. In base all'art. 5°, inciso X, della Costituzione, il giudice dovrà, in tali ipotesi, avvalersi del principio di proporzionalità e imporre un regime di pubblicità ristretta nello svolgimento del rispettivo processo. Deve essere osservato che la stessa Costituzione Federale autorizza il regime di<sup>15</sup> pubblicità ristretta per tutelare la riservatezza delle parti<sup>14</sup>.

Il legislatore ha compiuto una scelta opportuna, dando attuazione in modo espresso, all'art. 189, inciso III, del nuovo c.p.c., alla garanzia costituzionale della riservatezza/intimità delle informazioni riguardanti le parti o anche dei terzi (art. 5°, inciso XII, della Costituzione Federale). Ma, tutto ciò non basta. Ci sono anche altri dati che quando vengono rivelati provocano, in molti casi, un pregiudizio inequivoco ad uno dei contendenti, sebbene t<sup>16</sup>ali dati non vengano protetti dalla garanzia costituzionale in discorso. Mi riferisco, in particolare, alle azioni relative alla concorrenza, che hanno ad oggetto dati attinenti alla proprietà

---

l'ambito della tutela dei diritti della personalità può essere diminuito, essendo ammessa, in tesi, la divulgazione di informazioni idonee a permettere la formazione di un giudizio critico degli elettori sul carattere del candidato.

15 Art. 5°, LX, della Costituzione Federale: «la legge potrà limitare la pubblicità degli atti processuali solo quando lo esigano la tutela della riservatezza o l'interesse sociale».

16 Nel processo civile brasiliano, l'acórdão è una decisione collegiale emanata da un tribunale (art. 204 del nuovo c.p.c.).

industriale, al segreto industriale, al registro dei clienti, ecc. Anche queste informazioni meritano, allo stesso modo, di essere oggetto di una prova prodotta in giudizio in regime di «pubblicità ristretta».

Si deve, altresì, ricordare che, oltre alle situazioni indicate nell'art. 189 (precedentemente trascritto), il nuovo c.p.c. permette anche, in via eccezionale, che innumerevoli atti processuali siano compiuti *inaudita altera parte*, come previsto da varie disposizioni, qualora l'interesse preponderante sia quello del ricorrente: la tutela giurisdizionale da lui richiesta potrebbe risultare inefficace, se l'altra parte potesse avere previa conoscenza dell'attuazione della tutela richiesta (per esempio: art. 300).

Si aggiunga che nel capitolo relativo Da Audiência de Instrução e Julgamento (Udienza di Istruzione e Discussione), l'art. 368 del nuovo codice, in modo incisivo (e persino ridondante), dispone che: *L'udienza sarà pubblica, fatte salve le eccezioni legali*.

3 – D'altra parte, già per quanto riguarda il dovere di motivazione, partendo dalla regola generale scolpita nell'art. 11, precedentemente trascritto, si conclude agevolmente che, in principio, il nuovo c.p.c. non ammette che un provvedimento giurisdizionale di natura decisoria sia privo di un'adeguata motivazione.

In questo modo, l'art. 489, II, stabilisce che il modello ideale di sentenza deve contenere, tra i suoi requisiti formali, *i motivi, nei quali il giudice analizzerà le questioni di fatto e di diritto*.

Riproducendo, pertanto, quanto disposto nell'art. 458, II, del codice del 1973, il nuovo c.p.c. impone il dovere di motivazione come un presupposto di validità degli atti decisorii (art. 11 e c/c. art. 489, II).

Il nuovo c.p.c., sebbene non abbia tracciato la distinzione tra i diversi tipi di provvedimenti decisorii, si preoccupa, per quanto riguarda il dovere di motivazione, più con la forma che con il contenuto, al pari di quanto previsto dal vecchio codice.

Ciò nonostante, deve intendersi che necessitano di una motivazione più semplice le decisioni interlocutorie, le sentenze di rito (che non decidono il merito della lite), gli *acórdãos* interlocutori<sup>15</sup> e, ancora, le decisioni adottate monocraticamente che ammettono o negano prosecuzione ad un'impugnazione, senza escludere l'eccezionale possibilità per il giudice

o per il tribunale di trovarsi davanti ad una situazione che impone loro una motivazione complessa.

Le sentenze e gli «*acórdãos*» definitivi (che statuiscano sul merito) devono rispettare, rigorosamente, lo schema tracciato nel richiamato art. 489 e, quindi, contenere, da un punto di vista strutturale, gli elementi essenziali imposti da questa disposizione.

Si deve ricordare, altresì, che ai sensi dell'art. 503 del nuovo codice: *La pronuncia che decide totalmente o parzialmente il merito ha forza di legge nei limiti della questione principale espressamente decisa.*

Del resto, secondo un generalizzato orientamento dottrinale e giurisprudenziale, la mancanza di esteriorizzazione della *ratio decidendi* di un provvedimento giurisdizionale provoca la sua invalidità. Allo stesso modo, saranno nulle le decisioni amministrative dei tribunali qualora non siano motivate, applicando loro la comminatoria prevista nell'inciso IX dell'art. 93 della Costituzione Federale e espressamente reiterata nell'art. 11 del nuovo c.p.c., in precedenza indicato.

Risulta, ancora, importante chiarire che l'art. 10 del nuovo codice vieta, senza alcun dubbio, le decisioni a sorpresa, disponendo che: «*Il giudice non può decidere, in nessun grado di giurisdizione, basandosi su un motivo rispetto al quale le parti non hanno avuto l'opportunità di manifestarsi, anche se si tratta di una materia sulla quale il giudice deve decidere di ufficio.*»

Questa regola irrobustisce il principio del contraddittorio, assimilando la moderna esigenza di cooperazione tra i protagonisti del processo<sup>17</sup>.

Come ha opportunamente sottolineato Daniel Mitidiero, all'interno dei quadranti di un processo strutturato sulla base della necessità della collaborazione dei protagonisti del giudizio, diviene assolutamente indispensabile che le parti abbiano la possibilità di manifestarsi su tutti gli aspetti della causa<sup>18</sup> che possano servire da fondamento per la decisione, anche rispetto alle «questioni che il giudice può conoscere di ufficio»<sup>17</sup>.

17 A questo proposito si veda C. A. ALVARO DE OLIVEIRA, Poderes do juiz e visão cooperativa do processo, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lisboa*, vol. 44, 2003, p. 194-195.

18 D. MITIDIERO, *Colaboração no processo civil*, San Paolo: 2009, p. 136.

È evidente che questa importante premessa non si applica nelle situazioni in cui il convenuto non è stato ancora citato. In effetti, non si intravede nessuna antinomia tra l'enunciato delle disposizioni, precedentemente richiamate, e la regola dell'art. 332 del nuovo codice di rito, che continua (al pari del vecchio codice) ad autorizzare giudice arigettare, in via preliminare, la domanda introduttiva del giudizio, persino prima della citazione del convenuto<sup>18</sup>.

D'altra parte, sotto diverso angolo, il nuovo codice rivela un'accentuata preoccupazione in riferimento al dovere di motivazione delle sentenze in alcune precise ipotesi. Preferendo incorrere in una palese ridondanza, il legislatore ha cercato di essere incisivo e lasciare del tutto chiaro che, in determinate situazioni più delicate, il giudice deve raddoppiare il suo sforzo nel motivare i propri atti decisori.

In questa direzione, deve essere posto in risalto quanto disposto dall'art. 373, § 1°, del nuovo c.p.c. redatto nel modo seguente: «*Nei casi previsti dalla legge o dinanzi alle specificità della causa, inerenti all'impossibilità o all'eccessiva difficoltà di adempiere all'obbligo nei termini indicati nel caput o alla maggiore facilità di ottenere la prova del fatto contrario, il giudice potrà attribuire l'onere della prova in modo diverso, purché lo faccia con decisione motivata, nel cui caso dovrà dare alla parte l'opportunità di sottrarsi all'onere che gli è stato attribuito*»<sup>19</sup>.

In questo caso, ci troviamo dinanzi ad una tipica situazione in cui in una decisione interlocutoria è richiesta una motivazione più elaborata, non essendo sufficiente, in tesi, quella motivazione concisa che è, di regola, propria della categoria di questo tipo di provvedimento giurisdizionale.

Davanti a tale ipotesi, l'organo giudicante dovrà affrontare «*le specificità della causa*», indicando le ragioni che lo hanno convinto a determinare l'inversione soggettiva dell'onere della prova, come normativamente previsto agli incisi I e II dell'art. 373 del nuovo c.p.c.

Una motivazione complessa o,<sup>20</sup> almeno, più elaborata, viene anche richiesta dalla regola dell'art. 298, secondo cui: «*Nella decisione*

19 È opportuno ricordare che in Brasile, nel processo civile ordinario, la domanda è portata prima alla conoscenza del giudice e solo successivamente alla conoscenza del convenuto. Ciò spiega la ragione per la quale, nei casi indicati dalla legge, il giudice può dichiarare infondata la domanda dell'attore, prima che il convenuto sia stato citato (art. 332 del nuovo c.p.c.; art. 295 del c.p.c. del 1973).

20 In particolare, la prima parte (il caput) dell'art. 373 del nuovo c.p.c. dispone che: «L'onere della prova spetta: I – all'attore, in relazione al fatto costitutivo del suo diritto; II) al convenuto, in relazione

*che concede, nega, modifica o revoca la tutela provvisoria, il giudice motiverà il suo convincimento in modo chiaro e preciso».*

La *mens legislatoris* si intende perfettamente. In principio, accade che, in queste situazioni, il provvedimento giurisdizionale, anche se revocabile, potrà provocare conseguenze serie e immediate nella sfera dei diritti della parte contro la quale l'atto venne emanato.

4- Inoltre, da un'altra ottica, il nuovo c.p.c. prevede un'originale e importante regola all'art. 489, § 1°, secondo cui: «*Non si considera motivata la decisione giudiziale, si tratti di una decisione interlocutoria, di una sentenza o di un acórdão, che : I – si limita ad indicare, riprodurre o parafrasare un atto normativo, senza spiegare la relazione di quest'ultimo con la causa o la questione decisa; II – utilizza concetti giuridici indeterminati, senza spiegare il motivo concreto della loro incidenza al caso [deciso]; III – invoca motivi che si presterebbero a giustificare qualsiasi altra decisione; IV – non affronta tutti gli argomenti dedotti nel processo idonei, in tesi, a invalidare la soluzione adottata dal giudice; V – si limita ad invocare un precedente o un enunciato di súmula, senza identificare i suoi motivi determinanti né dimostrare che il caso oggetto del giudizio si adatta a quei motivi; VI – omette di seguire un enunciato di súmula, giurisprudenza o precedente invocato dalla parte, senza dimostrare l'esistenza della distinzione dell'enunciato rispetto al caso oggetto del processo o il superamento dell'orientamento»<sup>20</sup>.*

Preoccupato ancora una volta con il dettato costituzionale del dovere di motivazione, il nuovo c.p.c., in forma persino pedagogica, indica i vizi più comuni che compromettono la validità dell'atto decisorio.

Se di fatto, la disposizione, precedentemente riportata, sarà osservata in maniera rigorosa, accadrà che facilmente innumerevoli provvedimenti giurisdizionali, compresi quelli del Superiore Tribunale di Giustizia, saranno «bocciati», poiché, come evidenzia la prassi, si riportano o semplicemente trascrivono il sommario di precedenti, come motivazione!

---

all'esistenza del fatto impeditivo, modificativo o estintivo del diritto dell'attore». Come ricorda C. R. DINAMARCO, *Vocabulário do processo civil*, San Paolo: 2009, p. 313, il caput è la «testa» dell'articolo, la sua prima parte, in cui si trova la «disposizione centrale», che viene seguita da incisi e paragrafi in cui si trovano «disposizioni complementari».

Quando entrerà in vigore il nuovo c.p.c., saranno colpite da irrimediabile nullità quelle decisioni adottate in base al seguente modello: « [...] Si tratta di un ricorso speciale nel quale si allega la violazione di disposizioni di legge federale e dissidio giurisprudenziale. Il ricorso non soddisfa le condizioni di ammissibilità. Quanto all'allegata violazione delle disposizioni indicate, si osserva che non è stato dimostrato che questa sia verificata, in quanto nella sentenza impugnata furono rispettate le regole legali per la risoluzione delle questioni di fatto e di diritto della controversia, indicando le premesse sulle quali la decisione si fonda. Inoltre, la sentenza, nel decidere nella forma censurata [dalla parte], ha giudicato conformemente al convincimento formatosi in seno all'organo giudicante dinanzi alle prove e alle circostanze fattuali proprie del processo *sub iudice*; è certo che, in questo modo, i motivi dell'impugnazione tendono al riesame di tali elementi. L'impugnazione, tuttavia, non può perseguire questo obiettivo, secondo quanto disposto dalla *súmula* 7 del Superiore Tribunale di Giustizia, che è sufficiente ad impedire la prosecuzione del ricorso, sia in relazione all'ipotesi prevista nella lettera a, sia rispetto a quella prevista nella lettera c della previsione costituzionale. Visto quanto esposto, nego prosecuzione al ricorso speciale»<sup>21</sup>.

Tuttavia, enti esponenziali, quali l'Associazione Nazionale dei Magistrati della Giustizia del Lavoro (*Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho* — Anamatra), l'Associazione dei Magistrati Brasiliani (*Associação dos Magistrados Brasileiros* — AMB) e l'Associazione dei Giudici Federali del Brasile (*Associação dos Juízes Federais do Brasil* — Ajufe) si sono manifestate in senso contrario all'approvazione (*sanção*) da parte del Presidente della Repubblica della disposizione in esame<sup>22</sup>. In risposta alle critiche ricevute da una parte della dottrina, a Anamatra ha divulgato una nota che sintetizza nel modo seguente il suo dissenso rispetto ai nuovi doveri di motivazione che saranno imposti ai magistrati. Secondo tale associazione, l'entrata in vigore della norma comprometterebbe l'indipendenza funzionale dei giudici, pregiudicherebbe la ragionevole durata del processo, limiterebbe la portata della disposizione di cui all'art. 93, IX, della Costituzione<sup>23</sup> Federale, farebbe diventare vincolanti *súmulas*,

21 La *súmula* è un enunciato sintetico della giurisprudenza di un tribunale che riflette una parte di decisioni adottate reiteratamente su un determinato punto di diritto, così quasi testualmente C. R. DINAMARCO, *Vocabulário*, cit., p. 272-273. Si veda J.R. CRUZ E TUCCI, *Precedente judicial como fonte de direito*, San Paolo: 2004, p. 257 ss.

22 La locuzione «previsione costituzionale», di cui al testo, si riferisce in tal caso all'art. 105, inciso III, della Costituzione Federale.

23 Nel sistema costituzionale brasiliano, la «sanzione presidenziale» è l'atto con il quale il Presidente della Repubblica approva un progetto di legge (art. 66 Cost.).

tesi e orientamenti giurisprudenziali; tutto ciò potrebbe essere previsto solo dalla Costituzione.

In senso analogo, il presidente dell'Associazione dei Magistrati Brasiliani, João Ricardo Costa, in un'intervista alla rivista *Consultor Jurídico*, ha affermato che imporre ai magistrati il dovere di analizzare tutte le allegazioni delle parti e motivare su di esse finirebbe per burocratizzare il processo e impedirebbe al giudice di fondarsi su motivi diversi da quelli indicati dai contendenti.

In fin dei conti, per quanto riguarda il rispetto delle garanzie individuali, il diritto di accesso alla giustizia potrà essere soddisfatto solo se, alla fine, le allegazioni delle parti saranno prese in considerazione dal giudice; e ancora per l'inestimabile contributo proveniente da decisioni giuridiche più giuste, perché più aderenti alle caratteristiche di ogni caso. Non è un'esagerazione affermare che l'art. 489, tanto criticato dalle associazioni dei magistrati, costituisca una delle principali innovazioni del nuovo c.p.c., ciò che mi porta, pertanto, a discordare da tutte le opinioni sfavorevoli alla sua entrata in vigore o che, in qualche modo, tendono a limitare la sua applicazione<sup>23</sup>.

A questo riguardo, osservo che il nuovo codice ha perso anche l'opportunità per ripudiare l'assurda previsione contenuta nell'art. 252 del Regolamento Interno del Tribunale di Giustizia di San Paolo, così redatto: «Nelle impugnazioni in generale, il relatore potrà limitarsi a ratificare i motivi della decisione impugnata, qualora, sufficientemente motivata, debba essere confermata».

Ma non è solo questo. Prescindendo dall'imperfetta e discutibile redazione in forma indiretta del secondo inciso della richiamata disposizione, quando ricorrono concetti (*rectius*: termini<sup>24</sup> indeterminati, clausole generali e principi giuridici, è, generalmente, richiesto un ragionamento ermeneutico e assiologico dettagliato, spesso basato sulla ponderazione, per<sup>24</sup>giust<sup>25</sup>ificare la scelta, tra le altre opzioni possibili, di quella più adatta alla situazione concreta (si ricordi il giudice Ercole nella problematica suggerita da Dworkin). A questo proposito, scrissi, alcuni anni fa, che: il «nuovo codice civile ha accolto espressamente, agli articoli

24 Si veda: A. PELLEGRINI GRINOVER, P. H. dos SANTOS LUCON, J. R. CRUZ E TUCCI, *Em defesa das inovações introduzidas no novo CPC*, in *Consultor Jurídico*, 14.03.2015.

25 Si veda, rispetto all'incongruenza dell'espressione, l'importante opera di M. STRECK, *Generalklausel und unbestimmter Begriff im Recht der allgemeinen Ehwirkungen*, Bonn, 1969, p. 21, che, tra l'altro, compone il titolo del suo libro.

113, 421 e 422, il principio di buona fede oggettiva. Si deve, tuttavia, notare che, prima della positivizzazione di questa regola, si imponeva all'organo giudicante, che la applicava, un'estesa motivazione della sentenza, per giustificare l'adozione di un precetto non contemplato nel nostro ordinamento giuridico»<sup>25</sup>.

In realtà, le richiamate nuove disposizioni normative sul dovere di motivazione, inserite nel codice approvato, rafforzano l'idea secondo cui la moderna concezione del «giusto processo» non tollera nessun residuo di discrezionalità del giudice, anche perché, lontano dall'essere semplicemente «*la bouche de la loi*», il giudice proattivo dell'epoca moderna deve – per quanto possibile – adoperarsi e vigilare per l'osservanza della garanzia del «dovuto processo legale», da assicurarsi ai litiganti!<sup>26</sup>.

Se è così, si deve concludere che l'inserimento di queste regole – apparentemente ridondanti – preannunciano un progresso inequivoco della legislazione processualcivile.

5 – In conclusione, sintetizzando, sottolineo che la regolamentazione, prevista nel nuovo c.p.c., dei principi di pubblicità e del dovere di motivazione rappresenta un'inevitabile evoluzione in relazione al precedente codice, ancora in vigore.

È, altresì, evidente che le regole precedentemente esaminate riceveranno un'adeguata applicazione solo quando il processo sarà condotto da giudici impegnati nel raggiungimento dell'effettività della giustizia!<sup>27</sup>

---

26 J.R. CRUZ E TUCCI, *Precedente judicial como fonte do direito*, cit., p. 290-291. Si consulti sul tema C-W. CANARIS, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, trad. A. Menezes Cordeiro, 2 ed. Lisboa: 1996, p. 273 ss.

27 Si veda, sotto un aspetto analogo, rispetto ai poteri del giudice J.R. dos SANTOS BEDAQUE, *Discricionarieidade judicial*. In: *Revista Forense*, v. 354, p. 187, 2001.



# ANÁLISE CRÍTICA DO VIGENTE SISTEMA BRASILEIRO DE INTERVENÇÃO DE TERCEIROS

*Lia Carolina Batista Cintra<sup>1</sup>*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Assistência; 1.1 Interesse jurídico; 1.2 Atuação do assistente no processo; 1.3 Efeitos da intervenção; 2 Oposição; 3 Nomeação à autoria e a nova técnica de correção do polo passivo; 4 Denúnciação da lide; 5 Chamamento ao processo; 6 Recurso do terceiro prejudicado; 7 Incidente de descon sideração da personalidade jurídica; 8 Reconvenção subjetivamente ampliati va; 9 Intervenção no procedimento de produção antecipada da prova; 10 Intervenção de terceiro negociada; 11 Primeira conclusão: incompletude do sistema;

---

<sup>1</sup> Mestre e doutora em Direito Processual Civil pela Universidade de São Paulo. Advogada. E-mail: lia.batista@gmail.com

## 12 Segunda conclusão: necessária reforma do sistema brasileiro de intervenção de terceiros sob a perspectiva da instrumentalidade; Referências

### INTRODUÇÃO

Intervenção de terceiro, convém esclarecer logo de início, é o ingresso de um sujeito em processo pendente entre outros.<sup>2</sup> É, ao lado do litisconsórcio, uma das categorias fundamentais do fenômeno da pluralidade de partes.<sup>3</sup> Nesse sentido, trata-se de categoria extremamente ampla, que abrange uma vasta gama de modalidades de intervenção.

Este artigo volta-se apenas ao exame das figuras interventivas previstas no Código de Processo Civil<sup>4</sup> e fundadas na existência de um direito ou interesse subjetivo do terceiro no objeto litigioso do processo em que pretende intervir ou no qual sua intervenção é pleiteada por uma das partes ou determinada pelo juiz. Em razão disso, este trabalho não dedicará atenção, por exemplo, à relevante intervenção do *amicus curiae*, que veio reformulada no Código de Processo Civil de 2015 e certamente ganhará ainda mais força no ordenamento brasileiro.

O *amicus curiae*, como se sabe, desempenha importante papel no aprimoramento das decisões judiciais;<sup>5</sup> no entanto, referida intervenção

2 Como esclarece Crisanto Mandrioli, “considerato per se stesso, l’intervento non è che il fenomeno di fatto per il quale uno o più soggetti entrano o sono fatti entrare in un processo già in corso” (cf. *Diritto processuale civile*, v. I, p. 428). Cândido Rangel Dinamarco vai além para qualificar a intervenção de terceiro como “o ingresso de um sujeito em processo pendente entre outros, como parte” (cf. *Instituições de direito processual civil*, v. II, p. 376). Essa definição, contudo, embora acertada para esta autora, desconsidera a divergência doutrinária existente no Brasil, pois alguns autores que adotam o conceito chiovendiano de parte defendem que o assistente permanece terceiro mesmo após a intervenção.

3 Cf. Cândido Rangel Dinamarco, *Litisconsórcio*, p. 36. Segundo o autor, “não raras vezes, do fato da intervenção de um terceiro (coata ou voluntária) resulta uma situação jurídica que perfeitamente se caracteriza como litisconsórcio” (idem, *ibidem*), de modo que “talvez não seja o caso de buscar uma distinção tão nítida entre a intervenção e o litisconsórcio, mas de harmonizar os dois institutos, que afinal constituem duas manifestações de um fenômeno só e mais amplo, e que é a pluralidade de partes” (idem, p. 38).

4 Em razão disso não serão examinadas algumas leis extraordinárias que preveem hipóteses específicas de intervenção. É o caso da intervenção da União (Lei n. 9.469/97), da intervenção do CADE (Lei n. 8.884/94), da intervenção ao INPI (Lei n. 9.279/96), da intervenção da CVM (Lei n. 6.385/76) e da intervenção da OAB (Lei n. 8.906/94), para dar alguns exemplos. Ao estudá-las, a doutrina ora aproxima-as da assistência, ora da intervenção do *amicus curiae*, sendo que não cabe aqui aprofundar o estudo sobre elas.

5 Segundo Cássio Scarpinella Bueno, trata-se de agente que legitimará e democratizará as decisões judiciais (cf. *Manual de direito processual civil*, p. 160).

tem como fundamento um interesse institucional,<sup>6</sup> em tudo diverso do interesse jurídico que permeia as demais intervenções de terceiros.

Feita essa ressalva, passa-se a um exame de cada uma das intervenções fundadas no tradicional interesse jurídico acima referido, levando em consideração, de forma comparativa, o Código de Processo Civil de 1973 e o Código de Processo Civil de 2015. Não há aqui pretensão de esgotar o exame de todos os aspectos de cada uma das intervenções; a ideia é dedicar atenção ao exame de alguns pontos principais: (I) hipóteses de admissibilidade, (II) fundamento, (III) efeitos da intervenção sobre o processo; (IV) atuação do interveniente no processo e (V) efeitos da decisão para o interveniente.

Antes de prosseguir, necessário ter em mente dois critérios tradicionalmente adotados pela doutrina para classificar as intervenções de terceiros: (I) a depender de quem tomou a iniciativa da intervenção, ela pode ser voluntária (iniciativa do próprio interveniente) ou coata (iniciativa da parte ou do juiz); (II) a depender de a intervenção veicular ou não uma nova pretensão, deduzida pelo interveniente ou contra ele, ela pode ser objetivamente ampliativa ou não.

## 1 ASSISTÊNCIA

A assistência é uma intervenção voluntária de terceiro, da qual este poderá se valer sempre que tenha interesse jurídico em que a sentença seja favorável a uma das partes (CPC73, art. 50; CPC2015, art. 119). Afirma-se que se trata de uma intervenção que não amplia o objeto litigioso do processo, pois o assistente, ao intervir, nada pede.<sup>7</sup> Dinamarco afirma de

6 A redação do art. 138 do novo Código deixa isso muito claro: “o juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação”. Em razão disso afirma-se que o *amicus curiae* é “um sujeito imparcial do processo, um sujeito dotado de isenção em relação aos interesses em conflito e que vem prestar informações ou opiniões para que a decisão da causa guarde a mais perfeita correspondência com os conhecimentos científicos, técnicos ou especializados do que é portador, ainda que um dos litigantes seja um dos seus associados” (cf. Leonardo Greco, *Instituições de direito processual civil*, v. I, 5. ed., p. 508). Para aprofundamento do estudo do tema, remete-se o leitor a Cássio Scarpinella Bueno, *Amicus curiae no processo civil brasileiro – um terceiro enigmático*, 2. ed. São Paulo, Saraiva, 2008.

7 Com apoio na doutrina italiana, defendi em trabalho anterior que na verdade o assistente, ao intervir, propõe demanda declaratória. Na ocasião, assim me manifestei: “desde a pioneira obra de Antonio Segni, introduziu-se na Itália a ideia de que a intervenção, mesmo a adesiva, significa a propositura de uma demanda pelo terceiro interveniente. É, assim, exercício do direito de ação. E o próprio Segni teve oportunidade de constatar que embora rejeitada no início, a tese alcançou adesão da doutrina majoritária

forma contundente que “a intervenção do terceiro na condição de assistente é de absoluta irrelevância para o objeto do processo”.<sup>8</sup>

No Código de Processo Civil de 1973, a figura vem prevista em capítulo intitulado “do litisconsórcio e da assistência” e portanto fora do capítulo dedicado às intervenções de terceiros. A despeito disso, nunca se duvidou de que se trata de típica intervenção de terceiro;<sup>9</sup> afinal, intervenção de terceiro nada mais é que um fato que indica o ingresso de um terceiro no processo.<sup>10</sup> O Código de Processo Civil de 2015, atendendo aos anseios doutrinários, passou a disciplinar a assistência entre as intervenções de terceiro.

Dentre as tradicionais intervenções, é a única admitida em qualquer procedimento e grau de jurisdição; em contrapartida, o terceiro recebe o processo no estado em que se encontra, não sendo possível afastar preclusões e praticar atos pertinentes a fases já superadas (CPC2015, art. 119, parágrafo único).<sup>11</sup>

A despeito da amplitude da previsão legal, encontram-se na lei, na doutrina e na jurisprudência restrições à admissibilidade da assistência quando se fala em determinados tipos de procedimento. Em relação ao

---

sob a vigência do atual *Código de Processo Civil italiano*. O fundamento dessa tese é muito simples: o ordenamento atribui, ao terceiro, legitimação para agir (a legitimação para intervir é apenas um modo de manifestar-se da legitimação para agir), permitindo que peça, para si, um determinado provimento em um processo já pendente” (cf. *Assistência no processo civil brasileiro*, p. 95). No Brasil, contudo, prevalece ideia oposta fundada em tradicional distinção proposta por Athos Gusmão Carneiro entre intervenção por ação e intervenção por inserção. Para ele, exemplos da primeira modalidade, colhidos na vigência do Código de Processo Civil de 1973, seriam oposição e denunciação da lide; exemplos da segunda seriam assistência, nomeação à autoria, chamamento ao processo e recurso do terceiro prejudicado (cf. *Intervenção de terceiros*, p. 86).

- 8 *Coisa julgada, assistência e eficácia da intervenção*, p. 358. Ainda nesse mesmo sentido, o autor afirma que “o mérito a ser julgado, em caso de assistência, tem os mesmos contornos do que seria sem ela” (*Instituições de direito processual civil*, v. II, p. 397).
- 9 Há quem diga que se trata na verdade da “mais autêntica das formas de intervenção de terceiro”, pois o assistente continuaria sendo terceiro mesmo após a intervenção enquanto nas demais intervenções o interveniente torna-se parte (cf. Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini, *Curso avançado de processo civil*, v. 1, 11. ed., p. 304). Esta autora, por adotar o conceito de parte de Liebman, discorda dessa afirmação.
- 10 V. nota n. 2, supra.
- 11 Isso poderia criar uma ideia de inutilidade da assistência a partir de determinado momento. Uma simples constatação prática é capaz de desmentir isso, no entanto: muitas vezes as questões debatidas no processo são exclusivamente de direito e nesse sentido a atuação do assistente pode ser muito relevante mesmo que o processo se encontre em estágio já avançado de desenvolvimento. Se assim não fosse, seria desprovida de qualquer sentido a prática corriqueira de contratar novos advogados quando o processo chega aos Tribunais Superiores, por exemplo.

procedimento dos juizados especiais (art. 10 da Lei n. 9.099/95), há discutível vedação expressa na lei em relação ao cabimento da intervenção de terceiros.<sup>12</sup> Além disso, não é raro doutrina e jurisprudência criarem obstáculos para a assistência em alguns procedimentos especiais – sobremaneira no procedimento do mandado de segurança<sup>13</sup> – e na execução.<sup>14</sup> Qualquer restrição apriorística não se justifica. Embora as intervenções sejam em

12 Ainda em se tratando de lei expressa, parece justificável, de outro lado, impedir a assistência no procedimento das ações constitucionais (arts. 7º e 18 da Lei n. 9.868/99), pois em processos objetivos como esses não é possível falar em um eventual interesse ou direito subjetivo de um terceiro em intervir. De outro lado, impossível negar o ingresso ulterior de eventuais colegitimados, mas o STF vem, injustificadamente, tratando esses casos como se fosse ingresso de *amicus curiae*, em razão do veto presidencial que houve ao dispositivo que permitia a intervenção de colegitimados.

13 A Lei n. 1.533/1951 silenciava a respeito da assistência, fazendo remissão apenas à aplicação subsidiária das regras de litisconsórcio. Embora se acredite que o silêncio não possa levar a interpretação restritiva de direitos, prevaleceu na jurisprudência, com saudáveis exceções (ver, nesse sentido, STJ, 2ª Turma, REsp. n. 616.485, rel. Min. Eliana Calmon, j. 11.4.2006), entendimento segundo o qual não seria possível a intervenção (ver, nesse sentido, nesse sentido, STF, 2ª Turma, RE n. 111.778-8, rel. Min. Célio Borja, j. 8.9.1987; STJ, 6ª Turma, REsp n. 38.867, rel. Min. Adhemar Ferreira Maciel, j. 28.2.1996; STF, 2ª Turma, MS n. 23.073-4, rel. Min. Marco Aurélio, j. 25.11.1999; STF, 2ª Turma, MS n. 24.414, rel. Min. Cezar Peluso, j. 4.9.2003; STJ, 1ª Turma, REsp n. 617.258, rel. Min. Teori Zavascki, j. 28.11.2006. A nova lei do mandado de segurança (Lei n. 12.016/2009) também silencia a respeito da possibilidade ou não de intervenção de assistente. Na doutrina, diferentemente do que se passa na jurisprudência, prevalece desde a lei anterior, entendimento segundo o qual é possível a assistência no mandado de segurança (ver, por todos, Athos Gusmão Carneiro, *Intervenção de terceiros*, p. 194). Referido autor recorda que a primeira lei regulamentadora do mandado de segurança (Lei n. 191/36) admitia expressamente a assistência e deixa claro que a intervenção em vez de prejudicar a desejável rapidez de sua tramitação, amplia a eficácia do instrumento (*idem*, *ibidem*).

14 Parte da doutrina e a jurisprudência relutam em admitir a assistência. Nesse sentido, Arruda Alvim, *Manual de direito processual civil*, p. 642-643; Athos Gusmão Carneiro, *Intervenção de terceiros*, p. 187; Hélio Tornaghi, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. I, p. 226; Humberto Theodoro Junior, *Curso de direito processual civil*, v. I, p. 166; Thereza Alvim, *O direito processual de estar em juízo*, p. 209. É esse também o entendimento do Superior Tribunal de Justiça: “se a execução não tende à obtenção de sentença destinando-se apenas à realização de atos concretos para realização coativa do título, resulta inadmissível a assistência no processo executivo” (STJ, 6ª Turma, REsp n. 329.059-SP, rel. Min. Vicente Leal, j. 7.2.2002). Admitem, de outro lado, a assistência na execução, Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, v. II, p. 398; Celso Agrícola Barbi, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. I, p. 220; Ernane Fidélis dos Santos, *Manual de direito processual civil*, v. 1, p. 87 e Nelson Nery Jr. e Rosa Maria Andrade Nery (*Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*, p. 269). Muitos doutrinadores costumam “excepcionar” a regra do não cabimento afirmando ser possível a assistência nos embargos à execução (ou na impugnação ao cumprimento de sentença) e nos embargos de terceiro. Entretanto, nesses casos o que se tem é uma ação – ou incidente, como quer que seja – de conhecimento. Daniel Amorim Assumpção Neves dá exemplo indiscutível de cabimento de assistência na execução: “um excelente exemplo de assistência na execução, indiscutível porque previsto expressamente em lei, é do fiador expressamente autorizado a intervir na execução promovida ao afiançado em caso de demora imputável ao exequente (art. 834 do CC). O fundamento do dispositivo legal é evidente, permitindo-se uma atividade supletiva do fiador para que o credor satisfaça sem delongas seu direito, porque essa é a única forma de o fiador se livrar definitivamente de sua responsabilidade perante ele” (cf. *Manual de direito processual civil*, p. 844).

regra vistas como inimigas da celeridade,<sup>15</sup> há outros valores importantes que devem ser considerados.

São conhecidas duas modalidades de assistência, mantidas no Código de Processo Civil de 2015: assistência simples e assistência litisconsorcial, que pouco têm em comum além da necessidade de ostentar interesse jurídico. A própria configuração do interesse jurídico em cada uma delas apresenta enormes diferenças.

### 1.1 INTERESSE JURÍDICO

É tarefa extremamente difícil buscar definir o que seja o interesse jurídico exigido em lei para autorizar a intervenção do assistente.

Em relação à assistência simples, convencionou-se afirmar que o potencial assistente deve ser titular de situação jurídica que mantenha relação de prejudicialidade-dependência com aquela discutida no processo, de modo que a decisão possa repercutir em sua esfera jurídica.

Contudo, como já se buscou demonstrar em trabalho anterior,<sup>16</sup> exemplos tradicionalmente repetidos pela doutrina desmentem essa afirmação teórica. Basta pensar no conhecido exemplo do tabelião, que pode intervir em processo em que se pretenda anular escritura lavrada por ele: a decisão em si não produz qualquer efeito em relação a ele; no máximo, faz surgir a possibilidade do ajuizamento, contra ele, de uma demanda indenizatória pela parte que se viu prejudicada com a anulação do ato. Nesse sentido, a assistência simples acaba sendo admitida em casos em que existe um mero precedente – em sentido amplíssimo, como mero sinônimo de decisão judicial – que pode, subjetivamente, interferir em decisão a ser prolatada em processo de que participe futuramente o potencial assistente.<sup>17</sup>

Existe, além disso, uma tendência intencionalmente ampliativa na caracterização do interesse jurídico autorizador da assistência simples. Recentemente, o Supremo Tribunal Federal<sup>18</sup> admitiu a intervenção,

15 Ver, nesse sentido, a observação crítica de Heitor Vitor Mendonça Sica, *Notas críticas ao sistema de pluralidade de partes no processo civil brasileiro*, p. 29.

16 Para desenvolvimento mais aprofundado do tema, v. meu *Assistência no processo civil brasileiro*, p. 60-66.

17 Cândido Rangel Dinamarco identificou bem o fenômeno ao afirmar que o assistente “intervindo, procura evitar o precedente desfavorável” (cf. *Instituições de direito processual civil*, v. II, p. 396).

18 Questão de ordem no Recurso Extraordinário n. 550.769/RJ, decidida em 28.2.2008 e publicada em 27.2.2013. Na ocasião, o Sindicato apresentou parecer jurídico favorável à intervenção da lavra de José Rogério Cruz e Tucci.

como assistente, do Sindicato da Indústria de Fumo do Estado de São Paulo em ação envolvendo uma indústria de cigarros e na qual se discutia a constitucionalidade de um decreto-lei. O fundamento da admissão da assistência, no caso, foi que a decisão poderia definir a orientação da jurisprudência sobre o tema, a qual poderia influir no julgamento de uma série de casos envolvendo filiados do Sindicato, que é um legitimado extraordinário.

Em sentido análogo ao desse precedente do Supremo Tribunal Federal, Cândido Rangel Dinamarco deu parecer favorável à intervenção da Associação Nacional das Operadoras de Celulares em processos em que eram rés diversas de suas associadas e nos quais se discutia a violação de marca, privilégio de invenção e patente por elas.<sup>19</sup> Entendeu o processualista que a possibilidade de intervenção teria amparo na legitimidade extraordinária conferida à associação.<sup>20</sup>

A doutrina busca diferenciar o interesse jurídico de interesses não-jurídicos (econômico, moral, político, afetivo etc.). Especificamente em relação ao confronto com o interesse econômico, doutrina minoritária admite a juridicidade do interesse do credor, admitindo sua intervenção como assistente simples.<sup>21</sup> O que parece importante destacar é que o

19 Cf. *Coisa julgada, assistência e eficácia da intervenção*, p. 354-368.

20 Para Dinamarco, “se o ente coletivo pode estar em juízo em prol dos interesses de seus associados (Const., art. 5º, inc. XXI), não se legitimaria restringir sua intervenção na qualidade de assistente para auxiliá-los. Trata-se de hipótese que refoge aos moldes da assistência como disciplinada no *Código de Processo Civil*” (idem, p. 362). Na França também se admite a intervenção acessória de pessoas jurídicas – sindicatos e associações, por exemplo – em nome de um “interesse coletivo” (ver, nesse sentido, Jacques Herón, *Droit judiciaire privé*, p. 875).

21 Hélio Tornaghi afirma que poderiam intervir como assistente “os que teriam diminuída a garantia de seus créditos, que é o patrimônio dos devedores” (cf. *Código de Processo Civil comentado*, v. I, p. 224). Leonardo Greco é um pouco mais explícito. Eis sua lição: “a meu ver, o que a doutrina qualifica como mero interesse prático muitas vezes também deve ser considerado um interesse jurídico. Defendo, assim, uma compreensão mais elástica do conceito de interesse jurídico, pois não é preciso que a relação jurídica do terceiro com o assistido possa ser diretamente atingida, sacrificada pela decisão da causa, para que aquele se caracterize; o direito do assistente pode não ser diretamente atingido, pode sobreviver plenamente íntegro, mas se a sua eficácia ou o seu exercício sofrer qualquer limitação prática estará caracterizado o seu interesse jurídico em intervir. O exemplo mais categórico desse interesse prático ocorre na ação de cobrança proposta por um credor em face do devedor comum. Nesse caso, o outro credor, cuja dívida ainda não venceu, não pode ainda propor a sua ação de cobrança, mas, no momento do vencimento do seu crédito, em razão da ação de cobrança anteriormente proposta pelo outro credor, pode ser que o devedor comum não tenha mais bens para garantir, na prática, a sua própria execução e o recebimento do seu crédito. O credor cuja dívida ainda não venceu tem, nesse caso, interesse em intervir na ação de cobrança, como assistente do devedor, para tentar demonstrar que o autor não tem direito ao crédito perseguido por meio da referida ação” (cf., *Instituições de processo civil*, v. I, 5. ed., p. 476-477).

conteúdo econômico de eventual interesse do assistente não afasta de plano sua juridicidade<sup>22</sup> – afinal, como afirmar, por exemplo, que o fiador, clássico exemplo de potencial assistente, não tem interesse econômico?

Em relação à assistência litisconsorcial, diante da previsão legal segundo a qual “considera-se litisconsorte da parte principal o assistente sempre que a sentença influir na relação jurídica entre ele e o adversário do assistido (CPC73, art. 54;<sup>23</sup> CPC2015, art. 124), o interesse jurídico é tradicionalmente identificado pela doutrina nas situações em que a situação jurídica titularizada pelo terceiro já está sendo discutida no processo. Tem-se essa situação em regra nos casos de colegitimação,<sup>24</sup> e para alguns autores ainda nos casos de obrigação solidária, nos casos de intervenção do adquirente da coisa litigiosa e nos casos de usufrutuário na ação reivindicatória movida em face de quem lhe concedeu o usufruto, para citar os exemplos mais recorrentes.<sup>25</sup>

22 Nesse sentido já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça: “Em determinadas situações, o interesse jurídico poderá vir acompanhado de alguma repercussão econômica, mas essa circunstância não terá necessariamente o condão de desnaturá-lo, a exemplo do que ocorre na hipótese dos autos, em que, para além do proveito econômico que futuramente possa ser obtido, o interesse do assistente repousa sobre a prerrogativa de livre produção do medicamento objeto da patente” (STJ, 3ª Turma, REsp n. 1.128.789/RJ, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 2.2.2010, DJe 1.7.2010).

23 Na redação do Código revogado constava a expressão “houver de influir” no lugar de “influir”.

24 No Projeto de Lei aprovado na Câmara dos Deputados, antes da votação final pelo Senado, havia um parágrafo único no art. 124 esclarecendo que “a intervenção do colegitimado dar-se-á na qualidade de assistente litisconsorcial”. Referido parágrafo, contudo, foi suprimido na redação final.

25 Ver, nesse sentido, Arruda Alvim, *Manual de direito processual civil*, p. 628-629; Athon Gusmão Carneiro, *Intervenção de terceiros*, p. 196; Cássio Scarpinella Bueno, *Partes e terceiros no processo civil brasileiro*, p. 162; Celso Agrícola Barbi, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. I, p. 227; Daniel Ustárrroz, *A intervenção de terceiros no processo civil brasileiro*, p. 41-42; Edson Prata, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. II, t. I, p. 209; Ernane Fidélis dos Santos, *Manual de direito processual civil*, p. 83; Fredie Didier Jr., *Curso de direito processual civil*, v. 1, 17. ed., p. 487-488; Genacéia da Silva Alberton, *Assistência litisconsorcial*, esp. p. 106-111; Hélio Tornaghi, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. I, p. 230-236; Humberto Theodoro Jr., *Curso de direito processual civil*, v. I, p. 165; Leonardo Greco, *Instituições de processo civil*, v. I, p. 502; Luiz Fux, *Intervenção de terceiros (aspectos do instituto)*, p. 10; Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, *Processo de conhecimento*, p. 175-176; Luiz Paulo da Silva Araújo Filho, *Assistência e intervenção da União*, p. 93-99; Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini, *Curso avançado de processo civil*, v. 1, 11. ed., p. 305-306; Moacyr Amaral Santos, *Primeiras linhas de direito processual civil*, v. 2, p. 52; Sergio Ferraz, *Assistência litisconsorcial no direito processual civil*, p. 76-96; Thereza Alvim, *O direito processual de estar em juízo*, p. 227-238; Uliratan do Couto Maurício, *Assistência simples no direito processual civil brasileiro*, p. 24-28; Vicente Greco Filho, *Da intervenção de terceiros*, p. 54, e *Direito processual civil brasileiro*, v. 1, p. 131. Em sentido contrário, cf. Cândido Rangel Dinamarco, *Litisconsórcio*, p. 57-62. Para o autor, basta a existência de relação jurídica entre o assistente e a parte contrária para que se esteja diante de assistência litisconsorcial. Nesse caso, até mesmo o fiador – clássico exemplo de assistente simples – seria um assistente litisconsorcial, pois o contrato de fiança é celebrado com o credor e não com o devedor.



Interessante destacar que nos casos de colegitimação parte da doutrina entende haver substituição processual daqueles que não foram a juízo pelo que foi, com consequente extensão da coisa julgada mesmo aos que não participaram do processo; são os famigerados casos de litisconsórcio unitário facultativo, verificados no polo ativo.<sup>26</sup>

O novo Código de Processo Civil traz, além da previsão genérica, duas hipóteses específicas em que teria lugar a assistência litisconsorcial: (I) na intervenção do substituído em processo conduzido pelo substituto processual (art. 18, parágrafo único)<sup>27</sup> e (II) na intervenção do adquirente quando há alienação da coisa ou do direito litigioso (art. 109, §2º).<sup>28</sup>

A referência do Código à necessidade de a demanda influir na relação jurídica existente entre o potencial assistente e o adversário daquele que seria assistido, sem esclarecer de que relação jurídica se trata, acaba colaborando para certa indefinição da doutrina quanto às hipóteses em que é admitida a assistência litisconsorcial.<sup>29</sup>

Muitas vezes se afirma que essa intervenção serve para permitir o ingresso daquele que interviria como litisconsorte ulterior mas não pode fazê-lo em razão de o sistema não admitir a intervenção litisconsorcial voluntária. Como concluí em trabalho anterior, “para resolver definitivamente o problema, seria recomendável eliminar o art. 54 do CPC [de 1973] do ordenamento brasileiro e disciplinar expressamente a possibilidade de

---

26 Necessário esclarecer que não há concordância desta autora com a tese da extensão da coisa julgada a terceiros que não participaram do processo, tampouco em enxergar aí o fenômeno da substituição processual. De todo modo, devem ser expressamente afastados desses casos de extensão da coisa julgada os casos de obrigação solidária, que contam com regramento legal específico. Segundo redação do art. 274 do Código Civil, alterada pelo art. 1.068 do novo Código de Processo Civil, “o julgamento contrário a um dos credores solidários não atinge os demais, mas o julgamento favorável aproveita-lhes, sem prejuízo de exceção pessoal que o devedor tenha direito de invocar em relação a qualquer deles”.

27 Essa hipótese de intervenção como assistente litisconsorcial é bastante discutível e a substituição processual será examinada detalhadamente adiante.

28 Essa hipótese, como esclarecido acima, já era apontada por alguns doutrinadores como de possível assistência litisconsorcial na vigência do Código de Processo Civil de 1973, mesmo à míngua de previsão expressa nesse sentido.

29 Também identificando essa mesma dificuldade, Gláucia Mara Coelho propõe que “o critério distintivo das (assim mencionadas) modalidades de assistência seja focado, precipuamente, na análise da relação jurídica em discussão na ação judicial em que se pretende a intervenção: pertencendo essa relação jurídica apenas e tão somente ao assistido, a intervenção do assistente será pela modalidade simples; por outro lado, se a relação jurídica em discussão na ação judicial já proposta também pertencer ao terceiro (ou só a ele pertencer), sua intervenção deveria se dar pela modalidade litisconsorcial” (cf. *Sistematização da assistência litisconsorcial no processo civil brasileiro*, p. 106).

intervenção litisconsorcial ulterior”.<sup>30</sup> A intervenção litisconsorcial ulterior abrangeria ao menos alguns casos hoje apontados como hipóteses de assistência litisconsorcial<sup>31</sup> e poderia ir além, para abranger hipóteses em que há conexão mais tênue entre a situação jurídica titularizada pelo terceiro e aquela discutida no processo.<sup>32</sup>

O novo Código poderia ter resolvido esse problema, disciplinando a intervenção litisconsorcial e definindo as hipóteses em que seria admissível,<sup>33</sup> mas preferiu insistir na manutenção dessa estranha figura chamada “assistência litisconsorcial”, de modo que as polêmicas verificadas na vigência do Código de Processo Civil de 1973 em relação às hipóteses em que essa figura é admissível tendem a permanecer as mesmas.

## 1.2 ATUAÇÃO DO ASSISTENTE NO PROCESSO

Superada a definição do interesse jurídico que autoriza a intervenção, é o momento de examinar como se dá a atuação do assistente no processo.

No tocante à assistência simples, a tendência da doutrina sempre foi a de limitar os poderes do assistente, ressaltando seu caráter de auxílio (CPC73, art. 52; CPC2015, art. 121). É comum, para reforçar esse aspecto, afirmar que o assistente é uma parte secundária. Em consequência disso,

---

30 Cf. Assistência no processo civil brasileiro, p. 88. Vale salientar importante lição de Ovídio Baptista nesse mesmo sentido: o autor afirma que muitas das hipóteses consideradas pela doutrina como de assistência litisconsorcial representam verdadeira intervenção de litisconsorte e que há confusão entre efeitos constitutivos da sentença e coisa julgada, concluindo que “a ampliação dos poderes de gestão processual reconhecidos aos assistentes adesivos simples tornaria desnecessária e inútil a inserção dessa figura intermediária entre o litisconsorte e o simples assistente” (cf. Assistência litisconsorcial, p. 61). Em outra obra, afirma o processualista gaúcho, na esteira do que já afirmava Wach, na Alemanha, que “a fantasmagórica figura do assistente adesivo litisconsorcial ou é um autêntico litisconsorte, por receber sentença, com produção de coisa julgada, sobre direito próprio, ou então será, nos demais casos, um assistente adesivo simples” (Comentários ao Código de Processo Civil, v. 1, p. 296).

31 Parece que a colegitimação pode ser dividida em duas espécies; na primeira, a lei autoriza que um sujeito vá a juízo sozinho; na segunda, nada dispõe a esse respeito.

32 Segundo Cândido Rangel Dinamarco, “a conexão é uma categoria jurídico-processual de tanta amplitude, que conceitualmente é capaz de abranger em si todas as demais modalidades de relação entre demandas” (cf. Instituições de direito processual civil, v. II, p. 154).

33 Durante a tramitação do Projeto de novo Código de Processo Civil na Câmara dos Deputados, foi apresentada emenda pelo Deputado Jerônimo Goergen que pretendia incluir no artigo que disciplina as hipóteses de admissibilidade do litisconsórcio (CPC73, art. 46; CPC2015, art. 113) parágrafo com a seguinte redação: “ainda que pendente o processo, pode o terceiro postular a sua admissão como litisconsorte de uma das partes, aderindo a sua posição jurídica no processo, toda vez que a sentença puder ser aproveitada para disciplinar também a situação jurídica existente entre ele e o adversário do seu litisconsorte”.

acredita-se que o assistente não pode pedir provas ou recorrer se a “parte principal”<sup>34</sup> assim não o fizer, além de suas alegações não poderem estar em confronto com as alegações da “parte principal”.

Não é exagerado afirmar que, ao defender essa limitação de poderes, a doutrina confunde titularidade da situação de direito material com legitimidade para praticar atos processuais. Com o advento do novo Código, isso deve mudar parcialmente, pois há previsão expressa de que o assistente será *substituto processual* do assistido sempre que este for revel ou de qualquer outro modo omissivo (CPC2015, art. 121, parágrafo único).<sup>35</sup> A polêmica, entretanto, tende a continuar naquelas situações em que a atuação do assistente for além da atuação do assistido não omissivo, especialmente em se tratando de alegações e provas.

Já no tocante à assistência litisconsorcial, defende-se uma amplitude maior dos poderes do assistente, uma vez que ele seria o próprio titular da situação jurídica que está sendo discutida. Tanto o Código de 1973 quanto o de 2015 equiparam o assistente litisconsorcial a um litisconsorte, o que é utilizado pela doutrina como reforço para defender essa maior amplitude de seus poderes.<sup>36</sup> Como a doutrina majoritária defende que em todos esses casos o terceiro ficaria vinculado à coisa julgada mesmo sem intervir, isso justificaria a concessão de poderes em tese mais amplos para o assistente.

### 1.3 EFEITOS DA INTERVENÇÃO

É necessário, agora, cuidar dos efeitos da intervenção.

O Código de Processo Civil de 1973, após tratar das duas modalidades de assistência, previa, em seu art. 55, que o assistente ficaria vinculado à justiça da decisão. Essa disciplina sempre provocou dois importantes

34 Essa expressão é desprovida de sentido, pois não pode existir um conceito intermediário entre dois conceitos mutuamente excludentes; ou é parte, ou terceiro, *tertium non datur*.

35 O Código de Processo Civil de 1973 falava que o assistente seria gestor de negócios do assistido e unicamente em caso de revelia. A figura da gestão de negócios é típica do direito material e diante da dificuldade em acomodá-la no processo a doutrina sempre afirmou tratar-se de substituição processual, entendimento que acabou sendo acolhido no novo Código.

36 Curiosamente, contudo, a doutrina se preocupa em dizer que embora equiparado a um litisconsorte, na verdade litisconsorte ele não é. É necessário repensar a afirmação segundo a qual um titular da própria situação jurídica de direito material deve ocupar uma posição de menor importância no processo – equiparado a litisconsorte sem ser – apenas porque nele ingressou tardiamente. Como afirma Barbosa Moreira, “a posição que compete a alguém no processo não deve depender do momento em que começa a participação dele, mas das relações entre a sua situação subjetiva e a situação jurídica objeto do juízo” (cf. Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária, p. 65).

debates. De um lado, buscava-se saber o que significa exatamente essa vinculação; de outro lado, discutia-se se essa vinculação atingiria tanto assistente simples quanto litisconsorcial ou apenas o primeiro.

O Código de Processo Civil de 2015 buscou resolver essa segunda polêmica simplesmente alterando a ordem dos artigos: no Código anterior, o art. 55, que disciplinava a vinculação do assistente à justiça da decisão, vinha depois do art. 50, que tratava da assistência simples, e do art. 54, que tratava da assistência litisconsorcial. Agora, a assistência simples é disciplinada no art. 119, a vinculação à justiça da decisão no art. 123 e a assistência litisconsorcial no art. 124.

Na vigência do Código de 1973, doutrina majoritária já afirmava que a vinculação à justiça da decisão atingiria apenas o assistente simples, pois sendo o assistente litisconsorcial titular do direito debatido em juízo, ele já estaria vinculado à coisa julgada mesmo sem participar do processo;<sup>37</sup> participando, apenas restaria reforçada essa vinculação.

Já a polêmica a respeito do significado da vinculação do assistente simples à justiça da decisão tende a permanecer, uma vez que o novo Código repetiu a mesma fórmula do Código de 1973. Na vigência do Código anterior, a doutrina majoritária vinha entendendo que vincular o assistente simples à justiça da decisão significava impossibilidade de ele discutir, em processos futuros, os fundamentos de fato e de direito da decisão proferida no processo em que interveio; em outras palavras, o assistente ficaria vinculado à motivação.<sup>38</sup>

De outro lado, havia quem não se conformasse em impor ao assistente algo que não vincularia sequer as partes.<sup>39</sup> Por fim, em posição isolada, Dinamarco equiparava a justiça da decisão à eficácia preclusiva da coisa julgada.<sup>40</sup>

37 Esse posicionamento é absolutamente controverso, mas esta não é a sede adequada para aprofundamento do tema.

38 Ver, nesse sentido, Athos Gusmão Carneiro, *Intervenção de terceiros*, p. 213; Cássio Scarpinella Bueno, *Partes e terceiros no processo civil brasileiro*, p. 185-187 e 191-194; Celso Agrícola Barbi, *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 230; Eduardo Talamini, *Coisa julgada e sua revisão*, p. 118-119; Fredie Didier Jr., *Curso de direito processual civil*, v. 1, 17. ed. p. 486-487; Hélio Tornaghi, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. I, p. 234; José Roberto dos Santos Bedaque, *Da assistência*, p. 163; Moacyr Amaral Santos, *Primeiras linhas de direito processual civil*, v. 2, p. 57; Moacyr Lobo da Costa, *Assistência (processo civil brasileiro)*, p. 197; Ovídio Baptista, *Curso de processo civil*, v. 1, p. 267 e Thereza Alvim, *O direito processual de estar em juízo*, p. 214.

39 Cf. Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes, *Limites objetivos e eficácia preclusiva da coisa julgada*, p. 30.

40 Cf. Cândido Rangel Dinamarco, *Intervenção de terceiros*, p. 37-39. O autor, mais recentemente teve oportunidade de reafirmar sua posição: *Coisa julgada, assistência e eficácia da intervenção*, p. 360-361.

Ao defender a vinculação do assistente à motivação da decisão, Eduardo Talamini invoca a necessidade de se conferir algum efeito útil à participação do assistente.<sup>41</sup> O autor tem razão, mas isso não implica *necessariamente* vincular o assistente à motivação. Como dito ao tratar do interesse jurídico autorizador da assistência, não existe uma fórmula exata para definir todas as hipóteses em que vem sendo admitida a intervenção do assistente. Assim, a definição do conteúdo da *justiça da decisão* deverá ser necessariamente casuística.

Há casos em que o interesse do assistente estará de fato naquilo que for definido no dispositivo da sentença. Nessas hipóteses, seria ilógico vincular as partes ao dispositivo e o assistente à motivação. Entretanto, nos casos em que o assistente intervém exclusivamente para afastar um precedente desfavorável, vinculá-lo ao dispositivo, que não lhe diz respeito, é totalmente inútil; nessas hipóteses são as questões decididas na motivação que interessam ao assistente. É necessário pontuar, contudo, na esteira do afirmado por parte da doutrina, que não é conveniente que fiquem imutáveis para o assistente tanto as questões de fato como as de direito, mas tão somente as questões de fato efetivamente decididas no processo.<sup>42</sup>

Com o novo Código de Processo Civil, houve ampliação dos limites objetivos da coisa julgada. Agora, atendidos certos requisitos previstos no art. 503 daquele diploma,<sup>43</sup> a coisa julgada estende-se à motivação. A partir daí surgem duas interessantes questões.

---

41 Cf. Coisa julgada e sua revisão, p. 118-119. Já na vigência do novo Código, em obra em coautoria com Luiz Rodrigues Wambier, o autor reafirma essa posição: “no mais das vezes, se a imutabilidade se restringisse ao objeto do decísum, não haveria nenhuma concreta e útil vinculação do assistente simples. Os aspectos pertinentes ao assistente que poderiam ensejar um processo subsequente entre o assistente e alguma das partes do primeiro processo normalmente estão veiculados na fundamentação (...)” (cf. Curso avançado de processo civil, v. 1, 16. ed., p. 357).

42 Cf. Arruda Alvim, Manual de direito processual civil, p. 628; Edson Prata, Processo de conhecimento, v. I, p. 177; Ernane Fidélis dos Santos, Manual de direito processual civil, v. 1, p. 85; João Francisco Naves da Fonseca, Assistência e coisa julgada, p. 374.

43 Eis os requisitos exigidos pela lei para que a coisa julgada se estenda à questão prejudicial: (i) se dessa resolução depender o julgamento do mérito; (ii) se a seu respeito tiver havido contraditório prévio e efetivo, não se aplicando no caso de revelia; (iii) se o juízo tiver competência em razão da matéria e da pessoa para resolvê-la como questão principal. E afasta-se expressamente essa extensão “se no processo houver restrições probatórias ou limitações à cognição que impeçam o aprofundamento da análise da questão prejudicial”. Apesar da preocupação do legislador em restringir o alcance da extensão da coisa julgada, certamente descuidou-se de um aspecto muito importante: há casos em que não há litisconsórcio necessário em relação ao pedido deduzido, mas o litisconsórcio seria necessário caso a questão prejudicial fosse deduzida em caráter principal; aí também não será possível a extensão da coisa julgada à questão prejudicial.

Em primeiro lugar, será necessário verificar se o assistente, quando realmente tiver interesse no dispositivo – ou seja, nos casos em que justiça da decisão é sinônimo de coisa julgada – também se sujeitará a essa extensão da coisa julgada sobre a motivação.

Em segundo lugar, é interessante verificar se nos casos em que a justiça da decisão significa vinculação à motivação devem estar presentes, para o assistente, os mesmos requisitos previstos no mencionado art. 503 do Código de Processo Civil.

Essa não é, contudo, a sede adequada para aprofundamento desses interessantes temas.

Por fim, o assistente simples poderá afastar essa vinculação em processo futuro se demonstrar e provar que (CPC73, art. 55; CPC2015, art. 123) “pelo estado em que recebeu o processo ou pelas declarações e atos do assistido, foi impedido de produzir provas suscetíveis de influir na sentença” (inciso I) ou que “desconhecia a existência de alegações ou de provas das quais o assistido, por dolo ou culpa, não se valeu” (inciso II).

## 2 OPOSIÇÃO

A despeito de a oposição não mais ser considerada intervenção de terceiro no novo Código, o momento de transição legislativa recomenda o exame dessa figura no contexto do sistema de intervenção de terceiros, até para que fique claro o motivo pelo qual deixou de ser assim considerada.

A oposição é uma demanda incidente que poderia ou não ser considerada intervenção de terceiro sob a vigência do Código de Processo Civil de 1973, a depender do momento em que manejada. Como quer que seja, por meio da oposição alguém introduz no processo pretensão incompatível com os interesses de ambos os polos do processo pendente. Em razão disso, a oposição só pode ter lugar em processo de conhecimento e durante o seu desenvolvimento em primeiro grau, para que não haja supressão de instância em relação à nova pretensão deduzida pelo oponente.

Nos casos em que sob a vigência do Código de 1973 era considerada intervenção, indubitavelmente provocava ampliação subjetiva e objetiva do processo. Tratando-se ou não de intervenção, na demanda introduzida pelo oponente autor e réu originários serão litisconsortes passivos (litisconsórcio necessário, porém simples).

Evidentemente, aquele que alega ser titular de um bem e não participou de processo em que se discute sua titularidade não fica vinculado pela decisão nele proferida. A despeito disso, a figura da oposição não é inútil; como salienta Cândido Rangel Dinamarco, a oposição serve “para evitar um precedente incômodo e para acelerar a tutela jurisdicional esperada”.<sup>44</sup> Ou seja, o potencial oponente não precisa esperar terminar aquele primeiro processo para só então ajuizar demanda em face do vencedor e, além disso, tem a chance de ver sua demanda julgada conjuntamente àquela originariamente ajuizada sem sua participação.

Na vigência do Código de Processo Civil de 1973, conheceram-se duas modalidades de oposição: a interventiva (CPC73, art. 59) e a autônoma (CPC73, art. 60), a depender do momento em que ocorria a intervenção. A primeira tinha lugar sempre que a intervenção ocorresse antes da audiência de instrução e julgamento; já a segunda, toda vez que a intervenção se desse após esse momento, e evidentemente antes da sentença. Verdadeira intervenção de terceiro, dizia-se, era apenas a interventiva; no caso da oposição autônoma, formava-se um novo processo.<sup>45</sup>

A diferença mais marcante entre essas duas modalidades estava no fato que na oposição interventiva as duas demandas eram necessariamente julgadas na mesma sentença; já no caso da oposição autônoma, caberia ao juiz, se assim entendesse adequado, suspender o andamento do processo originário por prazo nunca superior a 90 (noventa) dias, a fim de que as demandas fossem julgadas conjuntamente (CPC73, art. 60). Evidentemente, o prazo estabelecido em lei era insuficiente para permitir efetivo julgamento conjunto das duas demandas.

O novo Código de Processo Civil passou a disciplinar a oposição entre os procedimentos especiais.<sup>46</sup> A única explicação que pode ser dada

44 Cf. Instituições de direito processual civil, v. II, p. 390.

45 Segundo Cândido Rangel Dinamarco, “quando trazida ao juiz antes do início da audiência, a oposição tem a natureza de intervenção de terceiro (...). Se trazida depois de principiada a audiência de instrução e julgamento, a oposição dá formação a novo processo (art. 60). Nesse caso ela não tem a natureza de intervenção, porque o terceiro não estará ingressando em processo preexistente” (idem, p. 391).

46 A opção legislativa recebeu a crítica de Cássio Scarpinella Bueno, ao examinar o Projeto da Câmara dos Deputados: “Abandonada pelo Anteprojeto e pelo Projeto do Senado, a ‘oposição’ volta a ter disciplina própria no Projeto da Câmara. Não como uma das modalidades de intervenção de terceiro, tal qual no Código em vigor, mas como ‘procedimento especial’. Se a ideia é manter esta figura no novo Código, é (seria) preferível que ela estivesse lado a lado daquelas figuras, até como nada há de especial no seu procedimento” (cf. Projetos de Novo Código de Processo Civil comparados e anotados, p. 332). Em outra obra, depois de já promulgado o novo Código, o autor afirma que o instituto foi disciplinado como procedimento especial “não obstante os dois únicos elementos especiais que ele contém sejam o

para isso é a de deixar a disciplina da oposição fisicamente próxima da disciplina dos embargos de terceiro.<sup>47</sup> Não há mais a possibilidade de a oposição ser considerada uma demanda incidente – e portanto uma intervenção de terceiro; será sempre um processo incidente.

O regramento procedimental do novo Código parece oferecer vantagem ao favorecer sempre o julgamento conjunto. Segundo o caput do art. 685, “admitido o processamento, a oposição será apensada aos autos e tramitará simultaneamente à ação originária, sendo ambas julgadas pela mesma sentença”.

No entanto, o Código ainda parece buscar estabelecer diferença entre a oposição ajuizada antes do início da audiência de instrução ou após esse termo, em dispositivo de difícil inteligência. No parágrafo único do art. 685 há uma norma verdadeiramente misteriosa: “se a oposição for proposta após o início da audiência de instrução, o juiz suspenderá o curso do processo ao fim da produção de provas, salvo se concluir que a unidade da instrução atende melhor ao princípio da razoável duração do processo”.

Tendo em vista que o caput do art. 685 determina que sempre ação originária e oposição serão julgadas pela mesma sentença, a interpretação mais lógica a ser dada ao parágrafo único parece ser a seguinte: como a fase de instrução da ação originária já estará em curso quando ajuizada a oposição após o início da audiência de instrução, os dois processos correrão autonomamente, cada um em sua fase processual – embora fisicamente apensados – e para que seja alcançado o objetivo da sentença única, deverá o juiz suspender o andamento do processo relativo à ação originária, naturalmente mais adiantado, ao final da fase instrutória, para aguardar que o processo da oposição também esteja maduro para julgamento. No entanto, o dispositivo faz uma ressalva: a suspensão do

---

prazo unificado de quinze dias para que os réus contestem, excepcionando, assim, a regra de duplicação deste prazo nos moldes do art. 229, e a circunstância de os réus não serem citados para a audiência de conciliação ou de mediação” (cf. Manual de direito processual civil, p. 452).

47 É pertinente, nesse sentido, a lição de Cândido Rangel Dinamarco, ainda sob a vigência do Código de Processo Civil de 1973: “não constituem intervenções certos casos em que o terceiro toma alguma iniciativa paralela à das partes do processo pendente, mas dando formação a um processo novo, sem ingressar naquele. Assim são os embargos de terceiro, que equivocadamente vêm às vezes arrolados entre as modalidades interventivas; eles constituem um processo novo, embora incidente a outro (CPC, arts. 1.046-1.064), razão por que não intervém neste o sujeito que é puro e simples autor do processo novo (o terceiro embargante). Assim é também a oposição autônoma, que consistente em deduzir em processo novo uma demanda incompatível com as pretensões do autor e réu do processo pendente” (cf. Instituições de direito processual civil, v. II, p. 378).



processo relativo à ação originária pode ocorrer em momento anterior, para que haja instrução conjunta.<sup>48</sup>

Curioso observar que a motivação dessa ressalva está na eventual preservação do princípio da duração razoável do processo. Mas aí surge um importante questionamento, com os olhos voltados para a duração razoável do processo: se as duas demandas serão invariavelmente julgadas por sentença única, a instrução única garantiria de alguma forma a duração razoável do processo? Evidentemente não; para essa finalidade, não há qualquer diferença entre realizar instrução única ou realizar instruções separadas para depois suspender o processo da ação originária. Não há dúvida, contudo, de que a instrução única torna mais efetiva e mais qualificada a prestação jurisdicional, com a participação de todos os sujeitos envolvidos na situação litigiosa na produção das provas necessárias à solução das duas demandas.

A sentença única garantirá que de qualquer forma não haja desarmonia entre a solução dada a uma e outra demanda. Mas a instrução única certamente proporciona um salto de qualidade para a prestação jurisdicional.

Assim postas as coisas, o novo Código acabou aprimorando o instituto da oposição, fazendo com que, qualquer que seja o momento em que apresentada essa demanda, não haja mais espaço para julgamento separado da oposição e da ação originária. Pecou o legislador, contudo, quanto ao previsto no parágrafo único do art. 685: uma vez que a premissa é sempre a do julgamento por sentença única e sendo a oposição prejudicial à demanda originária, deveria ter o legislador privilegiado também a instrução conjunta, sem deixar margem para outra solução.

É curioso que tenha havido esse empoderamento da oposição, já que durante a tramitação do Projeto de novo Código de Processo Civil cogitou-se até mesmo eliminar de vez a oposição do ordenamento, sob o fundamento de sua suposta inutilidade. É comum ouvir do professor de processo civil, quando ministra aula sobre intervenção de terceiros, que a

---

48 Cássio Scarpinella Bueno parece concordar com esse entendimento: "o parágrafo único do art. 685, querendo viabilizar o julgamento conjunto das duas postulações, dispõe que, mesmo quando a 'oposição' for apresentada após o início da audiência de instrução e julgamento do primeiro processo, o juiz suspenderá o seu andamento ao fim da produção das provas. Pode ele, de qualquer sorte, entender que a unidade da instrução justifica a imediata suspensão do primeiro processo, hipótese em que ambos os processos (o original e a 'oposição') entrarão (ou prosseguirão), juntos, na fase instrutória" (cf. Manual de direito processual civil, p. 453).

oposição é de raríssima ocorrência, que ele mesmo nunca viu. Sua suposta inutilidade ganha ainda ares científicos ao se afirmar que o potencial oponente poderia sempre promover demanda autônoma.

Parece necessário, contudo, repensar esse referencial de inutilidade. Em primeiro lugar, várias demandas incidentes poderiam ter lugar em processo autônomo, mas o sistema facilita o julgamento conjunto de algumas demandas, para além da genérica previsão de reunião por conexão, em nome da harmonia dos julgados e da economia processual. Além disso, a doutrina italiana apresenta bons argumentos em favor da oposição (lá chamado de *intervento volontario principale*): (i) o prejuízo prático que poderia advir para o terceiro em caso de execução da decisão proferida entre as partes originárias e (ii) a insegurança que tão só a prolação da decisão gera para as relações sociais.<sup>49</sup>

Apesar da dificuldade de compreender a inclusão da oposição no rol dos procedimentos especiais, deve ser louvada sua manutenção e até mesmo o reforço de sua utilidade, com a previsão de que sempre serão julgadas em sentença única ação originária e oposição.

### 3 NOMEAÇÃO À AUTORIA E A NOVA TÉCNICA DE CORREÇÃO DO POLO PASSIVO

A nomeação à autoria, figura expressamente prevista no Código de 1973, nunca foi vista com bons olhos pela doutrina em razão de algumas idiossincrasias de seu regime jurídico. Tratava-se de intervenção coata por iniciativa da parte – no caso, exclusivamente do réu – por meio da qual se permitia trazer ao processo para figurar no polo passivo, em duas específicas situações de direito material (CPC73, arts. 62 e 63), aquele que o réu afirmava, em contestação, ser o verdadeiro legitimado ou o verdadeiro titular do direito.<sup>50</sup>

49 Vale transcrever ainda a didática explicação dada por Proto Pisani ao tratar do problema dos limites subjetivos da coisa julgada: “Poiché un rapporto giuridico si individua non solo per il bene che ne costituisce l’oggetto, ma anche per i suoi soggetti, i limiti oggettivi uniti a quelli soggettivi escludono a priori qualsiasi possibilità di efficacia della sentenza a favore o contro terzi di tale specie. La mera pendenza di un processo, e poi il giudicato relativo al diritto incompatibile, è però, fonte oggettiva di incertezza nelle relazioni sociali circa la titolarità da parte del terzo del diritto autonomo e incompatibile” (cf. Lezioni di diritto processuale civile, p. 358).

50 Não se pretende aqui discutir se de fato é uma figura de correção da legitimidade. De todo modo, vale transcrever o alerta de José Roberto dos Santos Bedaque: “muito embora seja corrente o entendimento de que esse instituto destina-se à correção do pólo passivo da ação, na verdade sua função é possibilitar que o real ocupante da situação legitimante integre o processo” (cf. Da nomeação à autoria, p. 173).

Diante da resposta do réu, abria-se ao autor duas alternativas: aceitar a nomeação ou recusá-la (CPC73, art. 65). Aceitando a nomeação, o autor deveria evidentemente promover a citação do nomeado.

O primeiro problema estava no cabimento excessivamente restritivo dessa modalidade interventiva, que só teria lugar (i) quando fosse demandado alguém que detivesse a coisa em nome alheio, caso em que seria possível nomear a autoria o proprietário ou o possuidor e (ii) quando fosse demandado alguém que praticou determinado por ordem ou em cumprimento de instruções de terceiro.

O segundo problema estava na possibilidade de o nomeado recusar a nomeação (CPC73, art. 66). Ora, o nomeado nada mais é do que um réu e a ninguém é dado recusar ser réu em um processo. Evidente que ninguém pode ser obrigado a efetivamente participar de um processo e nesse caso a omissão em responder pode fazer incidir os efeitos da revelia; entretanto, não é possível escolher ser ou não ser réu sem a incidência de qualquer efeito negativo nesse segundo caso.<sup>51</sup>

O novo Código de Processo Civil substituiu essa problemática intervenção de terceiros por um mecanismo muito mais adequado e muito mais eficiente, disciplinado em seus arts. 338 e 339. Agora, o réu, toda vez que alegar na contestação ser parte ilegítima, e sempre que souber, deve indicar aquele que reputa ser o verdadeiro legitimado passivo ou o responsável pelo prejuízo invocado.<sup>52</sup> Diante dessa alegação, o autor terá um prazo para (i) emendar a petição inicial substituindo o réu originário pelo sujeito indicado, (ii) emendar a petição inicial para que o processo tenha seguimento com o réu originário e o novo sujeito indicado no polo passivo, em litisconsórcio ou (iii) insistir na demanda exclusivamente em face do réu originário<sup>53</sup>.

Há quem afirme ainda se tratar de uma figura de intervenção de terceiro, embora não mais prevista no rol das intervenções.<sup>54</sup> Sendo ou

---

51 Houve quem defendesse na doutrina a aplicação de sanção, com fundamento nos arts. 14 e 18, do Código de Processo Civil de 1973, que regulam a litigância de má-fé, ao nomeado que apresentar recusa desacompanhada de justificativa no mínimo plausível (cf. Cássio Scarpinella Bueno, Partes e terceiros no processo civil brasileiro, p. 231). Isso, contudo, não era o suficiente para resolver o problema.

52 Essa redação mais aberta e menos técnica evita o surgimento de discussões inócuas sobre se tratar de verdadeiro legitimado ou verdadeiro responsável.

53 Essa hipótese surge da interpretação a contrario sensu do art. 339, §1º do novo Código de Processo Civil.

54 Cf. Fredie Didier Jr., Curso de direito processual civil, v. 1, 17. ed., p. 647. De todo modo, entende que o dispositivo é aplicável a qualquer procedimento, mesmo aos que não admitam intervenção de terceiro (idem, p. 648).

não intervenção, fato é que se trata de instrumento muito mais amplo e consequentemente mais efetivo do que a antiga nomeação a autoria. Além disso, eliminou-se qualquer possibilidade de o sujeito indicado pelo réu rejeitar sua inclusão no polo passivo.

Embora a alteração seja positiva, ela poderia ter sido mais completa. A lei não prevê, por exemplo, a possibilidade de o réu provocar a intervenção de um sujeito que reputa ser o verdadeiro titular do direito reclamado pelo autor, com o que poderia afastar um risco de dupla sucumbência. É bem possível, afinal, que o réu não negue a existência de uma dívida, exemplo, mas afirme que o credor é outro e não o autor da demanda.<sup>55</sup> Em Portugal existe essa figura com o nome de oposição provocada.<sup>56</sup>

#### 4 DENUNCIÇÃO DA LIDE

A denúncia da lide é intervenção coata por iniciativa da parte que em tese pode ser manejada tanto pelo autor quanto pelo réu. Ocorre que a denúncia da lide feita pelo autor só pode ter lugar na petição inicial, de modo que é mais acertado o entendimento segundo o qual não se trata propriamente de uma intervenção, mas sim da formação originária de um litisconsórcio eventual.<sup>57</sup>

55 Sem que o terceiro seja de fato chamado a participar do processo não parece possível, como defendido por José Roberto dos Santos Bedaque, que o juiz emita condenação em seu favor, especialmente, como dá a entender, se isso ocorrer em primeiro grau de jurisdição. A proposta do autor, feita no contexto do exame das sentenças de falsa carência, mira não desperdiçar a atividade desenvolvida no processo, mas pode gerar uma série de inconvenientes práticos se contra a decisão proferida em favor do terceiro ainda cabem recursos. Confira-se as palavras do autor: “complexa, todavia, é a possibilidade de o juiz, verificando a existência do direito de quem deveria ocupar o polo ativo, julgar procedente o pedido, favorecendo terceiro que não participou do processo (...). Para que esta solução seja viável, necessário que, de alguma forma, o legitimado participe do processo e manifeste vontade de que seu direito seja reconhecido. Caso contrário não há como conferir tutela jurisdicional a quem não demonstra intenção de obtê-la. Imagine-se situação em que o juiz, verificando ser outro o titular do direito, julga o autor carecedor da ação por ilegitimidade ativa e concede tutela ao terceiro. Em sede recursal, ele intervém e pede a manutenção da sentença. Se o tribunal concluir que razão lhe assiste, não deve cassar a decisão pela ausência formal do pedido, deduzido em petição inicial, nos termos do art. 282 do CPC” (cf. Efetividade do processo e técnica processual, p. 395-396). A questão que fica é: e se o Tribunal concluir que razão não lhe assiste?

56 De acordo com o art. 347 do Código de Processo Civil português, “a oposição pode também ser provocada pelo réu da causa principal: quando esteja pronto a satisfazer a prestação, mas tenha conhecimento de que um terceiro se arroga ou pode arregar-se direito incompatível com o do autor, pode o réu requerer, dentro do prazo fixado para a contestação, que o terceiro seja citado para vir ao processo deduzir sua pretensão”. E se o terceiro regularmente citado não atender o chamado para efetivamente participar do processo, a demanda será julgada em favor do autor originário e o terceiro ficará vinculado à coisa julgada (artigo 349, nn. 1 e 2).

57 Cf. Cândido Rangel Dinamarco, Instituições de direito processual civil, v. II, p. 414-415.

Referida intervenção provoca indubitavelmente ampliação subjetiva e objetiva do processo, pois a denunciação introduz no processo demanda de natureza condenatória (obrigação de ressarcir) em face do denunciado; trata-se de exercício antecipado de ação de regresso.<sup>58</sup> Após a denunciação, tem-se um processo único com duas demandas em direta relação de prejudicialidade: de um lado, a do autor em face do réu; de outro, a do denunciante em face do denunciado. Por esse motivo, trata-se de mais uma modalidade de intervenção típica do processo de conhecimento e que, por expressa exigência legal, deve ser feita na contestação, sob pena de preclusão da possibilidade de denunciar a lide a alguém.

Na vigência do Código de Processo Civil de 1973, abriu-se espaço para uma espécie de denunciação da lide mais limitada – sem a propositura de demanda condenatória, mediante uma espécie de *assistência provocada* – em processo cautelar, especialmente quando se tratasse de produção antecipada de prova; do contrário, restaria inviabilizada a denunciação no processo principal.<sup>59</sup> Esse entendimento foi acolhido pela jurisprudência.<sup>60</sup>

58 Nesse sentido, Clarisse Frechiani Lara Leite, que identifica três funções do instituto: “(a) evitar o conflito (lógico) entre as decisões que dispõem sobre a mesma situação da vida para mais de dois indivíduos, atuando o escopo de uniformidade de julgados; (b) possibilitar a economia processual, mediante a decisão de dois litígios num mesmo processo, com a realização de instrução única acerca dos mesmos fatos (que do contrário seriam objeto de instruções autônomas em processos distintos), e (c) atuar o princípio da efetividade da tutela jurisdicional, por reduzir sensivelmente o intervalo entre o padecimento da perda econômica pelo denunciante-garantido e seu ressarcimento perante o denunciado-garante” (cf. Evisção e processo, p. 142).

59 Essa é a lição de Cândido Rangel Dinamarco: “em processo cautelar instaurado em contemplação de um futuro processo de conhecimento (cautelar preparatório), para que os atos realizados possam produzir eficácia perante terceiro a parte tem o ônus de simplesmente provocar sua intimação a intervir como assistente, sem lhe denunciar a lide. A lei não inclui expressamente essa modalidade de assistência provocada mas sem ela a parte ficaria privada de fazer a denunciação da lide ao terceiro, depois, quando o processo de conhecimento vier a ser instaurado. Isso acontece especialmente em relação ao processo cautelar de produção antecipada de provas. Sem ser integrado a ele, o terceiro teria toda liberdade para impugnar-lhe os resultados porque terá permanecido alheio ao contraditório ali estabelecido (art. 55); e na prática a parte ficaria privada de denunciar-lhe a lide, chama-lo ao processo etc.” (cf. Instituições de direito processual civil, v. II, p. 410). Ver também, do mesmo autor, Intervenção de terceiros, p. 185-194.

60 Assim decidiu o Superior Tribunal de Justiça: “É admissível a intervenção de terceiro em ação cautelar de produção antecipada de prova, na forma de assistência provocada, pois visa garantir a efetividade do princípio do contraditório, de modo a assegurar a eficácia da prova produzida perante aquele que será denunciado à lide, posteriormente, no processo principal” (STJ, 3ª Turma, REsp n. 213.556/RJ, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 20.8.2001, DJ 17.9.2001). No mesmo sentido, v. TJSP, 27ª Câmara de Direito Privado, Agravo de Instrumento n. 992.09.068247-4, rel. Des. Berenice Marcondes Cesar, j. 20.10.2009; TJSP, 3ª Câmara de Direito Privado, Agravo de Instrumento n. 295.974.4/7, rel. Des. Luiz Antonio de Godoy, j. 5.8.2003 e 1ª TAC/SP, 12ª Câmara, Agravo de Instrumento n. 1.039.091-7, rel. Des. José Araldo da Costa Telles j. 4.12.2001.

Essa discussão não está superada com a eliminação do processo cautelar autônomo pelo novo Código de Processo Civil, uma vez que há a possibilidade de se pleitear tutela cautelar em caráter antecedente (CPC2015, arts. 305 ss.) e existe um regramento específico para a produção antecipada da prova (CPC2015, arts. 381 ss.). Nesses casos, parece que tanto autor quanto réu podem indicar os futuros denunciados para que também possam participar desses procedimentos quando for o caso.

As hipóteses em que é admissível a denunciação da lide são taxativamente previstas em lei: (i) evicção (CC, art. 447 ss.) e (ii) direito regressivo, previsto em lei ou no contrato.<sup>61</sup>

Em relação à denunciação fundada em evicção, havia discussão a respeito de sua obrigatoriedade na vigência do Código de Processo Civil de 1973. Tanto o caput do art. 70 desse diploma afirmava que a denunciação era obrigatória<sup>62</sup> quanto o art. 456 do Código Civil previa que “*para poder exercitar o direito que da evicção lhe resulta, o adquirente notificará do litígio o alienante imediato, ou qualquer dos anteriores, quando e como lhe determinarem as leis do processo*”.

O novo Código resolveu de vez esse problema<sup>63</sup> e além de passar a prever que a denunciação é *admissível* e não obrigatória (CPC2015, art. 125), revogou expressamente o art. 456 do Código Civil (CPC2015, art. 1.072, inc. II). Além disso, o §1º do art. 125 do Código de 2015 prevê expressamente a possibilidade de a parte pleitear seu direito regressivo em ação autônoma sempre que, por qualquer motivo,

---

61 O Código de Processo Civil de 1973 trazia três incisos em seu art. 70, mas é correto o entendimento segundo o qual o inc. II estava claramente contido no inc. III – e se assim não fosse interpretado, tratar-se-ia de hipótese de nomeação à autoria e não de denunciação da lide. Ver, nesse sentido, Cândido Rangel Dinamarco, Instituições de direito processual civil, v. II, p. 411.

62 A despeito disso, já se havia alcançado um consenso de que nas demais hipóteses a denunciação era meramente facultativa. No tocante aos contratos de seguro de dano, que podem dar origem à denunciação da lide, o art. 787, §3º do Código de Processo Civil prevê que “*intentada a ação contra o segurado, dará este ciência da lide ao segurador*”. No entanto, já não se entendia ser a denunciação obrigatória nessas hipóteses.

63 Embora o Superior Tribunal de Justiça já tivesse sedimentado o entendimento segundo o qual não seria a obrigatória a denunciação nem mesmo nos casos de evicção: “*A jurisprudência do STJ é no sentido de que o direito do evicto de indenizar-se do pagamento indevido diante do anterior alienante, não se condiciona à denunciação da lide em ação de terceiro reivindicante. Precedentes*” (STJ, 4ª Turma, AgRg no Ag n. 1.323.028/GO, rel. Min. Marco Buzzi, j. 16.10.2012, DJe 25.10.2012).

não ocorrer denunciação da lide – se for indeferida,<sup>64</sup> deixar de ser promovida<sup>65</sup> ou não for permitida.<sup>66</sup>

Em relação à denunciação da lide fundada em direito regressivo, o novo Código deixou de se posicionar sobre a talvez mais relevante polêmica verificada na vigência do Código de 1973. É necessário saber se a denunciação da lide é ou não admissível quando houver inserção de questões novas no processo, ampliando o objeto do conhecimento do juiz. Na jurisprudência mais recente do Superior Tribunal de Justiça tem prevalecido a corrente restritiva.<sup>67</sup>

Referida corrente ganhou força especialmente nos casos de responsabilidade civil do Estado e em demandas envolvendo relação de consumo, em razão das especificidades de direito material que envolvem essas duas situações.

No tocante às ações contra o Estado, decidiu o Supremo Tribunal Federal que o §6º do art. 37 da Constituição Federal consagra uma dupla garantia: “uma, em favor do particular, possibilitando-lhe ação indenizatória contra a pessoa jurídica de direito público, dado que bem maior, praticamente certa, a possibilidade de pagamento do dano objetivamente sofrido. Outra garantia, no entanto, em prol do servidor estatal, que somente responde

64 Em caso de indeferimento, é cabível o recurso de agravo de instrumento (CPC2015, art. 1.015, inc. X); ressalte-se, contudo, que o denunciante não precisa esgotar as vias recursais para poder se valer da ação autônoma; deverá avaliar a conveniência de recorrer ou não, inclusive levando em consideração que o agravo de instrumento não tem efeito suspensivo automático e que o Superior Tribunal de Justiça entende que, mesmo nos casos em que a denunciação da lide é mal indeferida, o processo não deve ser anulado porque isso violaria uma das próprias finalidades do instituto, que é a economia processual (ver, nesse sentido, STJ, 2ª Turma, REsp n. 170.318/SP, rel. Min. Ari Pargendler, j. 18.6.1998, DJ 3.8.1998 e STJ, 1ª Seção, EREsp n. 128.051/SP, rel. Min. Franciulli Netto, j. 25.6.2003, DJU 1.9.2003).

65 Vale mencionar que não ocorrendo a denunciação, o potencial denunciado poderá intervir voluntariamente como assistente, mas nesse caso as consequências processuais de seu ingresso serão absolutamente diversas.

66 Essa clareza quanto à facultatividade da denunciação dá força para o entendimento positivado segundo o qual o denunciante, mesmo saindo-se vencedor na demanda originária, deve arcar com os honorários advocatícios em favor do denunciado (CPC2015, art. 129, parágrafo único).

67 Nesse sentido, cf. STJ, 3ª Turma, REsp n. 934.394/PR, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 26.2.2008, DJe 10.3.2008; STJ, 4ª Turma, AgRg no REsp n. 1.115.952/SP, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 22.6.2010, DJe 30.6.2010; STJ, 3ª Turma, REsp n. 1.164.229/RJ, rel. Min. Sidnei Beneti, j. 9.2.2010, DJe 1.9.2010; STJ, 3ª Turma, AgRg no REsp 821458/RJ, rel. Min. Vasco Della Giustina, j. 16.11.2010, DJ 24.11.2010; STJ, 4ª Turma, REsp n. 701.868/PR, rel. Min. Raul Araújo, j. 11.2.2014, DJe 19/2/2014; STJ, 4ª Turma, REsp n. 1.376.520/SE, rel. Min. Raul Araújo, j. 12.8.2014, DJe 26.8.2014. Esse entendimento, contudo, não é unânime: “o cabimento da denunciação depende da ausência de violação dos princípios da celeridade e da economia processual, o que implica na valoração a ser realizada pelo magistrado em cada caso concreto” (STJ, 2ª Turma, REsp n. 975.799/DF, rel. Min. Castro Meira, j. 14/10/2008, DJe 28/11/2008).

administrativa e civilmente perante a pessoa jurídica a cujo quadro funcional se vincular”.<sup>68</sup>

Esse entendimento gera bastante estranheza por vários motivos: (i) embora a solvabilidade da pessoa jurídica seja maior, em muitos casos o pagamento é feito por meio de precatório e a condenação da pessoa física poderia ser mais efetiva; (ii) é no mínimo estranho entender que a Constituição veda a propositura de demanda contra o próprio causador do dano; (iii) há casos em que a própria defesa do Estado traz para o processo discussão sobre a culpa, por exemplo quando alega culpa exclusiva da vítima ou culpa concorrente.

Em relação às demandas envolvendo relação de consumo, o Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 88 veda a denunciação da lide em demanda fundada em fato do produto (CDC, art. 13)<sup>69</sup> e o Superior Tribunal de Justiça amplia a proibição para todos os casos de responsabilidade civil por acidente de consumo.<sup>70</sup>

O Código de Defesa do Consumidor prevê uma única exceção para admitir o “chamamento ao processo” do segurador em caso de seguro de responsabilidade civil contratado por fornecedor de produtos ou serviços (CDC, art. 101). Entretanto, a figura adequada de intervenção para essa situação de direito material é a denunciação da lide.

Não parece adequado restringir a admissibilidade da denunciação da lide unicamente com razão na introdução de novos fundamentos no processo por meio dessa demanda incidental; é até difícil imaginar uma denunciação da lide que não traga nenhum fundamento novo a ser apreciado pelo juiz. Não existindo vedação legal expressa à denunciação da lide, como ocorre nos Juizados Especiais (Lei n. 9.099/95, art. 10), a adoção de uma ou outra tese passa necessariamente pelo exame das vantagens da denunciação da lide. A principal delas sem dúvida é a *harmonia de julgados*, mas são também relevantes a potencialização do contraditório e a economia

68 STF, 1ª Turma, RE n. 327.904/SP, rel. Min. Carlos Britto, j. 15.8.2006, DJ 8.9.2006.

69 Parte da doutrina afirma que sendo solidária a responsabilidade entre todos os participantes da cadeia produtiva (CDC, art. 7º, parágrafo único), eventual demanda de regresso deveria ser veiculada por meio de chamamento ao processo e não de denunciação da lide, a despeito de texto legal expresso mencionando essa segunda figura. Ocorre que o artigo 88 do Código de Defesa do Consumidor refere-se exclusivamente às hipóteses veiculadas no artigo 13 daquele mesmo diploma, o qual descreve situações de difícil conformação à figura da solidariedade. Como quer que seja, por meio de denunciação ou chamamento, nesses casos não é permitido trazer o terceiro para o processo.

70 STJ, 3ª Turma, REsp n. 1.165.279/SP, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 22.5.2012, DJe 28.5.2012.



processual encarada sob o aspecto *macro*, uma vez que se resolve em um processo só algo que, não fosse a denúncia da lide, seria resolvido em dois. A desvantagem do instituto é o eventual comprometimento da duração razoável do processo, uma vez que é mais complexo o processo com denúncia da lide; pensar só na razoável duração do processo, contudo, revela “vício metodológico do *processo civil do autor*”.<sup>71</sup>

Vale ressaltar ainda que a partir de entendimento surgido na jurisprudência durante a vigência do Código de 1973 e agora positivado no novo Código (CPC2015, art. 128, parágrafo único), a denúncia não traz potenciais benefícios apenas ao denunciante, mas também à parte contrária, que poderá, ao fim da fase de conhecimento, ter à sua disposição título executivo em face tanto do denunciante como do denunciado.<sup>72</sup> Com a consagração legislativa desse entendimento, a corrente restritiva deve perder força, ao menos no que diz respeito às relações de consumo.<sup>73</sup>

O novo Código promoveu ainda algumas de alterações pontuais na disciplina da admissibilidade denúncia da lide, sempre buscando dar soluções legislativas a polêmicas que surgiram no seio da doutrina e da jurisprudência na vigência do Código de Processo Civil de 1973. Nesse sentido, (i) proibiu denúncia *per saltum* nos casos de evicção, pois prevê que a denúncia deve ser feita ao alienante *imediato*<sup>74</sup> e (ii) limitou as denúncias sucessivas, sendo que agora se admite apenas uma (CPC2015, art. 125, §2º).

Parece saudável não privar o alienante imediato da discussão sobre a evicção, já que caso o problema seja verificado em um elo anterior da

71 Cf. Cândido Rangel Dinamarco, Instituições de direito processual civil, v. II, p. 413. Ao realizar amplo estudo sobre a posição do réu no processo civil, Heitor Vitor Mendonça Sica afirmou que “a análise do processo sob o prisma do réu implica também uma mudança de visão sobre institutos como o litisconsórcio e a intervenção de terceiros, que foram estruturados tendo como base o ‘processo civil do autor’” (cf. O direito de defesa no processo civil brasileiro, p. 296).

72 Sem analisar especificamente a previsão do novo Código, mas já ciente da jurisprudência favorável à condenação direta do denunciado, José Roberto dos Santos Bedaque posicionou-se de forma crítica em relação a esse entendimento em razão da inexistência de vínculo jurídico entre denunciado e adversário do denunciante. Segundo o autor, “por falta de visão adequada do fenômeno no plano material, sustenta-se a possibilidade de, em denúncia feita pelo réu, o juiz condenar o denunciado em face do autor originário. Tal não se mostra possível, ante a total inexistência de vínculo jurídico que justifique o reconhecimento da obrigação de um em favor do outro” (cf. Direito e processo, p. 131).

73 Em relação às ações envolvendo responsabilidade objetiva do Estado, a novidade não é apta a afastar todos os fundamentos – ainda que incompreensíveis – adotados pelo STF para rejeitar a denúncia.

74 O Código de Processo Civil de 1973 referia-se apenas a alienante e o art. 456 do Código Civil previa ser possível denunciar a lide ao alienante imediato ou a qualquer dos anteriores.

cadeia, todas as alienações subsequentes serão afetadas. No entanto, como efeito colateral da previsão expressa de que a denunciação deve ser feita ao alienante imediato, ficou afastada também a possibilidade de denunciação coletiva a todos os alienantes anteriores da cadeia.

Em relação à limitação de denunciações sucessivas, o legislador tirou do magistrado a possibilidade de uma avaliação casuística sobre a adequação ou não de cada uma das potenciais denunciações sucessivas, fazendo uma escolha apriorística pela celeridade em detrimento da harmonia.

Outro importante ponto a ser abordado no estudo da denunciação da lide é a posição que o denunciante ocupa no processo. Não há dúvida de que ele exerce um *duplo papel*, na medida em que é réu da demanda regressiva (denunciação) e terá também alguma participação na demanda originária.

Na vigência do Código de Processo Civil de 1973 havia divergência sobre sua posição em relação à demanda originária. Parte da doutrina entendia que o denunciado seria assistente simples do denunciante na demanda originária,<sup>75</sup> a despeito de o art. 74 afirmar que ele seria litisconsorte do denunciante no caso de “aceitar” a denunciação e contestar o pedido, uma vez que não haveria qualquer relação entre denunciado e adversário do denunciante. De outro lado, havia quem defendesse a correção da lei, sendo o denunciado de fato litisconsorte do denunciante.<sup>76</sup> Com a previsão de que o denunciado pode ser condenado diretamente em face do adversário do denunciante, ganha força o entendimento de que o denunciado é litisconsorte do denunciante e essa previsão foi mantida no novo Código (CPC2015, art. 128, inc. I).

O Código prevê ainda possibilidades de atuação diferenciada do denunciante a depender do comportamento do denunciado. Assim, “se o denunciado for revel, o denunciante pode deixar de prosseguir com sua defesa, eventualmente oferecida, e abster-se de recorrer, restringindo sua atuação à ação regressiva” (CPC2015, art. 128, inc. II). Com isso, liberou-se o denunciante de “prosseguir na defesa até o final”, mesmo em caso de revelia do denunciado (CPC73, art. 75, inc. II). Antes essa possibilidade só existia nos casos de evicção, por força da previsão contida no art. 456, inc. II, do Código Civil, segundo a qual “não atendendo o alienante à

75 Ver, nesse sentido, Sidney Sanches, Denunciação da lide no direito processual civil brasileiro, p. 172-173 e Cássio Scarpinella Bueno, Partes e terceiros no processo civil brasileiro, p. 272. Anote-se a posição divergente de Cândido Rangel Dinamarco, para quem se trata de assistente litisconsorcial (Litisconsórcio, p. 59).

76 Cf. Athos Gusmão Carneiro, Intervenção de terceiros, p. 146-148.

denúnciação da lide, e sendo manifesta a procedência da evicção, pode o adquirente deixar de oferecer contestação, ou usar de recursos”.

Além disso, prevê o novo Código que “se o denunciado confessar os fatos alegados pelo autor na ação principal, o denunciante poderá prosseguir com sua defesa ou, aderindo a tal reconhecimento, pedir apenas a procedência da ação de regresso” (CPC2015, art. 128, inc. III). Permitiu-se expressamente que o denunciante adira ao reconhecimento da ocorrência dos fatos constitutivos do autor quando houver confissão do denunciado, pois antes o Código dizia apenas que nesse caso poderia o denunciante prosseguir na defesa (CPC73, art. 75, inc. III).

A despeito de tantas alterações pontuais, as hipóteses de cabimento da denúnciação da lide e o conteúdo da demanda proposta por meio dela permaneceram inalterados.

## 5 CHAMAMENTO AO PROCESSO

O chamamento ao processo é outra modalidade de intervenção coata por iniciativa da parte que provoca invariavelmente ampliação subjetiva do processo; diverge a doutrina a respeito de haver ou não propositura de demanda do réu em face dos chamados.<sup>77</sup> De todo modo, o ingresso do chamado no processo dá origem a um litisconsórcio ulterior, que poderá ser comum, quando a obrigação for divisível, ou unitário, quando a obrigação for indivisível.

Trata-se mais uma vez de instituto de aplicação exclusiva ao processo de conhecimento e o chamamento deve ser realizado na contestação, sob pena de preclusão. Será também possível trazer para o procedimento mediante o qual se pleiteia tutela cautelar antecedente ou produção antecipada de prova, mediante uma espécie de *assistência provocada*, aquele que poderia figurar como chamado no processo principal.

O chamamento é admissível em três hipóteses (CPC73, art. 77; CPC2015, art. 130): (i) do afiançado, na ação em que o fiador for réu; (ii) dos demais fiadores, na ação proposta contra um ou alguns deles; (iii)

---

<sup>77</sup> Prevalece a orientação que acredita não haver propositura de demanda pelo réu em face do chamado (cf. Flavio Cheim Jorge, Chamamento ao processo, p. 31). O conceito de Cândido Rangel Dinamarco parece suficiente para esclarecer o que ocorre no chamamento ao processo: “é o ato com que o réu pede a integração de terceiro ao processo para que, no caso de ser julgada procedente a demanda inicial do autor, também aquele seja condenado e a sentença valha como título executivo em face dele” (cf. Instituições de direito processual civil, v. II, p. 422).

dos demais devedores solidários, quando o credor exigir de um ou de alguns o pagamento da dívida comum. O chamado é sempre alguém que já poderia ter sido incluído no polo passivo desde o início; no tocante ao inc. I, contudo, vale deixar claro que apenas o fiador pode promover o chamamento, nunca o afiançado.

O primeiro projeto aprovado no Senado tinha dispositivo (art. 319) que ampliava consideravelmente seu cabimento, admitindo também o chamamento “daqueles que, por lei ou contrato, são também corresponsáveis perante o autor”, mas isso infelizmente não foi mantido na redação final do novo Código.<sup>78</sup>

A lei silencia a respeito, mas são admissíveis chamamentos sucessivos e quem foi chamado pode ainda denunciar a lide a um terceiro.

Essa modalidade de intervenção sempre recebeu crítica da doutrina em razão de seu contraste com o direito material;<sup>79</sup> com efeito, o Código Civil, em seu art. 275, permite ao credor mover a demanda em face de apenas um dos devedores solidários, benefício que seria afastado pelo Código de Processo Civil ao permitir o chamamento dos demais devedores. Impedir que o réu possa trazer terceiro para o processo porque o autor não quis é resquício do vício metodológico do processo civil do autor. O fato de não ter o ônus de incluir todos os devedores solidários no polo passivo e de promover a citação de todos já é uma relevante vantagem para o credor; além disso, o chamamento pode se reverter em benefício para o próprio autor que, caso saia vencedor, poderá, ao final do processo, promover o cumprimento de sentença em face de qualquer um dos réus,

78 Esse inciso foi eliminado pela Câmara dos Deputados, o que foi lamentado por Cássio Scarpinella Bueno: “pena que a Câmara tenha eliminado o inciso IV proposto pelo Senado que amplia sobremaneira o instituto, adaptando-o suficientemente bem a determinadas hipóteses previstas no Código Civil de 2002 e que, na perspectiva do direito material, não são assimiláveis à fiança ou à solidariedade e, tampouco, justificadoras da denunciação da lide” (cf. *Projetos de Novo Código de Processo Civil comparados e anotados*, p. 184).

79 Segundo Barbosa Moreira, essa regra “desfigura o instituto da solidariedade passiva, criado pelo direito substantivo em benefício do credor, obviamente. E a vantagem prática que ele oferece ao credor consiste precisamente na possibilidade de exigir, por inteiro, o cumprimento da obrigação apenas de um ou de alguns, à sua escolha, dentre os co-devedores solidários. Ora, se o Código permite, a esse ou esses que estão sendo demandados, chamar ao processo aquele que o autor não incluiu na sua postulação, e com suspensão do feito, portanto com óbvios prejuízos a inconvenientes agudos para quem esteja interessado na rápida terminação do processo, tudo isso nos leva à conclusão de que o legislador processual está retirando com a mão esquerda aquilo que o legislador material deu ao credor com a direita, suprimindo, na prática, o benefício que a lei civil lhe concede” (cf. *Substituição das partes, litisconsórcio, assistência e intervenção de terceiros*, p. 89). Heitor Vitor Mendonça Sica endossa essa crítica (cf. *Notas críticas ao sistema de pluralidade de partes no processo civil brasileiro*, p. 27-28).

quer do originário, quer daqueles que foram chamados, ou até mesmo de todos eles em conjunto.

Embora a lei não faça restrições ao disciplinar o chamamento fundado em dívida solidária (CPC73, art. 77, inc. III; CPC2015, art. 130, inc. III), há precedentes do Superior Tribunal de Justiça adotando entendimento restritivo, segundo o qual o chamamento só é cabível quando se trata de obrigações solidárias de pagar quantia.<sup>80</sup>

Além das hipóteses arroladas no Código de Processo Civil, a lei ainda trata do chamamento ao processo em duas outras normas: (i) art. 1.698 do Código Civil e (ii) art. 101, inc. II, do Código de Defesa do Consumidor.

No caso da obrigação de alimentos, disciplinada no art. 1.698 do Código Civil, o Superior Tribunal de Justiça vem entendendo tratar-se de hipótese de chamamento ao processo ainda que não haja solidariedade entre o devedor principal e os devedores subsidiários.<sup>81</sup>

É necessário diferenciar duas situações: (i) no processo movido em face do devedor principal, este poderá chamar ao processo devedores subsidiários; (ii) no processo desde logo movido em face dos devedores subsidiários, poderá haver litisconsórcio necessário entre eles, como se dá, por exemplo, no caso de avós maternos e paternos.<sup>82</sup>

A hipótese do art. 101, inc. II, do Código de Defesa do Consumidor, embora nominada pela lei de chamamento ao processo, com expressa referência ao art. 80 do Código de Processo Civil de 1973, é, como já dito, caso típico de denunciação da lide. A vantagem de abandonar a técnica do Código de Processo Civil para tratar a hipótese como de chamamento ao processo estava na possibilidade de condenação direta da seguradora a indenizar o autor da demanda. No entanto, agora que o novo Código permite a condenação direta do denunciado em face do autor, não faz mais sentido continuar tratando a previsão do art. 101, inc. II, do Código de Defesa do Consumidor como caso de chamamento ao processo. O ideal mesmo seria que esses dois institutos – denunciação da lide e chamamento ao processo – fossem reunidos em um só.

80 STJ, 1ª Turma, REsp n. 1.125.537/SC, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 16.3.2010, DJe 24.3.2010; STJ, 2ª Turma, AgRg no REsp n. 1.281.020/DF, rel. Min. Herman Benjamin, j. 23.10.2012, DJe 31.10.2012.

81 STJ, 4ª Turma, REsp n. 658.139/RS, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 11.10.20105, DJ 13.3.2006.

82 STJ, 4ª Turma, REsp n. 958.513/SP, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 22.2.2011, DJe 1.3.2011.

Julgada procedente a demanda em favor do autor, tanto réu quanto eventuais chamados serão condenados ao pagamento do valor pleiteado pelo autor. Entretanto, assim como já podia demandar apenas um ou alguns dos devedores solidários, poderá também o autor promover o cumprimento integral da sentença apenas em face de um de alguns deles – e mesmo em face daqueles que o próprio autor não tenha demandado originariamente. É por esse motivo que a lei prevê que a sentença também vale como título executivo em favor daquele que satisfizer a dívida, que poderá promover novo cumprimento nos mesmos autos; do contrário, o chamamento não teria nenhuma utilidade. Anote-se apenas que caso o devedor principal, chamado ao processo, satisfaça a dívida, obviamente não poderá depois exigi-la do fiador.

## 6 RECURSO DO TERCEIRO PREJUDICADO

Segundo o Código de Processo Civil (CPC73, art. 499; CPC2015, art. 996), o recurso pode ser interposto pela parte vencida, pelo terceiro prejudicado e pelo Ministério Público;<sup>83</sup> quando interposto pelo terceiro prejudicado, o recurso é considerado pela doutrina uma modalidade de intervenção de terceiro.<sup>84</sup>

No Código de Processo Civil de 1973, o §1º do art. 499 dispunha que cumpria ao terceiro demonstrar o nexo de interdependência entre o seu interesse de intervir e a relação jurídica submetida à apreciação judicial. O novo Código de Processo Civil alterou essa previsão a respeito da legitimação do terceiro, passando a prever que “cumpre ao terceiro demonstrar a possibilidade de a decisão sobre a relação jurídica submetida

---

83 Esse recurso de que pode o terceiro se valer é o mesmo recurso posto à disposição das partes. Após afirmar que em outros países há previsão de recursos específicos para os terceiros – como é o caso da *opposizione di terzo* na Itália – Barbosa Moreira esclarece que “entre nós, as vias recursais que se abrem ao terceiro prejudicado são sempre e apenas as mesmas concedidas às partes; os pressupostos de cabimento da apelação, do agravo, dos embargos, do recurso extraordinário (ou especial), não são, para o terceiro prejudicado, diferentes dos pressupostos de cabimento da apelação, do agravo, dos embargos, do recurso extraordinário (ou especial) da parte. Não há recurso de que só o terceiro disponha, nem recurso de que disponham as partes e se negue em tese ao terceiro” (cf. Comentários ao Código de Processo Civil, v. V, p. 293). No mesmo sentido, José Rogério Cruz e Tucci: “observo, em primeiro lugar, que a nossa legislação processual não determina a via recursal de que se pode valer o terceiro, fazendo crer que se encontram, em princípio, à sua disposição todos os meios de impugnação concedidos às partes” (cf. Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil, p. 181-182).

84 Cf., nesse sentido, Cássio Scarpinella Bueno, Manual de direito processual civil, p. 610; Leonardo Greco, Instituições de processo civil, v. I, 5. ed., p. 494-495; Teresa Arruda Alvim Wambier, Os agravos no CPC brasileiro, p. 223.

à apreciação judicial atingir direito de que se afirme titular ou que possa discutir em juízo como substituto processual”.<sup>85</sup>

Quis o legislador especificar que tipo denexo de interdependência o terceiro deve manter com a relação jurídica submetida à apreciação judicial a fim de justificar a interposição do recurso, mas não parece que a alteração da redação tenha restringido as hipóteses em que o terceiro era legitimado a recorrer na vigência do Código de 1973. Como já esclarecia Barbosa Moreira, basta que a esfera jurídica do terceiro seja atingida de forma reflexa para que esteja legitimado a recorrer.<sup>86</sup>

O terceiro que tem legitimidade para recorrer é, de acordo com a doutrina, aquele que poderia intervir como assistente – simples ou “litisconsorcial” – e ainda o litisconsorte necessário preterido que, logrando êxito em demonstrar essa condição, obterá a anulação da decisão para que o processo siga regularmente com sua participação.<sup>87</sup> José Rogério Cruz e Tucci acrescenta ainda que também o substituído e o sucessor poderiam se valer do recurso de terceiro.<sup>88</sup>

Não é possível esquecer que o terceiro deverá demonstrar também seu interesse recursal. A se admitir, como enunciado geral, que o potencial assistente interponha o recurso, a admissibilidade do recurso acabaria indo além das hipóteses de eficácia reflexa, de modo que será necessário aferir caso a caso se o terceiro tem de fato interesse na reforma do dispositivo da decisão recorrida. O tema tem sido objeto de poucas reflexões na doutrina.

---

85 Além disso, o terceiro deverá ter interesse recursal, o que demandará a demonstração de potencial utilidade do novo julgamento e a necessidade do recurso (cf. Barbosa Moreira, Comentários ao Código de Processo Civil, v. V, p. 299-306).

86 Confirma-se a lição do autor: “apesar, pois, da obscuridade do dispositivo ora comentado, no particular, entendemos que a legitimação do terceiro para recorrer postula a titularidade de direito (rectius: de suposto direito) em cuja defesa ele acorra. Não será necessário, entretanto, que tal direito haja de ser defendido de maneira direta pelo terceiro recorrente: basta que a sua esfera jurídica seja atingida pela decisão, embora por via reflexa. É essa, aliás, a linha hermenêutica sugerida pela própria tradição do direito luso-brasileiro” (idem, p. 295).

87 Como esclarece Teresa Arruda Alvim Wambier, “a categoria do terceiro prejudicado abrange uma gama mais ampla que a dos assistentes simples ou litisconsorciais, açambarcando-os” (cf. Os agravos no CPC brasileiro, p. 240). A autora discute alguns casos que considera polêmicos, mas não chega a fazer uma afirmação peremptória sobre qual outra categoria de terceiros poderia ser legitimada a recorrer (idem, p. 243-251). Fredie Didier Jr. vai além: “não estamos reduzindo o recurso de terceiro prejudicado à condição de uma assistência tardia, pois, conforme mencionamos, o litisconsorte necessário preterido terá legitimidade, como terceiro, para recorrer, a quem jamais se poderia negar interesse jurídico, presumido pela lei, ao impor a pluralidade de partes” (cf. Recurso de terceiro, p. 125).

88 Cf. Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil, p. 183.

Por fim, acrescente-se que a interposição do recurso nem sempre garante a participação do terceiro ao longo de todo o processo. A depender da situação e do recurso interposto, é possível que o terceiro tenha que pleitear novo ingresso ao fim do incidente recursal.

## 7 INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Não é novidade que o Código Civil disciplina, em seu art. 50, a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica quando houver abuso caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial.<sup>89</sup> Antes mesmo de ser positivado, o instituto já era aplicado na jurisprudência e estudado pela doutrina.<sup>90</sup>

No direito material, convivem com as hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica outras técnicas que já receberam na doutrina o nome de “falsas hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica”.<sup>91</sup> Bom exemplo disso é a previsão contida no art. 135 do Código Tributário Nacional.

O ordenamento ressentia-se, contudo, de uma disciplina processual da desconsideração da personalidade jurídica, especialmente porque tinha espaço na jurisprudência orientação segundo a qual seria possível, já em fase de cumprimento de sentença ou em execução, penhorar os bens do sócio, mediante requerimento do exequente, para depois conceder-lhe a oportunidade do contraditório.<sup>92</sup> É até possível que situação de

89 Eis a redação completa do dispositivo: “Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica”. Antes mesmo do Código Civil, o Código de Defesa do Consumidor já previa a desconsideração em seu art. 28: “O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração”.

90 Ver, nesse sentido, Pedro Henrique Torres Bianqui, *Desconsideração da personalidade jurídica no processo civil*, p. 39-42.

91 André Pagani de Souza, *Desconsideração da personalidade jurídica*, p. 46.

92 Ver, nesse sentido, STJ, 3ª Turma, AgRg no REsp n. 1.523.930/RS, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 16.6.2015, DJe 25.6.2015; STJ, 4ª Turma, REsp n. 1.182.385/RS, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 6.11.2014, DJe 11.11.2014; STJ, 3ª Turma, AgRg no REsp n. 1.459.831/MS, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 21.10.2014, DJe 28.10.2014. Flávio Luiz Yarshell resume bem o posicionamento majoritário na vigência do Código de 1973: “até o advento do CPC/2015, prevaleceu o entendimento segundo o qual não se exigia prévia oitiva do terceiro – cujo patrimônio se quer submeter aos meios executivos – no



urgência justifique o diferimento do contraditório, mas a regra deve ser sua observância prévia.<sup>93</sup>

Para solucionar esse problema, o legislador teve a louvável iniciativa de disciplinar no novo Código de Processo Civil, entre as intervenções de terceiros,<sup>94</sup> um incidente para a desconsideração da personalidade jurídica (CPC2015, arts. 133-137), que se aplica tanto à desconsideração direta quanto à inversa e pode ser instaurado tanto na fase de conhecimento quanto no cumprimento de sentença ou na execução fundada em título extrajudicial. Embora a lei tenha chamado de “incidente”, trata-se de demanda incidental, como ocorre com a generalidade das intervenções de terceiros fundadas em direito ou interesse subjetivo. Feito o pedido de desconsideração, o sócio ou a pessoa jurídica terão prazo de quinze dias para se manifestar (CPC2015, art. 135),<sup>95</sup> a não ser que eventual urgência justifique o diferimento do contraditório.

Evidentemente é reservada ao credor a possibilidade de apresentar o pedido de desconsideração já na petição inicial, incluindo o sócio ou a pessoa jurídica como réus desde o início da demanda (CPC2015, art. 134, §2º). Nessa hipótese não se fala em intervenção de terceiro.

O pedido de desconsideração não encontra limitação temporal, e pode ser apresentado até mesmo na pendência de fase executiva (CPC2015, art.

---

caso da desconsideração da personalidade jurídica. A opção era a de atribuir ao terceiro o ônus de se defender após a determinação de constrição de seu patrimônio; o que se dava mediante a propositura de embargos de terceiro” (cf. Do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, p. 232). Mas mesmo no STJ havia precedentes reconhecendo nulas decisões que decretavam a desconsideração sem observância do contraditório: STJ, 4ª Turma, RMS 29.697/RD, rel. Min. Raul Araújo, j. 23.4.2013, DJe 1.8.2013. De outro lado, havia no outro extremo, na doutrina, corrente defendendo a necessidade de demanda autônoma para que ocorresse a desconsideração, o que parece um exagero, sendo suficiente um incidente processual cognitivo, mesmo que a desconsideração seja requerida na fase de execução. Para aprofundamento do tema, v. Pedro Henrique Torres Bianqui, *Desconsideração da personalidade jurídica no processo civil*, p. 119-122.

93 Cf. Pedro Henrique Torres Bianqui, *idem*, p. 123.

94 O fato de ser uma intervenção de terceiro não afasta a existência de uma demanda. Como esclarece Flávio Luiz Yarshell, “trata-se, portanto de demanda (incidental) resultante do exercício do direito de ação, proposta e decidida incidentalmente em processo (cujo objeto, como se viu, é outro). Não se trata de demanda que imponha dever de prestar ou, por outras palavras, não se cuida de demanda condenatória. Ao acolher o pedido o que o juiz faz é reconhecer a responsabilidade patrimonial e, dessa forma, liberar os meios executivos sobre o patrimônio de pessoa que não figura como devedor” (cf. Do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, p. 231).

95 O art. 515. §5º do novo Código reforça a necessidade de contraditório prévio: “o cumprimento da sentença não poderá ser promovido em face do fiador, do coobrigado ou do corresponsável que não tiver participado da fase de conhecimento”.

134), o que pode gerar alguns problemas práticos, especialmente sobre a amplitude da defesa que pode ser apresentada por aquele que se pretende responsabilizar.<sup>96</sup> O novo Código, assim, apesar de merecer aplausos por eliminar o problema da constrição patrimonial sem contraditório prévio, perdeu uma grande chance de disciplinar o incidente de maneira mais cautelosa.

Destaque-se por fim que já existe uma resistência da magistratura contra a ampla aplicação desse incidente. A Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM) reuniu magistrados de todo o país no seminário “O Poder Judiciário e o Novo Código de Processo Civil”, nos dias 26 a 28 de agosto de 2015, ocasião em que aprovou 62 enunciados; segundo o enunciado n. 53, “o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente prescinde do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica previsto no art. 133 do CPC/2015”.

Além de essa proliferação de enunciados provenientes das mais diversas instituições ou grupos organizados do país ser inexplicável e muito pouco útil, o entendimento consubstanciado nesse enunciado é passível de crítica. Seria até possível argumentar, analisando o direito material, que nesse caso não haveria propriamente desconconsideração da personalidade jurídica, mas o fato é que a aplicação, mesmo que *analógica*, é, mais do que recomendável, necessária, pois visa a preservar o direito de defesa prévia – que é a regra do sistema – do sujeito que terá seu patrimônio atingido pela decisão judicial.

## 8 RECONVENÇÃO SUBJETIVAMENTE AMPLIATIVA

O novo Código, atendendo a reclamo de parte da doutrina,<sup>97</sup> deixou expressa a possibilidade de a reconvenção ser subjetivamente ampliativa. Assim, conforme dispõem os §§ 3º e 4º do artigo 343, tanto a reconvenção pode ser proposta pelo réu contra o autor e terceiro quanto pode ser proposta pelo réu em litisconsórcio com terceiro contra o autor. Evidentemente também será possível que o réu se una a um terceiro

96 Leonardo Greco demonstra ter essa mesma preocupação ao afirmar que “não resolve o procedimento outra questão crucial, que merece um estudo mais complexo, que é o de saber em que medida estarão preclusas para o requerido as questões já decididas antes da sua citação ou da decisão do incidente, ou, ainda, decididas em procedimentos antecedentes cujo desfecho pode estar acobertado pela coisa julgada” (cf. Instituições de processo civil, v. I, 5. ed., p. 504-505).

97 V., esp., Cândido Rangel Dinamarco, Instituições de direito processual civil, v. III, 6. ed., p. 527-529, Heitor Vitor Mendonça Sica, O direito de defesa no processo civil brasileiro, p. 288-296, e Luis Guilherme Aidar Bondioli, Reconvenção no processo civil, p. 108-114.

para propor reconvenção contra o autor e um terceiro. Basta, portanto, o preenchimento do critério da *conexidade*, exigido sempre, seja a reconvenção subjetivamente ampliativa ou não. Assim, finalmente a reconvenção alinha-se ao objetivo de extrair o máximo proveito útil do processo, como preconizado por aqueles que já defendiam a possibilidade de ampliação subjetiva sob a vigência do Código de 1973.<sup>98</sup>

Embora fosse defendido com veemência por alguns, sob a vigência do Código de Processo Civil de 1973, que a reconvenção subjetivamente restritiva servia à preservação da economia processual e da razoável duração do processo,<sup>99</sup> parece muito mais alvissareiro admitir a reconvenção subjetivamente ampliativa, pois o contrário implicaria deixar prevalecer a incômoda perspectiva do *processo civil do autor*.<sup>100</sup>

A reconvenção subjetivamente ampliativa evidentemente não tem aplicação apenas nos casos em que se exija a formação de um litisconsórcio necessário,<sup>101</sup> mas sim em todos os casos de conexidade. Ainda assim, o poder do réu de conformação subjetiva do processo será menor que o do autor, que pode cumular demanda com base na mera afinidade de questões, critério mais tênue do que a conexidade exigida para o manejo da reconvenção.<sup>102</sup>

---

98 Cf. Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, v. III, 6. ed., p. 528, no que é seguido por Luis Guilherme Aidar Bondioli (cf. *Reconvenção no processo civil*, p. 111) e Heitor Vitor Mendonça Sica (cf. *O direito de defesa no processo civil brasileiro*, p. 295).

99 Confirma-se nesse sentido a manifestação de Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero: “o alvitre mais restritivo, que inadmita a demanda com terceiro e contra terceiro nos casos figurados, é o mais conforme ao ideal de patrocinar economia processual com a reconvenção, já que evita o potencial e indesejável tumulto processual oriundo do ingresso de terceiro em processo já pendente. Razões ligadas à duração razoável do processo igualmente convergem nesse sentido” (cf. *Código de processo civil comentado artigo por artigo*, p. 321).

100 Nas precisas palavras de Cândido Rangel Dinamarco, “as possíveis demoras que a ampliação subjetiva possa causar não são suficientes para afastar sua admissibilidade, porque o processo não tem a destinação de oferecer tutela rápida ao autor a todo custo mas, acima disso, a de realizar a pacificação social mais ampla possível; invocar a urgência do autor como fundamento da recusa às reconvenções ampliativas é filiar-se inconscientemente às superadas premissas do processo civil do autor; é também, em última análise, negar a utilidade do próprio instituto da reconvenção” (cf. *Instituições de direito processual civil*, v. III, 6. ed., p. 528).

101 Nesses casos, não admitir a reconvenção subjetivamente ampliativa seria ainda mais grave, pois, como esclarece Luis Guilherme Aidar Bondioli, quando é necessária a formação do litisconsórcio, “a admissão da demanda reconvençional subjetivamente ampliativa pode ser condição para a preservação do próprio direito à reconvenção” (cf. *Reconvenção no processo civil*, p. 110).

102 Cf., nesse sentido, Heitor Vitor Mendonça Sica, *O direito de defesa no processo civil brasileiro*, p. 295.

A redação do art. 315 do Código de Processo Civil de 1973 até favorecia a defesa da reconvenção subjetivamente restritiva ao prever que o réu poderia reconvir *ao autor*, embora a literalidade da lei não seja o critério interpretativo mais adequado.<sup>103</sup> Como quer que seja, o novo Código eliminou esse problema ao prever expressamente a possibilidade de o réu propor reconvenção junto com um terceiro ou de o réu propor reconvenção contra o autor e um terceiro. O novo Código, contudo, silencia a respeito do papel desempenhado pelo interveniente – autor ou réu da reconvenção – em relação à demanda originária.

## 9 INTERVENÇÃO NO PROCEDIMENTO DE PRODUÇÃO ANTECIPADA DA PROVA

O próprio procedimento autônomo de produção antecipada da prova (CPC2015, arts. 381–383), desvinculado da necessidade de demonstração de *periculum in mora*, é uma novidade trazida pelo novo Código de Processo Civil.<sup>104</sup> Será admitido, conforme indicam os incisos do art. 381, nos casos em que (I) “haja fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação”; (II) “a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito”; (III) “o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação”.

O que mais interessa para este artigo é a previsão contida no art. 382, §1º, do novo Código, segundo a qual “o juiz determinará, de ofício ou a requerimento da parte, a citação de interessados na produção da prova ou no fato a ser provado, salvo se inexistente caráter contencioso”.<sup>105</sup>

O dispositivo permite trazer para o processo aqueles que seriam denunciados ou chamados no processo em que a prova seria afinal utilizada, contemplando aquela já mencionada orientação segundo a qual nesses casos deveria ser admitida uma assistência provocada. Mas vai muito além: em

---

103 Como esclarece Cândido Rangel Dinamarco, “a dicção do art. 315, onde está escrito que o réu pode reconvir ao autor, dá a falsa impressão de que as partes da demanda reconvenicional deveriam ser, necessária e rigorosamente, as mesmas da demanda inicial, sem poderem ser mais nem menos numerosas que estas” (cf. Instituições de direito processual civil, v. III, 6. ed., p. 527).

104 No Código de 1973 tratava-se de cautelar típica, disciplinada nos arts. 846 e seguintes daquele diploma.

105 Em tese de titularidade na qual cuidou do tema do direito autônomo à prova, mesmo fora das hipóteses de urgência, Flávio Luiz Yarshell preocupou-se com a questão do interesse de terceiros na produção da prova. Tendo escrito o trabalho na vigência do Código de 1973, concluiu ser possível a intervenção do terceiro como assistente (CPC73, art. 50), que ficaria vinculado à prova produzida em razão do ingresso voluntário e do efetivo exercício do contraditório (cf. Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova, p. 381-385).

primeiro lugar, o dispositivo não se limita a afirmar que seria possível a citação somente daqueles que poderiam ser denunciados ou chamados em futuros processos; a locução “interessados na produção da prova ou no fato a ser provado” é extremamente ampla. Além disso, permite que o próprio juiz, de ofício, determine a citação de referidos interessados.

Evidentemente esse dispositivo deverá ser interpretado em conjunto com o art. 10 do novo Código, segundo o qual o juiz deve ouvir as partes mesmo quando se tratar de matéria sobre a qual deva decidir de ofício. Entretanto, isso não muda o fato de que a iniciativa de chamar os terceiros pode ser do próprio juiz.

Tratando-se de inovação do Código, doutrina e jurisprudência ainda deverão amadurecer o debate em torno das hipóteses em que terá cabimento a citação do terceiro. Em um primeiro momento e diante da amplitude da norma, não parece legítimo restringir o seu alcance, de modo que no mínimo deverão poder ser citados todos aqueles que podem de algum modo ser alvos de uma intervenção coata no processo. Embora a lei nada diga, também não estão descartadas intervenções voluntárias de interessados na produção da prova.

É de se questionar por que motivo o legislador não trouxe previsão análoga para os processos de conhecimento em geral. Ora, se o juiz tem condição de fazer esse juízo de valor do interesse do terceiro em uma prova ou em um fato em procedimento de produção antecipada de prova, a mesma atividade é plenamente viável em qualquer processo de conhecimento. Os valores protegidos ao prever essa modalidade de intervenção são certamente os mesmos que estariam protegidos se houvesse também previsão genérica para o processo de conhecimento, pois o que se busca é extrair do processo o seu máximo proveito útil.

*A mens legis* não deve ser vista exclusivamente no fato de viabilizar futuramente uma intervenção de terceiro dentre aquelas já disciplinadas no ordenamento e que não poderiam ter lugar ou que teriam sua utilidade mitigada no caso de a prova produzida não ser oponível ao interveniente que não participou em contraditório da sua produção. É possível enxergar além e ver aí mais uma abertura do sistema para a realização prática do acesso à justiça, do contraditório, da economia processual e da harmonia dos julgados.<sup>106</sup>

---

106 Segundo Barbosa Moreira, “a história da norma não acaba no momento em que se põe em vigor: ao contrário, desse momento em diante é que ela verdadeiramente começa a viver. O asserto soa acaciano:

Evidentemente ainda não é possível encontrar jurisprudência sobre o assunto, mas já é possível colher algumas manifestações doutrinárias. Fredie Didier Jr. qualifica essa possibilidade como uma hipótese típica intervenção *iussu iudicis*, embora não esclareça qual seria o alcance dessa disposição legal.<sup>107</sup> De outro lado, Eduardo Talamini afirma que embora o juiz tenha poder de mandar citar de ofício os interessados, continua sendo da parte o ônus de identificá-los.<sup>108</sup>

## 10 INTERVENÇÃO DE TERCEIRO NEGOCIADA

Uma das grandes novidades do novo Código de Processo Civil foi a previsão, no art. 190, da possibilidade de celebração de negócios jurídicos processuais atípicos. Diante de cláusula geral de tamanha amplitude, doutrina e jurisprudência ainda têm um longo caminho a trilhar na definição das hipóteses em que serão admitidos e úteis os acordos processuais, bem como na definição dos limites desses acordos. Como quer que seja, já é possível encontrar na doutrina manifestações favoráveis à possibilidade de celebração de negócios jurídicos processuais que envolvam intervenções de terceiros.<sup>109</sup>

Uma particularidade dos negócios jurídicos nesse tema é decorrente da própria relatividade dos negócios jurídicos. Desse modo, ou os terceiros devem necessariamente participar do negócio jurídico processual ou estes só poderão ser benéficos a eles, de modo a ampliar suas possibilidades de

---

surpreendente é que de noção tão banal nem sempre dêem mostra de estar advertidos os promotores de reformas legislativas” (cf. A importação de modelos jurídicos, p. 266).

107 Cf. Curso de direito processual civil, v. 1, 17. ed., p. 527. O autor, contudo, também afirma que são hipóteses típicas de intervenção *iussu iudicis* a intervenção do *amicus curiae* determinada ex officio e a citação do litisconsorte passivo necessário (*idem, ibidem*) e não é adequado reunir figuras tão heterogêneas como se fossem espécies de um mesmo gênero. O simples fato de ser determinada pelo juiz não deve ser o critério para identificar a intervenção *iussu iudicis*. Acrescenta o autor, ainda, que há dúvida sobre a possibilidade de intervenção *iussu iudicis* atípica, concluindo que sim e dando como exemplos a intervenção do litisconsorte facultativo unitário, do substituído e do cônjuge preterido e caso de propositura de ação real imobiliária sem a prova do seu consentimento (*idem, p. 527-529*).

108 Após afirmar que “interessa diretamente à própria jurisdição não desenvolver procedimentos inúteis, como tende a ser, em maior ou menor grau, a produção antecipada sem o contraditório”, o autor afirma que “ainda que o juiz tenha o poder de mandar citar de ofício os possíveis interessados, permanece existindo o ônus do requerente de identifica-los e cuidar para que lhes seja dada a oportunidade de contraditório – sob pena de não poder usar adequadamente a prova no futuro” (cf. Da produção antecipada da prova, p. 595).

109 Nesse sentido, cf. Mariana França Santos, Intervenção negociada: possibilidade aberta pelo novo Código de Processo Civil, esp. n. 4 e Leonardo Carneiro da Cunha, A assistência no novo Código de Processo Civil brasileiro, p. 905-907.

participação voluntária no processo. É inaceitável que seja celebrado negócio processual entre as partes que possa restringir direitos de terceiros.<sup>110</sup>

Resumidamente, é possível afirmar tanto a possibilidade de criação de novas hipóteses de intervenção por meio do negócio processual como a alteração de regras relacionadas às intervenções já previstas no Código.<sup>111</sup>

Em palestra intitulada “Art. 190 do novo CPC: negócios jurídicos processuais e legitimidade *ad causam*, litisconsórcio e intervenção de terceiros”, integrante do curso “Negócios jurídicos processuais”, promovido pela Associação dos Advogados de São Paulo no dia 6 de março de 2015, Heitor Vitor Mendonça Sica apresentou alguns relevantes exemplos de negócios processuais, admissíveis ou inadmissíveis, envolvendo intervenção de terceiros. Seriam admissíveis os seguintes: (i) “convenção para proibir que os signatários do negócio processual promovam intervenções de terceiros provocadas”; (ii) “convenção para proibir que os signatários do negócio processual intervenham espontaneamente por inserção no processo pendente entre outras partes do mesmo negócio”; (iii) “convenção para permitir que signatários do negócio processual promovam intervenções provocadas de outros signatários não integrantes da relação processual, mesmo fora dos casos previstos em lei” e (iv) convenção para permitir que signatários do negócio processual promovam intervenções espontâneas em processo pendente entre outros signatários, mesmo fora dos casos previstos em lei”. De outro lado, seriam inadmissíveis os seguintes negócios: (i) “convenção para proibir que o signatário do negócio processual intervenha espontaneamente por ação no processo pendente entre outras partes do mesmo negócio” e (ii) “convenção para proibir intervenções espontâneas de não signatários do negócio processual, como a assistência ou a oposição”.<sup>112</sup>

Ainda será necessário aguardar um tempo para verificar as situações que serão mais recorrentes na prática e como elas serão interpretadas pelos Tribunais. Por ora, tem-se duas certezas: a intervenção negociada de terceiros é, em princípio, admissível e ela jamais poderá restringir direitos de terceiros não-signatários do negócio jurídico processual.

110 Assim, deve ser expressamente rejeitada a afirmação de Leonardo José Carneiro da Cunha, segundo a qual “no caso da assistência, seria possível negociar, por exemplo, a manifestação do assistente sobre atos pretéritos à sua intervenção, bem como ampliar ou restringir ainda mais os poderes do assistente simples” (idem, p. 907), especialmente porque o autor menciona que quem participará desse negócio serão as partes.

111 Cf. Mariana França Santos, Intervenção negociada: possibilidade aberta pelo novo Código de Processo Civil, n. 4.

112 Os exemplos estão entre aspas, pois o texto foi copiado dos slides utilizados pelo autor em sua apresentação.

Acrescente-se, por fim, que há o risco de os negócios ampliativos da possibilidade de participação dos terceiros, quando isso puder introduzir “fundamentos novos” no processo, sejam vistos com reserva pela jurisprudência na medida em que as intervenções tradicionais já recebem interpretação restritiva.<sup>113</sup>

## 11 PRIMEIRA CONCLUSÃO: INCOMPLETUDE DO SISTEMA

Durante a vigência do Código de Processo Civil de 1973, algumas críticas, geralmente pontuais, ao sistema brasileiro de intervenção de terceiros se destacaram e serão relatadas a seguir.

A primeira delas surgiu quando ainda vigente o Código de Processo Civil de 1939 e relaciona-se à ausência de previsão expressa da admissibilidade de uma intervenção litisconsorcial, o que para alguns autores deveria ter lugar no ordenamento brasileiro mesmo à míngua de lei nesse sentido.<sup>114</sup>

Após a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 1973, que permaneceu omissivo sobre o tema, a defesa da admissibilidade do instituto continuou a angariar simpatizantes. Embora essa posição tenha contado com relevantes defensores, encontrou grande resistência em parcela da doutrina<sup>115</sup> e especialmente na jurisprudência,<sup>116</sup> sob o argumento de que haveria violação ao princípio do juiz natural.<sup>117</sup>

113 E já há na doutrina, por exemplo, manifestações no sentido de que não devem ser aceitos acordos que comprometam aspectos como a eficiência ou a razoável duração do processo (cf. Sergio Cruz Arenhart e Gustavo Osna, Os “acordos processuais” no novo CPC – aproximações preliminares, p. 116).

114 A figura não era disciplinada também no Código de Processo Civil de 1939, mas por razões sistemáticas e de economia processual era admitida por parte da doutrina e da jurisprudência, como anota José Carlos Barbosa Moreira (cf. Intervenção litisconsorcial voluntária, p. 34-38). Doutrinariamente, o autor defendia que a aceitação da intervenção litisconsorcial voluntária deveria estar condicionada à aceitação das partes (idem, p. 29-31). Também Guilherme Estellita admitia a intervenção litisconsorcial voluntária, tanto no polo ativo quanto no passivo, restringindo-a às hipóteses excepcionais em que mais de uma pessoa tivesse o poder de defender o mesmo direito em juízo (cf. Do litisconsórcio no direito brasileiro, p. 250-259).

115 Ver, nesse sentido, Leonardo Greco, Instituições de processo civil, v. I, 5. ed., p. 503 e Vicente Greco Filho, Direito processual civil, v. 1, p. 131, nota 18.

116 Cf., nesse sentido, STJ, 2ª Turma, REsp n. 1.221.872/RJ, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 16.8.2011, DJe 23.8.2011; STJ, 2ª Turma, AgRg no REsp n. 1.022.615/RS, rel. Min. Herman Benjamin, j. 10.3.2009, DJe 24.3.2009; STJ, 1ª Seção, REsp n. 796.064/RJ, rel. Min. Luiz Fux, j. 22.10.2008, DJe 10.11.2008; STJ, 1ª Turma, REsp n. 931.535/RJ, rel. Min. Francisco Falcão, j. 25.10.2007, DJ 5.11.2007; STJ, 2ª Turma, REsp n. 769.884/RJ, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 28.3.2006, DJe 3.8.2006. A jurisprudência costuma ressaltar a admissibilidade apenas nos casos da ação popular em razão de expressa autorização legal nesse sentido.

117 Dinamarco só enxerga esse problema em caso de concessão de “importante liminar” antes da intervenção (idem, p. 395). Cássio Scarpinella Bueno afirma a necessidade de verificação casuística de eventual violação



Cândido Rangel Dinamarco admite a intervenção litisconsorcial de forma bastante ampla, em qualquer das hipóteses em que a formação inicial do litisconsórcio fosse possível, mesmo por mera afinidade de questões,<sup>118</sup> com regimes diferentes a depender da dedução ou não de pretensão própria.<sup>119</sup> A admissibilidade da intervenção litisconsorcial voluntária, sem qualquer necessidade de concordância das partes originárias,<sup>120</sup> justificar-se-ia, segundo o autor, pelos mesmos argumentos que justificam o litisconsórcio: economia e harmonia de julgados.<sup>121</sup> De outro lado, a figura

---

ao princípio (cf. Partes e terceiros no processo civil brasileiro, p. 144), mas mesmo nos casos em que há anterior deferimento de liminar favorável ao autor que possa ser aproveitada pelos intervenientes, afirma ser necessário sopesar o princípio do juiz natural, de um lado, e os princípios da isonomia e o da efetividade de outro (idem, p. 144-145). O autor traz ainda uma importante observação que torna menos relevante cogitar-se eventual violação ao princípio do juiz natural: “o assunto relativo à intervenção litisconsorcial ganhou renovado interesse com a modificação que a Lei n. 10.358/2001 trouxe ao art. 253, II, do Código de Processo Civil. O dispositivo criou uma nova regra de prevenção para ações que, extintas, venham a ser repropostas em litisconsórcio” (idem, p. 146). Luiz Paulo da Silva Araújo Filho levanta um problema relevante no que diz respeito ao juiz natural: e se já tiver sido ajuizada mais de uma demanda na qual o terceiro pudesse intervir? Para o autor, nesses casos, a intervenção não seria admissível (cf. Assistência e intervenção da União, p. 113). Curioso o entendimento de Leonardo Greco segundo o qual o réu poderia abrir mão do princípio do juiz natural, de modo que diante de sua aceitação a intervenção litisconsorcial poderia ser admitida (cf. Instituições de processo civil, v. I, 5. ed., p. 503). Segundo Heitor Vitor Mendonça Sica, se esse argumento fosse procedente, potencial violação ao princípio do juiz natural também haveria em caso de oposição, expressamente prevista no Código de Processo Civil (cf. Notas críticas ao sistema de pluralidade de partes no processo civil brasileiro, p. 43-44).

118 Cf. Litisconsórcio, p. 63-65 e 389-402. No mesmo sentido, cf. José Raimundo Gomes da Cruz, Pluralidade de partes e intervenção de terceiros, p. 185-188.

119 Havendo dedução de pretensão própria o limite temporal para a admissibilidade da intervenção seria o saneamento do processo, pois “admitir tal intervenção após o saneamento significaria forçar o retrocesso do procedimento a fase já preclusa (postulatória), o que seria tumultuário e incompatível com o sistema brasileiro de procedimento rígido” (cf. Litisconsórcio, p. 398); em se tratando de colegitimado, a admissibilidade é mais dilatada no tempo desde que não haja dedução de nova causa de pedir (idem, p. 401-402).

120 Segundo Dinamarco, “ela deve ser admitida ainda contra a vontade manifesta dos sujeitos já integrantes do processo, porque mais relevantes do que essa vontade são as razões de ordem pública que justificam o instituto” (idem, p. 397). Em nota acrescenta o autor que “o consentimento geral das partes apenas poderia ser considerado um requisito da admissão do terceiro, se fosse esta em si mesma prejudicial a ele. Como esse prejuízo não é inerente ao instituto, uma visão publicista do processo, atenta ao benefício que a ampliação subjetiva irá trazer ao próprio exercício da jurisdição, demonstra que a intervenção litisconsorcial voluntária é em princípio admissível ainda quando não aceita pelas partes, dependendo da aceitação apenas nos casos particulares em que possa ser-lhes portadora de dano” (idem, p. 397, nota 47). Ao tratar de intervenção análoga no ordenamento italiano, Augusto Chizzini afirma que “a tipologia risulta significativa perché esprime la massima estensione che raggiunge per il diritto positivo l’interesse a una decisione a più ampia partecipazione soggettiva, per ottenere una più esauriente coordinazione di giudicati ed evitare un loro contrasto anche meramente teorico” (cf. Intervento in causa, §16).

121 Cf. Cândido Rangel Dinamarco, Litisconsórcio, p. 394. Acrescenta o autor que “anda quando radicalmente se fechassem portas para a intervenção litisconsorcial voluntária em todos os casos, o mesmo resultado poderia ser obtido, com mais complicação e menos sinceridade, mediante a propositura

encontra limitação quando der origem à formação de um litisconsórcio multitudinário ou quando dificultar o exame das situações individuais.<sup>122</sup>

Cássio Scarpinella Bueno adere à defesa do instituto de forma mais limitada, apenas nos casos em que a intervenção der origem a um litisconsórcio ativo comum ou simples,<sup>123</sup> pois para ele a intervenção do colegitimado, em casos em que a lei autoriza apenas um a ir a juízo isoladamente, dar-se-ia a título de assistência litisconsorcial.<sup>124</sup> Para o autor, a intervenção litisconsorcial deve respeitar o limite temporal estabelecido no art. 264 do Código de Processo Civil de 1973 (correspondente ao art. 329, inc. II, do novo Código).

Bruno Silveira de Oliveira, ao estudar o instigante tema da conexão entre demandas, propõe que a intervenção litisconsorcial voluntária fundada em conexão deve ter admissibilidade mais alongada no tempo, em razão dos proveitos de economia externa e de justiça formal,<sup>125</sup> na exata mesma medida do que sugere a flexibilização do critério temporal para a admissibilidade de qualquer reunião de demandas por conexão. Diante do aparente conflito entre os arts. 105 e 264 do Código de Processo Civil de 1973, o critério por ele proposto é o de, em regra, admitir demandas

---

de demanda conexa por algum legitimado, reunindo-se depois as causas no mesmo processo (CPC, art. 105 e 253, inc. I)" (idem, p. 394-395). Heitor Vitor Mendonça Sica demonstra que a reunião de processos por conexão seria, além de tudo, insuficiente para preencher o vazio decorrente da falta de disciplina da intervenção litisconsorcial, pelos seguintes motivos: (a) "nem sempre a intervenção litisconsorcial provocada ou espontânea implicará dedução de uma nova demanda, mas apenas adesão ao terceiro interveniente a pretensão ou defesa deduzida por algumas das partes originárias do processo"; (b) "mesmo nos casos em que a intervenção resulta em dedução de pretensão processual própria por parte do interveniente (intervenção litisconsorcial provocada 'por ação'), o princípio da economia processual – que, hoje tem assento constitucional (art. 5º, LXXVIII, da CF/1988) – impõe o acolhimento da forma de cumulação de demandas mais simples"; (c) "a prevalecer o argumento de que seria suficiente a conexão entre processos, não haveria mais razão para que o sistema preservasse as modalidades de intervenção de terceiros 'por ação' (denúnciação da lide e oposição), bem como as demais formas de cumulação superveniente de demandas no mesmo processo (reconvenção, pedido contraposto, declaração incidente, falsidade documental etc.)" (cf. Notas críticas ao sistema de pluralidade de partes no processo civil brasileiro, p. 46-47). Por fim, acrescente-se que Cássio Scarpinella Bueno ressalta que a intervenção litisconsorcial colabora para a otimização e a racionalização da prestação jurisdicional (cf. Partes e terceiros no processo civil brasileiro, p. 143).

122 Cf. Litisconsórcio, p. 401. Nesses casos, mesmo que já deferida pelo juiz a intervenção, nada impede que ele faça o desmembramento (idem, *ibidem*).

123 Cf. Partes e terceiros no processo civil brasileiro, p. 142-146.

124 Idem, p. 145.

125 Cf. Conexidade e efetividade processual, p. 335-336.

incidentais – mesmo diante de outros prazos preclusivos impostos pela lei – “até o termo final da primeira metade ideal da fase instrutória”.<sup>126</sup>

A lei do mandado de segurança (Lei n. 12.016/2009), ao prever em seu art. 10, §2º, que “o ingresso de litisconsorte ativo não será admitido após o despacho da petição inicial” admite de forma implícita a intervenção litisconsorcial voluntária impondo-lhe um limite temporal bastante breve, muito provavelmente em razão do temor de maciço ingresso de litisconsortes ulteriores para aproveitamento de eventual liminar deferida em favor do autor originário. O novo Código de Processo Civil, contudo, continua a ignorar essa importante figura.

Outras críticas dizem respeito ao *modo de ser* de algumas modalidades de intervenção já previstas no ordenamento: denunciação da lide e assistência.

Em relação à denunciação da lide, como visto, ao denunciar o réu propõe automaticamente uma demanda condenatória regressiva em face do denunciado. Não há qualquer margem de escolha do denunciante em relação a isso. Ao estudar especificamente o fenômeno da evicção, Clarisse Frechiani Lara Leite defendeu que o evicto deveria ter a possibilidade de valer-se daquilo que chamou de *assistência coata*, “para notificar o garante quanto à demanda de evicção e permitir sua vinculação ao resultado do processo sem a simultânea propositura de demanda de regresso”.<sup>127</sup> Trata-se de proposta de *lege ferenda* feita sob a vigência do Código de 1973 que a autora reputava necessária especialmente em razão, (i) primeiramente, da obrigatoriedade da denunciação em caso de evicção e (ii) em segundo lugar, porque no início do processo – já que a denunciação só podia ser feita no prazo da contestação – o adquirente-réu pode não ter plena convicção da debilidade da pretensão do evictor ou ainda não estar munido das alegações e meios de prova necessários à demanda contra o alienante.<sup>128</sup>

A obrigatoriedade da denunciação em caso de evicção foi afastada pelo novo Código que, além de deixar claro no art. 125 que a denunciação é *admissível*, revogou expressamente o art. 456 do Código Civil (CPC2015, art. 1.072).

---

126 Idem, p. 377.

127 Cf. Evicção e processo, p. 251. O terceiro convocado ao processo sujeitar-se-ia ao regime da assistência simples (idem, p. 260-280).

128 Idem, p. 234.

O outro problema, contudo, é comum a todas as hipóteses de denunciação. Para não correr o risco da dupla sucumbência, o réu pode se valer da faculdade de denunciar a lide, mas deverá obrigatoriamente propor uma demanda em face do denunciado. É de se pensar se seria recomendável deixar à sua escolha o alcance da demanda que proporá – quer uma imediata demanda condenatória eventual, quer uma demanda declaratória.<sup>129</sup> A defesa de uma demanda de menor alcance, contudo, pode esbarrar em um obstáculo: se o novo Código permite agora a condenação direta do denunciado em face do autor, poderia o denunciante reduzir, por vontade sua, a eficácia da denunciação?

Outra crítica diz respeito ao fato de a assistência, como intervenção essencialmente voluntária, ter sua efetividade extremamente mitigada em razão de o terceiro muitas vezes não ter conhecimento – ou meios de tê-lo – da pendência do processo.

Diante dessa constatação, Izabela Rücker Curi defendeu ser possível informar ao terceiro sobre existência da lide para, querendo, intervir como assistente, quer a pedido das partes, quer até mesmo de ofício, porque poderia o assistente ter muito a contribuir com a busca da verdade, já que a nova tendência do processo civil seria a busca da verdade real.<sup>130</sup> A noção de *verdade real*, contudo, parece ser excessivamente vaga para justificar a intervenção.<sup>131</sup>

Recentemente, Heitor Vitor Mendonça Sica realizou profundo estudo do sistema brasileiro de pluralidade de partes, apresentando contundente crítica a vários aspectos das intervenções de terceiro. Propõe o autor uma ampla reforma legislativa, de modo que o ordenamento passasse a contemplar (i) a intervenção litisconsorcial provocada, disponível tanto ao autor quanto ao réu;<sup>132</sup> (ii) a intervenção litisconsorcial espontânea,<sup>133</sup> casos

---

129 Não parece adequada, contudo, a constatação da autora no sentido de se admitir essa assistência coata em momento posterior ao inicial em razão de o assistente não ficar vinculado à justiça da decisão quando se verificarem as hipóteses dos incisos do art. 55 do Código de Processo Civil de 1973 (idem, p. 256).

Uma coisa é o terceiro voluntariamente intervir sujeitando-se aos riscos de participar tardiamente de um processo e depois ter que comprovar a verificação de uma das exceções de sua vinculação à justiça da decisão; outra coisa muito diferente é aceitar que ele seja convocado e impor-lhe esse ônus.

130 Cf. Considerações sobre a assistência e a provocação do terceiro para intervir no feito, p. 476 e 492-493.

131 E a autora faz uma comparação indevida entre a provocação para intervir e a possibilidade de o juiz determinar produção de prova (idem, p. 493).

132 Cf. Notas críticas ao sistema de pluralidade de partes no processo civil brasileiro, p. 31-32.

133 Idem, p. 35 e 41-45.

em que a previsão de reunião de demandas por conexão seria insuficiente;<sup>134</sup> (III) a intervenção *iussu iudicis* nos casos em que a sentença puder atingir a esfera jurídica de terceiros, pois aí haveria “o mesmo risco de desperdício de tempo e energia da máquina judiciária” levado em consideração pela lei para permitir ao juiz determinar a integração de litisconsortes necessários preteridos.<sup>135</sup>

Especificamente no tocante à intervenção *iussu iudicis* o autor reputa, corretamente, que seria insuficiente afirmar que esses terceiros podem vir aportar ao processo por meio de intervenção voluntária ou coata por iniciativa da parte, quer porque a ciência da pendência do processo é indispensável para que a faculdade de intervir seja exercida, quer porque pode não ser conveniente para as partes chamar o terceiro.<sup>136</sup>

Postas todas essas críticas, não é difícil perceber que o sistema brasileiro é bastante incompleto sob três perspectivas: (I) hipóteses em que a intervenção é admitida; (II) margem de liberdade para formular a demanda tanto pelo terceiro que intervém voluntariamente quanto pela parte que busca a intervenção de um terceiro e (III) sujeitos que podem requerer e/ou determinar a intervenção.

Em relação à primeira perspectiva, em muitas hipóteses a admissibilidade da intervenção está condicionada a específicas situações de direito material, o que o torna um sistema marcado por estrita tipicidade.<sup>137</sup> Fazendo uma breve comparação com o direito italiano, que permite à parte trazer ao processo um terceiro sempre que houver comunhão de causa, expressão extremamente ampla e que tem suas específicas hipóteses construídas pela doutrina e pela jurisprudência, não é difícil perceber que o sistema brasileiro é bastante deficitário ao eleger apenas algumas situações de direito material pensadas há muito mais de 40 anos.

Em relação à segunda perspectiva, dois são os problemas que se apresentam. No caso das intervenções coatas, a parte não tem qualquer margem de escolha a respeito do conteúdo da demanda que propõe em

---

<sup>134</sup> Idem, p. 45-48.

<sup>135</sup> Idem, p. 50. Evidentemente o juiz não poderia propor demanda em face do terceiro (idem, ibidem).

<sup>136</sup> Idem, p. 50-51. Conclui o autor, assim, que “o único meio de extrair da atividade processual o máximo de resultado possível reside justamente, na atribuição, ao juiz, do poder de ordenar, ex officio, a intervenção de terceiros, mesmo que não se trate de litisconsórcio necessário” (idem, p. 51).

<sup>137</sup> Cf. Heitor Vitor Mendonça Sica, idem, p. 15. O autor chega a falar ainda em “casuísmos irrefletidos, construídos por cega vassalagem a ordenamentos passados” (idem, p. 47).

face do terceiro: há predeterminação legal, o que, como visto, pode não ser ideal em todas as situações.

De outro lado, as intervenções voluntárias encontram grande resistência quando se pensa em ampliar o objeto do processo. Nesse sentido, a intervenção litisconsorcial é amplamente rejeitada na doutrina e na jurisprudência. Além disso, a assistência é interpretada no sentido de impor-se a máxima restrição possível aos poderes do assistente. Só se admite a ampliação do objeto do processo no caso de oposição, que no novo Código deixou de ser uma intervenção de terceiro.

Por fim, em relação à terceira perspectiva, ou a intervenção é essencialmente voluntária, sem que o terceiro tenha sequer condições de saber da pendência do processo, ou o requerimento é de iniciativa exclusiva da parte, quase sempre do réu.<sup>138</sup>

O sistema brasileiro de intervenção de terceiros é evidentemente insuficiente para tutelar todos os casos em que é desejável a participação de terceiros no processo; mesmo para aqueles que acreditam que a previsão de uma ou outra forma de intervenção é escolha política do legislador,<sup>139</sup> não parece possível negar que a escolha de apenas algumas situações materiais típicas é arbitrária.

O novo Código de Processo Civil, contudo, não trouxe mais do que algumas alterações pontuais. Desde 2009, quando começou a tramitar o Projeto no Senado, nunca se demonstrou qualquer intenção de fazer a necessária revisão do sistema brasileiro de intervenção de terceiros, que permaneceu típico, limitado e – por que não dizer?<sup>2</sup> – arcaico.<sup>140</sup> E esse

138 Analisando a figura da intervenção por ordem do juiz (*iussu iudicis*), expressamente regulada no ordenamento italiano, Giovanni Verde conclui que ela desempenha o papel de válvula de segurança para o sistema (cf. *Diritto processuale civile*, v. 1, p. 235).

139 De acordo com Pablo Grande Seara, “la intervención de terceros es una institución de configuración legal, de modo que, siempre que se respete el contenido esencial del derecho de defensa de los terceros, el legislador tiene libertad para elegir el modelo de intervención que quiere implantar” (Cf. *La extensión subjetiva de la cosa juzgada en el proceso civil*, p. 177). Ressalte-se, contudo, que o autor limita a possibilidade de “escolha” do legislador ao necessário respeito ao direito de defesa.

140 Para não dizer que não houve nenhuma tentativa de mudança, buscou-se uma disciplina comum para as hipóteses de intervenção hoje divididas entre a denunciação da lide e o chamamento ao processo (arts. 327 a 332 do Anteprojeto), que passariam a ser todas hipóteses de um único instituto intitulado “chamamento ao processo”. Essa inovação, contudo, não recebeu acolhida do Senado Federal, que voltou a disciplinar as hipóteses em dois institutos separados: denunciação em garantia (arts. 314 a 318) e chamamento ao processo (arts. 319 a 321). Também a Câmara dos Deputados optou pela regulação de dois institutos: denunciação da lide (arts. 125 a 129) e chamamento ao processo (arts. 130 a 132), o

arcaísmo nada tem a ver com a época em que pensadas as intervenções de terceiro até hoje conhecidas, pois o Código de Processo Civil italiano foi promulgado na década de 40 e apresenta um sistema muito mais avançado e coerente com a instrumentalidade do processo.

A potencial possibilidade de celebração de negócios jurídicos processuais envolvendo intervenções de terceiro está longe de ser a solução para esse problema. Se já existe uma natural desconfiança em relação aos negócios processuais em geral, é de se admitir que haverá uma maior dificuldade na celebração de negócios que envolvam mais sujeitos. Além disso, somente após alguns anos de vigência do novo Código é que se poderá ter um substrato para avaliar em que medida serão aplicados os negócios processuais às intervenções de terceiro.

Não é difícil perceber que o sistema de intervenção de terceiros está a demandar uma reforma generalizada.

## **12 SEGUNDA CONCLUSÃO: NECESSÁRIA REFORMA DO SISTEMA BRASILEIRO DE INTERVENÇÃO DE TERCEIROS SOB A PERSPECTIVA DA INSTRUMENTALIDADE**

Para que se proceda a uma adequada reforma do sistema brasileiro de intervenção de terceiros, é necessário ter em mente a ideia tão bem desenvolvida por Augusto Chizzini segundo a qual o processo, para manter sua adequação à instrumentalidade, precisa recepcionar os fenômenos de interconexão entre situações jurídicas existentes no plano material.<sup>141</sup> E é a instrumentalidade o elemento que justifica a unicidade funcional das diversas modalidades de intervenção de terceiro e permite seu estudo comum.<sup>142</sup>

A ideia aqui é muito mais ampla do que simplesmente averiguar se um terceiro pode ou não sofrer consequências desfavoráveis advindas dos

---

que acabou prevalecendo na redação final. De todo modo, as hipóteses reguladas nessas três etapas (Anteprojeto, Projeto aprovado pelo Senado Federal e Projeto aprovado pela Câmara dos Deputados) foram sempre as mesmas.

141 Como esclarece o autor, “sul piano sostanziale le posizione giuridiche soggettive non vivono quali monadi isolate, sono strette da interrelazioni e connessioni, sicchè proprio un processo che voglia mantenere la propria adeguatezza al fine della strumentalità che persegue, deve mostrarsi idoneo a recepire quel sistema di relazioni che opera sul piano sostanziale” (cf. *Intervento in causa*, §3).

142 Mais uma vez nas palavras de Augusto Chizzini, “si spiega così la unicità funzionale dei vari interventi e la possibilità di uno studio comune, dato che le variegiate tipologie convergono nel bisogno di dare effettività al principio della strumentalità del processo rispetto al diritto sostanziale” (*idem, ibidem*).

efeitos da sentença ou da própria coisa julgada; as potenciais repercussões do processo para os terceiros são apenas um elemento da referida interconexão entre situações jurídicas.

As intervenções de terceiro, nesse contexto, são instrumento preordenado a esse fim e proporcionam a superação da estrutura bilateral do processo e um melhor equacionamento entre este e o direito material.<sup>143</sup>

Na doutrina nacional, não deve ser esquecida a lição de Cândido Rangel Dinamarco, segundo a qual as intervenções encontram sua justificativa na relação das situações jurídicas titularizadas pelos terceiros com o objeto do processo (*rectius*, objeto litigioso do processo).<sup>144</sup> Tais considerações, contudo, não são feitas no plano do *dever ser*.

A abertura do processo para recepcionar os fenômenos de interconexão entre situações jurídicas existentes no plano material deve ser real e efetiva. E não há efetividade em um sistema que deixa a cargo do próprio terceiro a descoberta da pendência do processo ou ainda que

143 Eis a precisa lição do jurista italiano: “gli interventi, pertanto, sono strumenti cui l’ordinamento recorre per legare la esperienza sostanziale a quella processuale ove siano presenti forme di connessione. Il risultato cui si aspira è sempre quello di una decisione – e di un giudicato – che per mezzo di una più ampia capacità soggettiva di incisione sia in grado di soddisfare in modo esauriente la relazione tra diritto sostanziale e processo, e questo mediante il superamento della struttura elementare del procedimento a due parti” (cf. Intervento in causa, § 4). E ainda: “la ratio sottostante ai diversi istituti è la medesima, ossia il superamento della bilateralità del processo mediante l’allargamento della partecipazione soggettiva, e le differenziazioni tipologiche conseguono alle strutture di connessione che non sono omogenee” (idem, ibidem). E o autor esclarece ainda que a adoção dessa premissa não implica necessariamente a afirmação de uma concepção publicística do processo: “la posizione assunta non implica in sé una visione publicistica del processo, come mostra di temere parte della dottrina. Il superamento della bilateralità del processo stesso incide sul potere delle parti originarie in tema di determinazione della composizione oggettiva e soggettiva del processo; ma lo strumento – a differenza di quanto avviene in altri istituti, precipuamente se viene inserita una parte pubblica nel processo – non è funzionale a un astratto bisogno di giustizia materiale per l’ordinamento, quanto è immediata conseguenza dello stretto legame che intercorre tra rapporti sostanziali. In ultima analisi viene a soddisfare l’interesse delle stesse parti private a che il processo sia specchio non deformante della situazione sostanziale stessa; questo a volte non può essere perseguito che mediante un superamento della struttura soggettiva-oggettiva minima del processo” (idem, ibidem).

144 Nas palavras do autor, “as diversas situações jurídicas em que se colocam os mais variados terceiros são avaliadas, para efeito da admissibilidade de intervirem no processo (voluntariamente ou por exigência de uma das partes), pelo modo como se relacionam com a pretensão posta com vista à tutela jurisdicional – ou seja, pelo modo como se relacionam com o objeto do processo” (cf. Intervenção de terceiros, p. 24). No mesmo sentido, José Roberto dos Santos Bedaque: “a relação substancial posta em juízo e a pretensão formulada pelo autor também são fundamentais para a determinação da possibilidade de terceiros intervirem no processo, nas diversas hipóteses admitidas pelo estatuto processual” (cf. Direito e processo, p. 129).



relega exclusivamente às partes a iniciativa para as intervenções coatas em poucas situações de direito material.

## REFERÊNCIAS

- ALBERTON, Genacéia da Silva. *Assistência litisconsorcial*. São Paulo: RT, 1994.
- ALVIM, Thereza. *O direito processual de estar em juízo*. São Paulo: RT, 1996.
- AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 25. ed. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2009.
- ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. *Assistência e intervenção da União*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- ARENHART, Sergio Cruz, OSNA, Gustavo. Os “acordos processuais” no Novo CPC – aproximações preliminares. *Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*, n. 39, abril de 2015, p. 103-117.
- ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. *Manual de direito processual civil*. 13. ed. São Paulo: RT, 2010.
- BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. Assistência litisconsorcial. In: *Da sentença liminar à nulidade da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- \_\_\_\_\_. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. v. 1. São Paulo: RT, 2003.
- \_\_\_\_\_. *Curso de Processo Civil*. 7. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. I. Rio de Janeiro: Forense, 1975.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A importação de modelos jurídicos. In: *Temas de direito processual*. 8ª série. São Paulo: Saraiva, 2004.
- \_\_\_\_\_. Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária. In: *Direito processual civil: ensaios e pareceres*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 58-72.

- \_\_\_\_\_. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 17. ed. v. V. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- \_\_\_\_\_. Intervenção litisconsorcial voluntária. *Direito processual civil (ensaios e pareceres)*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.
- \_\_\_\_\_. “Substituição das partes, litisconsórcio, assistência e intervenção de terceiros”. In: *Estudos sobre o novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Líber Juris, 1974.
- BATISTA, Lia Carolina. *Assistência no processo civil brasileiro. Dissertação de mestrado*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2012.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Da assistência. In: MARCATO, Antônio Carlos. *Código de processo civil interpretado*. São Paulo: Atlas, 2004.
- \_\_\_\_\_. Da nomeação à autoria. In: MARCATO, Antônio Carlos. *Código de processo civil interpretado*. São Paulo: Atlas, 2004.
- \_\_\_\_\_. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- \_\_\_\_\_. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- BIANQUI, Pedro Henrique Torres. *Desconsideração da personalidade jurídica no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. *Reconvenção no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro – um terceiro enigmático*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- \_\_\_\_\_. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- \_\_\_\_\_. *Partes e terceiros no processo civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- \_\_\_\_\_. *Projetos de Novo Código de Processo Civil comparados e anotados*. São Paulo: Saraiva, 2014.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de terceiros*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CHIZZINI, Augusto. Intervento in causa. *Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile*. v. 10. Estratto. Torino: UTET, 1998.

COELHO, Gláucia Mara. *Sistematização da assistência litisconsorcial no processo civil brasileiro: conceituação e qualificação jurídica*. Tese de doutorado. São Paulo: USP, 2013.

COSTA, Moacyr Lobo da. *Assistência (processo civil brasileiro)*. São Paulo: Saraiva, 1968.

CRUZ, José Raimundo Gomes da. *Pluralidade de partes e intervenção de terceiros*. São Paulo: RT, 1991.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. A assistência no novo Código de Processo Civil brasileiro. In: MACÊDO, Lucas Buriel, PEIXOTO, Ravi, FREIRE, Alexandre. *Doutrina selecionada*. v.1 – parte geral. Salvador: JusPodivm, 2015.

CURI, Izabela Rücker. Considerações sobre a assistência e a provocação do terceiro para intervir no feito. In: DIDIER JR., Fredie, e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins*. São Paulo: RT, 2004.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 17. ed. v. 1. Salvador: Jus Podivm, 2015.

\_\_\_\_\_. *Recurso de terceiro – juízo de admissibilidade*. São Paulo: RT, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Coisa julgada, assistência e eficácia da intervenção. *Processo civil empresarial*. São Paulo: Malheiros, 2010.

\_\_\_\_\_. *Instituições de direito processual civil*. 6ª ed, v. II. São Paulo: Malheiros, 2009.

\_\_\_\_\_. *Instituições de direito processual civil*. 6ª ed, v. III. São Paulo: Malheiros, 2009.

- \_\_\_\_\_. *Intervenção de terceiros*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- \_\_\_\_\_. *Litisconsórcio*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- ESTELLITA, Guilherme. *Do litisconsórcio no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas, Bastos, 1955.
- FERRAZ, Sérgio. *Assistência litisconsorcial no direito processual civil*. São Paulo: RT, 1979.
- FONSECA, João Francisco Naves da. Assistência e coisa julgada. In: JAYME, Fernando Gonzaga et. al. (coords.). *Processo civil – novas tendências: em homenagem ao Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.
- FUX, Luiz. *Intervenção de terceiros (aspectos do instituto)*. São Paulo: Saraiva, 1990.
- GRANDE SEARA, Pablo. *La extensión subjetiva de la cosa juzgada en el proceso civil*. Valencia: Tirant to blanch, 2008.
- GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. 5. ed. v. I. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- GRECO FILHO, Vicente. *Da intervenção de terceiros*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.
- \_\_\_\_\_. *Direito processual civil brasileiro*. 19. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2006.
- HÉRON, Jacques. *Droit judiciaire privé*. 2. ed. par Thierry le Bars. Paris: Montchrestien, 2002.
- JORGE, Flávio Cheim. *Chamamento ao processo*. 2. ed. São Paulo: RT, 1999.
- LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Evicção e processo*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Limites objetivos e eficácia preclusiva da coisa julgada*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MANDRIOLI, Crisanto. *Diritto processuale civile*. v. I. 21. ed. aggiornata a cura di Antonio Carratta. Torino: Giappichelli, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel Francisco. *Código de processo civil comentado artigo por artigo*. 2. ed. São Paulo: RT, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de conhecimento*. 7. ed. São Paulo: RT, 2008.

MAURÍCIO, Ubiratan do Couto. *Assistência simples no direito processual civil*. São Paulo: RT, 1983.

NERY JUNIOR, Nelson, NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 10. ed. São Paulo: RT, 2007.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: Método, 2012.

OLIVEIRA, Bruno Silveira de. *Conexidade e efetividade processual*. São Paulo: RT, 2007.

PRATA, Edson. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. II, t. I. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

PROTO PISANI, Andrea. *Lezioni di diritto processuale civile*. 6. ed. Napoli: Jovene, 2014.

SANCHES, Sidney. *Denúnciação da lide no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: RT, 1984.

SANTOS, Ernane Fidélis. *Manual de direito processual civil*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2009.

SANTOS, Mariana França. Intervenção negociada: possibilidade aberta pelo Novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, n. 241, São Paulo, março 2015, p. 95-108.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Notas críticas ao sistema de pluralidade de partes no processo civil brasileiro. *Revista de Processo*, n. 200, São Paulo, outubro 2011, p. 13-70.

\_\_\_\_\_. *O direito de defesa no processo civil brasileiro – um estudo sobre a posição do réu*. São Paulo: Atlas, 2011.

SOUZA, André Pagani de. *Desconsideração da personalidade jurídica – aspectos processuais*. São Paulo: Saraiva, 2009.

TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

\_\_\_\_\_. Da produção antecipada de prova. In: CABRAL, Antonio do Passo, CRAMER, Ronaldo (coords.). *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil*. 48. ed. vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

TORNAGHI, Hélio Bastos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. I. São Paulo: RT, 1976.

USTÁRROZ, Daniel. *A intervenção de terceiros no processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

VERDE, Giovanni. *Diritto processuale civile*. v. 1. 2. ed. Bologna: Zanichelli, 2010.

WAMBIER, Luiz Rodrigues, TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. v. 1. 11. ed. São Paulo: RT, 2010.

\_\_\_\_\_. *Curso avançado de processo civil*. v. 1. 16. ed. São Paulo: RT, 2016.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os agravos no CPC brasileiro*. 4. ed. São Paulo: RT, 2006.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009.

\_\_\_\_\_. Do incidente de desconsideração da personalidade jurídica. In: CABRAL, Antonio do Passo, CRAMER, Ronaldo (coords.). *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

# GIUDICATO E MOTIVAZIONE

*Marco de Cristofaro*

*Professore ordinario*

*Dipartimento di Diritto Pubblico, Internazionale e Comunitario*

*presso la Università di Padova*

**SOMMARIO:** 1 Motivazione e determinazione dell'efficacia del giudicato, conformativa o di ne bis in idem; 2 Non estensione del giudicato alla motivazione; 3 La motivazione nelle altre figure di giudicato; 4 Il giudicato implicito; 5 Giudicato implicito su questioni di merito: giudicato senza motivazione?; 6 Domanda di accertamento incidentale, rapporti sinallagmatici e limiti alla rilevanza della motivazione: interessi superindividuali e poteri formativi ad esercizio giudiziale o stragiudiziale.

## 1 MOTIVAZIONE E DETERMINAZIONE DELL'EFFICACIA DEL GIUDICATO, CONFORMATIVA O DI NE BIS IN IDEM

Il ruolo della motivazione quale elemento che contribuisce a determinare il contenuto del giudicato è acquisizione ormai solida.

Ciò vale anzitutto per delimitare la forza vincolante del giudicato di rigetto, i cui effetti preclusivi, sotto il profilo nel *ne bis in idem*, sono inevitabilmente influenzati dal motivo portante della decisione. Dal principio del primato della ragione più liquida<sup>1</sup> e della regola logica, di cui esso è frutto, che per la sentenza di rigetto è sufficiente che l'attore abbia torto su un singolo elemento della fattispecie costitutiva o su un singolo fatto impeditivo, modificativo o estintivo<sup>2</sup>, discende infatti la diversa "tenuta" della decisione che dichiara la domanda infondata per insussistenza del fatto costitutivo piuttosto che per prescrizione o per non ancora sopravvenuta esigibilità del credito.

E non serve indugiare sul fatto che il primato della ragione più liquida ha trovato sanzione espressa – quale epifania ed al contempo garanzia dei valori di economia processuale e di ragionevole durata del processo – nella sentenza delle Sez. Un. n. 26242 del 12.12.2014, che individua tale principio quale limite alla stessa retroazione del giudicato rispetto alle questioni pregiudiziali altrimenti da ritenersi implicitamente definite in sentenza.

Il contributo della motivazione nel perimetrare la tenuta del giudicato in futuri giudizi viene riconosciuto tuttavia anche con riguardo all'effetto conformativo che dispiegano le sentenze di accoglimento. Si è infatti autorevolmente ritenuto che il *dictum* attributivo del bene della vita non lo astrae, non lo ipostatizza del tutto rispetto alla realtà sostanziale,

1 Cfr. GOLDSCHMIDT. *Der Prozess al Rechtslage*. Berlin, 1925.

2 Per tutti cfr. PROTO PISANI, Appunti sul giudicato civile e sui suoi limiti oggettivi. In: *Riv. dir. proc.*, 1990, 406 s.: «rispetto alla statuizione finale dichiarativa dell'inesistenza del diritto ... l'inesistenza anche di un solo fatto costitutivo ovvero l'esistenza anche di un solo fatto impeditivo, modificativo o estintivo è antecedente da solo necessario e sufficiente a causare, a fondare la statuizione dichiarativa dell'inesistenza del diritto»; nonché le conseguenze che ne trae Luiso, *Diritto processuale civile*, v. I, 8. ed. Milano, 2015. p. 188: «quando il giudice ha dichiarato inesistente un effetto giuridico, occorre sempre chiedersi quale sia stato il motivo del rigetto. Infatti, la portata precettiva della sentenza si determina con riferimento a quell'elemento della fattispecie che il giudice ha ritenuto carente ... Ci possono essere motivi di rigetto che chiudono il discorso una volta per tutte ..., mentre ci sono motivi di rigetto che consentono la riapertura del discorso».



poiché la sentenza accerta il diritto *in quanto frutto della fattispecie* dedotta in giudizio<sup>3</sup>.

E ciò non tanto per l'ovvia divergente portata del giudicato secondo che, a fondamento della pretesa di riconsegna, sia dedotto un diritto reale od obbligatorio, nell'ottica per cui l'azione di rivendica dà luogo ad una pregiudiziale *ex lege* sull'esistenza del diritto di proprietà (avendosi nel caso di deduzione del diritto dominicale, sempre salva l'eventualità della preminenza di una questione più liquida, un allargamento dell'oggetto del processo all'accertamento della proprietà, che ovviamente non v'è in caso di pretesa fondata sulla scadenza del contratto di locazione).

Ciò che maggiormente interessa è piuttosto la diversa prospettiva per cui l'attribuzione di un diritto a titolo ad es. di locazione o di compravendita impedisce successivamente di sostenere una diversa natura del contratto che è titolo di godimento del bene, ove ciò possa portare allo svuotamento della pienezza o del senso della tutela del diritto riconosciuta dal primo giudicato. E così, riconosciuto all'attore il diritto alla consegna di un immobile quale conduttore, né il convenuto potrebbe agire sostenendo che il rapporto tra le parti era un comodato risolvibile *ad nutum*, né l'attore potrebbe opporsi alla successiva pretesa di rilascio alla scadenza sostenendo che il contratto non era di locazione bensì di compravendita o di comodato acceso per esigenze familiari<sup>4</sup> con diritto al trattenimento sino al venir meno di queste; per converso, riconosciuto all'attore il diritto alla consegna di un immobile a titolo di esecuzione di un contratto di compravendita, né il convenuto potrà chiedere successivamente il rilascio del bene affermandosene locatore ed allegando la scadenza della locazione, né l'attore potrebbe pretendere che il perimento della cosa resti a carico del convenuto, quale locatore, per sottrarsi alla *perpetuatio* del proprio obbligo disposta dall'art. 1465, co. 1, c.c. ovvero, volta che sia stata riottenuta la consegna della cosa, per sottrarsi al *res perito domino*.

3 V. ATTARDI, In tema di limiti oggettivi della cosa giudicata. In: *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1990, p. 499 ss.: «si deve ritenere che il contenuto della volontà di legge sostanziale contenga la indicazione della fattispecie in relazione alla quale si determinano gli effetti che si produrranno sul piano sostanziale; vale a dire che l'accertamento, che opera come reiterazione dell'astratta volontà di legge, non può non fare riferimento alla fattispecie da questa prevista. Quando la domanda sia respinta, l'accertamento giudiziale conterrà la dichiarazione dell'obbligo del giudice che lo pronuncia e di ogni altro giudice di ritenere inesistente il dedotto diritto con riferimento alla fattispecie posta a fondamento della domanda stessa».

4 Cfr. Cass., sez. un., 21 luglio 2004, n. 13603, per la quale, in tali ipotesi, si è in presenza di un comodato a termine entro cui il comodante è tenuto a consentire la continuazione del godimento sin tanto che sia attuale l'esigenza di destinare l'immobile all'uso previsto nel contratto, permanendo le esigenze abitative familiari, salva l'ipotesi di sopravvenienza di un urgente ed impreveduto bisogno (*ex art. 1809, co. 2, c.c.*). Solo quando vengano meno le esigenze familiari che hanno determinato l'assegnazione, la casa di abitazione dovrà essere restituita al comodante: Cass., 24 novembre 2015, n. 23978; Cass., 29 gennaio 2016, n. 1666.

## 2 NON ESTENSIONE DEL GIUDICATO ALLA MOTIVAZIONE

Fatto salvo questo ruolo ausiliario della motivazione, rilevante non nell'estendere l'oggetto del giudicato bensì al fine di perimetrarne la forza vincolante ed assicurarne la tenuta in futuri giudizi<sup>5</sup>, il principio tralaticio è espresso dalla regola per cui la forza del giudicato sostanziale "cala" solo sul dispositivo e non sulla motivazione<sup>6</sup>.

Regola icastica, da non intendersi alla lettera bensì nel senso che l'autorità del giudicato sostanziale ha riguardo alle specifiche situazioni sostanziali che, in veste di diritti soggettivi o rapporti giuridici complessi, hanno costituito oggetto della domanda di parte o delle più domande travasate entro un rapporto processuale cumulativo.

Come ricavabile dall'art. 34 c.p.c., norma di chiara ascendenza chiovendiana che compendia il più articolato disposto dei §§ 322 e 261 ZPO, con l'ivi previsto ruolo centrale della *Zwischenfeststellungsklage*, il giudicato si limita dunque all'attribuzione/negazione del bene della vita controverso e, in assenza di specifica domanda di parte, esso non concerne né i passaggi logici che il giudice ha affrontato per addivenire a tale statuizione, ma nemmeno le questioni che pure abbiano oggetto idoneo al prodursi degli effetti di cui all'art. 2909 c.c.: poiché concernenti diritti soggettivi per i quali, *ex artt.* 2907 c.c. e 24 Cost.<sup>7</sup>, è appunto possibile la richiesta di tutela giurisdizionale.

5 V. CONSOLO. Oggetto del giudicato e principio dispositivo. *I*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1991. 226 ss.: né la domanda né l'oggetto del giudizio, ma solo la portata prospettica del giudicato è influenzata dal "motivo portante" della decisione.

6 In questi termini "topografici" ragiona testualmente l'art. 480 del c.p.c. francese: «Le jugement qui tranche dans son dispositif tout ou partie du principal, ou celui qui statue sur une exception de procédure, une fin de non-recevoir ou tout autre incident a, dès son prononcé, l'autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu'il tranche». La definizione di cosa sia la *principal* si ricava poi dall'art. 4 c.p.c. francese, che apre la sezione dedicata all'Object du litige: «L'objet du litige est déterminé par les prétentions respectives des parties. Ces prétentions sont fixées par l'acte introductif d'instance et par les conclusions en défense. Toutefois l'objet du litige peut être modifié par des demandes incidentes lorsque celles-ci se rattachent aux prétentions originaires par un lien suffisant». Ricombinando i dati normativi, ne segue che l'autorità di cosa giudicata inerisce alle statuizioni presenti nel dispositivo, che rispondono alle rispettive domande di parte quali enunciate negli atti introduttivi e nelle conclusioni, ovvero nelle domande incidenti. È comunque ricorrente anche in Francia la tendenza latente a commisurare forza vincolante di giudicato alle "decisioni implicite" che costituiscono – per usare la terminologia cara alla nostra giurisprudenza – premessa logica indispensabile del dictum rintracciabile nel dispositivo.

7 Sull'identificazione nel diritto soggettivo dell'unico possibile oggetto del giudicato, in ripudio delle teoriche germaniche del prozessualer Anspruch, v. per tutti Cerino Canova, in *Commentario del c.p.c. diretto da Allorio*, II, 1, Torino, 1980. 143 ss.; Menchini, *Il limiti oggettivi del giudicato civile*, Milano, 1987. 45 ss.; Consolo, voce «Domanda giudiziale», in *Digesto-IV ed.*, Disc. Priv., Sez. Civ.; Proto Pisani, *Appunti sul giudicato civile e sui suoi limiti oggettivi*, in *Riv. dir. proc.*, 1990, 387.

Tale risultato viene essenzialmente radicato nella valorizzazione del principio dispositivo e di corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato, entro una relazione di identità tra oggetto della domanda, oggetto del processo ed oggetto del giudicato che ammette bensì una rastremazione nella parte finale del crescendo (ossia l'oggetto del giudicato), ma unicamente in quanto la sentenza di rigetto, per il già ricordato operare del primato della questione più liquida<sup>8</sup>, può talora non riflettere per intero l'oggetto della domanda e del processo<sup>9</sup>.

I casi di tale "rastremazione" sono ben noti, e si correlano al già ricordato ruolo determinante della motivazione nel fissare la forza vincolante del giudicato di rigetto: nel presupposto che la rivendica deduca il diritto di proprietà, allorché il giudice rigetti per carenza del requisito del possesso in capo al convenuto; ovvero allorché il rigetto della domanda di adempimento o risoluzione si fondi sulla mancata scadenza del termine o sul mancato

8 Su cui v., a parziale integrazione delle tesi esposte ne I limiti oggettivi, cit., lo stesso Menchini, voce «Regiudicata civile», in Digesto-IV ed., Disc. Priv., Sez. Civ., 437: «mentre nelle ipotesi di accoglimento della domanda proposta, la sentenza contiene di regola un accertamento, esplicito o implicito, circa l'esistenza e la validità del rapporto complesso, poiché il riconoscimento della sussistenza dell'effetto sostanziale controverso presuppone normalmente l'esistenza di tutti i fatti costitutivi e l'inesistenza di tutti i fatti impeditivi, modificativi ed estintivi, in caso di decisione di rigetto il discorso è un poco più articolato. Infatti, da un lato, la portata del giudicato, specialmente di quello reiettivo dell'istanza, varia in funzione dei motivi sui quali la pronuncia si fonda, e, dall'altro lato, per l'operatività del principio "del primato della questione risolutiva di più pronta soluzione", espressamente accolto dall'art. 187, co. 2, c.p.c., il giudice può respingere la domanda dopo essersi convinto dell'esistenza di un solo fatto impeditivo, modificativo od estintivo o dell'inesistenza di un solo fatto costitutivo, restando le altre questioni assorbite. Ne consegue che, ove le parti abbiano incentrato la lite in ordine a questioni che attengono unicamente alla coppia diritto-obbligo fatta valere e la pronuncia di rigetto sia fondata su motivi che attengono esclusivamente a quest'ultima situazione (ad es.: perché la rata non è ancora scaduta o è prescritta), non si avrà alcun accertamento imperativo sull'esistenza o sull'inesistenza del rapporto fondamentale, giacché tale questione rimane assorbita; per contro, una siffatta dichiarazione autoritativa si avrà, se la sentenza sia basata sul riconoscimento della invalidità o dell'inesistenza del rapporto fondamentale costitutivo».

9 V. anche Cass., sez. un., 12.12.2014, n. 26242, punto 5.4: «Oggetto del processo, oggetto della domanda giudiziale e oggetto del giudicato risultano allora cerchi sicuramente concentrici, ma le cui aree non appaiono sempre perfettamente sovrapponibili. Gli stessi autori che ne propugnano l'assoluta identità convengono poi con l'affermazione secondo cui la reale portata del giudicato, soprattutto in caso di pronuncia di rigetto, è determinata dai motivi della decisione, ove la controversia abbia riguardato esclusivamente un segmento del più ampio rapporto sostanziale (l'esemplificazione più significativa è quella della domanda di condanna al pagamento di una singola rata, pur oggetto di un più ampio rapporto contrattuale). La pronuncia di rigetto fondata esclusivamente su motivi attinenti a tale limitata frazione del rapporto (rata non scaduta ovvero non dovuta o prescritta) induce anche i fautori dell'assoluta corrispondenza tra oggetto della domanda, oggetto del processo ed oggetto del giudicato a ritenere che non si sia in presenza di alcuna statuizione vincolante sulla esistenza/inesistenza del rapporto sostanziale, restando tale più vasta questione "assorbita" nel limitato decum del caso di specie. L'affermazione va condivisa, con la conseguenza che la perfetta corrispondenza, sempre e comunque, tra gli oggetti, rispettivamente, della domanda, del processo e del giudicato, non appare, ancor oggi, predicabile tout court in assenza di una esplicita previsione legislativa in tal senso ... Proprio la facoltà del giudicante di definire il processo celermente, sulla base della ragione più liquida [...] impedisce di affermare la perfetta sovrapponibilità dell'oggetto del processo all'oggetto del giudicato». V. in tema anche Luiso, Diritto processuale civile, I, cit., 157.

avverarsi della condizione, o ancora sull'eccezione di inadempimento (che del pari opera in via logicamente preliminare, prevenendo qualunque necessità di verifica di altre ragioni di inesistenza dell'obbligo e così qualunque accertamento su validità ed efficacia del contratto). In tali casi il giudicato non "copre" l'intero oggetto della domanda, e lo stesso accade anche nel caso di rigetto per prescrizione, per effetto del ben noto "fondamento ipotetico" della dichiarazione d'intervenuta prescrizione del diritto oggetto della domanda attrice; e così pure nel caso di rigetto della rivendica per ricognizione dell'usufrutto di cui beneficia il convenuto, poiché anche qui non si avrebbe necessariamente l'accertamento della proprietà dell'attore. Ad essi si potrebbe aggiungere l'ipotesi di rigetto della domanda di pagamento per transazione non novativa del debito originario, che pur deve esistere per essere transatto, e tuttavia per il rigetto non richiede l'accertamento di sua esistenza, tale da consentire all'attore soccombente di invocare il precedente giudicato per chiedere *de plano* la condanna del debitore volta che la transazione sia stata risolta per inadempimento.

Solo la compensazione impone una soluzione diversa, in virtù della consolidata prevalenza della cd. *Beweiserhebungstheorie* – che ha soppiantato la più risalente cd. *Klageabweisungstheorie*, oramai neppure più ricordata nei manuali di diritto processuale civile tedeschi –, coerente con l'esigenza che venga accertata la sicura esistenza del credito principale prima che si possa imporre al convenuto il sacrificio del controcredito, quale *extrema ratio* per ottenere il rigetto della domanda attrice.

### 3 LA MOTIVAZIONE NELLE ALTRE FIGURE DI GIUDICATO

Se questo approccio è solido, per quanto attiene al giudicato "ieratico" *ex art. 2909 c.c.*, va osservato peraltro che il contenuto della motivazione riacquista una centralità determinante allorché vengano in gioco figure spurie di giudicato, quali il giudicato interno o il cd. giudicato cautelare; salvo poi perdere questa centralità nella più recente lettura giurisprudenziale che avalla largamente il giudicato implicito: ossia un giudicato senza motivazione la cui forza si estende a questioni che non sono state oggetto di specifica attenzione da parte del giudice.

Per quanto riguarda il giudicato cd. *interno*, la centralità della motivazione discende evidentemente da quelle letture che non ne limitano la portata al caso che su una questione pregiudiziale di rito o preliminare di merito sia stata resa una sentenza non definitiva, ma la estendono a tutte le ipotesi in cui si sia avuta la definizione di una questione controversa tra le parti, anche contenuta – appunto – nei passaggi della motivazione:

definizione che, se non oggetto di specifico motivo di impugnazione, “si impone” al giudice del grado superiore, salvi i limiti della dipendenza tra questioni e/o l’effetto devolutivo esterno, vincolandone il giudizio.

Questo non è il luogo per ritornare sul dibattito circa l’ampiezza dell’effetto devolutivo, in appello o in cassazione, e sulla *vexata* nozione di capo di sentenza.

Ciò che ai nostri fini rileva è rimarcare che, nel risolvere le questioni controverse tra le parti, si riconosce che il giudice si renda comunque *autore di un accertamento*, entro un provvedimento che ha strutturalmente efficacia dichiarativa, non diversamente dalla statuizione su domanda<sup>10</sup>, ed è appunto questo connotato strutturale che giustifica le letture dell’art. 310, co. 2, c.p.c. che ammettono l’efficacia pan-processuale delle sentenze non definitive di merito (ancorché resti dubbio il fondamento di tale efficacia, e soprattutto la tesi che essa si produca non in considerazione dell’oggetto dell’accertamento bensì della sua veste, ossia *per il sol fatto* che le questioni preliminari vengano rese oggetto di una non definitiva).

È un accertamento che ha un oggetto non coincidente con quello elettivamente individuato nell’art. 2907 c.c.<sup>11</sup>, potendo cadere su qualsivoglia questione, di rito o di merito<sup>12</sup>, alla sola condizione *funzionale* di porsi come idonea a consentire il rigetto della domanda senza necessità di ulteriori

10 V. Attardi, voce «Preclusione», in Enc. Dir., vol. XXXIV, Milano, 1985, 905, la cui critica all’utilità del concetto di preclusione muove appunto dal riconoscimento della natura dichiarativa dell’accertamento del giudice quale fonte del vincolo al contenuto della statuizione giudiziale con la quale il giudice, pronunciando la sentenza, ha esaurito il potere decisorio; per l’esistenza di un momento dichiarativo nelle sentenze non definitive v. anche Menchini, voce «Regiudicata civile», cit., 418.

11 Attardi, voce «Preclusione», cit., 907: «non si nega affatto che una sentenza che abbia deciso su una domanda possa – in relazione all’incontrovertibilità dell’accertamento in essa contenuto operante al di fuori del processo – dar luogo a problemi e questioni ad essa particolari e, di conseguenza differenziarsi nella disciplina da altre decisioni pronunciate nel processo; ma è una diversità che si ricollega fondamentalmente all’oggetto della statuizione giudiziale e che si manifesta sotto profili che non si riflettono in un diverso rilievo della decisione, in particolare per ciò che riguarda la spiegazione della forza vincolante che si ricollega all’accertamento che la decisione stessa contiene»; Menchini, voce «Regiudicata civile», cit., 419: «si può rilevare che il fenomeno per il quale diviene incontestabile l’attribuzione di un bene della vita non è assimilabile a quello per il quale una questione (di rito o di merito) decisa non può essere nuovamente discussa, in caso di riproposizione della stessa domanda: nella prima ipotesi, il provvedimento incide prima sulla sfera sostanziale, imponendosi alle parti come regolamento autoritativo del rapporto giuridico, e poi sulla sfera processuale, vincolando ogni giudice a tenere fermo il precedente accertamento; nella seconda ipotesi, invece, la sentenza può avere rilevanza soltanto in futuri processi, poiché non dichiara una concreta volontà di legge sostanziale, e solamente se è esercitata la stessa azione»: qui dunque sta la differenza secondo Menchini, nell’impossibilità di un vincolo per processi su diritti dipendenti, incompatibili o connessi, oltre che nella necessaria identità delle parti e nell’incapacità di sopravvivere allo *ius superveniens* retroattivo.

12 V. sempre Attardi, In tema di questioni pregiudiziali e giudicato, in *Studi in memoria di Guicciardi*, Padova 1975, 185 ss., che fa salve le sole questioni pregiudiziali di merito – ex art. 34 c.p.c. – non evolute in cause pregiudiziali.

approfondimenti istruttori; esso resta pertanto incapace di produrre quell'effetto esterno al processo di incontrovertibilità della situazione giuridica che è garanzia della conformità alla legge dell'azione di un soggetto nei confronti degli altri soggetti dell'ordinamento, e che è necessitata dall'esigenza di stabilità nell'attribuzione del bene della vita. Tuttavia la decisione di questioni opera nel processo per il giudice che l'ha pronunciata creando un vincolo al contenuto della statuizione giudiziale, appunto in quanto emerge dalla motivazione, che – salvo il fatto che non è destinato a proiettarsi in futuri giudizi – strutturalmente non si differenzia dall'accertamento votato al giudicato sostanziale “esterno”. Ed è un accertamento che comunque, a nostro avviso e con le conclusioni che se ne potranno trarre quanto ai limiti dell'effetto devolutivo, prescinde dal fatto che la questione sia stata oggetto di sentenza non definitiva, poiché non può certo essere la “veste formale” della decisione ad influenzare la qualità dell'operato del giudice<sup>13</sup>.

Non v'è ragione pertanto per escludere dalla concezione del giudicato il fenomeno abitualmente ricondotto alla tematica del giudicato interno, benché agli accertamenti che ne costituiscono il substrato si riconosca efficacia vincolante *entro* i confini del rapporto processuale, come a me pare preferibile e conforme all'esigenza di formazione progressiva della decisione e di massima valorizzazione della cognizione di primo grado<sup>14</sup>, conformemente ai valori di recente consacrati da Cass., S.U., 12.12.2014, n. 26242, e Cass. S.U., 15.6.2015, n. 12310.

Ovviamente la motivazione è centrale anche nel perimetrare l'ambito oggettivo del c.d. giudicato cautelare. Come specificato nella trama codicistica, del provvedimento concessivo è consentita la revoca/modifica solo in presenza

13 Come ricorda Menchini, voce «Regiudicata civile», cit., 418: «non esiste alcuna biunivoca corrispondenza tra l'art. 2909 c.c. e l'art. 324 c.p.c., poiché se è vero che l'autorità di cosa giudicata presuppone il passaggio in giudicato formale, non è vero anche il contrario, ossia che quando, in ordine ad un certo provvedimento, si sia costituito il giudicato formale ex art. 324 c.p.c. debba necessariamente prodursi anche il giudicato sostanziale ex art. 2909 c.c.».

14 In contrario non ci pare sia decisiva l'obiezione di Attardi, voce «Preclusione», cit., 908, per cui, se si consentisse che l'ambito dei presupposti di fatto e di diritto di una statuizione giudiziale non comprenda tutte le questioni la cui soluzione è stata posta come premessa della statuizione medesima, si verrebbe ad ammettere che «si possa avere una decisione di accertamento dell'esistenza di un diritto soggettivo senza che la valutazione di tale esistenza risulti compiuta in relazione all'intera fattispecie del diritto medesimo», e che «un giudice possa, in sede di cognizione ordinaria, dichiarare l'esistenza di un diritto soggettivo senza valutare la sussistenza dell'intera fattispecie cui il diritto medesimo si ricollega, e senza, quindi, tener conto [...] di tutte le questioni, di fatto o di diritto, relative alla fattispecie medesima». In realtà l'ordinamento conosce dei meccanismi di “fissazione formale” di questioni rilevanti ai fini della decisione, oggi esemplarmente tipizzati dalla non contestazione di cui all'art. 115, co. 1, c.p.c., e non si vede cosa possa impedire che un omologo meccanismo di fissazione formale della soluzione di una questione di fatto o di diritto si radichi nell'accertamento al riguardo contenuto nelle pronunce rese nei precedenti gradi di giudizio. Il problema della ricostruzione dei limiti oggettivi del giudicato, nel “mosaico” tra la decisione di primo e quella di secondo grado, oltre che sovrastimato, diviene a quel punto meramente empirico.

di «mutamenti nelle circostanze o se si allegano fatti anteriori di cui si è acquisita conoscenza successivamente al provvedimento cautelare», ossia di fatti sopravvenuti o di un deducibile incolpevolmente non dedotto (art. 669 *decies* c.p.c.). Diversamente, a fronte di un provvedimento di diniego potrà essere proposto nuovo ricorso cautelare solo per «nuove ragioni di fatto o di diritto» (art. 669 *septies* c.p.c.), ossia invocando un deducibile non dedotto, ancorché non relativo a fatti sopravvenuti. Ed è evidente che la ricorrenza di questi presupposti non potrà essere operata se non avendo riguardo alla motivazione del provvedimento originario, reso in prime cure od in sede di reclamo: provvedimento che, sui vari punti rilevanti per la concessione od il diniego della cautela, contiene a propria volta un accertamento, sia pur connotato dal crisma di un'intrinseca provvisorietà che lo allontana – per quanto *ad abundantiam* ed evocativamente specificato nell'ult. co. dell'art. 669 *octies* c.p.c. – dagli effetti dell'art. 2909 c.c.: e con ciò, in quanto del pari riconducibile alla figura dell'accertamento autoritativo e vincolante entro l'alveo di quello specifico contenzioso, sebbene non nei riguardi del giudizio a cognizione piena (come appunto specifica l'art. 669 *octies* c.p.c.), ben legittima l'utilizzo della nozione di giudicato cautelare.

#### 4 IL GIUDICATO IMPLICITO

Diversamente si atteggia il discorso allorché venga in esame la tematica del giudicato implicito.

Qui, in realtà, il rapporto tra accertamento, motivazione e giudicato si perde, perché per definizione si postula che l'efficacia di giudicato promani dal silenzio, ossia nonostante l'assenza di un accertamento su una determinata pregiudiziale di merito che trovi altresì riscontro nella motivazione. Addirittura, nell'epifania più paradossale dell'istituto<sup>15</sup>, si

15 Si fa riferimento qui a Cass., sez. un., 4.9.2012, n. 14828: «Qualora dopo il rilievo ufficioso sia stata formulata, tempestivamente o previa rimessione in termini, domanda volta all'accertamento della nullità e ad eventuali effetti restitutori, la statuizione sul punto, se non impugnata, avrà effetto di giudicato ... Ove non sia formulata tale domanda, il rilievo della nullità fa pervenire al rigetto della domanda di risoluzione con accertamento incidenter tantum della nullità, dunque senza effetto di giudicato sul punto. Il giudicato implicito sulla validità del contratto, secondo il paradigma ormai invalso (cfr. Cass., sez. un., n. 24883/2008, Cass., sez. un., n. 407/2011; Cass., sez. un., n. 1764/2011 [n.d.r.: le prime due in tema di giurisdizione, la terza in tema di giudicato interno, impropriamente qualificato come implicito]), potrà formarsi tutte le volte in cui la causa relativa alla risoluzione sia stata decisa nel merito». Cfr. al riguardo l'efficace chiosa di Consolo, Postilla di completamento. Il giudicato ed il rilievo ufficioso della nullità del contratto: quanto e come devono essere ampi?, in *Corr. Giur.* 2013, 185 s.: «Potenza dell'implicito, verrebbe da dire; ripudio della verbosità e gran forza del silenzio ... Un vero chiasmo: al giudicato ripugna la discorsività processuale, esso invece si genera nel (e dal) silenzio ... Il supposto sarebbe allora quello per cui "di ciò che sarebbe fin banale e scontato parlare si deve tacere" (per parafrasi, emendata, dal Wittgenstein) o, più modernamente, the less, the more»; v. in senso critico anche Menchini, *Le Sez. un.*, fanno chiarezza sull'oggetto dei giudizi di impugnativa negoziale: esso è rappresentato dal rapporto giuridico scaturito dal contratto, in *Nuovi quaderni del Foro it.*, n. 2-2015, § 1.

sarebbe potuto avere giudicato implicito là dove il giudice avesse taciuto (sulla validità del rapporto contrattuale), mentre nessuna efficacia di giudicato avrebbe potuto assistere la definizione espressa della questione di nullità (con accoglimento della relativa eccezione).

Va peraltro ricordato come la teorica del giudicato implicito, affacciata nel vigore del primo codice unitario per quanto attiene ai rapporti tra sentenze interlocutorie istruttorie e le questioni di merito ad esse logicamente preliminari<sup>16</sup>, in tempi più recenti si è forgiata con precipuo riferimento alla questione di giurisdizione.

È proprio a tale riguardo che le Sez. Un.<sup>17</sup> hanno ritenuto, e poi imposto al Consiglio di Stato ed ai *conditores* del Codice del Processo Amministrativo (art. 9), la sussistenza di una decisione positiva implicita sulla giurisdizione in tutte le sentenze che abbiano pronunciato nel merito, richiedente pertanto specifico motivo d'impugnazione a pena di successiva irretrattabilità del punto entro il rapporto processuale: in ragione del fatto che una siffatta sentenza logicamente presuppone la definizione dell'oggetto processuale del giudizio nel senso della sussistenza delle condizioni di decidibilità della causa nel merito<sup>18</sup>.

16 Questa era la situazione cui ebbero riguardo le considerazioni di Allorio, Critica della teoria del giudicato implicito, in Riv. dir. proc. civ., 1938, II, 245 ss.

17 Con la ben nota sentenza 9.10.2008, n. 24883. Al riguardo v. l'analisi ad ampio spettro – coinvolgente anche il parallelo ripensamento dell'istituto del ricorso incidentale condizionato – di Consolo, Travagli «costituzionalmente orientati» delle Sez. Un. sull'art. 37 c.p.c., ordine delle questioni, giudicato di rito implicito, ricorso incidentale condizionato (su questioni di rito o, diversamente operante, su questioni di merito), in Riv. dir. proc. 2009, 1141 ss.

18 Dando così riscontro alla tesi del cd. doppio oggetto del giudizio – processuale e sostanziale – di cui alliere è Consolo, Il cumulo condizionale di domande, Padova 1985, passim, già sulla scia di Allorio, Critica, cit., 250: «è vero ed è intuitivo che una decisione affermativa da parte del giudice adito circa il proprio potere di giudicare sul merito deve necessariamente precedere la decisione nel merito». In giurisprudenza la tesi del “doppio oggetto” del giudizio è condivisa, da ult., appunto da Cass., sez. un., n. 24883/2008, e già prima da Cass., sez. un., 20.2.2007, n. 3840, in Corr. Giur. 2008, 375, con nota di Consolo, Inutiliter data e non bisognosa di gravame la decisione di merito resa dopo (e nonostante) una statuizione assorbente in rito: le Sez. Un. tornano a ispirarsi al duplice oggetto del giudizio; da Cass., sez. un., 10.5.2002, n. 6737, in Foro it. 2002, I, 3393; da Cass., Sez. Un., 14.3.1990, n. 2078, in Giur. it. 1991, I, 1, 1485. In senso contrario al rigore della tesi del doppio oggetto del giudizio – ammettendo cioè la possibilità che la manifesta infondatezza della domanda sia tale da consentire il suo rigetto nel merito anticipando e rendendo superflua la verifica puntuale delle condizioni di decidibilità della domanda, facendo eco alle tesi sviluppate in Germania da Rimmelspacher – v. Cass., sez. un., 18.12.2008, n. 29523, e successivamente la già ricordata Cass., sez. un., n. 26242/2014: conclusione non condivisibile, poiché – guidata dall'ansia di assicurare il massimo spettro preclusivo possibile alla decisione che definisce il giudizio, in ossequio alla ragionevole durata – ammette l'ircocervo di un giudicato di merito proveniente da un giudice chiamato, appunto, a dichiarare il difetto del proprio potere decisorio nel merito. Perplessità al riguardo anche in Menchini, Le Sez. un., fanno chiarezza sull'oggetto dei giudizi di impugnativa negoziale, cit., § 3, nt. 24: «se sussiste un vizio insanabile o non sanato che mina la validità dell'intero procedimento, la causa non può essere risolta nel merito, perché un processo del tutto invalido non può originare una valida e giusta sentenza di merito».



Tuttavia va precisato che, riferita all'affermazione della giurisdizione, la tesi del giudicato implicito costituisce una delle risposte che – accanto alla *translatio iudicii* ed alla ridefinizione degli effetti del ricorso incidentale condizionato<sup>19</sup> – la giurisprudenza di legittimità ha ritenuto di fornire alla situazione di incertezza circa i confini della cd. giurisdizione esclusiva occasionata dall'eccezionale susseguirsi di rivolgimenti legislativi e di giurisprudenza costituzionale nella prima decade del millennio<sup>20</sup>: rivolgimenti che avevano fatto apparire inaccettabile (tra l'altro) che il rilievo d'ufficio del difetto di giurisdizione rimanesse possibile per la prima volta anche dinanzi alla Cassazione, al modo di "spada di Damocle" capace di pregiudicare irreversibilmente interessi di parte rendendoli vittime di norme dall'interpretazione non ancora assestata o della loro caducazione con effetti retroattivi ad opera della Consulta.

Non è un caso che le stesse Sez. Un. abbiano esplicitamente rifiutato di estendere questa teorica alle altre condizioni di decidibilità della causa nel merito (fors'anche timidamente, per talune di esse), ritagliando la figura del giudicato implicito sulle specifiche peculiarità della questione di giurisdizione nel riparto<sup>21</sup>, in cui il ritenuto conseguimento dell'equivalenza funzionale tra i vari plessi della giurisdizione statale più non giustificava la sopravvivenza di un'esegesi dell'art. 37 c.p.c. che accettasse la possibilità che venisse "giocata", a sorpresa e sino all'ultimo atto, "la carta estrema della distruzione processuale"<sup>22</sup>.

A consuntivo: il giudicato implicito viene coniato quale evoluzione del *giudicato interno* sulla declaratoria esplicita di giurisdizione (destinata a consolidarsi in caso di mancato motivo d'appello sul punto<sup>23</sup>), e ciò al fine di impedire la riapertura della questione di giurisdizione in carenza di una disciplina preclusiva equivalente a quella dettata dall'art. 38 c.p.c. per la, alla fine percepita come omologa, tematica della incompetenza; viene circoscritto

19 Cfr., rispettivamente, le ben note Cass., sez. un., 22.2.2007, n. 4109, e Cass., sez. un., 6.3.2009, n. 5456.

20 Si ricordino dapprima il D.Lgs. n. 80/1998, le cui norme ampliative delle materie di giurisdizione esclusiva (a "compensazione" della confluenza del pubblico impiego nella giurisdizione del Tribunale del lavoro) sono state dichiarate costituzionalmente illegittime per eccesso di delega da C. Cost., 17.7.2000, n. 292; successivamente la L. 205/2000, pubblicata 4 giorni dopo la pronuncia della Consulta e reiterativa delle norme dichiarate incostituzionali, è stata a sua volta dichiarata parzialmente incostituzionale dalla sentenza C. Cost., 6.7.2004, n. 2014, con le precisazioni offerte da C. Cost., 11.5.2006, n. 191.

21 V. Cass., sez. un., 30.10.2008, n. 26019: «Mette conto osservare, per esigenza di sistema, che alla carenza di potestas iudicandi vengono ricondotte – come s'è visto – ipotesi di nullità del tutto diverse dal difetto di giurisdizione, per le quali, pure, la giurisprudenza consolidata di questa Corte ha riconosciuto l'inevitabilità del controllo – anche officioso – in sede di legittimità [...] Orbene, per queste ipotesi la prospettiva del giusto processo non appare affatto incompatibile con la rilevabilità d'ufficio in ogni stato e grado in deroga ai principi generali della disponibilità della tutela giurisdizionale e dell'onere di impugnazione».

22 Così, testualmente, Cass., sez. un., n. 24883/2008.

23 In tal senso, con l'esplicito intento di definitivamente "vincere" le contrarie inclinazioni del Consiglio di Stato, Cass., sez. un., n. 4109/2007.

specificamente a questo settore da una S.C. preoccupata di un “contagio” alle altre questioni processuali; viene contenuto, nella propria operatività, dalla immediata precisazione circa l’insussistenza di un ordine predefinito tra le questioni di rito, neppure tra giurisdizione e competenza, sì da ammettersene l’operatività solo in caso di decisione, anche non definitiva, di merito<sup>24</sup>; viene correttamente ripudiato, in dottrina, quale strumento utile a dar conto del consolidamento del *dictum* positivo sulla giurisdizione in presenza di passaggio in giudicato di una sentenza parziale sul merito<sup>25</sup>, a conferma comunque dell’inerenza del giudicato implicito alle prospettive del giudicato interno sulla giurisdizione.

Eppure la nozione viene espantata da questo tessuto ed innestata sulla tutt’affatto diversa tematica dei limiti oggettivi del giudicato cd. “esterno” di merito: entro una sorta di operazione transgenica<sup>26</sup> che – a mio avviso – non può non comportare reazioni di rigetto.

## 5 GIUDICATO IMPLICITO SU QUESTIONI DI MERITO: GIUDICATO SENZA MOTIVAZIONE?

Diverse sono le ragioni che inducono a ripudiare la teoria del giudicato implicito sulla validità del contratto in caso di sentenza che abbia meramente riconosciuto l’esistenza di uno degli effetti che nel contratto hanno fonte, senza punto affrontare la questione di validità.

a) Anzitutto vi è la presa d’atto del paradosso che si produce nel confronto tra il nostro sistema e quello nordamericano, che è stato attentamente studiato, ma alla fine per lo più respinto, dalla nostra dottrina (non da ultimo, diremmo noi, in quanto “figlio” del sistema del notice

24 V. Cass., sez. un., 18.12.2008, n. 29523, che ha ritenuto che «il giudicato implicito sulla giurisdizione può formarsi tutte le volte che la causa sia stata decisa nel merito, con esclusione per le sole decisioni che non contengano statuizioni che implicano l’affermazione della giurisdizione, come nel caso in cui l’unico tema dibattuto sia stato quello relativo all’ammissibilità della domanda o quando dalla motivazione della sentenza risulti che l’evidenza di una soluzione abbia assorbito ogni altra valutazione»: e ciò a parziale correzione di quanto statuito da Sez. Un., n. 24883/2008, ove si era postulato che «anche la pronuncia che declina la competenza implica l’affermazione della giurisdizione».

25 Su questo versante si muovevano le puntuali considerazioni sull’inutilità della nozione di giudicato implicito di A. Romano, Contributo alla teoria del giudicato implicito sui presupposti processuali, in Giur. it. 2001, 1292 ss., che (a pag. 1300) appunto criticava «gli effetti discorsivi del richiamo al giudicato processuale implicito ... secondo uno schema già ampiamente censurato e contrario alla realtà normativa emergente dell’art. 37 c.p.c.». Nulla può obiettarsi allora all’evoluzione giurisprudenziale culminata con Cass., sez. un., n. 24883/2008, che ha finito con il ritagliare uno spazio concettualmente fruibile all’utilizzo del giudicato implicito ... proprio “riscrivendo”, come noto, il suddetto art. 37 c.p.c.

26 Per la cui critica v. già Consolo, Postilla di completamento. Il giudicato ed il rilievo officioso della nullità del contratto, cit., 185.

pleading<sup>27</sup>, ossia un sistema entro il quale l'atto introduttivo viene redatto in termini massimamente sintetici e nella sostanza limitato all'indicazione dell'oggetto della pretesa attrice e della fattispecie giuridica invocata a suo fondamento<sup>28</sup>: cui seguirà l'utilizzo del momento processuale quale contesto in cui non solamente si forgia il materiale istruttorio, ma si delineano a valle i temi del contraddittorio tra le parti).

Ebbene, anche in quello che è considerato uno degli ordinamenti più aperti ad ammettere l'estensione del giudicato ad elementi della motivazione, notoriamente tale effetto si produce in tanto in quanto su di essi vi sia stata una ampiezza di discussione tale da rendere ragionevole che le parti non possano più revocare in dubbio l'esito decisorio attinto nel primo processo sulle questioni ivi definite. Per contro la tesi del giudicato implicito ammette la formazione del vincolo da *bis in idem* dal silenzio, da una situazione in cui sulle questioni che ne risultano oggetto non vi sia proprio stato un *iudicium*, e tanto meno un *iudicatum*<sup>29</sup>.

Il tutto, a nostro avviso, in violazione anche dell'art. 101, co. 2, c.p.c. e del principio della difesa, poiché avremmo un esito decisorio irretrattabile su una questione che mai è stata oggetto di dibattito delle parti. Né può persuadere, a tale riguardo, la replica per cui è la domanda attrice che deduce in giudizio *anche* il rapporto fondamentale, poiché – così come non può aversi decisione sulla nullità rilevata d'ufficio senza segnalazione alle parti – ci sembra che non

27 Cfr. in arg., con amplissima analisi, Dondi, Introduzione della causa e strategie di difesa. Il modello statunitense, Padova, 1991, passim.

28 Modello peraltro entrato in crisi, a seguito delle note sentenze della Corte Suprema Twombly ed Iqbal. V. in proposito Dalla Bontà, La Suprema Corte statunitense generalizza l'onere di specificità dell'atto introduttivo (complaint): da Twombly (2007) a Iqbal (2009), e Gidi, Twombly e Iqbal: il ruolo della Civil Procedure nello scontro politico-ideologico della società statunitense, entrambi in Int'l Lis 2010, 2, rispettivamente 94 e 104 (pronunce cui è peraltro sottesa una policy specifica di "chiusura" delle aule di giustizia statunitensi rispetto ad azioni non sorrette ex ante da informazioni o prove adeguate, con revirement rivoluzionario che stravolte una tradizione giurisprudenziale di oltre ottant'anni e che può portare ad un forte sbilanciamento degli interessi sociali a vantaggio delle corporations in processi connotati da forti asimmetrie informative tra le parti, come tipicamente quelli antitrust in cui si iscriveva il caso Twombly: v. spec. Gidi, op.cit.).

29 Cfr. in arg. Volpino, L'oggetto del giudicato nell'esperienza giuridica nordamericana, Padova 2007, 333 ss., ove – a valle di una tanto puntuale quanto pregevole approfondita ricostruzione del sistema statunitense – l'A. così si esprime: «può essere di qualche utilità constatare come l'issue preclusion, sovente (e talvolta affrettatamente) additata dalla nostra dottrina come uno dei principali artefici della ampiezza che connota l'oggetto del giudicato statunitense, curiosamente assolve anche una funzione di delimitazione estremamente rigorosa del vincolo preclusivo prodotto dalla decisione... subordinando in defettibilmente la formazione del vincolo preclusivo su un certo elemento del processo alla nascita di una controversia che lo interessi direttamente, l'ordinamento statunitense modella i contorni di efficacia dell'estoppel in modo senza dubbio più preciso di quanto non faccia il nostro rispetto al giudicato sulle questioni pregiudiziali, proteggendo adeguatamente le parti dagli effetti negativi dei quali esse potrebbero ipoteticamente risentire in conseguenza del semplice fatto di essersi astenute dal porre in discussione un certo profilo della fattispecie allegate nella controversia che le ha viste originariamente coinvolte».

si possa avere neppure definizione vincolante della non-nullità se sulla stessa le parti mai hanno avuto occasione di dispiegare le proprie difese, e fin tanto che esse abbiano discusso sempre e solo riferendosi a questioni che ineriscono la singola coppia elementare diritto-obbligo su cui si incentra la domanda attrice.

b) In seconda battuta, l'apertura al giudicato implicito su questioni pregiudiziali di merito viola quel principio che potremmo esprimere nei seguenti termini: «il ruolo del giudicato può prodursi in relazione alle questioni, al bene della vita che le parti hanno presente in seno al contenzioso, e non può attingere sviluppi ipotetici e futuri non dedotti in lite»<sup>30</sup>. Questa considerazione è centrale, ed a nostro avviso tale da impattare anche sulla più raffinata teorica della pregiudizialità logica<sup>31</sup>, che è sottesa alla giurisprudenza sul giudicato implicito concernente la validità del contratto.

Più ancora di un intendimento ieratico del principio dispositivo (che di per sé non verrebbe violato se si ritenesse che la lite su un effetto elementare del contratto deduce comunque in causa il rapporto fondamentale al modo di “pregiudiziale necessaria”, la cui decisione con efficacia di giudicato prescinde dalla stessa contestazione del rapporto da parte del convenuto<sup>32</sup>, ma che ammette il rigetto per una questione più liquida<sup>33</sup>), il punto decisivo

30 V. Cerino Canova, in Commentario al c.p.c. diretto da Allorio, cit., 139: «niente riuscirebbe più artificioso ed arbitrario che una prevalente importanza attribuita agli sviluppi ipotetici e futuri rispetto al conflitto attuale. Una visione siffatta non corrisponde agli intenti palesati dalle parti, le quali hanno mostrato di volere disputare su quel diritto e su quel diritto soltanto. La stessa visione ancor meno corrisponde alla funzione del processo, che è di statuire sulla situazione fatta valere e non di definire per sempre tutta la relazione intercorrente tra le parti».

31 Per cui v., per tutti, Menchini, I limiti oggettivi, cit., 87 ss., nonché «Regiudicata civile», cit.; Proto Pisani, Appunti sul giudicato civile, cit., 395 s.

32 In questi termini la “pregiudiziale necessaria” (quale sarebbe anche, per talune ricostruzioni, la proprietà rispetto all'azione di rivendica e l'esistenza del credito rispetto all'opposizione di merito all'esecuzione) si distingue dall'accertamento incidentale ex lege: v. Attardi, Diritto processuale civile, I, Padova 1994, 231 s.

33 Questa è l'ulteriore distinzione tra accertamento incidentale ex lege e pregiudiziale necessaria, che è tale solo in caso di definizione in positivo della fondatezza della domanda o in caso di alcuni esiti del giudicato di rigetto (Il giudicato secundum eventum, ossia a seconda del fondamento della sentenza di rigetto della rivendica o dell'esservi stato un accoglimento della domanda con accertamento della proprietà), è sostenuto anche da Recchioni, Dipendenza sostanziale e pregiudizialità processuale nel processo civile, Padova 1999, 200 s.). Inquadrata la questione inerente al rapporto come “pregiudiziale necessaria”, perde pregio la critica di Recchioni, ibidem, 190 ss., spec. 192 nota 79, che censura la contraddittorietà tra la tesi della pregiudizialità logica e la conservazione (per cui v. Menchini, v. supra) del primato della questione più liquida. Tale contraddittorietà vi sarebbe se la tesi della pregiudizialità logica portasse con sé necessariamente un cumulo di domande (che tutte allora richiederebbero definizione, a prescindere dal fatto che la “questione più liquida” possa riferirsi ad una di esse); non invece se appunto intendiamo il rapporto pregiudiziale quale “pregiudiziale necessaria”. Nel senso che in realtà, entro la teoria della pregiudizialità logica, l'oggetto del processo è «unico, costituito dal singolo effetto giuridico dedotto in lite», e «l'effettività della tutela richiede che sia interessato dal vincolo del giudicato il rapporto che funge da collante aggregatore delle plurime situazioni elementari, quante volte, sulla base di ciò che il giudice ha statuito, le inderogabili esigenze emergenti dal diritto sostanziale pretendono l'imposizione di un siffatto vincolo», onde non sussisterebbe alcun ostacolo all'operare del primato della questione più liquida, v. Menchini-Motto, in Commentario del c.c. diretto da Gabrielli, sub art. 2909 c.c., Torino 2015, 62-63.

è proprio quello della necessità che il vincolo nascente dal giudicato resti circoscritto all'oggetto sostanziale della lite pendente tra le parti così come da queste è stata perimetrata. In assenza di discussione, che trova *ex necesse* riscontro nella motivazione, non vi può essere accertamento e, perciò, neppure si pone il problema *an iudicatum sit*.

Non è solo la necessità della rigorosa corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato, dunque, quanto soprattutto l'esigenza che non si formi un vincolo destinato a calare a sorpresa su profili sostanziali che superano quelli nella cui prospettiva unicamente le parti hanno dosato l'impegno difensivo: e ciò a salvaguardia dei principi fondanti il giusto processo, tra cui appunto primario è il valore del contraddittorio, nella prospettiva tonificata dal novello art. 101, co. 2, c.p.c.

Di fronte all'omissione, al silenzio, neppure possono giocare i valori funzionali del processo, elencati nel decalogo di cui al punto 4.3 di Cass., Sez. Un., n. 26242/2014: stabilità delle decisioni giudiziarie, armonizzazione delle decisioni, concentrazione ed effettività delle tutele, economia extra-processuale, lealtà e probità, uguaglianza formale delle parti, rispetto della non illimitata risorsa-giustizia, debbono cedere il passo dinanzi alla necessità che, se mai si è ommesso di rilevare un vizio nel rapporto sinallagmatico, questo errore non si ripeta né si consolidi l'ingiustizia sostanziale che ne discende<sup>34</sup>.

Questa considerazione fa premio anche sull'ulteriore valore, sempre elencato in quel punto dell'evocata sentenza delle Sez. Un., della corrispettività sostanziale quale strumento di contrasto all'abuso del processo. Va tenuto altresì conto del fatto che l'ordinamento esclude la convalida del contratto nullo – eventualità cui invece si aprirebbero le porte ove il contegno processuale delle parti potesse contribuire a delimitare l'estensione del vincolo di giudicato nei futuri processi incardinati sulla medesima vicenda negoziale, ed eventualità che, a prescindere da questo rischio, a nostro avviso non può in nessun modo realizzarsi “per inerzia” –. Ed allora sembra irrinunciabile garanzia di giustizia (e di salvaguardia di

34 Non pare invece condivisibile il limite operativo alla tesi di Zeuner ipotizzato da Recchioni, Pregiudizialità processuale e dipendenza sostanziale, cit., 221 e 224, per cui la connessione funzionale non vincolerebbe, in caso di accertamento positivo dell'obbligo di prestazione nascente da un contratto sinallagmatico, il successivo giudizio che abbia ad oggetto il rapporto complesso “entificato”: se questo secondo giudizio fosse libero da qualsivoglia vincolo, esso potrebbe concludersi con l'accertamento o la caducazione *ex professo* del vincolo, che condizionerebbe in negativo eventuali futuri giudizi aventi ad oggetto situazioni giuridiche elementari nascenti dal contratto, così potendosi concretare quella disarticolazione dell'organismo unitario del contratto sinallagmatico che costituisce il motore della tesi zeuneriana. A riprova, e sul punto v. anche infra in nota 39, della difficile distinguibilità effettuale tra la tesi dei nessi di connessione funzionale e l'effettiva estensione dell'oggetto del giudicato.

quei valori super-individuali che pure Sez. Un., n. 26242/2014, riscontrano a fondamento dell'art. 1421 c.c.) l'esclusione di un vincolo sulla validità del contratto frutto del silenzio dei contendenti, prima, e del giudice, poi<sup>35</sup>. In tal senso ci sembra siano valorizzabili anche le sentenze *Olimpiclub*<sup>36</sup>, ed ancor più la pronuncia *Klausner Holz* della Corte di giustizia UE, che affronta specificamente proprio la problematica dei rapporti tra statuizione di accertamento della validità del contratto e mancata cognizione su questioni di interesse superindividuale e rilevabili d'ufficio<sup>37</sup>.

Ed in tal senso orienta del resto pure il dato comparato offerto dall'art. 503 del nuovo codice di procedura civile brasiliano, a termini del quale il giudicato si estende bensì anche alla risoluzione delle questioni pregiudiziali decise espressamente o incidentalmente, ma solo quando la definizione del merito sia dipesa dalla loro risoluzione e con riguardo ad esse sia stato attivato un previo ed effettivo contraddittorio (in aggiunta alla competenza del giudice)<sup>38</sup>.

35 D'altronde, sempre secondo le stesse Sez. Un., n. 26242/2014 (punto 3.15, lett. c), «la vera ratio della rilevanza officiosa della nullità non sia quella di eliminare, sempre e comunque, il contratto nullo dalla sfera del rilevante giuridico [...], ma quella di impedire che esso costituisca il presupposto di una decisione giurisdizionale che in qualche modo ne postuli la validità o comunque la provvisoria attitudine a produrre effetti giuridici».

36 Sentenza del 3.9.2009, C-2/08, ove – dopo aver sottolineato «l'importanza che il principio dell'autorità di cosa giudicata riveste sia nell'ordinamento giuridico comunitario sia negli ordinamenti giuridici nazionali ... al fine di garantire sia la stabilità del diritto e dei rapporti giuridici, sia una buona amministrazione della giustizia» (punto 22) – la Corte comunque conclude per l'inaccettabilità, alla luce dei principi della certezza del diritto e di effettività, di un'estensione del giudicato sulle premesse giuridico-fattuali di un accertamento fiscale a plurimi periodi d'imposta, poiché ne discenderebbe «la conseguenza che, laddove la decisione giurisdizionale divenuta definitiva sia fondata su un'interpretazione delle norme comunitarie relative a pratiche abusive in materia di IVA in contrasto con il diritto comunitario, la non corretta applicazione di tali regole si riprodurrebbe per ciascun nuovo esercizio fiscale, senza che sia possibile correggere tale erronea interpretazione»: in altri termini, una simile estensione del giudicato si porrebbe quale fonte di perpetuazione della possibile ingiustizia – questa sola irredimibile – contenuta nella prima decisione.

37 Sentenza 11 novembre 2015, C-565/14, ove – richiesta se «gli articoli 107 TFUE e 108 TFUE nonché il principio di effettività, nell'ambito di una controversia civile vertente sull'esecuzione di un contratto di diritto civile che dispone la concessione di un aiuto di Stato, esiga la disapplicazione di una sentenza di accertamento civile passata in giudicato ed emessa nella medesima causa che conferma la permanenza in vigore del contratto di diritto civile senza procedere ad alcun esame della normativa in materia di aiuti, qualora l'esecuzione del contratto non possa essere altrimenti impedita ai sensi del diritto nazionale» – la Corte di giustizia ha affidato al giudice del rinvio se il limite di cui al § 322 I ZPO, per cui una sentenza è rivestita dell'autorità di cosa giudicata sostanziale soltanto nel caso in cui vi sia stata una pronuncia sulla pretesa azionata nella domanda giudiziale o in una domanda riconvenzionale, non lo autorizzi a interpretare questa disposizione nel senso che, laddove sia invocata una violazione dell'articolo 108, paragrafo 3, terza frase, TFUE, l'autorità di giudicato si estende soltanto alle pretese giuridiche sulle quali il giudice ha statuito e non osta pertanto a una pronuncia giudiziale, nell'ambito di un'ulteriore controversia, sulle questioni di diritto su cui tale decisione definitiva non si è pronunciata».

38 Art. 503: «A decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida. § 1º O disposto no caput aplica-se à resolução de questão prejudicial, decidida expressa e incidentalmente no processo, se: I – dessa resolução depender o julgamento do mérito; II – a seu respeito tiver havido contraditório prévio e efetivo, não se aplicando no caso de revelia; III – o juízo tiver competência em razão da matéria e da pessoa para resolvê-la como questão principal».

Tale conclusione vale anche per la cd. *Begründungstheorie*, di cui una buona parte della nostra dottrina è tributaria al pensiero di Zeuner<sup>39</sup>, là dove questa valorizza le situazioni di nesso teleologico-giuridico tra oggetti diversi di successivi processi in presenza di un cd. elemento di uguaglianza e di scambio<sup>40</sup>, come appunto accade nel rapporto tra controversie relative a contratti a prestazioni corrispettive o “unilaterali imperfetti”<sup>41</sup>. Ebbene la ricostruzione zeuneriana ammette che in queste ipotesi, in ragione del sinallagma esistente (“fuori” dal processo) tra le prestazioni derivanti dall’unico contratto, la condanna all’adempimento della prestazione avrebbe effetto vincolante con riguardo alla sussistenza ed all’efficacia del contratto nel successivo processo di condanna alla controprestazione, discendendo dalla prima pronuncia un vincolo che si estende alla specifica situazione sostanziale corrispettiva, a scanso del rischio di rottura sul piano processuale del nesso sinallagmatico esistente su quello sostanziale.

Questo “vincolo selettivo” al precedente esito della cognizione giudiziale, tuttavia, non consente di nascondere il fatto che anche la teoria di Zeuner – che pur accuratamente rifugge dal ragionare di estensione del giudicato alle questioni pregiudiziali e si muove piuttosto su un terreno giusnaturalistico di equità distributiva, da altri concettualizzato anche in termini di divieto dell’abuso del processo o di operatività dell’*exceptio doli generalis* – viene comunque a correlare una *vis expansiva* della precedente sentenza a questioni anche non dibattute che, nell’ipotesi “normale” e più frequente in cui oggetto del primo giudizio sia stata una delle prestazioni principali nascenti dal contratto, invero si differenzia assai poco dall’accertamento “da giudicato implicito”<sup>42</sup>: ponendosi davvero al limite della contraddizione per una tesi che valorizza i motivi della sentenza e che perciò è etichettata *Begründungstheorie*, su questo specifico punto per vero rimasta minoritaria in Germania<sup>43</sup>.

39 ZEUNER, Die objektiven Grenzen der Rechtskraft im Rahmen rechtlicher Sinnzusammenhänge, Tübingen 1959.

40 Sul carattere casistico-sostanziale ed analitico che costituisce il connotato della tesi di Zeuner v. soprattutto Consolo, Oggetto del giudicato e principio dispositivo. I, cit., 226 s.; nonché, da ult., Dalla Bontà, Una «benefica inquietudine». Note comparate in tema di oggetto del giudicato nella giurisprudenza alla luce delle tesi zeuneriane, in *Giusto proc. civ.* 2011, 895 ss.

41 ZEUNER, Die objektiven Grenzen der Rechtskraft, cit., 75 ss.

42 Un cenno in Menchini, «Regiudicata», cit., 438, nt. 155. V. nella dottrina tedesca Peters, Zur Rechtskraftlehre Zeuners, in *ZZP* 76, 1963, 236, per il quale – ferma la differenza concettuale funzionale tra vincolo selettivo ed estensione del giudicato a valle di domanda di accertamento incidentale – tuttavia il risultato pratico è esattamente lo stesso.

43 Cfr. DALLA BONTÀ, Una «benefica inquietudine», cit., 900 ss.

I valori che le Sez. Un., nella pronuncia n. 12310/2015<sup>44</sup>, correla alla “ombra lunga” del giudicato implicito – ombra che si proietta verso l’intero universo processuale condizionando il sistema e l’interpretazione degli istituti, nel segno di un processo che si presti a risolvere quanto più possibile in via definitiva la *contesa* tra le parti – sono bensì tali da condivisibilmente ammettere la nuova cesellatura della nozione di *mutatio libelli*, ma non certo da legittimare l’estensione del giudicato al *non iudicatum*, per farne discendere un vincolo a spettro più ampio ed esteso a sviluppi su cui non è stato calibrato l’impegno difensivo.

Né certo può soccorrere, a giustificare questo esito, la considerazione che l’inerzia delle parti viene comunque compensata dalla possibilità che la cognizione del giudicante si soffermasse anche d’ufficio sulle tematiche di validità del contratto. Non basta infatti, per sostenere che sul punto si è “deciso”, invocare il fatto che il giudice, potendo rilevare la nullità nell’esercizio dei suoi poteri officiosi, evidentemente ha inteso risolvere in senso negativo il dubbio sull’esistenza del vizio se ha ritenuto di poter riconoscere l’effetto elementare nascente dal contratto. La rilevabilità d’ufficio, la mera possibilità della cognizione officiosa non può certo costituire “sanatoria” di tutto ciò che si sarebbe potuto rilevare, ma in concreto non si è effettivamente rilevato: come dimostra *a contrario* la circostanza che il giudice ha appunto omesso di attivare i meccanismi dell’art. 101, co. 2, c.p.c.

c) Questa considerazione s’impone ancor più là dove – come è ritenuto dalla giurisprudenza consolidata – si ritenga di far discendere il vincolo sulla validità-esistenza del rapporto anche dal giudicato risultante da un decreto ingiuntivo non opposto, e così da una cognizione puramente sommaria ed avvenuta inaudita altera parte<sup>45</sup>. Poiché una cosa è la preclusione

---

44 Cass., sez. un., 15.6.2015, n. 12310, in Corr. Giur. 2015, 961, con nota di Consolo, Le Sez. Un. aprono alle domande “complanari”: ammissibili in primo grado ancorché (chiaramente ed irriducibilmente) diverse da quella originaria cui si cumuleranno.

45 Così la giurisprudenza assolutamente consolidata. V. per tutte Cass., 24.11.2000, n. 15178, per cui il giudicato sostanziale conseguente alla mancata opposizione di un decreto ingiuntivo copre non soltanto l’esistenza del credito azionato, del rapporto di cui esso è oggetto e del titolo su cui il credito ed il rapporto stessi si fondano, ma anche l’inesistenza di fatti impeditivi, estintivi e modificativi del rapporto e del credito precedenti al ricorso per ingiunzione e non dedotti con l’opposizione, mentre non si estende ai fatti successivi al giudicato ed a quelli che comportino un mutamento del petitum ovvero della causa petendi in seno alla domanda rispetto al ricorso esaminato dal decreto esecutivo; ancora Cass., 6.9.2007, n. 18795: «Il giudicato formatosi a seguito della mancata opposizione avverso un decreto ingiuntivo, recante intimazione di pagamento di canoni arretrati in relazione ad un rapporto di locazione, fa stato fra le stesse parti circa l’esistenza e validità del rapporto corrente inter partes e sulla misura del canone preteso, nonché circa l’inesistenza di tutti i fatti impeditivi o estintivi, anche non dedotti, ma deducibili nel giudizio di opposizione, quali quelli atti a prospettare l’insussistenza, totale o parziale, del credito azionato in sede monitoria dal locatore a titolo di canoni insoluti, per effetto di controcrediti del conduttore per somme indebitamente corrisposte in ragione di maggiorazioni contra legem del



implicita da cognizione non soffermatasi, altra cosa la cognizione puramente virtuale nel merito della fonte costitutiva del diritto: cognizione che mai ha avuto modo di “cadere” sulla validità del rapporto in carenza di un sia pur embrionale contraddittorio, anche con il giudice.

È un’incoerenza rivelatrice che, posti dinanzi a questo rischio, i sostenitori tanto della estensione del giudicato al rapporto fondamentale (specie contrattuale), quanto della preclusione alla riapertura del dibattito sul vincolo sinallagmatico da nessi di connessione funzionale, tendano a ricusare le rigorose conseguenze circa l’efficacia che dovrebbe essere attribuita al decreto ingiuntivo, consolidatosi *inaudita altera parte*, relativo alla prestazione elementare nascente dal contratto a prestazioni corrispettive: adducendo a sostegno di tale tesi – a questo punto però “dimentica” dell’*Ausgleichszusammenhang* sussistente tra le prestazioni corrispettive e dei valori di equità di cui esso dovrebbe farsi carico – che, eccezionalmente, detto vincolo dovrebbe limitarsi alla irretrattabilità della spettanza della sola situazione giuridica elementare oggetto dell’intimazione monitoria<sup>46</sup>.

È un’incoerenza, poiché se la deduzione in giudizio dell’effetto legato da pregiudizialità logica apre una pregiudiziale necessaria sull’esistenza e validità del rapporto, non si vede perché ciò non dovrebbe avvenire in caso di domanda di condanna esercitata nelle forme speciali monitorie. E parimenti, se il nesso di connessione funzionale è volto a prevenire la disarticolazione di organismi sostanziali unitari, non si vede perché alla concezione organica del rapporto contrattuale sinallagmatico dovrebbe risultare meno stridente, o più accettabile, che il primo giudicato si formi per effetto della mancata opposizione ad un decreto ingiuntivo.

Eppure è rivelatrice, poiché abbiamo un inespesso, ma franco riconoscimento della inaccettabilità di un giudicato che si formi dal silenzio e dalla pura virtualità, se non sostanziale impossibilità di rilievo delle questioni rilevabili d’ufficio, ostative alla concessione di tutela giurisdizionale. Né in contrario si potrà far leva sul fatto che la ragione del consolidamento va collocata nella non contestazione (da mancata opposizione) del convenuto:

---

canone»; Cass., 26.6.2015, n. 13207: «il decreto ingiuntivo divenuto inoppugnabile, ed avente ad oggetto la condanna al pagamento di canoni di locazione, preclude all’intimato la possibilità di invocare, in un diverso giudizio, la nullità della clausola contrattuale di determinazione della misura del canone».

46 V., per un verso, Menchini, voce «Regiudicata», cit., 426, nota 104: «ci sembra che debba essere quanto meno oggetto di attenta valutazione l’affermazione che si formi il giudicato implicito sull’esistenza e sulla validità del rapporto fondamentale, del quale è parte o da cui trova origine la pretesa fatta valere in via sommaria»; nonché Proto Pisani, Appunti sul giudicato civile, cit., 411 s.; per altro verso, Consolo, Oggetto del giudicato e principio dispositivo. II. Oggetto del giudizio ed impugnazione del licenziamento, in Riv. trim. dir. e proc. civ. 1991, 599 ss.

altrimenti si verrebbe ad ammettere che questi, con un comportamento di inerzia processuale, possa provocare quella convalida del rapporto nullo che la norma sostanziale reputa inammissibile<sup>47</sup>.

d) La tesi del giudicato implicito porta poi a configurare una nozione proteiforme di giudicato che non sembra adeguata alla sua centralità<sup>48</sup>.

Apparentemente fonte di una sublimazione del giudicato, incline a diventare strumento onnipervasivo per impartire e dosare economia processuale, ragionevole durata, concentrazione dell'esperienza processuale sullo stesso rapporto, in realtà la tesi del giudicato implicito è sintomo di una disgregazione dell'istituto, frantumato in mille opinabili rivoli e "figlio" di plurimi divergenti presupposti. Esempio paradigmatico è la conclusione di Sez. Un., n. 26242/2014, che ammette il giudicato vero e proprio, a fronte di ammissibile proposizione di domanda di accertamento incidentale di non nullità del contratto in primo grado, e poi conclude che *identico* effetto sarebbe comunque frutto della mancata discussione del punto nel corso dei vari gradi di giudizio, a titolo di giudicato implicito; ma anche ammette il giudicato "vero" sulla nullità a fronte di domanda di accertamento incidentale in primo grado, e correla identico effetto,

<sup>47</sup> Si immagini quali conseguenze potrebbero discenderne, ad es., con riferimento ai rapporti locatizi in caso di formalizzazione di un canone in bianco con collaterale pattuizione di un canone in nero: accordo, quest'ultimo, appunto ritenuto nullo da Cass., sez. un., 17.9.2015, n. 18213. Il vincolo esteso anche all'accertamento dell'ammontare del canone potrebbe indurre il locatore non solo ad imporre la pattuizione in nero al momento della conclusione del contratto, profittando della situazione di debolezza dell'aspirante conduttore alla ricerca di un'abitazione; ma addirittura potrebbe arrivare a "concordare" un decreto ingiuntivo sul canone in nero ed una mancata opposizione del conduttore al fine di escludere qualunque possibilità di contestarne la misura.

<sup>48</sup> Riconosciuta oramai, al di là della tentazione di subordinarla alla primauté del diritto comunitario, anche dalla Corte di giustizia UE: cfr. la recente sentenza Pizzarotti, 10.7.2004, C-213/13, ove – punti 58 ss. – viene « ricordata l'importanza che riveste, sia nell'ordinamento giuridico dell'Unione che negli ordinamenti giuridici nazionali, il principio dell'intangibilità del giudicato. Infatti, al fine di garantire tanto la stabilità del diritto e dei rapporti giuridici quanto una buona amministrazione della giustizia, è importante che le decisioni giurisdizionali divenute definitive dopo l'esaurimento dei mezzi di ricorso disponibili o dopo la scadenza dei termini previsti per tali ricorsi non possano più essere rimesse in discussione», confinandosi il caso Lucchini in un recesso di assoluta eccezionalità del tutto inidonea a fondare una regola generale di doverosa revisione delle decisioni passate in giudicato «per tener conto dell'interpretazione di una disposizione pertinente di tale diritto offerta dalla Corte posteriormente alla decisione di un organo giurisdizionale avente autorità di cosa giudicata» (conf. i punti 93 e 95-97 delle Conclusioni dell'Avv. gen. Nils Wahl, e già Corte di giustizia, 3.9.2009, C-2/08, Olimpiclub, punto 25). Il tema è tornato all'esame della Corte di giustizia entro la causa Tarsia c. Romania (C-69/14), ove già sono state depositate le Conclusioni dell'Avv. gen. Jääskinen il 23.4.2015, al cui punto 20 si ricapitola: «Il diritto dell'Unione non impone ad un giudice nazionale di disapplicare le norme processuali interne che attribuiscono autorità di cosa giudicata ad una decisione, anche quando tale disapplicazione permetterebbe al giudice nazionale di porre rimedio ad una violazione del diritto dell'Unione da parte di tale decisione. Pertanto, dal punto di vista del diritto dell'Unione, ai ricorrenti è precluso invocare una sentenza della Corte emessa dopo la scadenza dei termini di decadenza stabiliti dallo Stato membro al fine di rimediare ad un errore che avrebbero potuto impugnare entro i termini adeguati. Ai sensi del diritto dell'Unione, l'autorità di cosa giudicata tutela la decisione ingiusta»; la successiva sentenza, del 6 ottobre 2015, è arrivata ad esito conforme.

radicato però in un'applicazione estensiva della tesi del vincolo al motivo portante, in caso di rilievo d'ufficio per la prima volta in appello, ove la domanda di accertamento incidentale dovrebbe ritenersi inammissibile<sup>49</sup>.

In realtà, ove ci si allontani dal fondamento classico dell'istituto del giudicato, radicato nella necessità *ut sit finis litium* e nella doverosità anche costituzionale di stabilità dell'accertamento che cada sui diritti soggettivi<sup>50</sup>; ove lo si radichi in fonti variegata e molteplici (ora la domanda di parte, ora la cognizione in sé e per sé, ora la preclusione da "non detto"); ove lo si allontani dallo svolgimento effettivo di una cognizione assistita dal contraddittorio<sup>51</sup>, che ne integra gli stessi presupposti di legittimazione<sup>52</sup>; il giudicato perde la sua ieraticità e fissità e si trasforma in uno strumento di amministrazione della giustizia a risorse scarse: ma con ciò perde il suo paradigma di certezza ed a questo punto, lungi dal rafforzarsi, entra in crisi.

Lo evidenziano quelle che ne sarebbero le conseguenze ad ampio raggio su altri istituti: oltre all'incertezza che tuttora resta per determinare i confini del giudicato – la cognizione, implicita o esplicita, sulla non nullità preclude l'operare di effetti caducatori conseguenti all'esercizio

---

49 Restando oscuro a questo punto il perché di codesta divergenza di soluzioni, se l'effetto *inter partes* è identico, salvo l'orpello ancillare, rispetto all'intensità della cognizione, dell'opponibilità ai terzi e della trascrivibilità: cfr., nel senso che non vi è nessuna differente natura ed efficacia dei due accertamenti, essendo la diversità solo conseguenza del fatto che l'art. 2652 c.c. pretende "una domanda giudiziale" perché sia possibile la trascrizione, v. Menchini, *Le Sez. un.*, fanno chiarezza sull'oggetto dei giudizi di impugnativa negoziale, cit., § 4: «la opponibilità/non opponibilità della decisione ai terzi deriva dalle regole sugli effetti della domanda giudiziale e non dalla efficacia (di giudicato ovvero di altro e diverso tipo) del provvedimento del giudice».

50 Cfr. CERINO CANOVA, L'assorbimento dell'azione civile di nullità e l'art. 111 Costituzione, in *Riv. dir. civ.*, I.

51 Accenti consonanti in La China, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, 45, per il quale il giudicato è «l'effetto di un procedimento, non di un ragionamento; perciò il criterio della implicazione, valido sul piano della logica, delle regole dell'argomentazione, non lo è altrettanto sul piano positivo, perché la decisione resa per implicito si differenzia dalla decisione assunta in modo esplicito per l'ovvio e concretissimo motivo che la seconda e non la prima è preceduta da insostituibili strumenti di determinazione dell'oggetto e maturazione di verità che sono il dibattito, il contraddittorio e l'istruttoria».

52 Quanto meno ove si condivida la tesi per cui il contraddittorio ed il metodo della dialettica processuale costituiscono «il centrale ruolo d'imprescindibile strumento per la formazione della decisione e soprattutto per la sua accettazione nel sistema come giusta»: Chizzini, *Legitimation durch Verfahren*. Il nuovo co. 2 dell'art. 101 c.p.c., in *Pensiero e azione nella storia del processo civile*, 2<sup>a</sup> ed., Torino 2014, 271, ove – in nt. 32 – appunto la critica al giudicato implicito sulla giurisdizione quale concepito da Cass., *Sez. Un.*, n. 24883/2008; già Montesano, *Questioni e cause pregiudiziali*, in *Riv. dir. proc.* 1988, 306: «la forza di giudicato della risoluzione delle questioni pregiudiziali, cioè la sua irreversibile vincolatività per la decisione di domande non proposte nel processo in cui si è formato il giudicato, violerebbe il principio – posto nell'art. 24, co. 1 e 2, Cost. – che i diritti da far valere in giudizio non debbono essere, già prima di questo, privati (in base al risultato di un giudizio in cui non sono stati fatti valere) di strumenti di difesa che loro competono secondo le garanzie del "dovuto processo legale"».

dei poteri formativi, siano essi giudiziali o stragiudiziali<sup>53</sup> – si pensi alle conseguenze sul versante della soccombenza<sup>54</sup>.

Ne conseguirebbe infatti la necessità di ammettere – di contro agli orientamenti tradizionali<sup>55</sup> – una soccombenza anche con riferimento alla motivazione o addirittura alla non motivazione, per gli effetti che ne potrebbero discendere con riguardo ai futuri giudizi destinati a coinvolgere diritti dipendenti dal rapporto giuridico complesso<sup>56</sup>.

E così si dovrebbe consentire l'appello del soccombente che voglia mutare la motivazione per risultare pur sempre soccombente, ma non per prescrizione bensì per risoluzione consensuale del rapporto, anche se a parità di forza vincolante (non reiterabilità della domanda, a differenza del caso di rigetto di eccezioni operanti *zur Zeit*), al fine di conseguire nessun altro risultato se non l'accertamento implicito della non-nullità del contratto<sup>57</sup>: svuotando così di significato la regola del primato della questione più liquida a detrimento della funzionalità del processo e soprattutto di quella concezione fondante che lo vede volto a risolvere la controversia tra le parti e non ad affidare al giudice il compito di ricostruire la vicenda del rapporto al modo di uno storico<sup>58</sup>. Un processo che ne

53 La questione, come noto, è stata lasciata aperta da Cass., Sez. Un., n. 26242/2014: cfr. Menchini, *Le Sez. un.*, fanno chiarezza sull'oggetto dei giudizi di impugnativa negoziale, cit., § 4, in fine.

54 V. già Salvaneschi, *L'interesse ad impugnare*, Milano 1990, 132 ss.

55 V. per questa impostazione tradizionale Cass., 28.11.2002, n. 16865: «l'interesse ad impugnare una sentenza, o un capo di essa, si ricollega ad una soccombenza, anche parziale, nel precedente giudizio, intesa in senso sostanziale e non formale. Ne consegue che è inammissibile l'impugnazione se la parte appellante, vittoriosa sul capo di sentenza impugnato, voglia conseguire in via esclusiva la modificazione della motivazione della pronuncia impugnata e l'impugnazione stessa tenda non alla rimozione di un danno effettivo, ma a soddisfare esigenze teoriche di correttezza formale».

56 Aperture in questo senso, fondate sulla teorica delle "premesse logiche indispensabili", si ritrovano in effetti in Cass., 10.11.2008, n. 26921: «deve escludersi l'interesse della parte integralmente vittoriosa ad impugnare la sentenza al solo fine di ottenere una modificazione della motivazione, salvo il caso che da quest'ultima possa dedursi un'implicita statuizione contraria all'interesse della parte medesima, nel senso che a questa possa derivare pregiudizio da motivi che, quale premessa necessaria della decisione, siano suscettibili di formare giudicato»; e successivamente Cass., 5.10.2009, n. 21257, e Cass., 9.10.2012, n. 17193.

57 Si va qui ben oltre alla ritenuta rilevanza di un cumulo condizionale di allegazioni gradate del convenuto, ove corrispondente ad un interesse sostanziale (esemplificate con la ritenuta opportunità che, per la percezione "esterna" del mondo economico, non si passi per un debitore pronto ad invocare il decorso del tempo per sottrarsi al rispetto di propri obblighi destinati comunque a sopravvivere, come insegna l'art. c.c.), v. Consolo, *Il cumulo condizionale di domande*, I, Padova 1985, 512 s.

58 Muovendo da tali considerazioni riteniamo non condivisibile la tesi di Attardi, *In tema di limiti oggettivi*, cit., 505, nota 16 (ma v. anche Consolo, *Oggetto del giudicato e principio dispositivo*, I, cit., 222, nt. 10), per cui tra le questioni preliminari di merito non potrebbero farsi rientrare quelle che potrebbero svuotare di valore il precedente giudicato, ossia le preliminari impedienti *zur Zeit* (condizione, termine, ma anche eccezione di inadempimento: v. supra), e ciò in ragione del fatto che, «quando i motivi concorrono a stabilire la portata dell'accertamento giudiziale, rovesciare l'ordine logico – come può avvenire applicando le disposizioni in

riuscirebbe così appesantito, anche nei gradi successivi, dalle possibili richieste di approfondire questioni di per sé ininfluenti sulla statuizione relativa alla specifica richiesta di tutela giurisdizionale avanzata dall'attore, ma al più rilevanti per sviluppi futuri in ogni caso solo probabili quando non meramente ipotetici<sup>59</sup>.

Ancora si dovrebbe riconoscere l'ammissibilità di un gravame proposto avverso una sentenza sorretta da duplice *ratio decidendi*, ove la parte soccombente – dichiarata tale ad es. per prescrizione e comunque perché il contratto specificamente prevedeva un obbligo di risultato non conseguito dall'asserito creditore – intenda contrastare solo la parte di motivazione relativa al contratto (onde discenderebbe il giudicato implicito della non-nullità) senza censurare alcunché sulla motivazione concorrente del rigetto: anche qui di contro ad una giurisprudenza che definire monolitica sarebbe riduttivo. Ed infine, sfiorando davvero il paradosso, si dovrebbe ammettere l'appello della parte vittoriosa rispetto ad una sentenza di accoglimento della domanda di risoluzione di contratto ad esecuzione continuata o periodica per risultare soccombente sulla prescrizione, sì da liberare la possibilità di un riscontro futuro della nullità non paralizzato dal giudicato implicito.

Un altro versante che potrebbe risultarne inciso è quello delle sentenze non definitive, ove si ammettesse un certo ordine logico delle questioni, tale per cui ad esempio la pronuncia non definitiva di rigetto dell'eccezione di adempimento è frutto di una riserva in decisione che

---

tema di questioni preliminari di merito – significa limitare l'incontrovertibilità dell'accertamento negativo di un diritto in quanto non è precluso che la controversia, direttamente o meno, si riapra». Un simile approccio va contro all'evidenza per cui il processo civile è un processo di parti volto alla decisione sulla specifica richiesta di tutela giurisdizionale avanzata dall'attore: ove questa tutela risulti "non spettare", quale che ne sia la ragione, non vi è nulla che possa ritardare il provvedimento negativo del giudice, se non la volontà delle parti estrinsecata con un'apposita domanda di accertamento incidentale che renda il processo cumulativo (per l'inesistenza di un "diritto del convenuto" a che il giudice si pronunci sempre sull'eccezione di merito dal medesimo sollevata, v. anche Proto Pisani, Appunti sul giudicato civile, cit., 407). Né, a nostro avviso, potrebbe aiutare la tesi del cumulo condizionale di allegazioni gradate del convenuto, che appunto unicamente proponendo la domanda di accertamento incidentale potrebbe costringere il giudicante a non ritenere assorbiti i temi di esistenza e validità del contratto in caso di preliminare rilievo del fatto che, pro tempore, non si darebbero comunque i presupposti di tutelabilità giudiziale del credito: ciò, ovviamente, sin tanto che non si arrivasse ad ammettere la condanna in futuro come figura atipica.

59 Contra questa funzionalizzazione del processo agli eventi futuri e solamente possibili Cerino Canova, in Comm. UTET al c.p.c. diretto da Allorio, 137. In senso contrario v. Menchini, Le Sez. un., fanno chiarezza sull'oggetto dei giudizi di impugnativa negoziale, cit., § 4, per il quale l'eccessiva valorizzazione del principio della ragione più liquida perde di vista i valori funzionali sottolineati anche dalle Sez. un.: a parte il rilievo che anche il primato della questione più liquida è strumento di economia infra- ed extra-processuale, continuiamo comunque a ritenere che non vi è ragione per appesantire il corso del giudizio allorché una tantum si affacci la possibilità di definire la lite su una questione preliminare assorbente.

sottende il riconoscimento implicito di esistenza-validità del rapporto<sup>60</sup>. In tal caso la non definitiva sarebbe anche una parziale, con tutte le conseguenze che ne discenderebbero in caso di mancata immediata impugnazione o riserva, e tutto l'intrico di problematiche che sorgerebbero quanto al regime di impugnazione in cassazione *ex art.* 361 c.p.c. novellato.

## 6 DOMANDA DI ACCERTAMENTO INCIDENTALI, RAPPORTI SINALLAGMATICI E LIMITI ALLA RILEVANZA DELLA MOTIVAZIONE: INTERESSI SUPERINDIVIDUALI E POTERI FORMATIVI AD ESERCIZIO GIUDIZIALE O STRAGIUDIZIALE

Non è però che – con la critica al giudicato implicito – si voglia restare indifferenti alle esigenze cui intendono dare risposta le teorie estensive dell'oggetto del giudicato o del vincolo al motivo portante<sup>61</sup>, a tal fine variamente commisurando un ruolo centrale più o meno alla motivazione.

È oramai percezione diffusa come non sia più accettabile il rigoroso principio per cui la domanda astraie una delle situazioni di cui si compone il rapporto per farne l'oggetto esclusivo del processo, indifferente alla vicenda sostanziale più ampia<sup>62</sup>. Anche i fautori della tesi più tradizionale riconoscono

60 Così MERLIN, *Compensazione e processo*, II, cit., 106 ss.; nonché Luiso; contra Consolo, *Oggetto del giudicato e principio dispositivo*, I, cit., 221 ss.; Menchini, voce «Regiudicata», cit., 439, nota 166: «la pronuncia stabilisce soltanto che il diritto vantato non esiste, perché si è avuto l'adempimento, ma non contiene alcuna dichiarazione, neppure implicita, circa la nascita e la precedente esistenza di esso; nulla esclude che l'adempimento, pur essendo in concreto avvenuto, sia senza causa giuridica, per cui colui che lo ha posto in essere ben potrà in un successivo giudizio richiedere, ad es., la ripetizione di quanto (a suo dire erroneamente) pagato»; Id., *Le Sez. un.*, fanno chiarezza sull'oggetto dei giudizi di impugnativa negoziale, cit., § 4. Ci sembra tuttavia che l'invocazione del pagamento quale ragione di rigetto della domanda avente fonte contrattuale, per un verso, impedisca a titolo di *exceptio doli* l'ipotesi che di quelle somme venga chiesta la ripetizione; per altro verso, sottenda ineluttabilmente una valutazione di efficacia-validità del rapporto di cui sarebbe frutto il diritto azionato e cui, come poc'anzi si diceva, andrebbe "imputato" l'avvenuto trasferimento patrimoniale.

61 Esigenze così riassunte da Attardi, *In tema di limiti oggettivi*, cit., 476: «prima tra tutte c'è, se non erro, l'esigenza di ridurre il più possibile il fenomeno del contrasto di giudicati [...] Oltre a ciò vi sono, a giustificare il rilevato orientamento [estensivo], da un lato un'esigenza di economia processuale quale è quella che, per quanto possibile, la tutela dell'interesse sostanziale – o, come si ripete più frequentemente, del bene della vita – in gioco non si frazioni in separati, successivi giudizi, ma si realizzi in un unico processo; dall'altro, il rispetto della parità di posizioni da assicurare alle parti del processo, di modo che la tutela accordata all'attore e al convenuto sia uguale, e il primo, non meno del secondo, sia al riparo da ulteriori molestie nel godimento del bene della vita, riconosciuto dal provvedimento giurisdizionale»; v. anche, con riferimento alla teoria del giudicato implicito, Consolo, *Postilla di completamento*. Il giudicato ed il rilievo officioso della nullità del contratto, cit., 186: «il favore per l'economia (extra-) processuale, per la non moltiplicazione dei giudizi in assenza di stimoli e valorizzazioni concrete – quale che ne siano origine e ragione – già entro il primo, ospitale e spesso lungo rapporto processuale».

62 Per la formulazione paradigmatica di questo concetto v. Cerino Canova, in *Commentario del c.p.c.* diretto da Allorio, cit., 138, che così prosegue: «ciò di cui ci si deve occupare e fondamentalmente preoccupare è che venga dichiarato esistente o inesistente il diritto affermato nella domanda; ed è questa l'unica preoccupazione attuale e resa evidente dal processo, poiché l'esito del giudizio può consistere nel riconoscimento o nel disconoscimento del relativo bene della vita».

come il diritto venga conosciuto dal giudice non quale monade isolata, bensì in quanto frutto di una determinata fattispecie rispetto alla quale debbono rimanere coerenti gli esiti di eventuali ulteriori esercizi di attività giurisdizionale, a presidio della stabilità e della coerenza del precedente giudicato<sup>63</sup>.

Questa prospettiva, tuttavia, può trovare sostegno non tanto nelle ragioni di economia extra-processuale (che compendiano i valori della stabilità delle decisioni giudiziarie, della concentrazione ed effettività delle tutele, del rispetto della non illimitata risorsa-giustizia): ragioni che, correlate ad interessi propri della sola amministrazione della giustizia, non possono certo esse ammettere il giudice a definire diritti o rapporti che *non* hanno costituito l'oggetto della specifica richiesta delle parti in lite e della perimetrazione per parte loro dei confini del *decidendum*. In altri termini, non è certo nell'*Inversionmethode*, che dall'aspetto funzionale dell'economia processuale fa derivare conseguenze strutturali, che si può trovare il fondamento per un'estensione della forza vincolante del giudicato<sup>64</sup>.

L'unica esigenza suscettibile di giustificare un vincolo del giudicato più ampio rispetto a quanto distillato entro l'art. 34 c.p.c., che sia rilevante anche nell'orizzonte degli interessi di parte, è costituita dalla necessità di coerenza decisoria – non tanto in astratto, bensì in concreto – volta ad assicurare che un rapporto sostanziale unitario non venga disarticolato per i mutevoli rivoli degli esiti di separati processi: ed allora torna qui sul proscenio, al di là delle formule definitorie della pregiudizialità tecnica o logica, la figura del contratto sinallagmatico e la necessità di impedire, oltre che la disgregazione dello stesso quale *corpus* unitario, anche abusi del processo o comunque violazione dei doveri di lealtà e probità.

a) Pertanto nelle vicende sostanziali che siano estranee al settore qui evocato resta decisivo il ruolo della domanda di accertamento incidentale: fermo restando che la estensione del giudicato alla proprietà nell'azione di rivendica si spiega in ragione della eccezionale natura di pregiudizialità necessaria della relativa questione.

In alcuni casi, secondo la felice precisazione di Satta, un problema di estensione del giudicato non si porrà affatto, poiché difetterà la legittimazione a contraddire del convenuto (es.: domanda su credito ereditario nei confronti

63 ATTARDI, In tema di limiti oggettivi, cit., 499 ss.: «è vero che l'incontrovertibilità coprirà pure la fattispecie alla quale si ricollega il diritto accertato, ma sempre ai limitati fini del processo nel quale la sentenza è pronunciata».

64 In senso adesivo alle Sez. un. v. invece Menchini, Le Sez. un., fanno chiarezza sull'oggetto dei giudizi di impugnativa negoziale, cit., § 4.

di un terzo debitore del *de cuius* del tutto estraneo alle questioni successorie)<sup>65</sup>, e fors'anche l'interesse ad agire (es.: domanda di risarcimento del bene di cui l'attore si asserisce proprietario, rispetto alla quale il convenuto contesta il titolo dominicale senza tuttavia dichiararsi a sua volta proprietario, ipotesi in cui ovviamente non si richiederà la *probatio diabolica* del diritto dominicale). Negli altri casi, affinché il giudicato si possa ritenere esteso al rapporto pregiudiziale, sarà necessaria la specifica richiesta di un autonomo accertamento *ex professo* vocato al giudicato, salvi i casi di accertamento incidentale *ex lege*, poiché quello è l'unico possibile tramite di un'estensione del giudicato al rapporto giuridico pregiudiziale ed incompatibile<sup>66</sup>, che pur sia stato oggetto di cognizione, ma sempre *incidenter tantum*.

Va precisato che la proposizione della domanda non richiederà formule sacramentali né richiederà necessariamente l'enucleazione di un apposito capo nelle conclusioni. Come noto, anche Chiovenda – nell'incentrare la teorica dei limiti oggettivi del giudicato sulla falsariga del modello tedesco e sulla *Zwischenfeststellungsklage* – ammetteva che la volontà delle parti di ottenere l'accertamento incidentale con forza di giudicato non richiedesse la formalizzazione di uno specifico *petitum*, ma potesse essere desunta da una libera e penetrante interpretazione del contegno delle parti<sup>67</sup>.

Non basterà comunque il semplice fatto della discussione, né la mera contestazione ad estendere l'oggetto del giudicato, atteso che il meccanismo dell'art. 35 c.p.c. resta un *unicum* radicato nella peculiarità della compensazione, dovendo per il resto prevalere la regola tradizionale

65 SATTA, Commentario, v. I, 150 s.: «non si saprebbe tra l'altro di fronte a quale legittimato passivo questo accertamento dovrebbe avvenire, poiché il convenuto non afferma di essere lui l'erede o il proprietario».

66 Che – quale attribuzione del bene della vita – costituisce l'oggetto elettivo ed unico del giudicato sostanziale a termini degli artt. 2907 e 2909 c.c. Contra, per la possibilità di estendere il giudicato alla risoluzione di qualsivoglia questione di fatto, in tanto in quanto suscettibile di essere oggetto di sentenza non definitiva a termini degli artt. 187 e 279 c.p.c., Taruffo, Collateral estoppel e giudicato sulle questioni, in *Riv. dir. proc.* 1972; e già Pugliese, voce «Giudicato civile (dir. vig.)», in Enc. Dir.

67 CHIOVENDA, Istituzioni di diritto processuale civile. I, Napoli 1935, 364: «in mancanza di una norma che richiede una domanda formale di accertamento incidentale, la volontà delle parti si può desumere da qualunque elemento (il costante comportamento delle parti, dice il Pescatore)», in base ad «una indagine di mero fatto», che si risolve «nella interpretazione della volontà delle parti». V. anche Recchioni, Pregiudizialità processuale e dipendenza sostanziale, cit., 205 ss.; Montesano, Questioni e cause pregiudiziali, in *Riv. dir. proc.* 1988, 312 (qualche anno prima Id., In tema di accertamento incidentale e di limiti oggettivi del giudicato, in *Riv. dir. proc.* 1951, 335, sembrava invece comunque pretendere una conclusione specifica).



per cui non basta la semplice eccezione a determinare l'ampliamento dell'oggetto del processo e del giudicato<sup>68</sup>.

b) La domanda di accertamento incidentale dovrebbe risolvere la maggior parte delle ipotesi, tanto più oggi che si riconosce largamente che detto accertamento possa venire ammissibilmente richiesto anche successivamente al calare delle barriere decadenziali. È questo uno degli aspetti fondamentali dell'insegnamento delle Sez. Un., n. 26242/2014, secondo cui tale domanda si sottrae alle preclusioni e può essere avanzata durante tutto il corso del giudizio di primo grado<sup>69</sup>. Ciò deve valere evidentemente non solo nel caso di rilievo d'ufficio della nullità *ope iudicis*, alla base dell'intervento delle Sez. Un.<sup>70</sup>; bensì *in ogni ipotesi* di eccezione proposta dal convenuto su questione rilevabile d'ufficio, o di mera difesa che contesti il fatto costitutivo ovvero ammissibilmente introduca un diritto incompatibile, su cui una parte dichiara di volere l'accertamento incidentale con forza di giudicato<sup>71</sup>.

A tal punto, quand'anche la questione fosse emersa antecedentemente, la richiesta che la cognizione del giudice si soffermi con la forza del giudicato potrà sopravvenire in deroga alle preclusioni, riaprendo *ex art. 153 c.p.c.* la possibilità per i contendenti di eventualmente arricchire il proprio impegno difensivo al riguardo, allorché si possa comprovare che sino a quel momento la questione fosse stata trattata più superficialmente in ragione

68 Per tutti v. Montesano, *La tutela giurisdizionale civile dei diritti*: «le eccezioni del convenuto, "late" o "proprie", non sono mai domande, perché, quali che siano le questioni con esse poste, hanno solo il fine di negare la tutela richiesta dall'attore, non di domandare al giudice un diverso, e magari contrapposto, provvedimento di tutela, in altre parole non ampliano l'oggetto del processo ad un concreto bene differente, per natura o per estensione, da quello preteso in domanda».

69 V. la sentenza evocata, punto 5.11: «All'interrogativo circa i rapporti che, all'esito della rilevazione officiosa del giudice, corrono tra la domanda di nullità proposta dalla parte e quella originaria, è agevole rispondere come poco rilevante sia discorrere di mutatio libelli vietata ovvero di emendatio consentita. Di per sé considerata, la domanda di nullità riveste un indiscutibile carattere di novità, se diviene oggetto di una richiesta di accertamento a seguito del rilievo officioso del giudice. Ma tale novum processuale non potrà più esser destinato a cadere sotto la scure delle preclusioni imposte dall'art. 183 c.p.c. post riforma del 1995. Non si tratta, infatti, di consentire all'istante una tardiva respicenza processuale, bensì di riconoscere un senso ad un itinerario processuale che, nell'ambito della corretta dialettica tra le parti e il giudice, consente di pervenire a un effettivo e definitivo accertamento in relazione a una questione emersa per la prima volta, sia pur *ope iudicis*, in una qualsiasi fase del giudizio». La strada in questa direzione era già stata tracciata da Consolo, *Poteri processuali e contratto invalido*, in *Europa e dir. priv.* 2010, 941 ss., § 5.

70 Che pure sembrano orientate nel senso che l'itinerario tracciato valga in tanto in quanto sia il combinato operare del rilievo officioso e della sua segnalazione, ex artt. 183, co. 4, e 101, co. 2, c.p.c., a consentire «una proposizione formalmente "tardiva" della domanda di accertamento» (punto 5.11.5).

71 Inclina in questa direzione Consolo, *Le Sez. Un. aprono alle domande "complanari"*, cit.

del fatto che essa non sarebbe stata destinata ad essere fissata “per sempre” nell’ottica di tutti i possibili ulteriori sviluppi. E tale riapertura, per usare le espressioni delle due più recenti pronunce delle Sez. Un., nn. 26242/2014 e 12310/2015, si coerenza con la funzionalizzazione del processo alla più completa definizione della vicenda sostanziale, con tutte le pretese felicemente chiamate *complanari*<sup>72</sup>: come sono per definizione le domande di accertamento incidentale, tutte coordinate (o al più incompatibili) con il *petitum* della domanda attrice.

Resta solo il dubbio se pure in appello, in quanto non vi si ravvisi l’ostacolo dell’art. 345 c.p.c., sia ancora possibile la formulazione di domanda di accertamento incidentale.

Infatti, per un verso, la caratteristica “complanare” di tali domande, com’è idonea a sottrarre le domande *de quibus* al limite preclusivo dell’art. 183, co. 6, n. 1, c.p.c. ed a consentire di precisare le conclusioni al di là di quanto si sia specificato in atto introduttivo ed in 1<sup>a</sup> memoria, così pure potrebbe giustificare una deroga con riferimento al disposto dell’art. 345, co. 1, c.p.c.<sup>73</sup>; per contro l’ammissione della domanda nuova, con la connessa riapertura delle preclusioni istruttorie, potrebbe essere fonte di particolare aggravio per il singolo procedimento. Ed è nel bilanciamento di questi due valori che andrà trovata la risposta, il cui esito negativo potrà dunque fondarsi unicamente su un intendimento dell’appello quale grado di giudizio assolutamente chiuso ed avente mera finalità di controllo. Una visione, questa, che pare guidare le più recenti iniziative legislative, ma risulta del tutto aliena all’impostazione delle Sez. Un. n. 12310/2015<sup>74</sup>.

72 Così CONSOLO, *Preclusioni nel processo civile e preclusioni alla definizione del processo legislativo di riforma*, in *Giur. it.* 1993, I, 2, 771; Id., *La trattazione nella fase introduttiva del processo: un primo bilancio nel (semi-)decennale*, in *Giur. it.* 2001, 1075.

73 V. anche Pagni, *Il “sistema” delle impugnative negoziali dopo le Sez. un.*, in *Giur. it.* 2015, 75, per la quale si configura come irrazionale il rischio – cui si andrebbe altrimenti incontro – della moltiplicazione dei giudizi in ragione della necessità di promuovere nuova domanda (trascrivibile) di nullità, peraltro incongruamente condizionata dal precedente giudicato (secondo Sez. un., n. 26242/2014), al fine di conseguire l’opponibilità ai terzi.

74 Si confrontino, per un verso, la relazione accompagnatoria al DDL delega cd. “Berruti”, C-2953, ove – a pag. 20 del dattiloscritto – si legge della necessità di procedere al «rafforzamento del divieto dei *nova*, prevedendo non solo che non è consentito all’appellante di proporre nuove domande, nuove eccezioni e nuovi mezzi di prova (in conformità a quanto già disposto dall’attuale formulazione dell’art. 345 c.p.c.), ma che gli è precluso anche solo di introdurre nuove ragioni o deduzioni in diritto [*sic*] per dimostrare la fondatezza giuridica delle domande e delle eccezioni precedentemente proposte, che non siano già state sottoposte al Giudice di primo grado»; per altro verso la già cit. Cass., sez. un., 15.6.2015, n. 12310, ove invece non si ha dubbi sul fatto che «una diversa qualificazione giuridica del fatto [*sic*] sempre ammissibile, perfino nel corso dei giudizi di impugnazione, ad opera della parte ed anche del giudice, senza bisogno di una specifica norma che autorizzi a tanto».

c) Nell'ambito dei contratti sinallagmatici, invece, la finalità di coerenza decisoria ben potrà determinare un ampliamento della forza vincolante del giudicato a profili che *non siano stati oggetto di esame* da parte del giudice, ma tale possibilità dovrà arrestarsi *anzitutto* allorché l'orizzonte della lite si prospetti come rilevante non più solamente nei rapporti interprivati, ma veda in gioco interessi superindividuali rispetto ai quali non può riconoscersi il monopolio e la signoria dei litiganti.

Ed allora, quando si possa porre un problema di qualificazione del contratto, la soluzione che sia stata data per scontata nella prima decisione – anche solo per non dar adito a situazioni di abuso del processo – non può essere smentita in un secondo processo, e ciò non meramente allorché si discuta della medesima situazione sostanziale<sup>75</sup>, ma anche quando vengano in questione i diritti sinallagmaticamente connessi con quello di cui unicamente si è discusso nel precedente giudizio. La parte dapprima vittoriosa, anche solo per un'*exceptio doli*, non potrà cercare di ottenere un vantaggio ulteriore ed incompatibile con il fondamento della prima pronuncia, sia in caso di accoglimento sia in caso di rigetto della domanda: così non si potrà pretendere il rilascio *ad nutum* dell'immobile, sostenendo che il godimento è stato concesso in comodato, quando prima si sia ottenuto un *dictum* di condanna al pagamento dei canoni di locazione; specularmente, ottenuto il rilascio *ad nutum* dell'immobile, nel presupposto della natura di comodato del contratto ad esso relativo, non si potrà agire per il pagamento dei ratei di canone pregressi. Ed ancora, volta che sia stata rigettata la pretesa di sfratto, fondata sulla natura di locazione del rapporto, non potrà il convenuto per l'adempimento dei canoni (o per lo sfratto per morosità) difendersi invocando il comodato quale titolo di godimento; ed ancora, respinta la domanda di rilascio fondata sul venir meno del termine del comodato, troverebbe ostacolo nel giudicato – e nella necessità di preservarne la pienezza – una successiva pretesa di proroga tacita del contratto qualificato come di locazione, ovvero ancora una successiva pretesa di contribuzione alle spese necessarie al mantenimento della cosa in buono stato locativo.

In queste situazioni, che Zeuner classificava come di effetto perseguito dalla successiva domanda che si pone come completamento della regolamentazione raggiunta con il primo giudicato<sup>76</sup>, è la “veste”

75 Così invece ATTARDI, In tema di limiti oggettivi della cosa giudicata, cit., 503, che fa appunto gli esempi ricordati in principio, nel par. 1.

76 ZEUNER, *Die objektiven Grenzen der Rechtskraft*, cit., 58 ss. A questa figura ben può ricondursi l'esempio dell'estensione del vincolo sulla spettanza del diritto dominicale, e sulla decorrenza dello stesso, dalla sentenza che accolga la domanda di rivendica al giudizio in cui venga in discussione il diritto ai frutti: cfr. in arg. Menchini, *I limiti oggettivi*, cit., 122, nota 132; Recchioni, *Pregiudizialità processuale e dipendenza sostanziale*, cit., 225 s.

che è stata data alla pretesa, collegata alla fattispecie che l'ha fondata e l'ha plasmata entro un contratto a prestazioni corrispettive, che integra il fondamento dell'effetto conformativo del giudicato<sup>77</sup>.

Quando invece venga in considerazione la nullità del contratto per le sue varie cause “codicistiche”, che non sia stata oggetto di cognizione e che si voglia ritenere oggetto di giudicato implicito, l'interesse privato deve cedere il passo a fronte del gioco di preminenti interessi superindividuali. Ed allora dal silenzio, dall'implicito, non potrà nascere alcun vincolo rispetto alla possibilità che l'invalidità possa essere rilevata d'ufficio (o eccepita) in un secondo giudizio concernente altri effetti elementari nascenti da quel medesimo contratto. A nulla potrà rilevare, in contrario, il rischio di rottura sul piano processuale del nesso di corrispettività esistente sul quello sostanziale<sup>78</sup>, la necessità che quel primo esito meritale non venga smentito da una decisione suscettibile di portare ad un disequilibrio tra i reciproci obblighi nascenti dall'unico vincolo negoziale, poiché altrimenti – come già si è rimarcato – ci si espone non solo al rischio di frode alla legge ad opera delle parti concordi o ad opera di quella che abbia una forza economica maggiore<sup>79</sup>, ma in ogni caso alla possibilità che un errore decisionale si perpetui e si protenda anche sul versante di diritti connessi non oggetto del primo processo e, pertanto, non “titolati” a pretendere l'immutabilità del primo giudicato.

77 Lo stesso a dirsi per la consumazione del controcredito eccepito in compensazione e rimasto non contestato, senza perciò attivazione del meccanismo dell'art. 35 c.p.c. Pure qui, ricorre il requisito richiamato *supra*, della natura solo interpretata degli interessi in gioco (d'altronde è sempre nell'ottica della natura puramente interpretata degli interessi in gioco che si muove la medesima fattispecie dell'art. 35 c.p.c. di accertamento incidentale *ex lege*: sembrando non accettabile, nell'ottica del bilanciamento delle posizioni processuali e della parità delle armi, che il convenuto possa dedurre in giudizio un controcredito contestato, per cancellare sino al *tantundem* il credito azionato in via principale dall'attore, conservandosi la possibilità, pure nel caso in cui quel controcredito venga riscontrato come non esistente e di azionarlo in un nuovo giudizio senza andare incontro alla forza preclusiva del primo accertamento negativo: cfr. Merlin, *Compensazione e processo*, II, cit., 93 s., testo e nota 7); pure qui, pertanto, si avrà la preclusione della facoltà di richiedere l'adempimento di quel credito che ha costituito la ragione del rigetto della domanda attrice.

78 ZEUNER, *Die objektiven Grenzen der Rechtskraft*, cit., 75 ss.

79 Così, ad es., il vincolo esteso ad esistenza del contratto ed all'accertamento dell'ammontare del canone potrebbe entrare in conflitto con il recente riconoscimento della nullità delle convenzioni che dissimolino un canone inferiore per ragioni di convenienza fiscale del locatore, di cui a Cass., sez. un., 16.9.2015, n. 18213, la cui connessione con valori superindividuali risulta in ragione della ritenuta inaccettabilità, su un piano etico/costituzionale, che si ammetta una parte ad invocare tutela giurisdizionale adducendo apertamente ed impunemente la propria qualità di evasore fiscale, «volta che l'imposizione e il corretto adempimento degli obblighi tributari, lungi dall'attenere al solo rapporto individuale contraente/fisco, afferiscono ad interessi ben più generali, in quanto il rispetto di quegli obblighi, da parte di *tutti* i consociati, si risolve in un miglior funzionamento della stessa macchina statale, nell'interesse superiore dell'intera collettività».

Là dove nel primo processo la discussione si sia svolta sempre e solo unicamente nella prospettiva della situazione giuridica elementare, non potrà dunque discenderne un vincolo esteso al rapporto, suscettibile di impedire in un secondo momento il riscontro della ragione di nullità prevista dalla legge a tutela di interessi ordinamentali, conseguente all'irrimediabile disvalore assegnato ad un invalido assetto negoziale ed alla individuazione del suo fondamento nella tutela di interessi generali<sup>80</sup>. In questo senso ci sentiremmo di delimitare l'ulteriore ipotesi enucleata da Zeuner, per cui la condanna all'adempimento della prestazione avrebbe effetto vincolante con riguardo alla sussistenza ed all'efficacia del contratto nel successivo processo di condanna alla (specifica) controprestazione, in quanto i processi risultano teleologicamente collegati per l'esistenza tra i loro oggetti di un nesso di parità ed uguaglianza (*Ausgleichszusammenhang*).

Ove però il dibattito si sia allargato alla questione di nullità, non ci pare accettabile sino in fondo l'indifferenza del processo alle ragioni del diritto sostanziale<sup>81</sup>. In queste specifiche ipotesi, infatti, la proposizione o il rilievo d'ufficio dell'eccezione di nullità comportano non tanto l'estensione del giudicato, quanto una caratterizzazione del conflitto non più in termini ristretti all'effetto elementare dedotto in giudizio, ma capaci di coinvolgere anche l'accertamento dell'invalidità del più ampio rapporto, dispiegando un vincolo che fungerà da substrato per le decisioni del nuovo giudice.

Ritorna qui ad echeggiare la *ratio* dell'altra rilevante eccezione che Chiovenda ammetteva con riguardo alla necessità di formulazione di apposita domanda di accertamento incidentale, affinché ne seguisse l'estensione del giudicato: ossia quella per cui il giudicato si sarebbe esteso al rapporto fondamentale ove le parti avessero dedotto in giudizio le obbligazioni principali nascenti dal contratto, poiché in tal caso dovrebbe «ritenersi che oggetto della domanda e del giudicato sia senz'altro e direttamente, insieme col diritto fatto valere, anche il rapporto giuridico stesso»<sup>82</sup>. Più

80 Così, compendiando le argomentazioni di Cass., sez. un., n. 26242/2014, Menchini, *Le Sez. un. fanno chiarezza sull'oggetto dei giudizi di impugnativa negoziale*, cit., § 2, testo e nt. 10.

81 L'indifferenza a tale profilo traspare invece dalle parole di Cerino Canova, in *Commentario del c.p.c.* diretto da Allorio, cit., 142, per cui la «nozione della *res in iudicium deducta* non può e non deve essere fedele alla esclusiva sensibilità che guida la speculazione del diritto sostanziale. Infatti dimenticherebbe i caratteri e la funzione del fenomeno in cui si inserisce, appunto, il processo, e soprattutto perderebbe di vista proprio l'essenza di quella entità – il diritto soggettivo – cui si vuole conformare».

82 CHIOVENDA, *Istituzioni. I*, cit., 355. V. anche Montesano, *Questioni e cause pregiudiziali*, cit., 308: «forte opportunità e direi anche elementare buon senso militano a favore dell'estensione della cosa giudicata al rapporto complesso oggetto di contestazione insieme o successivamente alla domanda che deduce un singolo diritto nascente dallo stesso rapporto, nel senso che e nei limiti in cui è presumibile che la contestazione sul titolo si rinnovi ogni qual volta siano dedotti altri diritti che abbiano il medesimo titolo».

che in questa ipotesi tuttavia, nella quale comunque l'orizzonte del dibattito delle parti resta confinato alla singola situazione giuridica elementare (per quanto "totalizzante") nascente dal contratto, l'ampliamento della lite al rapporto ci pare invece si verifichi proprio quando si apre la discussione sul tema dell'invalidità del contratto, poiché – sullo sfondo della regola *costante* per cui il giudizio sul contratto sinallagmatico assume carattere grandangolare – la causa viene *ex necesse* a coinvolgere anche la questione d'invalidità del rapporto fondamentale allorché tale questione non resti più sullo sfondo, ma diviene oggetto del dibattito e dell'attenzione delle parti: senza che ne possa risultare una sorpresa per queste, che percepiranno di dover corrispondentemente calibrare l'impegno difensivo e cui potrà essere data una rimessione in termini funzionale all'adeguato approfondimento e dibattito sul punto<sup>83</sup>; e senza che al contempo ne possano particolarmente "soffrire" i tempi di definizione del giudizio, rispetto ai quali il numero delle questioni controverse e la profondità della loro trattazione sono nella sostanza variabili indipendenti<sup>84</sup>.

Il tutto, appunto, a condizione che delle tematiche inerenti al rapporto si sia discusso e deciso, non potendo avere altrimenti giustificazione un vincolo che nasca da una non decisione: riprendendo il nucleo concettuale della tesi dei nessi di connessione funzionale, se si accetta di ragionare in termini di "vincolo al motivo portante", ebbene questo motivo dev'essere esplicitato in motivazione, altrimenti nessun vincolo ne potrà discendere<sup>85</sup>.

Lo stesso effetto dunque si avrà allorché sia stata proposta, ed accolta, un'eccezione costitutiva (es.: annullabilità, rescindibilità, redibitoria ed estimatoria). Certo si tratta di eccezioni avanzate con finalità difensive per ottenere il rigetto della domanda attrice; tuttavia la loro proposizione allarga ineluttabilmente la contesa al grandangolo del contratto, ponendo

83 Così appunto Cass., sez. un., n. 26242/2014, ove appunto l'affermazione per cui «sarebbe assurdo sostenere su sulla *questio nullitatis* possa nuovamente intervenire un successivo giudizio, salvo implicitamente avallare un evidente abuso del processo» (punto 3.15).

84 Per questa perspicua presa d'atto v. già Consolo, *Postilla di completamento. Il giudicato ed il rilievo officioso della nullità del contratto*, cit., 187, nt. 4.

85 V. anche LUISO, *Diritto processuale civile*, I, cit., 168, che – nel prestare adesione alla teorica della pregiudizialità logica – tuttavia precisa che il criterio da utilizzare, a tale riguardo, è quello dell'antecedente logico necessario: «se il giudice, per decidere dell'effetto (diritto) dedotto in giudizio, si è dovuto occupare (antecedente logico) della esistenza e qualificazione del rapporto a cui tale diritto appartiene, allora ciò che il giudice ha stabilito del rapporto forma giudicato ove venga in discussione, in un successivo processo, un altro diritto che appartiene allo stesso rapporto. Se però, per decidere del diritto, il giudice non ha avuto bisogno di occuparsi del rapporto, il giudicato non si forma ... Risalire al rapporto per decidere del diritto non è sempre necessario. Infatti, ciascun diritto, che fa parte del rapporto, è coordinato agli altri diritti, ma ha una sua vita propria».

alle parti la questione della stabilità o caducazione del vincolo, sì che – ove la cognizione e la decisione del giudice si estendano ad esse (poiché non “assorbita” da altra questione più liquida) – il *dictum* distillato in motivazione verrà a dispiegare necessariamente efficacia vincolante circa l’invalidità del contratto<sup>86</sup>.

d) In questo contesto dunque, proprio in ragione dell’esigenza di assicurare l’omogeneità – non del trattamento, bensì – degli *esiti decisori* relativi ai diversi effetti elementari che si radicano nel contratto sinallagmatico, verremo ad avere un ruolo determinante della motivazione per determinare l’intensità del vincolo scaturente dal precedente giudicato per i futuri processi.

Ne segue però un’ulteriore eccezione all’operare sia della tesi della pregiudizialità logica, sia di quella che fa leva sui nessi di connessione funzionale per imporre un’omogeneità decisoria anche al di là della mappatura delle questioni dibattute in causa. Quando pure il giudice abbia pronunciato sul singolo effetto elementare affrontando la questione di nullità/non nullità del contratto (ossia all’esistenza/inesistenza di fattispecie invalidanti ad operatività automatica), comunque questa pronuncia non potrà di per sé estendersi al rapporto nella «*sua totale ed effettiva consistenza sostanziale*»<sup>87</sup>: ossia all’esclusione di fattispecie invalidanti subordinate all’impulso di parte che non siano state azionate nel precedente processo. Solo quando venga in rilievo la questione di nullità, in ragione dell’operatività automatica della fattispecie invalidante e della conseguente natura autodeterminata della relativa domanda, potrà ammettersi che il rigetto della domanda di nullità comporti sempre accertamento della non-nullità in modo irreversibile

86 Nel senso, del resto, che con l’eccezione d’impugnativa la modificazione giuridica sia provocata automaticamente dalla mera dichiarazione di volontà del soggetto, di cui il giudice dovrà tenere conto per il tramite di sentenza di accertamento e non costitutiva, v. Allorio, *L’ordinamento giuridico nel prisma dell’accertamento giurisdizionale*; così pure Attardi, *In tema di limiti oggettivi*, cit., 536 s. Peraltro secondo Attardi il giudicato si formerebbe non nel caso in cui sia stato azionato uno degli effetti nascenti dal contratto, bensì unicamente allorché l’attore abbia richiesto l’accertamento dell’intero rapporto nascente dal contratto posto a base della domanda: distinzione invero opinabile, sia perché, per regola, l’ipotesi di domande di accertamento del rapporto è assai improbabile, sia perché – se davvero l’effetto caducatorio è frutto della sola volontà di parte – dovrebbe essere conseguente che la sentenza di accertamento estenda i propri effetti all’intero contratto. In senso contrario, per la rigorosa delimitazione al singolo diritto dedotto in giudizio dell’effetto micro-caducatorio dell’eccezione (salva sempre la valenza coerenziatrice dei nessi di connessione funzionale), Consolo, *Oggetto del giudicato e principio dispositivo*. I, cit., 282, nt. 147.

87 Come parrebbe sottendere il punto 4.7.2 della motivazione di Cass., sez. un., n. 26242/2014. Adesivamente v. Menchini, *Le Sez. un. fanno chiarezza sull’oggetto dei giudizi di impugnativa negoziale*, cit., § 4; Proto Pisani, *Appunti sui limiti oggettivi del giudicato civile*, cit., 401 s.

e con efficacia di giudicato anche con riferimento alle possibili cause non oggetto di attenzione da parte del giudice del primo giudizio<sup>88</sup>. Per le fattispecie invalidanti che si attivano previo esercizio del potere di parte, invece, se non è stato attivato “l’interruttore” del potere formativo ad esercizio giudiziale<sup>89</sup>, non si vede come possa ammettersi un accertamento *in negativo* nel corso del “primo” giudizio che si sia incentrato sul vincolo contrattuale, allorché le stesse ivi non siano state dedotte. E ciò del tutto a prescindere dalla disquisizione su quale sia l’oggetto del processo nelle azioni costitutive<sup>90</sup>, poiché non vi è spazio logico né ragione pratica per poter affermare che sul punto vi sia stata una cognizione e definizione implicita.

Non vi è spazio logico poiché ciò che ancora non può affiorare agli occhi del giudice, essendo mancato quell’impulso di parte che ne costituisce il *medium* necessario, non può evidentemente essere accertato né in positivo né in negativo<sup>91</sup>: quanto meno sin tanto che non si ammetta entro l’ordinamento un principio sostanziale – di rilevanza anche processuale – di concentrazione delle deduzioni od

88 Per tale precisazione v. Consolo, *Postilla di completamento. Il giudicato ed il rilievo officioso della nullità del contratto*, cit., 187.

89 Non diversa è la conclusione cui si deve arrivare pur dando credito alla tesi di Pagni, *Il “sistema” delle impugnative negoziali dopo le Sez. un.*, cit., 78, e già in *Le azioni di impugnativa negoziale. Contributo allo studio della tutela costitutiva*, Milano 1998, 197 ss., per cui il potere formativo di parte (annullamento, rescissione) dispiega efficacia già sul piano stragiudiziale ed il giudice è solo chiamato ad accertarlo.

90 E così pure dalla questione della rilevanza della nullità nei giudizi di annullamento o di rescissione: il rilievo officioso della nullità è infatti pienamente compatibile con la più convincente ricostruzione di Cerino Canova, per il quale la modificazione “portata” dalla sentenza costitutiva non è un qualcosa di esterno all’accertamento del potere formativo giudiziale, che consegue ad esso quale corollario estrinseco e mediato della stabilità del risultato, ma costituisce l’essenza stessa del *dictum* del giudice, che cala direttamente sul negozio: «la sentenza applica nel caso concreto – e rende così certa – una norma di mutamento giuridico ed in conformità a tale contenuto produce il mutamento stesso» (Cerino Canova, in *Commentario del c.p.c.* diretto da Allorio, cit., 164 s.). La statuizione è così una ed unica «perché viene attuata un’unica norma giuridica non ulteriormente scomponibile in fattispecie ed effetto come oggetto di distinti esercizi della giurisdizione [e] poiché la giurisdizione non può essere separatamente promossa per i presupposti della modificazione e dunque non trova nel relativo accertamento un’entità sufficiente per il suo esercizio» (Id., op.cit., 162). Postulato, questo, non dissimile da quello accolto da Sez. Un., n. 26242/2014, nel punto 4.2.1, a comprova che i corollari sistematici perseguiti sono indipendenti dall’opzione accolta circa l’oggetto del processo nelle impugnative negoziali, che avrebbe potuto essere individuato nel potere di azione costitutiva senza che ciò richiedesse il recesso dalla tesi della estensione di cognizione e decisione alla pregiudiziale di nullità/non nullità.

91 In questo senso non ci pare condivisibile la tesi che individua il bene della vita controverso nel rapporto giuridico – a tutto tondo – scaturente dall’atto negoziale, volto ad un «definitivo accertamento della idoneità della convenzione contrattuale a produrre tanto l’effetto negoziale suo proprio quanto i suoi effetti finali»: così invece Cass., Sez. un., n. 26242/2014, punti 4.8.1; nonché Menchini, *Le Sez. un. fanno chiarezza sull’oggetto dei giudizi di impugnativa negoziale*, cit., § 3.



eccezioni anche potestative assimilabile alle ipotesi di *required joinder of claims* statunitense<sup>92</sup>. Non vi è ragione pratica, poiché – con riferimento alle impugnative negoziali – per un verso l’ipotesi di reiterazione di una domanda caducatoria nascente da potere formativo sarà per lo più largamente preclusa dall’operare dei termini di prescrizione; per altro verso, non ha proprio modo di configurarsi quella deliberata scomposizione di una «*situazione soggettiva unitaria in una pluralità di sub-oggetti processualmente autonomi*» che ha costituito oggetto di repressione da parte della giurisprudenza sul divieto di frazionamento del credito<sup>93</sup>. Ed infatti non si vede quale intento abusivo o vessatorio per la controparte si potrebbe mai perseguire spezzettando le proprie azioni di impugnativa negoziale a fronte comunque dell’incombere della prescrizione/decadenza (che può essere interrotta/impedita solo dalla domanda giudiziale riscontrata dalla vittoria nel merito), risultando la reiterazione della vicenda processuale relativamente al medesimo contratto il frutto di null’altro se non di un’erronea valutazione circa le prospettive di successo del fondamento fattuale-giuridico della domanda proposta per prima.

---

92 Cfr. al riguardo Consolo, *Oggetto del giudicato e principio dispositivo*. I, cit., 275 ss.

93 Giurisprudenza la cui solidità si rivela in tempi recenti sempre più friabile: cfr. le pressoché contestuali Cass., 19 marzo 2015, n. 5491, ove si afferma che l’orientamento che sanziona d’inammissibilità il frazionamento della domanda «è stato tuttavia riconsiderato in altre pronunce, nelle quali si è affermato che – ferma restando la natura abusiva della parcellizzazione giudiziale del credito – la “sanzione” di tale comportamento non può consistere nella inammissibilità delle domande giudiziali, “essendo illegittimo non lo strumento adottato, ma la modalità della sua utilizzazione. Sicché il rimedio agli effetti discorsivi del fenomeno della fittizia proliferazione delle cause autonomamente introdotte deve individuarsi – in applicazione di istituti processuali ordinari – vuoi nella riunione delle medesime, vuoi sul piano della liquidazione delle spese di lites»; e Cass., sez. un., 26 marzo 2015, n. 6060, che ha cassato la pronuncia di merito che aveva ritenuto inammissibile una domanda d’insinuazione al passivo per interessi proposta separatamente rispetto a quella relativa alla sorte capitale (compenso professionale), ritenendo che l’identità di *causae petendi* si possa ravvisare nelle sole ipotesi «in cui il debito per interessi resti ... inscindibilmente legato alla sorte-capitale, al punto da poter essere anche liquidato d’ufficio, senza vizio di ultrapetizione: come nel caso di credito da lavoro subordinato o di credito risarcitorio da illecito aquiliano».



# ORDINARIO DELL'UNIVERSITÀ DI BOLOGNA

*LA TUTELA D'URGENZA E LE RECENTI RIFORME PROCESSUALI  
ITALIANE*

*Paolo Biavati*

*Professore ordinario Università degli Studi di Bologna*

SOMMARIO: Introduzione; 1 L'emergere nella prassi delle misure d'urgenza; 2 L'impegno della dottrina; 3 La riforma del 1990 e i suoi adeguamenti successivi; 4 La tutela d'urgenza nel processo amministrativo e in quello tributario; 5 Alcuni problemi aperti; 6 Le ragioni di una buona riforma.

## INTRODUZIONE

L'occasione che ci viene offerta da questo convegno è particolarmente preziosa. Il confronto fra la recentissima riforma brasiliana e le ripetute ed interminabili riforme italiane ci permette di verificare due diverse modalità di adeguamento del sistema processuale alle esigenze della società: da un lato, una nuova codificazione completa e, dall'altro lato, una serie di interventi, non di rado occasionali e in più di una volta rapidamente rinnegati dopo che la prassi concreta ne aveva decretato l'inadeguatezza.

Il tema che mi è stato assegnato – la tutela d'urgenza – si colloca, in questo quadro, in una luce particolare. Infatti, a differenza di quasi tutti gli altri settori della nostra materia, l'ambito normativo di cui sono chiamato ad occuparmi, dopo la riforma del 1990 e dopo alcuni utili aggiustamenti, è rimasto indenne dalla pioggia di misure modificative dell'ultimo lustro. In un incontro sul tema delle riforme, mi piace indagare sulle ragioni di questa eccezione.

In particolare, penso che si possa dire che la riforma del 1990 ha dato buona prova di sé e che è stata una buona riforma<sup>1</sup>. E' interessante capire perché.

### 1 L'EMERGERE NELLA PRASSI DELLE MISURE D'URGENZA

Al riguardo, occorre partire dal dato storico della crescita esponenziale del peso della tutela cautelare a partire dalla decade degli anni Settanta del secolo scorso. In specie, si tratta di riflettere sullo sviluppo pratico di una norma come l'art. 700 del codice di procedura civile italiano, introdotta nel codice del 1942 e rimasta invariata nel tempo<sup>2</sup>. Senza addentrarmi in analisi che non mi competono, è certo che erano anni di radicale trasformazione della società italiana, che entrava in modo tumultuoso nella fase della postmodernità. Emergevano nuovi

---

1 SASSANI, *Il codice di procedura civile e il mito della riforma perenne*. In: *I Colóquio Brasil-Itália de Direito processual civil*. Salvador, Bahia, 2016. p. 381 ss., spec. 393) concorda con questo giudizio, pur esprimendo perplessità sull'efficacia pratica della riforma.

2 A questo istituto di tutela atipica, il manuale di Francesco Carnelutti, nell'edizione del 1941, dedicava dieci righe (CARNELUTTI, *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, 2. ed. Roma, 1941. p. 41); quello di Enrico Redenti nella ristampa della seconda edizione del 1957, saliva a quasi una pagina e mezzo (REDENTI, *Diritto processuale civile*, III, 2. ed. rist., Milano, 1957. p. 94-96). Il maestro bolognese così si esprimeva: "L'impiego di questi provvedimenti atipici, di recente introduzione, resta tuttavia scarso e sporadico, il che sta a dimostrare come nei più dei casi bastassero ai reali bisogni della pratica i provvedimenti tipici tradizionali" (op. cit., p. 94).

diritti e nuove attese, che toccavano il mondo sindacale, la preoccupazione per l'ambiente, la parità fra i sessi, la partecipazione politica.

A poco a poco, i giudici civili si resero conto di avere nelle mani uno strumento duttile ed efficace per veicolare attese non adeguatamente protette dal rito ordinario: i provvedimenti di urgenza regolati dall'art. 700 c.p.c. Nello stesso tempo, norme come gli artt. 18 e 28 dello statuto dei lavoratori aprivano frontiere di intervento fino a quel momento sconosciute. Fu così che le misure cautelari, presenti nel codice ma oggettivamente marginali anche negli studi della dottrina, cominciarono ad assumere un rilievo straordinario.

Non voglio, con queste parole, dare l'impressione che quella fosse un'età dell'oro della giustizia italiana. Le forti connotazioni ideologiche alla base dell'impiego dei provvedimenti di urgenza ne facevano talvolta uno strumento più da temere che da applaudire e l'idea di una giustizia di parte (schierata, cioè, a fianco di una data parte politica) iniziò a farsi largo nella coscienza sociale, con conseguenze che, con modalità e toni diversi, durano tuttora. Anzi, la dottrina prese ad interrogarsi su quali forme di correzione fossero necessarie per rendere la tutela d'urgenza, affidata fino ad allora a norme piuttosto scarse, un metodo di giustizia meglio verificabile e quindi socialmente più accettato.

I punti chiave erano essenzialmente due. Il primo era la separazione fra il giudice dell'urgenza, che per l'art. 700 c.p.c. era il pretore, e il giudice del successivo giudizio di merito, che era normalmente il tribunale. Il secondo punto era dato dall'impossibilità di impugnare immediatamente il provvedimento d'urgenza, che rimaneva efficace fino alla sentenza di merito, che, all'epoca, doveva intendersi come sentenza di secondo grado. Proprio la forte discrezionalità con cui non di rado i pretori maneggiavano i provvedimenti d'urgenza rendeva indispensabile il contrappeso di una verifica da parte di un diverso magistrato.

E' interessante notare (e riprenderò questo aspetto più tardi) che gli operatori pratici, a quell'epoca, invocavano una riforma, lamentando i problemi che la lacunosa normazione esistente forse non provocava, ma certamente non impediva<sup>3</sup>.

Il legislatore non era sordo a queste esigenze. Il disegno di legge delega approvato dal Consiglio dei ministri l'8 maggio 1981 si poneva l'obiettivo

3 Fra i molti, v. M. FINOCCHIARO, *Usi ed abusi dell'art. 700 c.p.c.*, in *Giust. civ.*, 1981, I, p. 2117 ss.

di affrontare la questione, rilevando come “altro sintomo del crescente disagio avvertito dagli operatori pratici del processo civile è costituito dalla sempre maggiore diffusione dei procedimenti d’urgenza, procedimenti cautelari atipici, contemplati dall’art. 700 ss. c.p.c., che da strumenti eccezionali di tutela preventiva e provvisoria tendono a trasformarsi in procedimenti anticipatori della decisione definitiva, la quale, intervenendo dopo lungo lasso di tempo perde ogni efficacia soddisfattiva della situazione sostanziale”<sup>4</sup>. Va detto che la soluzione inizialmente immaginata era quella di affiancare un procedimento sommario a contraddittorio necessario ad un modello unitario di procedimento cautelare.

## 2 L’IMPEGNO DELLA DOTTRINA

La decade degli anni Ottanta fu particolarmente ricca di studi e di dibattiti su questi aspetti, dando luogo a importanti lavori monografici<sup>5</sup>.

Non si trattò – è bene rilevarlo – di un tema che attraeva l’interesse di singoli studiosi, seppure numerosi e qualificati: in realtà, si trattò di uno sforzo collettivo, che, in una polifonia di contributi diversi, manifestò a chiare lettere un bisogno di riforma.

Mi riferisco, ad esempio, al XV° convegno dell’Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile, che si svolse a Bari nei giorni 4 e 5 ottobre 1985. E’ sempre prezioso rileggere, a distanza di tempo, gli atti di questi convegni, che marciano la storia della nostra disciplina. Lo è particolarmente nel caso dell’incontro barese, perché i relatori di spicco che si alternarono al tavolo cercarono di apportare, *de iure condito*, soluzioni convincenti per risolvere le difficoltà che erano sotto gli occhi di tutti<sup>6</sup>. Ebbene, tutte quelle relazioni, pure lucide e di notevole spessore, finivano per cozzare contro un dato normativo che non consentiva di risolvere pienamente i due grandi problemi del collegamento fra il giudice dell’urgenza e quello del merito e dell’impugnabilità delle misure urgenti. Non restava che domandare a gran voce una modifica legislativa.

4 Si tratta del c.d. progetto Liebman, pubblicato in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1981, p. 645 ss. (il passo citato è riportato a p. 646).

5 Cito, fra gli altri, il volume collettaneo *I processi speciali – Studi offerti a Virgilio Andrioli dai suoi allievi*, Napoli, 1979, in cui segnalò, fra i molti contributi di rilevante spessore, quelli di VERDE, *Considerazioni sul procedimento d’urgenza (come è e come si vorrebbe che fosse)*, ivi, p. 407 ss. e di LA CHINA, *Quale futuro per i provvedimenti d’urgenza?*, ivi, p. 154 ss. Vanno poi ricordate le monografie di ARIETA, *I provvedimenti di urgenza ex art. 700 c.p.c.*, Padova, 1982 e di TOMMASEO, *I provvedimenti d’urgenza*, Padova, 1983.

6 Le relazioni di Mandrioli, Carpi e Verde sono raccolte nel volume *La tutela d’urgenza. Atti del XV° convegno nazionale*, Rimini, 1986.

In effetti, l'Associazione incaricò Giovanni Fabbrini, Andrea Proto Pisani e Giovanni Verde di preparare un progetto di riforme urgenti, che, fra l'altro, toccavano il profilo della tutela cautelare. Il progetto fu presentato e discusso in un incontro di studio a Modena il 14 giugno 1986. Il testo, per ciò che riguarda il procedimento d'urgenza, ha avuto una decisiva influenza sulla riforma del 1990, che ne riproduce la struttura e in più punti il dettato normativo<sup>7</sup>.

La dottrina, però, non si limitò a riflettere in chiave nazionale, ma cercò di lavorare sul piano della comparazione e del confronto con le soluzioni degli ordinamenti a noi più vicini. Il 12 e il 13 ottobre 1984 Giuseppe Tarzia organizzò a Milano un incontro di studi, sul tema "Les mesures provisoires en procédure civile", chiamando a discutere alcuni fra i maggiori studiosi europei dell'epoca<sup>8</sup>. Fu chiaro che una molteplicità di forme di controllo, seppure diverse da Stato a Stato, rendeva più lineare la concessione delle misure urgenti, attraverso strumenti allora ignoti al sistema italiano. Era un modo serio di preparare le riforme e di studiarle in chiave europea.

Verso la fine della decade, fu proprio il diritto comunitario a dare forza a queste esigenze: la tutela cautelare e urgente era da considerarsi un elemento essenziale per l'effettività della tutela giurisdizionale, secondo la lezione della Corte di giustizia in casi come *Factortame*<sup>9</sup>.

### 3 LA RIFORMA DEL 1990 E I SUOI ADEGUAMENTI SUCCESSIVI

Si giunse, infine, all'attesa riforma, con la legge n. 353 del 26 novembre 1990<sup>10</sup>. Non è compito di queste brevi note riassumerne i contenuti: nell'ottica del colloquio con i colleghi brasiliani mi limito a ricordare che in forza di quella novella fu istituito il procedimento cautelare uniforme, il giudice dell'urgenza

7 Si veda il testo del progetto, insieme alle relazioni di Giorgio Costantino e Giovanni Fabbrini e al ricco dibattito, nel volume *Atti dell'incontro di studio su riforme urgenti del processo civile*, Milano, 1987.

8 Gli atti sono raccolti nell'omonimo volume, pubblicato a Milano nel 1985. Intervenero Perrot, Habscheid, Broniewicz, Matscher, Pessoa Vaz, Van Compernelle, Ramos Mendez, Kerameus e, per l'Italia, Luigi Montesano. Per meglio comprendere l'approccio di Tarzia, è opportuno rileggerne l'introduzione, dal titolo *La tutela cautelare*, ora in TARZIA-SALETTI, *Il processo cautelare*, 5° ed., Assago, 2015, p. XXIII ss.

9 Sentenza 19 giugno 1990, in causa 213/89, in *Raccolta di giurisprudenza della Corte di giustizia*, 1990, p. 2433 ss. Fra i molti commenti, v. CONSOLO, *Fondamento comunitario della giurisdizione cautelare*, in *Dir. proc. amm.*, 1991, p. 261 ss.

L'attenzione al dato processuale comunitario era presente alla dottrina: v. ad esempio TIZZANO, *I provvedimenti urgenti nel processo comunitario*, in *I processi speciali*, cit., p. 399 ss.

10 Sulla fase finale dei lavori preparatori, v. CARPI, *I procedimenti cautelari e l'esecuzione nel disegno di legge per la riforma urgente del c.p.c.: la competenza e il procedimento*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1990, p. 1225 ss.; TARZIA, *I provvedimenti urgenti sul processo civile approvati dal Senato*, in *Riv. dir. proc.*, 1990, p. 737 ss.

fu tendenzialmente identificato con il giudice del merito e le misure urgenti furono rese assoggettabili a reclamo e sempre passibili di revoca o modifica<sup>11</sup>.

Mi interessa segnalare, piuttosto, che la riforma, dopo un quarto di secolo, ha richiesto solo alcuni parziali aggiustamenti<sup>12</sup>, ha manifestato capacità espansiva verso altri settori dell'ordinamento e si è sottratta alla pioggia di manipolazioni del codice degli anni più recenti. Mi soffermerò brevemente su ciascuno di questi profili.

Per quanto concerne gli adeguamenti normativi, si è trattato essenzialmente di due modifiche.

Il testo originario della novella (e per l'esattezza, l'art. 669-*terdecies* c.p.c.) ammetteva il reclamo soltanto contro i provvedimenti che avessero positivamente concesso una misura cautelare. La scelta era comprensibile, perché, come detto, il vuoto normativo si avvertiva soprattutto nei confronti di provvedimenti d'urgenza, in tesi concessi al di fuori dei presupposti di legge, contro i quali le parti e i terzi erano privi di reazione. Tuttavia, ben presto si avvertì che, nel caso di un provvedimento cautelare non concesso, non bastava la previsione dell'art. 669-*septies*, che ne permetteva la riproposizione sulla base di eventuali mutamenti delle circostanze ovvero di nuove (e cioè non preesistenti) ragioni di fatto e di diritto, ma si rendeva necessaria la tutela piena, offerta da un reclamo, che potesse correggere immediatamente l'eventuale errore, in fatto o in diritto, commesso dal primo giudice. Fu la Corte costituzionale, con la sentenza n. 253 del 23 giugno 1994 a sancire l'incostituzionalità della disparità di trattamento fra i cautelari positivi e quelli che invece rigettavano la domanda di tutela<sup>13</sup>; il legislatore completò il lavoro con la novella di cui alla l. 14 maggio 2005, n. 80.

Il secondo aspetto è in qualche misura più complesso e deve tenere conto di una tendenza emersa in modo netto nella prima decade del secolo in corso e poi, negli anni più recenti, in parte attenuata.

11 Sulla disciplina cautelare a seguito della riforma del 1990, v. fra i molti contributi, PROTO PISANI, *La nuova disciplina dei procedimenti cautelari in generale*, in *Foro it.*, 1991, V, c. 57 ss.; VERDE, *Appunti sul procedimento cautelare*, ivi, 1992, V, c. 432 ss.; ANDOLINA, *Profili della nuova disciplina dei provvedimenti cautelari in generale*, ivi, 1993, V, c. 65 ss.; CONSOLO, *Il nuovo procedimento cautelare*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, p. 309 ss.; CORSINI, *Il reclamo cautelare*, Torino, 2002.

12 È interessante rileggere gli atti dell'incontro di studio dell'Associazione fra gli studiosi del processo civile svoltosi a Roma il 27 maggio 1995, pubblicati nel volume *Prime esperienze del nuovo processo cautelare*, Milano, 1996.

13 Sulla sentenza della Corte costituzionale, v. fra gli altri CONSOLO, *Il reclamo cautelare e la "parità delle armi" ritrovata (e dei corollari che ne discendono, anche in tema di giudizio possessorio)*, in *Giur. it.*, 1994, I, p. 409 ss.; TOMMASEO, *Rigetto della domanda cautelare e garanzia del reclamo*, in *Corriere giuridico*, 1994, p. 498 ss.; VACCARELLA, *Il procedimento cautelare dopo l'intervento della Corte Costituzionale sul reclamo avverso i provvedimenti negativi*, in *Giust. civ.*, 1995, II, p. 511 ss.



L'idea coltivata da parte significativa della dottrina muoveva dal presupposto, indubbiamente esatto, che la tutela d'urgenza, seppure meglio costruita dal legislatore del 1990, scontava comunque un limite: quello, cioè, di essere fruibile soltanto da alcuni diritti. Solo per i diritti a carattere personale e non per quelli a carattere patrimoniale (mi si conceda questa semplificazione eccessiva, per la brevità del discorso) era infatti possibile la tutela urgente governata dall'art. 700 c.p.c., perché solo per essi si poteva dare il presupposto della non riparabilità (e quindi della non piena risarcibilità patrimoniale) del diritto di cui era minacciata la lesione. Di qui, l'ipotesi di misure a carattere sommario, non idonee al giudicato, applicabili ad ogni diritto, con la facoltà per l'interessato di domandare un successivo accertamento pieno di merito<sup>14</sup>.

Il superamento del giudicato, in quanto spesso inutile per le parti, le cui esigenze venivano soddisfatte dall'immediata fruibilità del risultato, venne esteso, nell'ottica di questa impostazione, anche alla tutela urgente. Gli artt. 23 e 24 del d.l. gs. n. 5 del 2003, che introduceva il processo c.d. societario (poi, come è ben noto, abrogato in occasione della novella del 2009), costituirono il primo banco di prova per questa prospettiva, in quanto i provvedimenti d'urgenza nella materia oggetto della normazione speciale non perdevano la loro efficacia, se, una volta concessi, ad essi non seguiva l'instaurazione della causa di merito<sup>15</sup>.

La riforma del 2005<sup>16</sup> innovò, su questa medesima linea, il regime dell'efficacia delle misure cautelari anticipatorie<sup>17</sup>, permettendo a tali misure,

14 V. per questo impianto teorico E.F. RICCI, *Verso un nuovo processo civile ?*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, p. 211 ss., il quale così si esprime a proposito dei nuovi provvedimenti anticipatori, commentati in sede di progetti di riforma: "L'idea di fondo, che sorregge il nuovo istituto, è molto semplice: se non è l'accertamento che si vuole, non vi è bisogno di quel processo di cognizione, che proprio in funzione dell'accertamento è stato pensato e costruito" (*ibidem*, p. 215). Si legga anche l'importante saggio di MENCHINI, *Nuove forme di tutela e nuovi modi di risoluzione delle controversie: verso il superamento della necessità dell'accertamento con autorità di giudicato*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 869 ss.

15 L'art. 23 del decreto legislativo n. 5 del 2003 così recitava: "Nelle controversie di cui al presente decreto, ai provvedimenti d'urgenza e agli altri provvedimenti cautelari idonei ad anticipare gli effetti della decisione di merito non si applica l'art. 669-octies del codice di procedura civile ed essi non perdono la loro efficacia se la causa non viene iniziata". Al riguardo, v., fra gli altri, SALETTI, *Del procedimento cautelare*, in SASSANI (a cura di), *La riforma delle società - Il processo*, Torino, 2003, p. 221 ss.; ARIETA-DE SANTIS, *Diritto processuale societario*, Padova, 2004, p. 381 ss.; TOMMASEO, *Lezioni sul processo societario*, Roma, 2005, p. 93 ss.; MARINELLI, *Note in tema di tutela cautelare nel nuovo rito societario*, in *Corriere giuridico*, 2004, p. 1248 ss.; M. FABIANI, *Il rito cautelare societario (contraddizioni e dubbi irrisolti)*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, p. 1181 ss.; A. ROMANO, *Riflessioni sui provvedimenti cautelari nel nuovo processo societario*, *ivi*, 2004, p. 1173 ss.

16 Per l'esattezza, il d.l. 14 marzo 2005, n. 35 (c.d. decreto sulla competitività), convertito in legge con rilevanti modifiche con l. 14 maggio 2005, n. 80.

17 V. in argomento GHIRGA, *Le nuove norme sui procedimenti cautelari*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, p. 781 ss.; CAPONI, *Provvedimenti cautelari e azioni possessorie*, in *Foro it.*, 2005, V, c. 135 ss.; ARIETA, *Le tutele sommarie. Il rito cautelare uniforme. I procedimenti possessori*, Padova, 2005, spec. p. 991 ss.; OLIVIERI, *Brevi considerazioni sulle nuove norme del procedimento cautelare uniforme (l. 14 maggio 2005, n. 80)*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it).

con la modifica dell'art. 669-*octies* c.p.c., di conservare i loro effetti anche senza l'instaurazione, peraltro sempre possibile, del giudizio di merito (e con esclusione espressa dell'efficacia di giudicato)<sup>18</sup>. Va detto che negli anni successivi, ampia parte della dottrina ha mostrato di non accogliere pienamente le potenzialità di questa riforma, offrendone una lettura, a mio avviso, troppo restrittiva<sup>19</sup>. Così pure, si deve segnalare che il legislatore ha cercato di costruire metodi di decisione più rapida, ma connotati dall'idoneità al giudicato e dalla fruibilità per la generalità dei diritti: in specie, va segnalata l'introduzione del rito a cognizione semplificata, che pare destinato a conoscere un futuro di sempre più ampia applicazione<sup>20</sup>.

Al di là di altre modificazioni di minore momento, il tessuto complessivo del procedimento cautelare uniforme, come impostato dal legislatore del 1990, ha mantenuto una forte solidità. Anzi, il modello processualciviltistico si è esteso anche ad aree in cui la tutela d'urgenza era originariamente esclusa: il processo amministrativo e quello tributario.

#### 4 LA TUTELA D'URGENZA NEL PROCESSO AMMINISTRATIVO E IN QUELLO TRIBUTARIO

La ricerca di una tutela più effettiva aveva indotto a cercare rimedi che potessero assicurare protezione alle posizioni soggettive affidate alla giurisdizione amministrativa. La l. 6 dicembre 1971, n. 1034, offriva lo strumento della richiesta di sospensione dell'atto amministrativo impugnato: tuttavia, questo tipo di tutela, seppure largamente utilizzato, non riusciva a raggiungere quei casi, anch'essi numerosi, in cui non bastava paralizzare gli effetti di un provvedimento, in attesa della decisione di merito, ma occorreva anche conseguire un esito anticipatorio. La limitazione

18 Si veda l'ampia trattazione di QUERZOLA, *La tutela anticipatoria fra procedimento cautelare e giudizio di merito*, Bologna, 2006.

19 BORGHESI, *Tutela cautelare e strumentalità attenuata: profili sistematici e ricadute pratiche*, in *Sulla riforma del processo civile – Atti dell'incontro di studio Ravenna 19 maggio 2006*, Bologna, 2007, p. 67 ss.; SALETTI, *Le misure cautelari a strumentalità attenuata*, in TARZIA-SALETTI, *Il processo cautelare*, cit., p. 283 ss.

20 Sul rito c.d. sommario, v. fra gli altri MENCHINI, *L'ultima "idea" del legislatore per accelerare i tempi della tutela dichiarativa dei diritti: il processo sommario di cognizione*, in *Corriere giuridico*, 2009, p. 1025 ss.; LUISO, *Il procedimento sommario di cognizione*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it); CAPONI, *Un nuovo modello di trattazione a cognizione piena: il procedimento sommario ex art. 702-bis c.p.c.*, ivi.; CAPONI, *Commento agli artt. 702-bis ss.*, in BALENA-CAPONI-CHIZZINI-MENCHINI, *La riforma della giustizia civile*, Torino, 2009, p. 196 ss.; DITTRICH, *Il nuovo procedimento sommario di cognizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 1582 ss.; FERRI, *Il procedimento sommario di cognizione*, ivi, 2010, p. 92 ss.; BINA, *Il procedimento sommario di cognizione*, ivi, 2010, p. 117 ss.; BIAVATI, *Appunti introduttivi sul nuovo processo a cognizione semplificata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, p. 185 ss.; PORRECA, *Il procedimento sommario di cognizione*, Milano, 2011; TEDOLDI, *Il nuovo procedimento sommario di cognizione*, Bologna, 2013.

dell'art. 700 c.p.c. alla protezione d'urgenza dei diritti azionabili "in via ordinaria" era normalmente intesa come riferita ai soli diritti soggettivi tutelabili dinanzi al giudice civile e quindi la norma non poteva essere trasposta nel contesto del giudizio amministrativo.

Nel corso del tempo, lo strumento della sospensione aveva ricevuto in giurisprudenza una lettura progressivamente ampliata: ad esempio, poteva riferirsi anche a casi in cui l'atto amministrativo non solo era stato emesso, ma aveva anche ricevuto attuazione, con la conseguente paralisi anche degli effetti conseguiti.

Tuttavia, è solo con la l. 21 luglio 2000, n. 205<sup>21</sup> e con il c.d. codice del processo amministrativo (vale a dire, il d. lgs. n. 104 del 2010 e successive modifiche) che si attua una più piena realizzazione della tutela, secondo le linee già sperimentate in materia civile.

Così (e senza scendere qui in ulteriori dettagli), l'art. 55 del d. lgs. n. 104 ammette il ricorrente, che alleggi di subire un pregiudizio grave e irreparabile durante il tempo necessario a giungere alla decisione sul ricorso, a chiedere l'emanazione delle misure cautelari (compresa l'ingiunzione a pagare una somma in via provvisoria) che appaiono, secondo le circostanze, più idonee ad assicurare interinalmente gli effetti della futura decisione. La domanda cautelare si propone al tribunale amministrativo competente per il merito (art. 55, comma 13°), anche anteriormente alla causa (art. 61); può essere riproposta, ovvero ne può essere chiesta la revoca o la modifica quando si verificano mutamenti nelle circostanze o se si allegano fatti anteriori di cui si è acquisita conoscenza successivamente al provvedimento cautelare (art. 56); in ogni caso, contro la misura cautelare può essere proposto appello nei trenta giorni successivi alla notificazione dell'ordinanza dinanzi al Consiglio di Stato (art. 62). Il giudice dell'urgenza, nel decidere, è tenuto anche a indicare i profili che inducono ad una ragionevole previsione sull'esito del ricorso (art. 55, comma 9°)<sup>22</sup>.

21 V. per tutti PANZAROLA, *Il processo cautelare*, in SASSANI-VILLATA, *Il processo davanti al giudice amministrativo*, Torino, 2001. p. 19 ss.

22 V. l'ampia monografia di LUMETTI, *Processo amministrativo e tutela cautelare*, Padova, 2012. V. inoltre ALLENA-FRACCHIA, *Il ruolo e il significato della tutela cautelare nel quadro del nuovo processo amministrativo delineato dal d. lgs. 104/2010*, in *Dir. proc. amm.*, 2011. p. 191 ss.; CAVALLO, *La tutela cautelare nel processo avanti al giudice amministrativo*, ivi, 2010. p. 1165 ss.; GALLO, *Manuale di giustizia amministrativa*, Torino, 2014, spec. p. 98 ss. e p. 185 ss.

Come si può notare, la tutela d'urgenza in sede amministrativa è stata costruita secondo le linee di fondo della riforma processuale del 1990: può avere carattere anticipatorio, è proposta al giudice del merito, ammette sia la possibilità di revoca o modificazione che quella di impugnazione del provvedimento cautelare dinanzi a un'istanza superiore.

Meno netta, ma ugualmente significativa, è l'evoluzione della normativa cautelare di fronte alle Commissioni tributarie. Qui, l'art. 47 del d. lgs. n. 546 del 1992 (testo sostanzialmente coevo alla riforma del codice di procedura civile, ma incisivamente modificato dal recente d. lgs. n. 156 del 24 settembre 2015) permette al ricorrente di chiedere alla competente commissione tributaria la sospensione dell'esecuzione dell'atto impositivo impugnato, qualora possa provare che gli possa derivare un danno grave ed irreparabile<sup>23</sup>. E' interessante notare che, come nel codice di procedura civile, è ammessa l'ipotesi di una sospensione *inaudita altera parte*, in caso di eccezionale urgenza e che il provvedimento cautelare positivo può essere successivamente modificato o revocato<sup>24</sup>.

## 5 ALCUNI PROBLEMI APERTI

Nessuna riforma, anche se positiva ed efficace, sfugge al confronto con le nuove esigenze, che progressivamente maturano. Vi sono quindi, indiscutibilmente, aspetti che richiedono un ripensamento e un'evoluzione. Ne segnalo alcuni.

---

23 E' utile riportare il testo della norma modificata nel 2015. "1. Il ricorrente, se dall'atto impugnato può derivargli un danno grave ed irreparabile, può chiedere alla commissione provinciale competente la sospensione dell'esecuzione dell'atto stesso con istanza motivata proposta nel ricorso o con atto separato notificata alle altre parti e depositato in segreteria sempre che siano osservate le disposizioni di cui all'art. 22. 2. Il presidente fissa con decreto la trattazione della istanza di sospensione per la prima camera di consiglio utile disponendo che ne sia data comunicazione alle parti almeno dieci giorni liberi prima. 3. In caso di eccezionale urgenza il presidente, previa deliberazione del merito, può disporre con decreto motivato la provvisoria sospensione dell'esecuzione fino alla pronuncia del collegio. 4. Il collegio, sentite le parti in camera di consiglio e deliberato il merito, provvede con ordinanza motivata non impugnabile. Il dispositivo dell'ordinanza deve essere immediatamente comunicato alle parti in udienza. 5. La sospensione può anche essere parziale e subordinata alla prestazione della garanzia di cui all'articolo 69, comma 2. 5-bis. L'istanza di sospensione è decisa entro centottanta giorni dalla data di presentazione della stessa. 6. Nei casi di sospensione dell'atto impugnato la trattazione della controversia deve essere fissata non oltre novanta giorni dalla pronuncia. 7. Gli effetti della sospensione cessano dalla data di pubblicazione della sentenza di primo grado. 8. In caso di mutamento delle circostanze la commissione su istanza motivata di parte può revocare o modificare il provvedimento cautelare prima della sentenza, osservate per quanto possibile le forme di cui ai commi 1, 2 e 4. 8-bis. Durante il periodo di sospensione cautelare si applicano gli interessi al tasso previsto per la sospensione.

24 In argomento, con riferimento al testo anteriore alla recente modifica, v. fra gli altri TESAURO, *Manuale del processo tributario*, 2° ed. Torino, 2013, p. 119 ss.; SOCCI-SANDULLI, *Manuale del nuovo processo tributario*, Bologna, 1997, p. 253 ss.; GILARDI-LOI-SCUFFI, *Il nuovo processo tributario*, Milano, 1997, p. 251 ss.

Il primo è quello del rapporto fra le misure d'urgenza e l'arbitrato. L'istituto arbitrale ha ormai acquisito una valenza di modalità di processo dichiarativo, alternativa al giudizio statale. Nei limiti di queste note, basti ricordare gli arresti della Corte costituzionale, che ha elaborato il concetto della fungibilità della tutela arbitrale con quella della giurisdizione pubblica<sup>25</sup>. In questo senso, fra le misure di ausilio giudiziario all'arbitrato, sussiste anche la possibilità di domandare la tutela cautelare al giudice dello Stato, quando il merito della controversia è compromesso in arbitri, non solo rituali, ma anche irrituali.

Tuttavia, per le parti che intendono ricorrere alla giustizia privata, il necessario passaggio dinanzi alle corti dello Stato appare come un elemento dissuasivo: e ciò tanto più per i *litigators* internazionali, abituati a controvertere di fronte ad arbitri dotati di poteri cautelari.

Qui, la normazione italiana resta ferma al divieto di misure cautelari imposto agli arbitri dall'art. 818 c.p.c., anche se nel settore specifico dell'arbitrato societario vi è una deroga espressa, offerta dall'art. 35 del d. lgs. n. 5 del 2003, che permette agli arbitri di sospendere le delibere assembleari impugnate e anche se una lettura estensiva dell'art. 832 c.p.c. consente alle parti, a mio avviso, di utilizzare le facoltà cautelari attribuite agli arbitri da taluni regolamenti di arbitrato amministrato<sup>26</sup>.

Un secondo aspetto che mi pare vada sottolineato è quello dell'attuazione delle misure urgenti, oggi affidato ad una norma di ampia portata, ma proprio per questo di non sempre agevole applicazione, come l'art. 669-*duodecies*. Rafforzare il profilo dell'esecuzione della disposizione cautelare è un elemento centrale nella tutela, tutte le volte che non si tratti di misure *self-executing*. Ad esempio, si ritiene che anche alla materia cautelare sia applicabile l'art. 614-bis c.p.c., ma è indubbio che un chiarimento legislativo potrebbe giovare<sup>27</sup>.

Un terzo punto (che in realtà un punto non è, ma piuttosto una galassia di problemi) riguarda le misure cautelari in materia di proprietà industriale e intellettuale. Se è vero che le norme non mancano, è altrettanto vero che la loro collocazione in testi diversi ed eterogenei e i non pochi

25 Mi riferisco alle sentenze della Corte costituzionale n. 376 del 2001 e n. 223 del 2013.

26 Ho analizzato il problema nel saggio *Spunti critici sui poteri cautelari degli arbitri*, in *Riv. arb.*, 2013, p. 329 ss.

27 In questo senso CAPPONI, *Manuale di diritto dell'esecuzione civile*, Torino, 2010, p. 32.

disorientamenti giurisprudenziali potrebbero fare pensare all'utilità di un *restyling*, per ricondurre questo settore dell'ordinamento a sistema<sup>28</sup>.

## 7 LE RAGIONI DI UNA BUONA RIFORMA

La recente stagione delle riforme in Italia si è connotata per una pioggia di interventi, spesso disorganici e privi di reale efficacia in vista della risoluzione dei problemi di funzionamento della giustizia civile: problemi legati, come è a tutti noto (tranne che al legislatore) a carenze organizzative e strutturali della macchina amministrativa<sup>29</sup>. Questo scenario desta negli studiosi forti perplessità e fa correre il rischio, per chi mantenga un atteggiamento critico, di essere accusato di mero conservatorismo, quando si tratta non certo di contrastare le riforme corrette, ma di biasimare quelle apparenti ed inutili.

Orbene, una materia sembra essere finora sfuggita al mirino di chi ritiene di migliorare il processo civile rappezzando in modo casuale il codice: ed è esattamente la materia della tutela cautelare.

In questo momento, è all'esame del Parlamento italiano un disegno di legge delega, di (presunta) riforma organica del processo civile<sup>30</sup>. Molti sono i punti toccati, ma non il procedimento cautelare uniforme, né le disposizioni sui singoli provvedimenti cautelari. Insomma (e salvo smentita), sembra che il legislatore sia convinto che la tutela d'urgenza funziona bene, così come regolata attualmente.

*Rara avis*, dunque, la tutela urgente: e allora, mi sembra interessante domandarsi perché.

La risposta discende, credo, dalla storia della riforma del 1990 e ci consente di distinguere ciò che caratterizza una buona riforma, da ciò che invece connota le false riforme.

Gli elementi distintivi mi sembrano tre.

28 Per un apprezzabile sforzo in questo senso, v. GIUSSANI, *Corso di diritto processuale delle imprese*, Bologna, 2015, p. 61 ss.

29 Mi permetto un richiamo ad alcune mie pagine pubblicate in BIAVATI-CAVALLINI-ORLANDI, *Assetti della giustizia civile e penale in Italia*, Bologna, 2016, p. 117 ss.

30 Si tratta del disegno di legge delega n. 2953. Per chiarezza, va detto che in questo testo sono contenute innovazioni positive, come quella del principio di sinteticità degli atti processuali e del previsto coordinamento fra le norme del codice e le disposizioni sul processo civile telematico. Non sono poche, però, le previsioni inutili e talora decisamente deprecabili. V. in tema MENCHINI, *Il disegno di legge delega per l'efficienza del processo civile: osservazioni a prima lettura sulle proposte di riforma del giudizio ordinario di cognizione*, in *Giust. civ.*, 2015, p. 335 ss.

Prima di tutto, la riforma della materia cautelare è stata preceduta da un intenso dibattito dottrinale, da un lungo confronto di posizioni, dalla maturata consapevolezza di quali erano i punti nevralgici su cui intervenire. Come ho avuto occasione di notare, gli articoli 669-*bis* e seguenti del codice di procedura civile trovano un diretto ed inequivocabile precedente nel progetto di Fabbrini, Proto Pisani e Verde: il legislatore, insomma, si trovò a lavorare su una base di alta qualità, vagliata da un'ampia discussione<sup>31</sup>. Certo, non è questo ciò che accade quando il codice viene novellato con decreti legge emessi all'inizio dell'estate e convertiti ad agosto, oppure con disegni di legge elaborati da commissioni in cui la presenza degli studiosi, seppure di valore, è fortemente minoritaria.

In secondo luogo, la riflessione sulla tutela d'urgenza si svolse con una speciale attenzione all'aspetto comparativo ed europeo. Le esperienze degli altri paesi servono per capire come si sono affrontati i problemi e, senza copiare ciò che vale in un determinato ordinamento, in presenza di condizioni che non si danno in Italia, cogliere il senso di quelle soluzioni e utilizzarlo come elemento di riflessione. E' fin troppo facile notare che il confronto con l'Europa, nonostante le molte parole, è del tutto carente e che i riferimenti a sistemi esteri, quando ci sono, risultano frutto di una frettolosa trasposizione, difficilmente idonea allo scopo che ci si era prefissi<sup>32</sup>.

E infine, *last but not least*, la domanda degli operatori. Ho ricordato come la riforma della tutela cautelare fosse oggetto di una richiesta dei pratici di regolare istituti, come il provvedimento d'urgenza, la cui rilevanza concreta era divenuta enorme e che pure risultavano privi di un corredo procedimentale adeguato. Il legislatore, dunque, rispose ad un'esigenza diffusa e la riforma trovò una positiva accoglienza. Oggi, di fronte al succedersi di ripetute innovazioni superflue, l'atteggiamento dei giudici e degli avvocati è prevalentemente quello opposto.

Agli amici brasiliani, auguro che la loro recentissima riforma abbia gli esiti sperati. Quanto agli amici italiani, ci aspetta il non facile compito di correggere in positivo, con un attento lavoro di interpretazione e coordinamento, le difficoltà provocate da un legislatore più pronto a leggere le classifiche del *doing* business che ad ascoltare la domanda di chi quotidianamente si confronta con i problemi della giustizia civile<sup>33</sup>.

31 Né si deve dimenticare il ruolo che svolse in quegli anni, nella sua qualità di relatore parlamentare, il prof. Modestino Acone.

32 E' il caso dei richiami al par. 520 ZPO, al momento dell'introduzione degli artt. 348-*bis* e 348-*ter* c.p.c. con la l. 7 agosto 2012, n. 134. Si legga un'efficace e puntuale analisi di questo aspetto in VERDE, *Diritto di difesa e nuova disciplina delle impugnazioni*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, p. 507 ss.

33 CAPONI, *Doing business come scopo del processo civile?*. In: *Foro it.*, V, 2015, p. 10 ss.





# AS PERSPECTIVAS DOS RECURSOS EXCEPCIONAIS NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

*Paulo Gustavo Medeiros Carvalho*

*Procurador Federal, Professor do UniCEUB e UNIJUR. Professor da Pós-Graduação do IDP. Membro do IADF. Ex-Adjunto do Procurador-Geral Federal e ex-Procurador-Geral da Fundação Universidade de Brasília.*

**SUMÁRIO:** Introdução e Notícia Histórica; 1 Conceito e Natureza; 2 Objeto; 3 Dos Requisitos dos Recursos Extraordinário e Especial Que Sofreram Alteração no Projeto do Novo Código de Processo Civil; 3.1 Da Tempestividade do Recurso e do Prazo Para Contrarrazões; 3.2 Do Prequestionamento; 4 da Fungibilidade Entre os Recursos Especial e Extraordinário; 5 Dos Efeitos dos Recursos Especial e Extraordinário; 6 Da Objetivação do Processo (Repercussão Geral e Julgamento de Recurso Especial Repetitivo) no Novo Código de Processo Civil.

O novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015, alterada pela Lei nº 13.256/2016) trouxe significativas alterações no âmbito dos recursos excepcionais. Porém, como as hipóteses de cabimento de ambos os recursos, bem como sua natureza e alguns requisitos estão estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil. A norma infraconstitucional não tem o condão de prever ou alterar competências estabelecidas para o Supremo Tribunal Federal e para o Superior Tribunal de Justiça, órgãos competentes para o julgamento do recurso extraordinário e recurso especial, respectivamente.

### INTRODUÇÃO E NOTÍCIA HISTÓRICA

O histórico do recurso especial se confunde com o do recurso extraordinário até a promulgação da Constituição da República de 1988, sendo instituído no Brasil pelo parágrafo único do artigo 9º do Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890, o qual criou o Supremo Tribunal Federal e conferiu-lhe competência para julgar o recurso das sentenças definitivas proferidas em última instância pelos tribunais e juízes dos estados.

O recurso extraordinário, até então inominado, foi inspirado no *writ of error do Judiciary Act* norte-americano, de 24 de setembro de 1789, o qual admitia recurso contra as decisões da Justiça Estadual para a Suprema Corte, a fim de possibilitar a uniformidade de interpretação das normas constitucionais e infraconstitucionais exaradas pelos tribunais estaduais.

Assim, competia ao Supremo Tribunal Federal julgar em recurso extraordinário as causas decididas em última ou única instância envolvendo tanto matéria constitucional, quanto infraconstitucional, relativa a tratado ou lei federal.

Porém, na década de 60, o Supremo Tribunal Federal se viu diante de um acúmulo de recursos para julgamento, motivando diversos estudos de possíveis medidas para reduzir o número de processos naquele tribunal. Na monografia “A Crise do Supremo”, José Afonso da Silva apresentou a idéia de criação de um novo Tribunal Superior correspondente ao Tribunal Superior Eleitoral e ao Tribunal Superior do Trabalho para compor as estruturas judiciárias do direito comum<sup>1</sup>.

O constituinte de 1988 criou o Superior Tribunal de Justiça e estabeleceu como sua competência o controle da legalidade e da correta

1 SILVA, José Afonso da. *Do recurso extraordinário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963, p. 455-6.

aplicação do direito federal infraconstitucional<sup>2</sup>. Para Arruda Alvim, coube a este novo Pretório “matéria vital, qual seja, a de ser guardião da inteireza do sistema jurídico federal não constitucional, assegurando-lhe validade e bem assim, uniformidade no entendimento”<sup>3</sup>.

## 1 CONCEITO E NATUREZA

O sistema recursal brasileiro estabelecido na Constituição da República Federativa do Brasil prevê duas modalidades de competência ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça, uma de natureza ordinária (inciso II dos artigos 102 e 105) e outra de natureza extraordinária (inciso III dos artigos 102 e 105). A diferença entre os dois tipos de competência consiste no âmbito de devolutividade da decisão, uma vez que, no primeiro caso, a análise da Corte Superior abrange tanto a matéria fática quanto a questão de direito, enquanto no segundo, restringe-se a questão de direito.

Com efeito, isso decorre do objetivo do recurso interposto, haja vista que no recurso ordinário se busca uma melhor justiça na decisão, havendo, por conseguinte, a necessidade do reexame de fatos. Já nos recursos de natureza extraordinária, do qual os recursos extraordinário e especial fazem parte, o objetivo do recurso é preservar a Constituição da República, o direito federal infraconstitucional e uniformizar a jurisprudência, a fim de garantir ao jurisdicionado uma maior segurança jurídica, possibilitando recurso caso exista decisões divergentes de tribunais distintos sobre o mesmo tema.

Desta forma, permanece a ideia de que não haverá a possibilidade de os recursos extraordinário e especial serem interpostos para simples reexame de provas, de sorte a permanecer íntegros os enunciados da Súmula nº 7 do STJ e nº 279 do STF, havendo apenas possibilidade de reavaliação de provas, ou seja, de reanalisar a questão sem a alteração do que o tribunal *a quo* considerou como suporte fático<sup>4</sup>.

2 Neste sentido, SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 592.

3 ALVIM, Arruda. O Recurso especial na Constituição Federal de 1988 e suas origens. In *Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 31.

4 Neste sentido, STJ – 2ª Turma, AGREsp nº 405.967, Rel. Min. Eliana Calmon, DJU de 21.10.2002, Seção 1, p. 357; STJ – 1ª Turma, EEEResp nº 332.663, Rel. Min. José Delgado, DJU de 16.02.2004, Seção 1, p. 204; STJ – 1ª Turma, Resp nº 540.179, Rel. Min. Luiz Fux, DJU de 14.06.2004, Seção 1, p. 170; STF – 2ª Turma, RE nº 172.720, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU de 21.02.1997, Seção 1, p. 2831; inter plures.

## 2 OBJETO

Quanto ao objeto, há distinção entre os recursos extraordinário e especial, porquanto o inciso III do artigo 102 da Constituição da República Federativa do Brasil estabelece a competência do Supremo Tribunal Federal para o julgamento de causas decididas em única ou última instância quando envolver questão constitucional, não especificando órgãos jurisdicionais cujas decisões ensejam a interposição do recurso.

Assim, há possibilidade de recurso extraordinário contra qualquer decisão, desde que seja proferida em última ou única instância. Por isso, há possibilidade de recurso extraordinário para impugnar decisão de juízo de 1º grau de jurisdição ou turma recursal de juizado especial<sup>5</sup> quando não houver recurso de natureza ordinária.

Entretanto, o inciso III do artigo 105 da Constituição da República Federativa do Brasil estabelece que compete ao Superior Tribunal de Justiça julgar, em recurso especial, as causas decididas em última ou única instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.

Assim, verifica-se que somente é cabível recurso especial para impugnar decisão das referidas Cortes. Por esta razão, o STJ entendeu ser inadmissível o presente recurso contra decisão proferida em recurso julgado nos Juizados Especiais, entendimento consubstanciado no Enunciado nº 203 da Súmula daquela Corte.

Igualmente, pelo mesmo motivo do exposto para as decisões proferidas por Turma Recursal em Juizado Especial, não é possível a interposição de recurso especial quando a decisão impugnada se deu pelo Juízo de 1º grau na análise dos embargos infringentes previstos no artigo 34 da Lei nº 6.830, de 22.09.1980 (Lei de Execuções Fiscais), para as causas de até 50 (cinquenta) Obrigações do Tesouro Nacional – OTN<sup>6</sup>.

Assim, em que pese sejam semelhantes, por impugnarem decisões proferidas em única ou última instância, o objeto dos recursos extraordinário

5 Verbetes da Súmula nº 640 do STF: “É cabível recurso extraordinário contra decisão proferida por juiz de primeiro grau nas causas de alçada, ou por turma recursal de juizado especial cível ou criminal.

6 Neste sentido, SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 595.

e especial se diferem quanto à possibilidade recursal quando a decisão fustigada não tenha sido proferida por tribunal.

### **3 DOS REQUISITOS DOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIO E ESPECIAL QUE SOFRERAM ALTERAÇÃO NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

#### **3.1 DA TEMPESTIVIDADE DO RECURSO E DO PRAZO PARA CONTRARRAZÕES**

Dentre as alterações que podem ser citadas no novo CPC, inclui-se o prazo para a interposição do recurso, bem como para as contrarrazões, que antes era de 15 (quinze) dias corridos, em conformidade com o artigo 508 do Código de Processo Civil, passando a ser de 15 (quinze) dias úteis, de acordo com o que prescreve o § 5º do artigo 1.003 c/c artigo 219, ambos do CPC/2015.

No caso de início da contagem, caso a intimação se verifique na sexta feira ou véspera de feriado, exclui-se este e o prazo somente começa a fluir no primeiro dia útil subsequente.

Igualmente, na hipótese de a intimação ser realizada em sábado, domingo ou feriado, considera-se como se realizada fosse no primeiro dia útil subsequente, excluindo-se este, razão pela qual o prazo começa a fluir do segundo dia útil.

Cumpra ressaltar que na hipótese de o feriado ser local, cabe ao recorrente demonstrar sua ocorrência, de forma que o tribunal ad quem não é obrigado a conhecer de ofício, conforme estabelece o § 6º do artigo 1.003 do CPC/2015, o que corrobora com a posição dos tribunais pátrios, como se verifica de acórdão do Superior Tribunal de Justiça<sup>7</sup>, assim ementado, *litteris*:

**AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. INTEMPESTIVIDADE. RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE EXPEDIENTE FORENSE. NÃO COMPROVAÇÃO NO MOMENTO DA INTERPOSIÇÃO DO RECURSO. ÔNUS DO AGRAVANTE. RECURSO NÃO PROVIDO.**

<sup>7</sup> STJ, Quarta Turma, Agravo Regimental no Agravo nº 1.402.515, Relator Ministra Isabel Gallotti, DJe de 01.02.2012.

1- A ocorrência de feriado local, paralisação ou interrupção do expediente forense há de ser demonstrada por documento oficial ou certidão expedida pelo Tribunal de origem, capaz de evidenciar, no ato de sua interposição, a prorrogação do prazo do recurso que pretende seja conhecido por este Superior Tribunal.

2- Incumbe exclusivamente à parte recorrente o ônus de diligenciar pela correta formação do agravo e, em especial, de demonstrar, no ato de sua interposição, haver o recurso sido tempestivamente deduzido, o que não aconteceu na hipótese dos autos. Precedentes da Corte Especial do STJ.

3- A certidão genérica, lavrada por servidor público, que pura e simplesmente atesta, na origem, a tempestividade do recurso especial, não desobriga a parte recorrente de certificar, no ato da interposição do recurso, a suspensão da atividade forense.

4- É incabível converter o julgamento em diligência ou autorizar a extemporânea juntada de peça obrigatória, a fim de suprir, nesta via processual, a deficiente instrução do recurso. Precedente do STJ.

5 Agravo regimental a que se nega provimento<sup>8</sup>.

Questão relevante também é saber as consequências da limitação do expediente forense. Verifica-se que indubitavelmente se a limitação englobar o último minuto para a interposição do recurso, deve-se prorrogar o prazo para o primeiro dia útil subsequente.

Caso o dia de início e ou a data de término do prazo venha a ser dia em que haja indisponibilidade do sistema de comunicação eletrônica ou, ainda, o expediente do tribunal seja reduzido, quer por iniciar os trabalhos mais tarde, quer por encerrá-lo mais cedo, este deverá ser protraído, devendo contar a partir do primeiro dia útil subsequente, conforme estabelece o § 1º do artigo 224.

Na hipótese de a limitação do expediente forense ser no período matutino, havendo expediente normal a partir do turno vespertino, como ocorre na quarta-feira de cinzas, por exemplo, havia divergência entre

<sup>8</sup> No mesmo sentido, STJ, Corte Especial, Agravo Regimental nos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 756.836, Relator Ministro João Otávio Noronha, DJe de 26.06.2008.

parte da doutrina autorizada<sup>9</sup> que defendia a impossibilidade do término do prazo, devendo prorrogar-se o prazo para o primeiro dia útil subsequente e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que havia pacificado o entendimento no sentido de que não deve haver prorrogação do prazo, uma vez que o tribunal estava aberto no momento do fim do prazo recursal, de forma que não há incidência do disposto no § 1º do artigo 184 do Código de Processo Civil de 1973<sup>10</sup>. Assim, como verificado o novo CPC solucionou a questão utilizando a primeira posição.

É de se ressaltar, ainda, quanto à tempestividade, que em processo civil e trabalhista, o Ministério Público e a Fazenda Pública gozam de prazo em dobro para recorrer, por disposição dos artigos 180 e 183 do CPC/2015, haja vista a necessidade de obter informações para a defesa do interesse público, o mesmo ocorrendo para apresentar contrarrazões ao recurso. Este último tópico revelou alteração legislativa.

Da mesma forma, verifica-se que o artigo 229 do CPC estabelece que litisconsortes com procuradores distintos têm a prerrogativa de prazo em dobro para contestar, recorrer e de um modo geral falar nos autos.

Verifica-se que a prerrogativa do prazo em dobro para litisconsortes com procuradores distintos não se justifica quando se tratar processo eletrônico, pois a justificativa para que litisconsortes com procuradores distintos tenham a prerrogativa sursum mencionada reside na dificuldade de acesso aos autos.

Desta forma, também não será cabível o prazo em dobro, caso seja cabível o recurso por apenas um dos litisconsortes<sup>11 12</sup>.

A defensoria pública também goza da prerrogativa de prazo em dobro para recorrer, em conformidade com o artigo 128 da Lei Complementar

9 SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos Recursos Cíveis e à Ação Rescisória*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 109

10 Neste sentido, STJ, Quarta Turma, Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no REsp nº 1.220.364, Relator Ministro Aldir Passarinho Junior, DJe de 18.04.2011; STJ, Terceira Turma, Embargos de Declaração no REsp nº 661.119, Relator Ministro Ari Pargendler, DJ de 29.05.2006; STJ, Quinta Turma, Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 1.262.955, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJe de 17.12.2010; inter plures.

11 STF – Pleno, Questão de Ordem no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 330.106, Relatora Ministra Ellen Gracie, DJ 28.06.2002, p. 88.

12 Esta também é a inteligência do verbete da Súmula 641 do STF: “Não se conta em dobro o prazo para recorrer, quando só um dos litisconsortes haja sucumbido”.

nº 80/1994, mesmo se tratando de matéria penal e processual penal. Tal prerrogativa deve-se, hoje, à ausência de infraestrutura da instituição, consubstanciando-se, assim, norma que sofre de inconstitucionalidade progressiva ou em trânsito, de forma que, tão logo a defensoria tenha a infraestrutura adequada não haverá possibilidade de prazo em dobro<sup>13</sup>.

Com efeito, o artigo 186 do CPC/2015 também estabeleceu o prazo em dobro para a defensoria pública.

### 3.2 DO PREQUESTIONAMENTO

Houve alteração também no que concerne ao prequestionamento do recurso especial, haja vista que a redação do artigo 1.025 do novo CPC estabelece que: “Consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante pleiteou, para fins de prequestionamento, ainda que os embargos de declaração não sejam admitidos, caso o tribunal superior considere existentes omissão, contradição ou obscuridade”. Tal posicionamento é adotado pelo Supremo Tribunal Federal<sup>14</sup>, mas não do Superior Tribunal de Justiça<sup>15</sup>.

O prequestionamento nos recursos excepcionais decorre da expressão “causas decididas” contida no inciso III dos artigos 102 e 105 da Constituição da República Federativa do Brasil, o que demonstra a necessidade de o Tribunal *a quo* ter analisado a questão para possibilitar a abertura da via extraordinária.

Não se pode confundir a menção ao dispositivo legal com o prequestionamento, há possibilidade de estar satisfeito o referido requisito recursal, sem que o diploma seja ventilado no acórdão impugnado, necessitando apenas que a matéria seja debatida. Este é o entendimento da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça em acórdão assim ementado, *verbis*:

RECURSO ESPECIAL. PREQUESTIONAMENTO. Desnecessidade de menção expressa, pelo acórdão, do dispositivo legal que se pretende violado, bastando que a questão federal tenha sido debatida. (EREsp

13 Neste sentido, STF – Pleno, HC nº 70.514, Relator Ministro Sydney Sanches, DJU de 27.06.1997, p. 30.225.

14 STF – Pleno. Questão de Ordem no RE nº 219.934, Relator Ministro Octávio Gallotti, DJU de 26.06.2000, Seção I, p. 23.

15 Enunciado da Súmula nº 211 do STJ: “Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal ‘a quo’”.



nº 181.682, Relator Ministro Eduardo Ribeiro, DJU de 16.08.1999, Seção 1, p. 37)<sup>16</sup>.

Da mesma forma, caso haja a citação do dispositivo legal e o acórdão fustigado não tenha enfrentado o tema, não há o devido prequestionamento para fins de interposição de recurso especial<sup>17</sup>, porquanto este requisito se refere à matéria julgada e não ao dispositivo tido por violado.

O entendimento também está consolidado no enunciado da Súmula nº 282 do Supremo Tribunal Federal que pode ser utilizada para o recurso especial, *litteris*: “É inadmissível recurso extraordinário, quando não ventilada, a questão federal suscitada”.

Com efeito, caso o acórdão impugnado não tenha enfrentado o tema suscitado na instância *a quo*, deve o recorrente opor embargos de declaração com o objetivo de sanar a omissão do julgador, antes da interposição de recurso especial, porquanto a matéria não se encontra decidida, inexistindo, conseqüentemente, o devido prequestionamento da matéria.

Este é o posicionamento dominante consubstanciado no verbete nº 356 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, que pode ser aplicado também ao recurso especial, *ipsis verbis*: “O ponto omissivo da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento”.

Contudo, há divergência entre o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal acerca da existência de prequestionamento, quando há embargos de declaração opostos e rejeitados.

O Superior Tribunal de Justiça entende que não está satisfeito o requisito do prequestionamento da matéria em que houve omissão, quando foram opostos embargos de declaração e estes foram rejeitados, uma vez que a causa não foi decidida naquele tópico pelo Corte *a quo*.

Neste sentido se encontra o enunciado da Súmula nº 211 do Superior Tribunal de Justiça, *litteris*:

---

16 No mesmo sentido, EREsp nº 177.258, Relator Ministro Fernando Gonçalves, DJU de 17.02.2003, Seção 1, p. 212; EREsp nº 198.413, Relator Ministro César Asfor Rocha, DJU de 08.04.2002, Seção 1, p. 111; entre outros.

17 Neste sentido, AGREsp nº 625.725, Relator Ministro José Delgado, DJU de 05.08.2004, Seção 1, p. 197

*Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal “a quo”.*

A posição sursum mencionada é verificada no voto proferido pelo Ministro Demócrito Reinaldo no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 67.820-2/SP<sup>18</sup>, onde entende ser defeso ao Superior Tribunal de Justiça analisar tema que não fora julgado pelo acórdão recorrido, a fim de não violar o princípio das instâncias recursais, *verbis*:

*Com efeito, é defeso a esta Corte debruçar-se sobre tema não examinado pelo acórdão recorrido, pois se assim procedesse estaria vulnerando o princípio das instâncias recursais, que limita a amplitude do efeito devolutivo. A supressão de instância, sua consequência concreta, constitui gravíssimo atentado contra as garantias processuais das partes, principalmente no que concerne ao direito de defesa.*

*A apreciação de questão não debatida subverte o ‘iter’ processual, apanha a parte adversa de surpresa e cria para esta Corte o ônus de conhecer tema jurídico inédito. A uniformização da interpretação da lei federal tem como pressuposto lógico a prévia existência de exegese destoante, não sendo logicamente possível exercer raciocínio dialético sem que haja duas teses antagônicas.*

Quando houver a rejeição dos embargos de declaração opostos de modo equivocado, cabia ao embargante interpor recurso especial alegando a violação dos artigos 165, 458 e 535 do antigo Código de Processo Civil, com o objetivo de anular o acórdão proferido em sede de embargos de declaração, o que, uma vez provido, acarretará o retorno dos autos à instância a quo para o seu correto julgamento. Neste sentido, se pronunciou o Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial nº 440.258/SC<sup>19</sup>, *litteris*:

PROCESSO CIVIL – RECURSO ESPECIAL – ALEGADA VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 458 E 535, II, DO CPC – EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL – EMPRESA DE LATICÍNIOS – CONSELHO REGIONAL DE QUÍMICA – NECESSIDADE DE REGISTRO – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS PARA SANAR OMISSÃO – DECISÃO DO TRIBUNAL A QUO

18 STJ – 1ª Turma. AGA 67.820, Relator Ministro Demócrito Reinaldo, DJU de 25.09.1995, Seção 1, p. 31.089. RSTJ 108/353.

19 STJ – 2ª Turma. REsp nº 440.258/SC, Relator Ministro Franciulli Netto, DJU de 01.04.2003, Seção 1, p. 324.

EM DESCOMPASSO COM A PRETENSÃO FORMULADA –  
RECONHECIDA VULNERAÇÃO AOS ARTIGOS 458 E 535, II,  
DO CPC – RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO  
PARA DETERMINAR O RETORNO DOS AUTOS À CORTE  
DE ORIGEM

[..]

*Como se pode observar, a Corte Estadual não analisou os dispositivos apontados pela recorrente como violados. Verificada a desarmonia entre a pretensão deduzida pela parte embargante e a solução dada aos embargos declaratórios, configurada está a vulneração aos artigos 458 e 535, II, do estatuto processual civil, de modo a merecer que os autos retornem ao colendo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, para que haja um novo pronunciamento da matéria.*

*Recurso Especial provido.*

No entanto, outro é o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, que considera prequestionada a matéria com a oposição dos embargos de declaração, não havendo necessidade de seu provimento. Neste sentido, já se pronunciou o Plenário do Excelso Pretório no julgamento da Questão de Ordem no Recurso Extraordinário nº 219.934<sup>20</sup>, adotando o prequestionamento ficto para o recurso extraordinário.

Essa divergência era perfeitamente plausível, na medida em que, na hipótese do recurso extraordinário, para possibilitar seu conhecimento, a violação ao dispositivo constitucional deve ser frontal e direta e não por via reflexa.

Assim, caso houvesse equívoco do Tribunal *a quo* no julgamento de embargos de declaração e não fosse possível a interposição de recurso especial, como por exemplo, nos julgados de Turma Recursal dos Juizados Especiais e naqueles proferidos em embargos infringentes de alçada (artigo 34 da Lei 6.830/80), a parte seria penalizada, não sendo possível a interposição de recurso extraordinário.

Ressalte-se que, em que pese plausível a divergência, a unificação do posicionamento seguindo o STF é a mais razoável, porquanto trará

<sup>20</sup> STF – Pleno. Questão de Ordem no RE nº 219.934, Relator Ministro Octávio Gallotti, DJU de 26.06.2000, Seção 1, p. 23.

maior segurança ao recorrente, sem, contudo, prejudicar a parte. Ademais, poderá acarretar em maior celeridade no julgamento da demanda, pois o Superior Tribunal de Justiça analisará a matéria e não simplesmente anulará o acórdão impugnado nos embargos de declaração.

#### **4 DA FUNGIBILIDADE ENTRE OS RECURSOS ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO**

Outra inovação do novo CPC é a possibilidade de fungibilidade de recurso especial e extraordinário, de forma que, caso o Superior Tribunal de Justiça entenda que a matéria é de índole constitucional remeterá o processo ao Supremo Tribunal Federal para julgamento e, caso o STF entenda que a matéria é infraconstitucional remetê-lo-á novamente ao STJ por decisão irrecurável.

Os artigos 1.032 e 1.033 do Código de Processo Civil de 2015 estabelecem a possibilidade de fungibilidade entre os recursos especial e extraordinário, pois caso o relator entenda que o recurso especial versa questão constitucional encaminhará os autos ao Supremo Tribunal Federal, após conceder o prazo de quinze dias para que o recorrente demonstre a existência de repercussão geral e, de outro lado, caso o relator do recurso extraordinário entender que a matéria versa sobre matéria infraconstitucional federal, encaminhará os autos ao Superior Tribunal de Justiça, por decisão irrecurável.

Verifica-se que tal medida adotada pelo legislador foi de extrema importância a medida em que, pelo sistema atual do Código de Processo Civil, caso o Superior Tribunal de Justiça assentasse que a matéria é de índole constitucional, o recorrente deveria se antecipar e interpor desde logo recurso extraordinário, alegando violação ao permissivo constitucional do recurso especial, ainda que tivesse interposto recurso extraordinário, porquanto poderia o STF entender que havia matéria infraconstitucional, a qual não fora analisada, o que inviabilizaria a análise do extraordinário. Ressalte-se que, recentemente, mesmo a tese de violação ao permissivo constitucional do recurso especial não encontrou guarida na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal<sup>21</sup>.

Ponto importante sobre a possibilidade de fungibilidade refere-se à abertura de prazo para que o recorrente demonstre a repercussão geral,

21 Neste sentido, STF – 2ª Turma. AgRg no RE nº 587.433, Rel. Min. Eros Grau, DJ-e 192 de 09.10.2008; STF – 2ª Turma, AgRg no RE 436.509, Rel. Min. Eros Grau, DJ-e 60 de 03.04.2008, entre outros.

caso o relator considere que a matéria seja constitucional. Com efeito, tal procedimento é necessário, porquanto não há necessidade de demonstração da repercussão geral no recurso especial, sendo requisito constitucional, entretanto, do recurso extraordinário.

## 5 DOS EFEITOS DOS RECURSOS ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO

Igualmente, houve alteração na profundidade do efeito devolutivo do recurso especial, porquanto no sistema antigo o § 2º do artigo 542 do Código de Processo Civil estabelecia que o recurso especial seria recebido no efeito devolutivo. Contudo, é de se ressaltar que esse efeito não é amplo, devendo restringir-se quanto à extensão à matéria infraconstitucional federal e quanto à profundidade às questões analisadas pelo Tribunal *a quo*.

O artigo 1.034 do novo Código de Processo Civil estabelece que, uma vez admitido o recurso, o Superior Tribunal de Justiça ou o Supremo Tribunal Federal julgará o processo, conforme o caso, aplicando o direito.

O parágrafo único do dispositivo *sursum* mencionado prescreve que admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial por um fundamento, devolve-se ao tribunal superior o conhecimento dos demais fundamentos para a solução do capítulo impugnado.

Cabe salientar que tanto o Superior Tribunal de Justiça quanto o Supremo Tribunal Federal assentaram que o efeito devolutivo do recurso especial e extraordinário é restrito, de sorte que não é possível a análise de fundamentos não analisados pelo juízo *a quo*<sup>22</sup>.

A referida alteração acarreta economia processual, a medida em que, na sistemática atual, caso seja provido o recurso especial ou o recurso extraordinário, os autos deverão retornar à instância *a quo* para a análise de outras razões ou causas de pedir, para, posteriormente, nova interposição de recurso especial ou extraordinário, se possível.

Com efeito, verifica-se que se o outro fundamento for de índole constitucional e tiver sido analisado o recurso especial, caberá ao Superior Tribunal de Justiça remeter o processo ao Supremo Tribunal Federal, de

<sup>22</sup> Neste sentido, STJ – 4ª Turma, AgRg no AG nº 657.962, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJU de 29.10.2007, Seção 1, p. 242; STJ – 4ª Turma, AgRg no REsp nº 457.356, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJU de 13.09.2004, p. 244; STF – 2ª Turma, AgRg no AI nº 539.291, Rel. Min. Carlos Velloso, DJU de 11.11.2005, Seção 1, p. 43; inter plures.

acordo com os artigos 986 e 987, já analisados no tópico da fungibilidade entre os dois recursos.

A alteração mencionada acarreta também a tendência em se admitir o efeito translativo nos recursos especial e extraordinário, porquanto permite a análise de temas ainda não analisados, desde que haja o conhecimento do recurso. Verifica-se que, aparentemente, algumas matérias já podem ser analisadas de ofício até o trânsito em julgado da decisão, conforme prescreve o § 3º do artigo 485 do novo CPC.

Ressalte-se que a matéria é de grande importância e não se encontra pacificada na doutrina e na jurisprudência acerca da possibilidade de efeito translativo aos recursos de natureza excepcional.

Há basicamente três correntes acerca do tema: a) impossibilidade do efeito translativo, porquanto viola o prequestionamento ou acarreta reexame de provas, defendida por Cássio Scarpinella Bueno<sup>23</sup> e Thereza Arruda Alvim Wambier<sup>24</sup>, bem como pelo Supremo Tribunal Federal e parte do Superior Tribunal de Justiça<sup>25</sup>; b) possibilidade do efeito translativo, independentemente do prequestionamento, posição adotada por Fredie Didier Júnior<sup>26</sup>, Nelson Luiz Pinto<sup>27</sup> e Rodolfo Camargo Mancuso<sup>28</sup>, bem como por parte do Superior Tribunal de Justiça<sup>29</sup>; e c) possibilidade do efeito translativo, desde que haja o presquestionamento, defendido por parte do Superior Tribunal de Justiça<sup>30</sup>.

Com a expansão do efeito devolutivo do recurso especial, abre-se o reconhecimento da possibilidade do efeito translativo, ou seja, a possibilidade

23 BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de Direito Processual Civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 116.

24 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória. São Paulo: RT, 2008, 2 ed p.358.

25 STF – 1ª Turma. AgRg no AI 633.188/MG. Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJU de 31.10.2007. No mesmo sentido: STJ – 6ª Turma. AgRg no AI 967852/PE. Rel. Des. convocada Jane Silva, DJe de 28.04.2008.

26 DIDIER JR., Fredie. CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. Vol. 3. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 321/322.

27 PINTO, Nelson Luiz. *Recurso especial para o STJ*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 183.

28 MANCUSO, Rodolfo Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 8. ed. São Paulo: RT, 2003, p. 230.

29 STJ – 1ª Turma. REsp nº 114.612, Rel. Min. José Delgado, DJU de 04.05.1998, Seção 1, p. 81.

30 STJ – 5ª Turma. RESP nº 906.839, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ-e de 21.08.2008.

de se conhecer de ofício matéria de ordem pública, desde que conhecido o recurso, como já defende Bernardo Pimentel Souza<sup>31</sup>.

## 6 DA OBJETIVAÇÃO DO PROCESSO (REPERCUSSÃO GERAL E JULGAMENTO DE RECURSO ESPECIAL REPETITIVO) NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O novo Código de Processo Civil também foi sensível ao fenômeno da objetivação do processo, que foram positivados por intermédio da repercussão geral e do julgamento do recurso especial repetitivo, prevendo a força do precedente de um lado e o ingresso de terceiro, na qualidade de *amicus curiae*, de outro.

Verifica-se que a noção principal dos dois institutos não foi modificada pelo novo CPC, apenas houve a possibilidade expressa de suspensão do processo no 1º e 2º graus de jurisdição.

Quando houver a discussão de idêntica controvérsia de direito haverá julgamento de um e suspensão dos demais processos e, após a decisão, aplicar-se-á a tese assentada no Superior Tribunal de Justiça, no caso de recurso especial repetitivo ou no Supremo Tribunal Federal, na hipótese de julgamento de recurso extraordinário repetitivo.

A inovação expressa no novo Código de Processo Civil está na possibilidade de suspensão dos processos que tramitam na primeira instância e nos tribunais de segundo grau de jurisdição, não se restringindo àqueles em que o recurso excepcional já tenha sido interposto.

Quanto ao sobrestamento, o § 9º do artigo 1.037 do Código de Processo Civil de 2015 prevê a possibilidade de a parte requerer o prosseguimento do seu processo, demonstrando a distinção entre a questão a ser decidida no processo e aquela a ser julgada no recurso especial ou extraordinário afetado.

Tendo em vista que o sobrestamento dos processos não se limita àqueles que tenham recurso especial ou recurso extraordinário interpostos, mas sim a todos os processos, de sorte que, o pedido demonstrando o *distinguishing* deve ser dirigido: a) ao juiz, quando o processo estiver tramitando no primeiro grau de jurisdição; b) ao relator, se o processo estiver

---

31 SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 663/664.

tramitando no tribunal de origem; c) ao relator do acórdão, se for sobrestado recurso especial no tribunal de origem; e d) ao relator do recurso especial no tribunal superior, caso já tenha havido o juízo de admissibilidade.

Ressalte-se que nem sempre o relator no tribunal de origem será o relator do acórdão, pois há possibilidade de o relator originário ser vencido, cabendo àquele que proferiu o voto vencedor a função de relator o acórdão.

Após o pedido de *distinguishing* a outra parte deve ser ouvida no prazo de 5 (cinco) dias, a fim de possibilitar o contraditório.

Caberá ao magistrado competente, juiz ou relator, conforme o caso, decidir acerca da diferença entre o processo paradigma e o caso a ser analisado. Da decisão do magistrado caberá agravo de instrumento ou agravo interno, respectivamente, da decisão do juiz de primeiro grau ou do relator, conforme estabelece o § 13 do artigo 1.037 do Código de Processo Civil.

Da mesma forma, quando houver sobrestamento de recurso intempestivo, haverá possibilidade de o interessado requerer a exclusão do sobrestamento e a inadmissão do recurso, tendo o recorrente cinco dias para se manifestar.

Desta decisão, será cabível apenas agravo interno, conforme estabelece o § 3º do artigo 1.036 do Código de Processo Civil, com redação dada pela Lei nº 13.256/2016.

Após o julgamento do paradigma pelo Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça, conforme o caso, se o posicionamento do tribunal *ad quem* for consonante com o assentado pelo tribunal de origem, o recurso sobrestado terá seu seguimento negado, conforme expressamente previsto no inciso I do artigo 1.040 do novo Código de Processo Civil.

É de se ressaltar que tal previsão, quanto ao recurso especial, apenas alarga a aplicação do enunciado da Súmula nº 83 do Superior Tribunal de Justiça, que já previa essa consequência na hipótese de interposição pela alínea “c” do inciso III do artigo 105 da Constituição da República.

De outro lado, quando o posicionamento do tribunal superior divergir daquele adotado pela Corte *a quo*, haverá possibilidade de retratação por parte do colegiado de origem, evidenciando efeito regressivo do recurso.



Na hipótese de o tribunal de origem não se retratar, deverá continuar o procedimento do recurso especial ou do recurso extraordinário, com a análise da admissibilidade do recurso, conforme estabelece o artigo 1.041 do CPC/2015.

Cabe ressaltar, a retratação deve verificar se houve o trânsito em julgado da decisão, ou seja, se o recurso especial foi tempestivo, porquanto não pode haver possibilidade de retratação de matéria em que já se operou a coisa julgada.

Com efeito, caso o processo sobrestado esteja tramitando no primeiro ou no segundo grau de jurisdição, este retomará seu curso para julgamento e aplicação da tese firmada pelo Superior Tribunal de Justiça.

Quanto a este tópico, a redação originária do artigo 988 do Código de Processo Civil de 2015 previa a possibilidade de reclamação quando não fosse observado precedente em recurso especial ou recurso extraordinário repetitivos. Entretanto, com a edição da Lei nº 13.256/2016, a hipótese de reclamação restringe-se aos casos em que não haja a possibilidade de recurso de natureza ordinária, a partir da interpretação do § 5º. Assim, o cabimento da reclamação ganhou um aspecto subsidiário.

Com efeito, a objetivação do processo trará maior uniformidade para as soluções dadas pelo Poder Judiciário. Porém, deve-se atentar que a interpretação do dispositivo deverá ser feita de modo a não prejudicar a coisa julgada, ou seja, caso o recurso seja intempestivo e tenha-se operado o trânsito em julgado, a circunstância deve ser reconhecida de modo a impossibilitar o julgamento do recurso.



**LA EVOLUZIONE DEI GIUDIZI DI APPELLO  
E DI CASSAZIONE ALLA LUCE DELLE  
RECENTI RIFORME**

*Roberto Poli*  
*Professore ordinario*  
*Presso La Università degli Studi di Cassino e del Lazio Meridionale*

Fin troppi sono gli aspetti della recente evoluzione dei giudizi di appello e di cassazione che dovrebbero essere presi in considerazione, e tuttavia non vi è spazio in questa sede per trattare adeguatamente di ciascuno di essi. Cercherò qui, pertanto, di esaminare - comunque, necessariamente, in modo sintetico - almeno i punti fondamentali di tale evoluzione<sup>1</sup>.

Come noto, il legislatore italiano ultimamente appare in preda ad un'attività compulsiva, perché praticamente ogni anno interviene sul processo civile con una o più riforme di dettaglio, incidendo sulla disciplina del codice senza pensare organicamente ad una riforma di più ampio respiro, volta a riordinare interi settori. Si tratta, poi, di riforme c.d. a costo zero le quali, di norma, in quanto non adeguatamente ponderate, finiscono per creare molti più problemi di quanti riescono a risolverne.

Si prendono semplicisticamente le mosse dal principio della necessaria durata ragionevole del processo di cui all'art. 111, secondo comma Cost.; si considera che oggi i processi civili durano troppo tempo e quindi si interviene - con grande approssimazione nella comprensione dei problemi e pari disinvoltura nella individuazione dei possibili rimedi - con queste continue riforme a costo zero, sperando di semplificare e accelerare la conclusione dei processi<sup>2</sup>.

Va da sé che in Italia il legislatore non pensa affatto, benché sarebbe ormai ora, a scrivere un nuovo codice, come invece è stato fatto in Brasile.

Per quanto riguarda, in particolare, il giudizio di cassazione, si osserva che ormai la Suprema Corte deve fare i conti con un arretrato enorme, arretrato che è davvero complicato riuscire a smaltire; che i ricorsi in entrata sono superiori ai ricorsi decisi; e quindi si conclude rilevando che la Corte non è più in grado di esercitare la sua funzione principale, la c.d. nomofilachia.

Quindi, in virtù di una interpretazione del principio della ragionevole durata di cui all'art. 111 Cost. che spesso si afferma - erroneamente<sup>3</sup> -

---

1 Per un discorso più compiuto e dettagliato al riguardo rinvio a R. Poli, *Le riforme dei giudizi di appello e di cassazione nella giurisprudenza di legittimità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, p. 43 ss.; Id., *Le modifiche relative al giudizio di cassazione*, in C. Punzi, *Il processo civile. Sistema e problematiche. Le riforme del quinquennio 2010-2014*, Torino, 2015, p. 271 ss.; Id., *Il nuovo giudizio di appello*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, p. 120 ss.

2 Per un approfondito quadro delle recenti riforme del processo civile italiano v. C. Punzi, *Il processo civile. Sistema e problematiche. Le riforme del quinquennio 2010-2014*, cit.

3 V. Cass. 21 gennaio 2016, n. 1081, in *Riv. dir. proc.*, n. 3/2016, in corso di pubblicazione, con mia nota, *Ricorso per cassazione improcedibile e sanabilità per raggiungimento dello scopo: la questione torna alle Sezioni Unite*, la

prevalente rispetto agli altri principi del giusto processo, si assiste ad un nuovo modo di vedere l'intero processo, ed in particolare le impugnazioni, sia da parte del legislatore, sia da parte della giurisprudenza. Di tale fenomeno sono principale espressione le riforme del 2006, del 2009 e, soprattutto, le ultime del 2012, di cui mi occuperò in particolare.

Nell'ottica, d'anzì segnalata, di voler concentrare l'attenzione sugli aspetti più rilevanti, vediamo quali sono i dati di fondo che si possono cogliere da queste ultime riforme.

Il primo è rappresentato dall'ulteriore, considerevole avvicinamento del giudizio di appello al giudizio di cassazione, sia per funzione sia per struttura, e dunque anche per oggetto. Il secondo dato che emerge è quello di una restrizione, di un assottigliamento dei poteri delle parti soccombenti in ordine alla possibilità di proporre appello e di proporre ricorso per cassazione: in breve, una restrizione delle possibilità di impugnare la sentenza, del potere di impugnazione. Vediamo con maggior dettaglio, prendendo le mosse dal giudizio di appello.

Con riferimento al giudizio di appello si assiste, negli ultimi anni - ripeto, alla luce delle riforme legislative, ma anche degli interventi della giurisprudenza - a quella che si può definire la evoluzione del giudizio di appello da (tendenzialmente) mezzo di gravame a (prevalentemente) mezzo di impugnazione in senso stretto. Ormai è un ricordo la concezione dell'appello come giudizio nel quale il giudice di secondo grado - una volta proposto l'appello - pronuncia immediatamente e direttamente sulla domanda già oggetto del giudizio di primo grado. Premesso che mai nel codice di procedura italiano vigente l'appello ha assunto la struttura del gravame puro, di tale concezione oggi non vi è più traccia. Anche il giudizio di appello è una impugnazione in senso stretto; infatti, anche nel giudizio di appello l'oggetto è rigidamente delimitato dai motivi d'impugnazione, salvo che per le eccezionalissime questioni rilevabili d'ufficio, di rito e di merito. È questa una formula che tradizionalmente è riferita al giudizio di cassazione, ma che ormai dobbiamo utilizzare, letteralmente, anche per il giudizio di appello<sup>4</sup>.

---

quale sottolinea correttamente come le garanzie procedurali sancite dall'art. 6 CEDU in relazione all'equità, alla pubblicità ed alla celerità risulterebbero prive di senso, qualora non fosse tutelato il presupposto di tali garanzie, ossia l'accesso al giudice.

<sup>4</sup> Su questa evoluzione del giudizio di appello, v. R. Poli, *Giusto processo e oggetto del giudizio di appello*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 48 ss.; Id., *Appello come revisio prioris instantiae e acquisizione del documento erroneamente interpretato o valutato dal giudice di primo grado*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 1186 ss.

A ben vedere, si era arrivati a questo risultato, per mezzo dei ripetuti interventi della giurisprudenza al riguardo, anche prima di queste ultime riforme del 2012, le quali hanno in effetti codificato e accentuato siffatte caratteristiche del giudizio di appello<sup>5</sup>.

Mi riferisco anzitutto al riformato art. 342 c.p.c., che è la disposizione che disciplina i requisiti formali dell'atto di appello. Il precedente testo dell'art. 342 c.p.c. si limitava a dire che chi propone appello deve indicare i motivi specifici, ma non prevedeva alcuna sanzione per il caso di loro mancanza. La giurisprudenza era progressivamente arrivata ad affermare che l'appello con motivi generici è nullo; precisando successivamente che, trattandosi di vizio insanabile, si trattava di nullità comportante l'inammissibilità dell'appello<sup>6</sup>. Oggi tutto ciò è previsto espressamente dal nuovo art. 342 c.p.c. il quale non solo ci dice appunto, espressamente, che l'appello con motivi generici (o il singolo motivo generico) è inammissibile, ma accentua gli oneri formali dell'appellante, prescrivendo una serie di indicazioni specifiche cui è tenuto l'appellante stesso. In breve, a norma del nuovo art. 342 c.p.c., l'appello deve essere "motivato" e la "motivazione" - si mutua qui evidentemente quanto impropriamente un termine proprio dei requisiti della sentenza - deve contenere, a pena d'inammissibilità, l'indicazione: *a*) delle parti del provvedimento che intende appellare; *b*) le modifiche che vengono richieste alla ricostruzione del fatto compiuta dal giudice di primo grado; *c*) le circostanze da cui deriva la violazione della legge; *d*) la loro rilevanza ai fini della decisione impugnata. In tal modo, si accentua la funzione del motivo d'impugnazione, in questo caso del motivo di appello, che serve, come dicevo, quale mezzo per delimitare il perimetro, l'ambito oggettivo del giudizio di secondo grado e quindi i poteri di cognizione e decisione del giudice di appello<sup>7</sup>.

5 In proposito v. ampi richiami alla giurisprudenza formatasi anteriormente alla ultima riforma in R. Poli, *Il nuovo giudizio di appello*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, p. 120 ss.

6 Per riferimenti, v. R. Poli, *Giusto processo e oggetto del giudizio di appello*, cit., p. 58 ss.

7 Sul nuovo art. 342 c.p.c. v. R. Poli, *Il nuovo giudizio di appello*, cit., p. 121 ss., nonché, di recente, l'importante Cass. 5 febbraio 2015, n. 2143 la quale ha chiarito, con un articolato discorso, la portata precettiva della nuova disposizione, escludendone l'interpretazione formalistica che invece ha trovato seguito presso taluni giudici di merito. La Corte ha in proposito osservato: "*a*) Esaminando le modifiche introdotte dalla novella, occorre premettere che la dichiarata finalità ne è stata quella di migliorare, ispirandosi in particolare al modello tedesco, l'efficienza delle impugnazioni, a fronte della reiterata violazione dei tempi di ragionevole durata del processo. *b*) Il primo mezzo mediante il quale tale risultato è stato perseguito è stato quello di sanzionare espressamente il mancato rispetto degli oneri formali con pronuncia d'inammissibilità dell'appello, che deve avvenire con sentenza alla conclusione del processo (e non con ordinanza, come invece nell'ipotesi del c.d. secondo 'filtro' in appello, regolato dagli artt. 348 bis e 348 ter c.p.c.); in tal modo, vengono superate quelle soluzioni interpretative che ponevano il rispetto di detti oneri come causa di nullità, sanabile con la costituzione dell'appellato (Cass. S.U. n. 4991 del 1987, ma, contro, Cass. S.U. n. 16 del 2000), così confermandosi che essi hanno natura pubblicistica e sono posti anche in funzione di agevolazione dell'attività del giudice. *c*) In merito poi al valore da

Tanto è vero che, se guardiamo le massime della nostra giurisprudenza, già prima, ma oggi a maggior ragione, si dice - come ricordavo poc'anzi - che l'oggetto del giudizio di appello è rigidamente delimitato dai motivi e nei limiti dei motivi stessi<sup>8</sup>. Se poi teniamo presente che per "parte del provvedimento appellato" si intende la decisione di una delle singole questioni che deve risolvere il giudice per poter rispondere alla domanda giudiziale con il dispositivo (domanda di primo grado o

attribuirsi alla puntualizzazione del requisito della 'specificità' dei motivi, occorre premettere che l'economia dei tempi processuali perseguita dalla novella può essere ottenuta solo esigendo il rispetto da parte dell'appellante, in un'ottica di leale collaborazione ed a pena di inammissibilità del gravame, di precisi oneri formali che impongano e traducano uno sforzo di razionalizzazione delle ragioni dell'impugnazione. *d*) Allo scopo di individuarne l'estensione, vi sono due aspetti da valutare: è vero, da un lato, che il principio della ragionevole durata del processo, elevato a rango costituzionale a seguito della riformulazione dell'art. 111 Cost., ad opera della legge costituzionale n. 2 del 1999, costituisce il parametro per adottare un'interpretazione delle norme processuali funzionalizzata ad un'accelerazione dei tempi della decisione, conducendo a privilegiare opzioni contrarie ad ogni inutile appesantimento del giudizio, in sintonia con l'obiettivo perseguito anche a livello sovranazionale dall'art. 6 della CEDU di assicurare una decisione di merito in tempi ragionevoli (così Cass. n. 13825 del 2008, Cass. S.U. n. 5700 del 2014, Cass. S.U. n. 9558 del 2014, Cass. n. 17698 del 2014); inoltre, non è prevista costituzionalmente la pluralità di gradi di giudizio (fatto salvo il ricorso per cassazione per violazione di legge contro le sentenze e contro i provvedimenti sulla libertà personale), sicché il legislatore nazionale gode di una certa discrezionalità nel prevedere limiti all'accesso alle impugnazioni. *e*) Dall'altro lato, occorre tuttavia rilevare (come evidenziato da Cass. S.U. n. 5700 del 2014 e Cass. S.U. n. 9558 del 2014), che la Corte di Strasburgo afferma che le limitazioni all'accesso alla tutela giurisdizionale per motivi formali non devono pregiudicare l'intima essenza di tale diritto; in particolare tali limitazioni non sono compatibili con l'art. 6, comma 1 CEDU qualora esse non perseguano uno scopo legittimo, ovvero qualora non vi sia una ragionevole relazione di proporzionalità tra il mezzo impiegato e lo scopo perseguito (v. tra le altre Corte EDU Walchli c. Francia 26 luglio 2007, Faltejsek c. Repubblica Ceca 15 maggio 2008). La stessa Corte EDU ha poi affermato che il vincolo del rispetto del diritto ad un processo equo imposto dall'art. 6 comma 1 della CEDU si applica anche ai provvedimenti di autorizzazione all'impugnazione (Corte EDU, Hansen c. Norvegia, 2 ottobre 2014, Dobric c. Serbia, 21 luglio 2011, punto 50). *f*) Il quadro costituzionale e sovranazionale orienta quindi verso canoni interpretativi capaci di assicurare il compito correttivo del giudizio d'appello, finalizzato a garantire la conformità della decisione di primo grado alla legge ed alle risultanze processuali, ma sanzionando le pratiche che, comportando un abuso del processo, determinino un'ingiustificata dilatazione dei suoi tempi ed un'ingiustificato aggravio del lavoro del giudice. *g*) Sulla base di tali argomentazioni, occorre concludere che gli oneri che vengono imposti alla parte devono essere interpretati in coerenza con la funzione loro ascritta e devono quindi consentire di individuare agevolmente, sotto il profilo della latitudine devolutiva, il *quantum appellatum* e di circoscrivere quindi l'ambito del giudizio di gravame, con riferimento non solo agli specifici capi della sentenza del Tribunale, ma anche ai passaggi argomentativi che li sorreggono; sotto il profilo qualitativo, le argomentazioni che vengono formulate devono proporre lo sviluppo di un percorso logico alternativo a quello adottato dal primo Giudice e devono chiarire in che senso tale sviluppo logico alternativo sia idoneo a determinare le modifiche della statuizione censurata chieste dalla parte. In tal modo, la novella ha, sostanzialmente e ragionevolmente, recepito e formalizzato gli approdi cui era giunta la giurisprudenza più recente, rendendone certa ed efficace la sanzione processuale. *h*) Tali essendo i requisiti contenutistici del ricorso, deve ancora precisarsi che con la reiterata locuzione "indicazione", il legislatore non ha previsto che le deduzioni della parte appellante debbano assumere una determinata forma o ricalcare la decisione appellata con diverso contenuto, né ha adottato una logica di riproposizione, fuori tempo e fuori luogo, del noto (ed oggi superato) requisito del 'quesito di diritto': il legislatore ha solo statuito che i contenuti critici proposti debbano essere articolati in modo chiaro ed esauriente, oltre che pertinente".

8 Cass., sez. un., 8 febbraio 2013, n. 3033, in *Riv. dir. proc.*, 2013, p. 1184 ss., con mia nota, *Appello come revisio prioris instantiae e acquisizione del documento erroneamente interpretato e valutato dal giudice di primo grado*, cit.; Cass., sez. un. 23 dicembre 2005, n. 28498, in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 1397 ss. con mia nota, *L'oggetto del giudizio di appello*; Cass., sez. un., 29 gennaio 2000, n. 16, in *Foro it.*, 2000, I, c. 1606 ss., con note di G. Balena, C.M. Barone e A. Proto Pisani.

d'impugnazione), allora ci rendiamo agevolmente conto che non resta davvero nulla della concezione del giudizio di appello strutturato come un mezzo di gravame<sup>9</sup>.

Nel gravame, come ho già ricordato, il giudice esamina di nuovo immediatamente e direttamente l'intera fattispecie sottoposta al primo giudice, e risponde immediatamente e direttamente alla domanda giudiziale. Nel giudizio di appello attuale, invece, il giudice deve prima verificare se sono fondati i motivi di appello proposti, se sussistono gli *errores in procedendo* e *in iudicando* fatti valere con i motivi e dopo, solo dopo, deve pronunciare sulla domanda, attraverso un iter procedimentale e un giudizio esenti dagli (eventuali) errori commessi dal primo giudice.

In questa prospettiva, si può e si deve parlare di un giudizio di appello che ha un oggetto diretto, la sentenza impugnata (le singole parti del provvedimento che l'appellante ha inteso censurare), e un oggetto indiretto, la situazione giuridica sostanziale dedotta nel processo<sup>10</sup>.

Questo schema, secondo la nostra giurisprudenza, opera anche quando il motivo di appello è diretto nei confronti di un singolo accertamento di fatto. Dicono infatti le Sezioni Unite della Corte che, siccome il giudizio di appello serve a controllare la legittimità della sentenza impugnata, l'appellante ha l'onere di dimostrare la fondatezza delle sue censure. E quando la censura si rivolge avverso una decisione in punto di fatto, e quella decisione è stata assunta sulla base della valutazione di un documento che nel giudizio di primo grado era onere della parte vittoriosa depositare, in virtù della regola sull'onere della prova, nel giudizio di appello è in ogni caso onere dell'appellante soccombente depositare quel documento, perché è lui che deve provare la fondatezza della sua censura (naturalmente, ove la stessa consista nella asserita erronea valutazione di quel medesimo documento da parte del giudice di primo grado). In difetto, l'appello è respinto perché l'appellante non ha dimostrato la fondatezza del suo motivo di appello<sup>11</sup>.

Ebbene, questo orientamento dimostra che - una volta riconosciuto che l'oggetto del giudizio di appello può essere circoscritto ad un singolo,

---

9 Sul tema dei rapporti tra il concetto di "parte di sentenza", l'impugnazione parziale e la formazione del giudicato interno, per acquiescenza parziale, sulle parti del provvedimento non impuginate, rinvio a R. Poli, *I limiti oggettivi delle impugnazioni ordinarie*, Padova, 2002, p. 133 ss., spec. 154 ss.

10 R. Poli, *Giusto processo e oggetto del giudizio di appello*, cit., p. 63 ss.

11 Cass., sez. un., 8 febbraio 2013, n. 3033, cit.; Cass., sez. un. 23 dicembre 2005, n. 28498, cit.



specifico, limitato tema di fatto (ad es., le ore settimanali dedicate dal lavoratore ad una determinata attività) - anche in ordine al singolo, specifico fatto oggetto del giudizio la cognizione del giudice di appello non è immediata e diretta, bensì solo indiretta, in quanto mediata dalla previa necessaria verifica della fondatezza della censura proposta, della esistenza dell'*error* denunciato, *in iudicando* o *in procedendo*.

Ricapitolando, il giudice dovrà anzitutto verificare (a parte l'ammissibilità e la procedibilità dell'impugnazione, ovviamente), la fondatezza del motivo proposto; poi, se il motivo di appello è fondato, giudicare nuovamente in merito alla verità/falsità di quel fatto, e infine dovrà rispondere alla domanda giudiziale alla luce di quella nuova ed eventualmente (ma non necessariamente) diversa decisione su quel singolo tema di fatto che è stato oggetto del motivo di impugnazione<sup>12</sup>.

Un altro aspetto di questa evoluzione consiste nella progressiva restrizione delle possibilità di introdurre nuovi elementi di valutazione nel giudizio di appello, progressiva limitazione del c.d. *ius novorum* in appello. Il legislatore ha via via ridotto tali possibilità ed oggi, dopo l'ultima riforma del 2012 - a parte il divieto di proporre nuove eccezioni, che non siano rilevabili anche d'ufficio, già esistente - non è possibile nemmeno produrre nuovi documenti, anche se indispensabili ai fini della decisione (come prevedeva il precedente testo dell'art. 345 c.p.c.), salvo naturalmente, ma ciò vale per tutti i mezzi di prova, "che la parte dimostri di non aver potuto proporli o produrli nel giudizio di primo grado per causa ad essa non imputabile. Può sempre deferirsi il giuramento decisorio" (cfr. l'art. 345 c.p.c. nel testo attualmente vigente).

Questi rapidi cenni dovrebbero essere sufficienti per giustificare l'affermazione di partenza, ovvero che il giudizio di appello si sta avvicinando significativamente al giudizio di cassazione, per funzione, struttura ed oggetto. Ed in effetti la giurisprudenza di recente sottolinea che l'appello "rappresenta ormai non più un mezzo per procedere al riesame della causa, quale rinnovo totale o parziale, secondo i criteri tradizionali del *novum iudicium*, della disamina del merito di cui una parte si sia dichiarata insoddisfatta, costituendo bensì una revisione basata sulla deduzione di specifici vizi di *illegittimità, formale o sostanziale*, della sentenza di primo grado"<sup>13</sup>.

12 R. Poli, *Appello come revisio prioris instantiae*, op. loc. citt.

13 Cass., sez. un., 8 febbraio 2013, n. 3033, cit.

Occorre ora esaminare l'ultima, straordinaria novità del giudizio di appello: mi riferisco al c.d. filtro al giudizio di appello, *ex artt. 348 bis e ter c.p.c.*, introdotto nel 2012. In questo caso il legislatore - muovendo sempre dall'intento di semplificare e accelerare lo svolgimento del giudizio di secondo grado (ma, nei fatti, finendo consapevolmente per restringere l'accesso ai mezzi d'impugnazione) - ha introdotto un istituto del tutto sconosciuto alla nostra tradizione giuridica, mediante disposizioni che pongono rilevantissimi problemi interpretativi, lasciando poi alla giurisprudenza teorica e pratica il compito di risolverli.

In breve (e semplificando alquanto), vediamo di che si tratta: come appena detto, al fine di agevolare e accelerare la definizione dei giudizi, il legislatore ha pensato che, in presenza di un appello che non ha alcuna possibilità di essere accolto nel merito, in quanto manifestamente infondato, occorresse individuare uno strumento che consentisse l'immediata definizione del giudizio, senza doversi far ricorso alla trattazione vera e propria della causa e quindi alle forme ordinarie del giudizio di secondo grado. Di qui la previsione della ordinanza di inammissibilità dell'appello per mancanza di ragionevole probabilità di accoglimento, da pronunciarsi nella fase iniziale del giudizio di secondo grado<sup>14</sup>.

Ebbene - in disparte la considerazione che anche sotto questo specifico profilo l'innovazione è parsa subito inutile, perché erano ormai state introdotte altre ed assai più funzionali forme semplificate di decisione anche in appello (cfr. l'art. 281 *sexies c.p.c.*, applicabile anche al giudizio di appello, *ex art. 352, ult. comma, c.p.c.*) -, le nuove disposizioni, come accennato, hanno posto non pochi problemi interpretativi. Tanto è vero che, in presenza di contrasti sorti in seno alle sezioni semplici, è stato necessario richiedere l'intervento delle Sezioni Unite della Corte sia per individuare la portata applicata dell'ordinanza di inammissibilità, sia per definire modi e termini della sua impugnazione con il ricorso straordinario in Cassazione *ex art. 111, settimo comma, Cost.*<sup>15</sup>.

Quest'ultimo problema si è posto, in particolare, a causa di un'altra peculiarità del nuovo sistema introdotto dal legislatore. Infatti, la legge prevede che, una volta pronunciata l'ordinanza di inammissibilità, la parte soccombente nel giudizio di secondo grado possa ricorrere in Cassazione

14 Su tale nuovo istituto rinvio a R. Poli, *Le riforme dei giudizi di appello e di cassazione nella giurisprudenza di legittimità*, cit., p. 56 ss., anche per ulteriori richiami; Id, *Il nuovo giudizio di appello*, cit., p. 132 ss.

15 V. l'ordinanza di rimessione Cass. 12 gennaio 2015, n. 223.

(solo) direttamente avverso la sentenza di primo grado<sup>16</sup>, mentre non dice nulla circa l'impugnabilità dell'ordinanza stessa. Questo sistema ha fatto sorgere delicati problemi sia con riferimento ai casi in cui l'ordinanza di inammissibilità è stata pronunciata fuori dalle ipotesi per le quali è prevista dalla legge, nonché per i casi in cui, pur essendo pronunciata all'interno del suo ambito di applicazione, presenti altri vizi propri<sup>17</sup>.

Ulteriori problemi sono poi dati dal fatto che, in base al descritto sistema, la parte che si è vista dichiarare inammissibile l'appello con l'ordinanza in esame, pur potendo ricorrere direttamente per cassazione avverso la sentenza di primo grado, non ha la possibilità di far valere in tale sede le censure che sono proponibili esclusivamente con l'appello (vista la tassatività delle previsioni di cui all'art. 360, primo comma, c.p.c.)<sup>18</sup>.

Ma vi è di più. Infatti, il quarto comma dell'art. 348 *ter* prevede che quando l'inammissibilità è fondata sulle stesse ragioni, inerenti alle questioni di fatto, poste a base della decisione impugnata, il ricorso per cassazione avverso la sentenza di primo grado non può essere proposto

16 Sulla impugnabilità diretta con ricorso per cassazione avverso la sentenza di primo grado *ex art. 348 ter*, terzo comma, c.p.c. v. R. Poli, *Le riforme dei giudizi di appello e di cassazione nella giurisprudenza di legittimità*, cit., p. 65 ss.; Id., *Forma ed oggetto del ricorso per cassazione avverso la sentenza di primo grado*, *ex art. 348 ter*, comma 3°, c.p.c., in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 220 ss.

17 Con la sentenza n. 1914 del 2 febbraio 2016 le Sezioni Unite hanno risolto i contrasti sopra ricordati affermando, in sintesi, che: *a*) l'ambito di applicazione dell'ordinanza è solo quello "dell'impugnazione manifestamente infondata nel merito", "in quanto il giudizio prognostico sfavorevole espresso dal giudice d'appello nell'ordinanza *ex art. 348 ter* c.p.c. si sostanzia nella conferma di una sentenza 'giusta' per essere l'appello *prima facie* destituito di fondamento e non potrebbe pertanto intervenire rispetto a norme o fatti che non siano stati considerati dal giudice di primo grado"; *b*) se l'ordinanza è pronunciata nei casi previsti dalla legge, essa non è mai impugnabile; quindi, in generale, essa non è mai impugnabile per erronea valutazione della mancanza di ragionevole probabilità di accoglimento (*id est*, per erronea valutazione della manifesta infondatezza del merito); *c*) se l'ordinanza è erroneamente pronunciata fuori dal suo specifico ambito applicativo, ovvero quando l'inammissibilità dell'appello deve essere pronunciata con sentenza, il provvedimento ha natura di sentenza e, per la c.d. regola della prevalenza della sostanza sulla forma, essa è considerata alla stregua di una sentenza di appello e può essere impugnata con ricorso *ordinario* per cassazione, *ex art. 360*, primo comma, c.p.c.; *d*) se l'ordinanza è pronunciata all'interno del suo ambito di applicazione – appello manifestamente infondato nel merito – ma in ipotesi in cui la sua adottabilità è espressamente esclusa dalla legge, oppure in violazione delle norme processuali che ne prescrivono i requisiti formali, essa – attesa la sua definitività – è impugnabile con ricorso *straordinario* per cassazione *ex art. 111*, settimo comma, Cost., con il quale possono essere denunciati gli *errores in procedendo* normalmente riferiti ad ogni altro provvedimento giudiziario, "nei limiti della compatibilità logica e/o strutturale dei medesimi con il contenuto tipico della decisione espressa nell'ordinanza suddetta"; *e*) la statuizione sulle spese contenuta nell'ordinanza di inammissibilità può "essere rimessa in discussione (ai sensi del primo comma dell'art. 336 c.p.c.) soltanto se – ammessa l'impugnazione dell'ordinanza medesima – l'impugnazione venga accolta oppure se vi sia stata l'impugnazione con espresso riguardo a detta statuizione".

18 Per un più ampio discorso su tale aspetto rinvio a R. Poli, *Il nuovo giudizio di appello*, cit., p. 136 ss.

per il motivo di cui al n. 5 dell'art. 360, primo comma, c.p.c., ovvero per omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione fra le parti. Ciò vuol dire che, in tal caso, si possono avere ipotesi in cui il giudizio di fatto è praticamente non sindacabile in sede d'impugnazione, e resta sottratto anche alla garanzia costituzionale di cui all'art. 111, settimo comma, della Costituzione (per la quale, come noto, tutte le sentenze sono ricorribili in Cassazione per violazione di legge)<sup>19</sup>.

Da ultimo, per quanto (solo) apparentemente fuori tema, va ricordato che recentemente il legislatore ha previsto che, sia in caso di inammissibilità o improcedibilità, sia in caso di rigetto dell'impugnazione, la parte che ha proposto l'impugnazione è tenuta a pagare una seconda volta il c.d. contributo unificato per le spese di giustizia, che già ha dovuto versare al momento della proposizione della impugnazione, ed esattamente della iscrizione a ruolo (art. 13, comma 1 *quater*, D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, come modificato dal D.L. 24 giugno 2014 n. 90). Si tratta anche in questo caso di una misura che riduce, di fatto, le possibilità di accesso alle fasi d'impugnazione, ed è questa la ragione per cui la ho ricordata in questa sede.

In sintesi e per riassumere - lasciando in disparte il tema del contributo unificato -, le limitazioni al giudizio di appello alla luce delle ultime riforme sono le seguenti: *a*) si riducono i poteri di cognizione del giudice di appello, in primo luogo perché si riduce l'area della cognizione, che ora è rigidamente delimitata dal motivo proposto; in secondo luogo, perché si vincola il potere di decisione alla sussistenza della fondatezza del motivo proposto, anche sui temi di fatto, nel senso, prima descritto, per cui il giudice non conosce direttamente il fatto, benché circoscritto, ma deve passare previamente dalla valutazione di fondatezza del motivo proposto; *b*) si rende più difficoltoso l'accesso al giudizio di appello aggravando gli oneri formali per l'appellante, giusta il nuovo testo dell'art. 342 c.p.c.; *c*) si riducono fino quasi ad eliminarle del tutto le possibilità di introdurre nuovi mezzi di prova nel giudizio di appello, a norma del nuovo terzo comma dell'art. 345 c.p.c.; *d*) si comprimono le possibilità di ottenere la tutela ordinaria di secondo grado, a norma dell'art. 348 *ter* c.p.c., giacché, come abbiamo visto, a seguito della emanazione della ordinanza di inammissibilità, il ricorso diretto in cassazione non consente alla parte soccombente di far valere le censure proponibili solo nel giudizio di appello e, in caso di c.d. doppia conforme motivazione sulle circostanze di fatto

19 Sul punto v. R. Poli, *Le riforme dei giudizi di appello e di cassazione*, cit., p. 73 ss.

della causa, nemmeno è proponibile il motivo di ricorso per omesso esame circa un fatto decisivo, di cui all'art. 360, comma primo, n. 5, c.p.c.

E veniamo al giudizio di cassazione. Qui viene in evidenza, anzitutto, il tema del vizio di motivazione e del suo controllo in Cassazione. Dopo aver ascoltato la relazione del Prof. Tucci, nella quale si è rimarcata l'importanza sempre maggiore che oggi in Brasile si riconosce alla motivazione della sentenza, è agevole constatare come invece in Italia si stia andando in una direzione esattamente opposta. Infatti, parallelamente, da un canto si restringe il contenuto dell'obbligo di motivazione<sup>20</sup>, dall'altro si riduce la possibilità di sindacare il vizio di motivazione nel giudizio di cassazione. Prima della riforma del 2012 era possibile far valere il vizio di motivazione nei casi omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione circa un fatto controverso e decisivo per il giudizio. Oggi si è invece ritornati in pratica alla formula originaria del 1942, per cui, come già ricordato, è possibile impugnare la sentenza solo dove si ravvisi l'omesso esame circa un fatto controverso e decisivo per il giudizio<sup>21</sup>.

Il giorno dopo l'entrata in vigore di questa riforma molti hanno sostenuto che in fondo non sarebbe cambiato nulla rispetto al sistema previgente, perché il vizio di motivazione avrebbe comunque integrato una violazione di legge, come tale proponibile in Cassazione a norma del n. 3 del primo comma dell'art. 360 c.p.c. o, in alternativa e con riferimento ai casi più gravi di mancanza di motivazione, nel n. 4 della stessa disposizione.

Sul punto sono intervenute le Sezioni Unite della Suprema Corte e hanno affermato, restringendo sensibilmente l'ambito del sindacato rispetto al sistema previgente, che il nuovo testo dell'art. 360, primo comma, n. 5 deve essere interpretato, "alla luce dei canoni ermeneutici dettati dall'art. 12 delle preleggi, come riduzione al minimo costituzionale del sindacato sulla motivazione in sede di giudizio di legittimità, per cui l'anomalia motivazionale denunciabile in sede di legittimità è solo quella che si tramuta in violazione di legge costituzionalmente rilevante [...] e ciò accade solo quando il vizio di motivazione sia così radicale da comportare, con riferimento a quanto previsto dall'art. 132, n. 4, c.p.c., la nullità della sentenza per «mancanza della motivazione»". Le Sezioni Unite hanno poi aggiunto che "il controllo previsto dall'art. 360, nuovo n. 5, c.p.c., concerne, invece, l'omesso esame di un fatto storico, principale o secondario, la cui

20 Sul punto v. per tutti, B. Capponi, *La motivazione "laica, funzionalista, disincantata"*, in *Giusto proc. civ.*, 2015, p. 121 ss.

21 Per un quadro della evoluzione del sindacato in Cassazione del vizio di motivazione, v. R. Poli, *Le modifiche relative al giudizio di cassazione*, cit., p. 271 ss.

esistenza risulti dal testo della sentenza (rilevanza del dato testuale) o dagli atti processuali (rilevanza anche del dato extratestuale), che abbia costituito oggetto di discussione e abbia carattere decisivo (vale a dire che se esaminato avrebbe comportato un esito diverso della controversia)<sup>22</sup>.

Al riguardo va sottolineato che, peraltro, questo modo d'intendere il sindacato del vizio di motivazione comporta il rischio di una deresponsabilizzazione per i giudici di secondo grado in punto di rispetto dell'obbligo di motivazione. E ciò maggior ragione se si tengono presenti, da un lato, le nuove disposizioni che consentono, proprio con l'ordinanza che dichiara l'inammissibilità dell'appello, al giudice di motivare "anche mediante il rinvio agli elementi di fatto riportati in uno o più atti di causa e il riferimento a precedenti conformi" (art. 348 *ter*, primo comma, c.p.c.); dall'altro, la giurisprudenza delle Sezioni Unite che ha ritenuto valida la sentenza anche quando il giudice si sia limitato a richiamare pedissequamente nella sentenza quanto scritto nelle difese da una delle parti<sup>23</sup>.

22 Cass., sez. un., 7 aprile 2014, nn. 8053-8054. Negli stessi termini v. anche Cass., sez. un., 22 settembre 2014, n. 19881. Per un esame delle pronunce delle Sezioni Unite nn. 8053-8054/14 e di quelle immediatamente successive, v. B. Capponi, *L'omesso esame del n. 5) dell'art. 360 c.p.c. secondo la Corte di cassazione*, in *www.judicium.it*, che rimarca il progressivo svilimento del ruolo della motivazione nel nostro ordinamento ed afferma che la nuova disposizione integra un vero e proprio "vizio del giudizio in sé" e non "della sua giustificazione argomentativa" (sul punto v. però quanto osserva Cass. 4 aprile 2014, n. 7983, secondo la quale "l'omesso esame non può che intendersi come «omessa motivazione» perché l'accertamento se l'esame del fatto è avvenuto o è stato omesso non può che risultare dalla motivazione"; e soprattutto Cass. 22 gennaio 2015, n. 1202, per la quale «l'omesso esame» è relativo "pur sempre all'argomentazione giustificativa della decisione, con la conseguenza che esso deve intendersi come omesso riscontro nella motivazione di un fatto decisivo per il giudizio che abbia costituito oggetto del dibattito processuale, prefigurando un'omessa motivazione parziale"); F. Santangeli, *Il controllo del giudizio di fatto in Cassazione e le sentenze delle Sezioni Unite*, ivi; L. Passanante, *Le Sezioni Unite riducono al «minimo costituzionale» il sindacato di legittimità sulla motivazione della sentenza civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, p. 199 ss. Per la giurisprudenza ancora successiva v., negli stessi termini delle Sezioni Unite, tra le altre, Cass. 21 settembre 2015, n. 18449; Cass. 26 giugno 2015, n. 13189; Cass. 17 giugno 2015, n. 12486; Cass. 15 giugno 2015, n. 12314, la quale ha cassato la sentenza impugnata che, nel determinare il danno in tema di plagio, aveva omesso di valutare che l'opera plagiata (articoli apparsi sui giornali) e quella plagiaria (romanzo) non erano in concorrenza tra loro poiché distribuite su circuiti commerciali affatto diversi e con differenti tipi di pubblico, ed esaurendo la prima, diversamente dalla seconda – peraltro edita dopo più di un anno – la propria distribuzione e vendita in tempi brevissimi; Cass., sez. un., 9 aprile 2015, n. 7070; Cass. 17 febbraio 2015, n. 3156; Cass., sez. un., 19 gennaio 2015, n. 741; Cass., sez. un., 14 gennaio 2015, n. 471.

23 Cass., sez. un., 16 gennaio 2015, n. 642, in *Foro it.*, 2015, I, c. 1624 ss., con nota di G. Grasso; diversamente orientata Cass. 5 novembre 2015, n. 22652, in *Giur. it.*, 2016, p. 1121 ss., con nota di C. Spaccapelo, secondo la quale "nel processo civile ed in quello tributario la sentenza motivata mediante la trascrizione delle deduzioni di una parte, consistenti nel rinvio a tutte le argomentazioni svolte nel ricorso introduttivo, è nulla, ai sensi dell'art. 360, 1° comma, n. 4, c.p.c., per violazione degli artt. 132, 2° comma, n. 4, c.p.c. e 36, 1° comma, n. 4, del D.Lgs. n. 546/1992, in quanto non consente d'individuare in modo chiaro, univoco ed esaustivo le ragioni, attribuibili al giudicante, su cui si fonda la decisione".

Ad ogni modo, alla luce della interpretazione che hanno dato le Sezioni Unite del nuovo n. 5 dell'art. 360 c.p.c., il problema del sindacato in Cassazione del vizio di motivazione oggi si pone, in particolare, per il vizio di insufficiente motivazione, vale a dire per la possibilità, che il soccombente aveva fino al 2012, di sindacare l'uso che il giudice fa delle massime d'esperienza per arrivare ad affermare, ad accertare la verità/falsità di un determinato fatto allegato dalle parti. Ebbene, questo tipo di accertamento non potrà essere più sindacato in sede di legittimità, sotto questo specifico profilo<sup>24</sup>.

Ma non è tutto qui. Sempre al fine di semplificare la definizione dei giudizi d'impugnazione - ora con riguardo al giudizio di cassazione - il legislatore del 2012 ha pensato, mediante l'art. 348 *ter* ultimo comma c.p.c., di estendere ad ogni ipotesi di ricorso "ordinario" per cassazione la esclusione del motivo di cui al n. 5 dell'art. 360 c.p.c., qualora vi sia una doppia motivazione conforme in punto di fatto; esclusione che abbiamo visto poc'anzi caratterizzare il ricorso "straordinario", proponibile direttamente ed immediatamente avverso la sentenza di primo grado ove sia stata pronunciata la ordinanza di inammissibilità per mancanza di ragionevole probabilità di accoglimento.

E allora anche con riferimento al giudizio di cassazione si comprende perché ho parlato di considerevole assottigliamento dei poteri delle parti in tema di accesso ai mezzi d'impugnazione ordinari.

Sul giudizio di cassazione vi sono però almeno un paio di cose da aggiungere a quanto fin qui osservato. La prima è il c.d. principio di autosufficienza, di creazione giurisprudenziale, poi di recente codificato, almeno secondo la giurisprudenza della Corte, nell'art. 366, al punto n. 6,

<sup>24</sup> Per l'importanza di questo aspetto, v. R. Poli, *Le riforme dei giudizi di appello e di cassazione nella giurisprudenza di legittimità*, cit., p. 77 ss.; Id., *Le modifiche relative al giudizio di cassazione*, cit., p. 281 ss. Sulla possibilità di sindacare oggi la logicità del giudizio di fatto nel giudizio di cassazione, alla luce del nuovo quadro normativo e giurisprudenziale, occorre peraltro ricordare che le Sezioni Unite n. 8053-8054 del 2014 ora in esame hanno altresì affermato che «la peculiare conformazione del controllo sulla motivazione non elimina, sebbene riduca (ma sarebbe meglio dire, trasformi), il controllo sulla sussistenza degli estremi cui l'art. 2729 c.c., primo comma, subordina l'ammissione della presunzione semplice. In realtà è in proposito possibile il sindacato per violazione di legge, ai sensi dell'art. 360, n. 3, c.p.c.. Ciò non solo nell'ipotesi (davvero rara) in cui il giudice abbia direttamente violato la norma in questione deliberando che il ragionamento presuntivo possa basarsi su indizi che non siano gravi, precisi e concordanti, ma anche quando egli abbia fondato la presunzione su indizi privi di gravità, precisione e concordanza, sussumendo, cioè, sotto la previsione dell'art. 2729 c.c., fatti privi dei caratteri legali, e incorrendo, quindi, in una falsa applicazione della norma, esattamente assunta nella enunciazione della "fattispecie astratta", ma erroneamente applicata alla "fattispecie concreta"». Va tuttavia notato che questa parte relativa al sindacato sull'utilizzo delle presunzioni semplici non è invece presente nella motivazione della successiva Cass., sez. un., 22 settembre 2014, n. 19881.

del c.p.c.<sup>25</sup>. In base a questo principio, il ricorrente deve indicare nei suoi motivi di ricorso tutti gli elementi necessari e sufficienti affinché la Corte, attraverso una lettura del solo ricorso, possa valutarne sia l'ammissibilità sia la fondatezza. Il difetto di autosufficienza comporta l'inammissibilità del ricorso (o dei singoli motivi non autosufficienti). Il problema risiede nel fatto che, per tale via, alla Corte si riconosce un potere discrezionale sin troppo ampio nel valutare la sussistenza dell'autosufficienza e quindi l'ammissibilità del ricorso; anche perché la giurisprudenza non è univoca nell'intendere la portata di detto principio, oscillando tra una versione più equilibrata ed una "forte" dello stesso, che impone la trascrizione integrale nel ricorso degli elementi processuali sui quali la censura si fonda. Valga al riguardo qualche esempio. Se censuro la sentenza per omesso esame circa un fatto decisivo, con riferimento ad una deposizione testimoniale, devo trascrivere integralmente nel ricorso tale deposizione, a pena di violazione del principio di autosufficienza (almeno nella sua versione "forte"). Se denuncio una nullità del procedimento negata dal giudice di merito, devo indicare esattamente dove ho sollevato la relativa eccezione, dimostrare di averla coltivata nel corso del procedimento fino alla precisazione delle conclusioni, trascrivere le parti rilevanti degli atti processuali coinvolti e indicare dove si trovano tali atti nei fascicoli che ho depositato nel giudizio di cassazione. Se censuro la sentenza per erronea interpretazione di una clausola contrattuale, devo trascrivere l'intera clausola, se non l'intero contratto, atteso che le clausole si interpretano l'una insieme alle altre. E così via. Nei fatti, migliaia di ricorsi (o di motivi di ricorso) sono stati dichiarati inammissibili per difetto di autosufficienza.

In questa situazione, considerato che non è possibile sapere con certezza *a priori* cosa la Corte stimerà essenziale ai fini dell'autosufficienza - ed in effetti basterà alla stessa Corte ritenere che qualcosa degli atti del processo non è stata trascritta nel ricorso per dichiararlo inammissibile (ecco esemplificato l'eccessivo potere discrezionale, di cui dicevo) -, i ricorrenti sono portati a ricapitolare nel ricorso l'intero processo. Così facendo, tuttavia, gli stessi ricorrenti rischiano di eccedere nel senso opposto, ed il ricorso può essere dichiarato inammissibile perché non

---

25 Cass., sez. un., 22 maggio 2012, n. 8077, la quale precisa che il principio di autosufficienza del ricorso è "da intendere come un corollario del requisito della specificità dei motivi di impugnazione, ora tradotto nelle più definite e puntuali disposizioni contenute negli artt. 366, primo comma, n. 6, e 369, secondo comma, n. 4, c.p.c.". Sul principio di autosufficienza v. A. Giusti, *L'autosufficienza del ricorso per Cassazione civile*, al seminario su *L'autosufficienza del ricorso per Cassazione civile e penale*, svoltosi a Roma il 14 giugno 2012, in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it); R. Poli, *Specificità, autosufficienza e quesito di diritto nei motivi di ricorso per cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 1257 ss.



spetta alla Corte individuare, tra gli atti dell'intero processo integralmente riportati nel ricorso, gli aspetti essenziali sui quali il ricorso si fonda<sup>26</sup>.

D'altro canto, ormai da più parti e sempre con maggior frequenza, in chiara contraddizione col principio di autosufficienza, si raccomanda la brevità degli processuali ed in particolare del ricorso per cassazione<sup>27</sup>.

La seconda cosa da aggiungere è il c.d. filtro al giudizio di cassazione: l'art. 360 *bis* introdotto nel 2009. Occorre qui spendere due parole sull'origine di questa disposizione. Nel 2006 il legislatore, sempre al fine di agevolare e semplificare il lavoro della Corte di cassazione, ed in particolare affinché questa potesse tornare a svolgere la già ricordata funzione di nomofilachia, aveva introdotto il c.d. quesito di diritto, *ex art.* 366 *bis* c.p.c. In buona sostanza si trattava di questo: il ricorrente aveva l'onere di chiudere ciascun motivo di ricorso con un quesito, per i fini ora ricordati, che riassume la *quaestio iuris* sottoposta alla Corte. Ebbene, sono sorte tali e tante questioni sul modo in cui dovesse essere redatto il quesito - anche qui con migliaia di ricorsi (o di motivi di ricorso) dichiarati inammissibili per mancanza o difettosità del quesito - che dopo tre anni il legislatore ha abrogato l'art. 366 *bis* e ha introdotto, in sostituzione, l'art. 360 *bis* ed il c.d. filtro<sup>28</sup>.

Anche con il filtro al giudizio di cassazione il legislatore ha introdotto nel nostro sistema una disposizione del tutto estranea alla nostra tradizione e sostanzialmente incomprensibile. In base al punto n. 1 dell'art. 360 *bis* il ricorso è inammissibile "quando il provvedimento impugnato ha deciso le questioni di diritto in modo conforme alla giurisprudenza della Corte e l'esame dei motivi non offre elementi per confermare o mutare l'orientamento della stessa". Le difficoltà interpretative di tale disposizione hanno determinato una sostanziale disapplicazione della norma<sup>29</sup>. Oggi questa ipotesi di filtro viene per lo più interpretata come previsione dell'onere di rigorosa specificazione dei motivi di ricorso, specialmente

26 V., ad es., tra le prime ad inaugurare questo orientamento, Cass., sez. un., 17 luglio 2009, n. 16628; Cass. 22 settembre 2009, n. 20393.

27 In proposito v. B. Capponi, *Sulla "ragionevole brevità" degli atti processuali civili*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, p. 1074 ss.; G. Finocchiaro, *Il principio di sinteticità nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 853 ss.

28 Al riguardo rinvio a R. Poli, *Sul c.d. filtro di ammissibilità del ricorso per cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 363 ss.

29 V. Cass., sez. un., 6 settembre 2010, n. 19051.

per le ipotesi in cui il provvedimento impugnato ha deciso le questioni di diritto in modo conforme alla giurisprudenza della Corte<sup>30</sup>.

Secondo il punto n. 2 dell'art. 360 *bis*, invece, il ricorso è inammissibile “quando è manifestamente infondata la censura relativa alla violazione dei principi regolatori del giusto processo”. Anche questo testo è di difficile interpretazione. La Corte lo applica in particolare nei casi di censura di nullità della sentenza o del procedimento (n. 4 dell'art. 360 c.p.c.) e di censura per omesso esame circa un fatto decisivo (n. 5 dell'art. 360 c.p.c.). E si tratta di un'applicazione a mio modo di vedere non condivisibile, perché, da un lato, confonde la valutazione di ammissibilità con la valutazione del merito della censura; dall'altro, confonde i compiti della Corte con quelli del giudice di rinvio. Infatti, con riferimento alla censura per nullità della sentenza o del procedimento, la Corte, premesso che il n. 4 dell'art. 360 c.p.c. non è uno strumento per tutelare l'astratta regolarità del processo, ritiene che il ricorrente nel motivo di ricorso deve allegare l'effettivo pregiudizio che al suo diritto di difesa è derivato dalla violazione della legge processuale denunciata. In difetto, il motivo di ricorso è dichiarato inammissibile, per difetto d'interesse a impugnare, o per difetto di specificità, a seconda delle letture di tale difetto offerte dalla giurisprudenza<sup>31</sup>.

Fin qui possiamo essere tutti d'accordo, perché, tenuto conto del numero limitato di risorse, in caso di mancanza di lesione al diritto di difesa, è ragionevole escludere la tutela nel caso di mera, irrilevante irregolarità del processo.

Tuttavia la Corte, facendo leva sul filtro in parola, richiede molto di più. Vediamo tre esempi: *a)* se la decisione è stata deliberata prima della scadenza dei termini per il deposito delle difese scritte finali, comparse conclusionali e memorie di replica, non vi è dubbio che si è in presenza

---

30 V., ad es., tra le più recenti, Cass. 18 novembre 2015, n. 23586. Peraltro, va segnalato che la Suprema Corte sul punto non è ancora univoca, ed infatti oscilla fra il ritenere che lo scrutinio ai sensi dell'art. 360 *bis*, n. 1, c.p.c. imponga “una declaratoria di rigetto per manifesta infondatezza e non d'inammissibilità, atteso che, anche in mancanza di argomenti idonei a superare la ragione di diritto cui si è attenuto il giudice del merito, vi è la possibilità di accoglimento ove, al momento della decisione della Corte, con riguardo alla quale deve essere verificata la corrispondenza tra la sentenza impugnata e la giurisprudenza di legittimità, la prima risultasse non più conforme alla seconda, nel frattempo mutata (Cass. 18 marzo 2016, n. 5442); e l'affermare che tale scrutinio determini “un rigetto in rito e non nel merito”, giacché l'art. 360 *bis*, n. 1, c.p.c., “nell'evocare un presupposto processuale, ha introdotto una griglia valutativa di ammissibilità, in luogo di quella anteriore costituita dal quesito di diritto, ponendo a carico del ricorrente un onere argomentativo, il cui parametro di valutazione è costituito dal momento della proposizione del ricorso (Cass. 18 novembre 2015, n. 23586).

31 Per un ampio discorso al riguardo, v. R. Poli, *Invalidità ed equipollenza degli atti processuali*, Torino, 2012, p. 209 ss.

di un vizio del contraddittorio che impone l'annullamento della sentenza impugnata, ai sensi dell'art. 360, primo comma, n. 4, c.p.c. E così ragionava anche la Corte fino a qualche tempo addietro. Oggi invece la Corte di cassazione richiede che nel motivo di ricorso il ricorrente indichi - a pena d'inammissibilità, si badi, e non d'infondatezza del ricorso - cosa avrebbe scritto nelle difese finali e dimostri che le sue deduzioni e argomentazioni - in sintesi, le sue difese - ove svolte negli scritti difensivi finali, avrebbero portato, con giudizio di certezza, si badi, e non di mera probabilità, ad una decisione diversa. Pertanto, la valutazione, nel merito, della fondatezza di quello che sarebbe stato il contenuto delle difese finali non è compiuta dal giudice di rinvio, come dovrebbe essere, ma dalla Corte stessa<sup>32</sup>.

b) In caso di omessa pronuncia su di una eccezione si realizza la violazione del principio della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, che ha sempre comportato l'annullamento della sentenza impugnata, ai sensi dell'art. 360, primo comma, n. 4, c.p.c. Oggi invece la Corte richiede, per l'ammissibilità del motivo, che il ricorrente dimostri che quella eccezione, se esaminata, avrebbe condotto con giudizio di certezza, e non di mera probabilità, ad una decisione diversa<sup>33</sup>.

c) In caso di omessa pronuncia circa un fatto decisivo, a norma del n. 5 dell'art. 360 c.p.c., la Corte oggi richiede, per l'ammissibilità del motivo, che il ricorrente dimostri che, se il giudice del merito avesse tenuto in considerazione quel fatto, la sua decisione sarebbe stata, con giudizio di certezza e non di mera probabilità, diversa. In ciò consistendo l'elemento, sempre secondo la Corte, della "decisività" di cui al richiamato n. 5<sup>34</sup>.

Due osservazioni per concludere e per una abbozzare una sintetica valutazione d'insieme delle descritte recenti riforme dei mezzi d'impugnazione ordinari, quali sono in Italia l'appello e il ricorso per cassazione.

Per quanto riguarda il giudizio di appello, ho già scritto in diverse occasioni che, nell'attuale situazione - ovvero considerate le scarse risorse disponibili - l'evoluzione del giudizio di appello da mezzo di gravame a mezzo d'impugnazione in senso stretto deve essere senz'altro apprezzata positivamente. Si tratta, in breve, di un giudizio in effetti: a) più concentrato, perché le questioni esaminabili dal giudice sono rigidamente delimitate

32 Per riferimenti, v. R. Poli, *Invalidità ed equipollenza*, cit., p. 212 ss.

33 Ad es., Cass. 31 gennaio 2006, n. 2140; v. anche Cass. 1° febbraio 2010, n. 2313, la quale ha ritenuto irrilevante l'omessa pronuncia su un motivo di appello, avendo stimato tale motivo infondato.

34 *Ex multis*, Cass. 18 luglio 2007, n. 16002; Cass. 7 marzo 2011, n. 5377, in *Guida al dir.*, 2011, n. 23, p. 71.

dai motivi proposti dalle parti, potendosi ritenere davvero eccezionali le questioni, di rito e di merito, rilevabili d'ufficio; di conseguenza, *b*) più ordinato, poiché il suo oggetto è definito con assai maggiore precisione; e, infine, *c*) più rigoroso, vale a dire con maggiori responsabilità per le parti (e specialmente per i loro difensori) che decidono di appellare la sentenza.

Ed in effetti questo modello risponde con maggior coerenza - rispetto all'appello strutturato come mezzo di gravame - alle direttrici che si dipanano dai principi dispositivo, del contraddittorio, della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, nonché, in generale, dal principio del giusto processo. Proprio pensando a quest'ultimo, non si può non apprezzare un modello d'impugnazione in cui è solo la parte soccombente che può (e deve, a pena d'inammissibilità dell'appello) selezionare gli errori che ritiene commessi nella sentenza impugnata e, per tale via, determinare le specifiche questioni che saranno oggetto del giudizio di appello e sulle quali solo, pertanto, si svolgerà l'attività giurisdizionale. Solo in questo modo può realizzarsi, nel passaggio dal giudizio di primo grado al giudizio di appello, e da questo al giudizio di cassazione, la formazione progressiva della cosa giudicata che, appunto, per le indicate caratteristiche di ordine, chiarezza e responsabilità - in una parola, di efficienza - si presenta pienamente in linea col canone del giusto processo. Naturalmente, occorre sempre interpretare le norme del codice bandendo ogni tentazione di formalismo, altrimenti non si evita il rischio di trasformare il processo da mezzo di attuazione a mezzo di estinzione del diritto (si pensi, ad esempio, ai rischi di formalismo nell'interpretazione del nuovo art. 342 c.p.c., cui ho accennato). Non possono invece essere apprezzate positivamente, per le ragioni che ho indicato, le nuove disposizioni di cui agli artt. 348 *bis* e *ter* c.p.c.

La seconda osservazione riguarda il giudizio di cassazione, per il quale, invece, valgono considerazioni del tutto diverse. In effetti, sia l'eccessivo tecnicismo formale che caratterizza la redazione del ricorso a pena d'inammissibilità, con gli ulteriori rigorosi oneri imposti dal c.d. filtro, sia le limitazioni e, in caso di doppia conforme, l'esclusione del sindacato sul vizio di motivazione rappresentano aspetti di complicazione e chiusura del giudizio di cassazione difficilmente giustificabili, e con ogni probabilità non in linea con i principi, anche sovranazionali, di effettività della tutela giurisdizionale e del giusto processo<sup>35</sup>.

---

<sup>35</sup> Sul punto, da ultimo, v. Cass. 21 gennaio 2016, n. 1081, cit.