



Civil Procedure Review
AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

***Civil Procedure Review* - ISSN 2191-1339**

Electronic Law Review in the field of Procedural Law

<http://www.civilprocedurereview.com>

Vol.6 – N°3 – sept./dec. 2015



Summary

Vol.6 – N°3 – sept./dec. 2015

EL OBJETO DE LA DECISIÓN Y CUESTIONES QUE INTEGRARON LA LITIS: FLEXIBILIZACIÓN DEL PRINCIPIO DE PRECLUSIÓN (THE OBJECT OF THE JUDICIAL DECISION AND THE ISSUES THAT WERE PART OF THE DISCUSSION: FLEXIBILIZATION OF ISSUE PRECLUSION)

ROBERTO OMAR BERIZONCE p.3

LE TIERS ET LA PROCEDURE CIVIL BRESILIENNE (THIRD-PARTY INTERVENTION IN BRAZILIAN CIVIL PROCEDURE)

FREDIE DIDIER JR. p. 16

WHAT IS LEFT OF KLEIN? PROCEDURAL REFORMS: STATISM OR PRIVATISM? FOR A CO-PARTICIPATIVE MODEL ON THE NEW BRAZILIAN CPC

DIERLE NUNES p. 35

AÇÃO RESCISÓRIA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (RESCISSORY ACTION IN THE NEW BRAZILIAN CODE OF CIVIL PROCEDURE)

JOSÉ MARIA ROSA TESHEINER and RENNAN FARIA KRÜGER THAMAY p.53

EL PROCESO EN “EL TIEMPO DE LOS VULNERABLES” (CIVIL PROCEDURE IN THE “ERA OF THE VULNERABLES”)

GERMÁN HIRALDE p.105

AS REFORMAS DA EXECUÇÃO NA ITÁLIA (THE REFORMS OF ENFORCEMENT OF JUDGEMENTS IN ITALY)

GIOVANNI BONATO p.129



El objeto de la decisión y cuestiones que integraron la litis:

Flexibilización del principio de preclusión

(The object of the judicial decision and the issues that were part of the discussion:
flexibilization of issue preclusion)

Roberto Omar Berizonce

Professor Emeritus at the Universidad Nacional de La Plata. Honorary Presidente of
the Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal

Abstract: The paper deals with the flexibilization of issue preclusion in modern civil procedure.

Keywords: Judicial decision. Object. Issue preclusions. Flexibilization

Sumario: I. La simetría entre *litiscontestatio* y sentencia. II. Hacia la flexibilización de los términos de la litis. 1. Sistema preclusivo rígido. 2. Preclusión elástica de las deducciones. III. El régimen del CPCN, la garantía del debido proceso y la descalificación de la sentencia por arbitrariedad. IV. Preclusión elástica de las deducciones en los procesos en que el interés general se encuentra comprometido. 1. Conflictos de familia y minoridad. 2. Derechos de incidencia colectiva. 3. Procesos sociales y justicia de protección o “acompañamiento”. V. Conclusiones.

I. La simetría entre *litiscontestatio* y sentencia.

El análisis de los supuestos de incongruencia como vicio que descalifica los pronunciamientos judiciales, conduce a sostener que buena parte de los “desbordes” del marco inflexible que impide a los jueces alterar de algún modo los términos en que quedó



trabada la relación jurídica procesal en la etapa constitutiva del proceso, encuentra su razón de ser en la necesidad de hacer justicia en el caso concreto. Es que a menudo, los defectos que arrastra la traba de la litis, especialmente por la oscuridad de los términos en que las opuestas posiciones de las partes quedaron definitivamente expuestas –los elementos objetivos de la pretensión y, principalmente, la causa, fundamento o título de la misma-, se erigen en obstáculo insalvable a la hora de la decisión final para el logro de la justa composición del conflicto, misión esencial de los jueces que encarece la preceptiva constitucional.

Lo que aquí propugnamos, precisamente para salvaguardar tal imperativo, es una interpretación más flexible y a la postre útil al resultado de la jurisdicción, de las reglas que en nuestro ordenamiento procesal encapsulan de una vez y para siempre los términos de la litis, para posibilitar su alteración y adecuación en fases sucesivas de aproximación, hasta una oportunidad procesal concreta y última –la audiencia preliminar- y a condición de la estricta observancia del contradictorio que posibilite igual oportunidad a todas las partes en litigio.

II. Hacia la flexibilización de los términos de la litis.

Son bien conocidos los diversos sistemas que se exhiben en la legislación comparada, que van desde aquellos apegados a la estricta observancia de la regla de la preclusión procesal, hasta los que en los esquemas de unidad de vista se colocan en extremo opuesto, pasando por el denominado de la preclusión elástica de las deducciones.

1. Sistema preclusivo rígido.

Entre otras derivaciones de la regla de preclusión procesal, necesariamente inherente al adecuado desarrollo de todo el proceso y su coronación en la sentencia, se destaca en cuanto aquí interesa la estricta y hermética configuración de los términos en que queda trabada la litis, de una vez y para siempre conforme exclusivamente a los escritos constitutivos –demanda, contestación, reconvención y su réplica-. Lo cual conlleva la irremediable preclusión de las cuestiones no propuestas en aquellas postulaciones como



objeto de la decisión final, con el concurrente efecto de que no podrán ser propuestas en adelante, durante el curso del proceso ni, desde luego, después de la sentencia por operancia de la cosa juzgada. Es el sistema tradicional de la LEC española de 1881 (arts. 546 a 548)¹. Un esquema similar adopta el CPCN argentino (arts. 330, 331, 356, 358, 359 y conc.)². Sólo queda margen al actor para modificar la demanda mientras no sea notificada y, a ambas partes, para alegar con posterioridad hechos nuevos que tuvieren relación con la cuestión que se ventila (arts. 365, 260 inc. 5, a), o sobrevinientes (art. 163 inc. 6). La distinción entre transformación o alteración y cambio de la demanda, se ha dilucidado sosteniéndose que mientras la primera supone un acto procesal unitario que conserva inmutables alguno o algunos de sus elementos, por el contrario el cambio de la demanda implica la sustitución de una demanda por otra, totalmente diferente en sus elementos esenciales –sujetos, objeto, causa³. Si el demandante modifica lo pretendido haciendo sustituciones o cambios en la causa de pedir, o en el sujeto pasivo o en lo que concierne a la cosa (objeto) o bien de la vida que concretamente recaba, se está innovando sustancialmente en la posición del adversario, por manera que en esos casos habrá en verdad una nueva y distinta demanda que ha de dar lugar a un proceso diferente.⁴

2. Preclusión elástica de las deducciones.

En cambio, en los procesos por audiencias con unidad de vista, se flexibiliza notablemente la *mutatio libelli*. La ZPO alemana prevé que la interposición de la demanda produce la listispendencia e impide que la causa sea promovida de otra manera por las partes (§261); con posterioridad, sin embargo, es admitida la modificación de la demanda en todo

¹ FAIREN GUILLÉN V., *La transformación de la demanda en el proceso civil*, Porto, S. L., Santiago de Compostela, 1949, pp. 116 y ss.

² CARLI C., *La demanda civil*, ed. Lex, La Plata, 1977, pp. 101 y ss. MORELLO A. M., *Reflexiones en torno al cambio o transformación de la demanda y su ampliación*, RADP, La Ley, Bs. As., 1971-3, p. 363 y ss. COLOMBO C. J. *Código Procesal...*, Abeledo-Perrot, Bs. As., v. III, p. 150. PALACIO L. E., *Derecho Procesal Civil*, Abeledo-Perrot, Bs. As., v. I, p. 427; v. IV, p. 303 y ss.

³ FAIREN GUILLÉN V., ob. cit., pp. 88 y ss... CARLI C., ob. cit., pp. 111-112.

⁴ MORELLO A. M., SOSA G. L. Y BERIZONCE R. O., *Códigos Procesales...* Abeledo-Perrot/LEP, Bs. As., 2a. ed., 1990, v. IV-B, pp 78-84.



tiempo cuando el demandado así lo consienta o el tribunal lo considere pertinente (§263). El concepto de modificación está restringido, sin embargo, al cambio de los sujetos del proceso o de los fundamentos de la pretensión (objeto litigioso), conforme al actual §264.⁵

En sentido análogo, el CPC italiano de 1942 establecía originariamente como una de sus innovaciones⁶ que en la primera audiencia de tratamiento las partes podrán, cuando sea necesario, modificar las demandas, excepciones y conclusiones formuladas en el acto de citación y en el escrito de contestación (art. 183), posibilidad que se extendía durante el curso del procedimiento ante el juez instructor y hasta antes de la elevación de la causa al tribunal del debate oral (art. 184). El propio esquema de la oralidad presupone una cierta libertad y flexibilización de las formas, que admite la provisoriedad de las deducciones de las partes para su progresiva fijación en el momento de la proposición formal ante el tribunal. De todos modos, la libertad de las partes de modificar o completar sus deducciones no se prolonga de una manera incondicionada durante toda la fase instructoria, sino que está sujeta a una serie de preclusiones escalonadas y cada vez más rigurosas⁷. En definitiva, un sistema atenuado de preclusión de las deducciones, de preclusiones elásticas con amplias facultades judiciales para su reglamentación. Es sabido que por obra de sucesivas reformas que de algún modo han culminado en las últimas enmiendas de 2005-2006, se ha ido afianzando el esfuerzo de reconducir la fase introductiva del proceso, tendencialmente, a una sola audiencia preliminar de tratamiento de la causa (art. 183), que vendría a condensar los contenidos de las anteriores conocidas como de primera comparecencia, de primer tratamiento, de programación de la instrucción.⁸ En el esquema vigente, al cabo de la audiencia única de tratamiento queda aún, de todos modos, margen a las partes para definir mejor la materia objeto del proceso, bien que

⁵ CARLI C., ob. cit., pp. 101-102, en alusión a los mismos textos en su anterior numeración.

⁶ CALAMANDREI P., *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, EJEA, Bs. As. 1962, trad. S. Sentís Melendo, v. I, pp. 386 y ss.

⁷ Ob. cit., p. 389. La Relación Grandi confrontaba claramente las opuestas exigencias del interés en alcanzar la verdad, que aconseja dejar abierta la posibilidad a tales deducciones, aún tardías y, de otro lado, la necesidad de celeridad y la salvaguarda de la buena fe (pp. 390-391). Sobre las reformas introducidas en 1990: COLESANTI V., *Il processo di cognizione nella riforma del 1990*, Riv. Dir. Proc., 1993, p. 29 y ss.; GRASSO E., *Interpretazione della preclusione e nuovo processo civile in primo grado*, Riv. Dir. Proc., 1993, pp 639 y ss.

⁸ BIAVATI P., *Las recientes reformas al Código de Procedimiento Civil italiano* en RDP, Rubinzal-Culzoni, Bs. As., 2007-1, pp. 525-529 y bibliografía que allí cita. CARPI F. y TARUFFO M., *Commentario breve al Codice di Procedura Civile*, Cedam, Padova, 2006, 5a. ed., pp. 562-570.



dentro de plazos prefijados que, no obstante, admiten elasticidad en el marco del novedoso instituto de la *rimessione in termini* contenido en el art. 184 bis., según los textos de las reformas de 1990 y 1995. En suma, un sistema singular en el que el originario paradigma de elasticidad de las deducciones se ha mantenido y consolidado a través de las ulteriores modificaciones tendientes a su perfeccionamiento.

De su lado, la LEC española N° 1/2000 si bien mantiene el principio de la inalterabilidad del objeto del proceso establecido en los actos de constitución (art. 412.1), admitió sin embargo diversos supuestos de excepción, a partir de la facultad genérica reconocida a las partes de formular alegaciones aclaratorias complementarias (art. 412.2, 426). En verdad, son admisibles: a) alegaciones del actor relativas al incumplimiento de requisitos procesales, a la personería y contestación del demandado, que tienen lugar en la audiencia previa (arts. 418.1, 424. 1); b) alegaciones que implican modificaciones de la pretensión procesal objeto del proceso (art. 426, 443); c) alegaciones complementarias y aclaratorias de las formuladas en la demanda y contestación sobre hechos constitutivos, impeditivos, extintivos y excluyentes (art. 426). Todavía resultan procedentes las alegaciones ampliatorias de hechos relevantes para la decisión del pleito que hubieran ocurrido o que hubieran sido descubiertos por la parte, con posterioridad a la demanda o contestación (art. 426.4) aún cuando fueran determinantes de una nueva causa de pedir; sin perjuicio de que si el tribunal apreciare ánimo dilatorio o mala fe procesal en la alegación, podrá imponer al responsable una multa en los términos del art. 286.4⁹.

III. El régimen del CPCN argentino, la garantía del debido proceso y la descalificación de la sentencia por arbitrariedad.

Hemos ya referido la adscripción de nuestro ordenamiento al rígido sistema de preclusiones que encapsula herméticamente el *thema decidendi* en los márgenes estrictos del contenido de la *litiscontestatio*. Consecuentemente, deviene inconstitucional por arbitrario el

⁹ ORTELLS RAMOS M., *Derecho Procesal Civil*, Aranzadi, 3a. ed., 2002, pp. 355 y ss.



pronunciamiento que decide con demasía sobre cuestiones no planteadas por las partes, aunque asiente en el principio *iura curia novit*, desde que menoscaba la garantía del debido proceso conforme conocida doctrina de la CSN argentina¹⁰.

Precisamente, el fundamento de la descalificación del pronunciamiento por demasía decisoria radica en la infracción del debido proceso, cuando se privó a la parte contraria del ejercicio efectivo del contradictorio, porque la cuestión se introdujo y decidió sin sustanciación alguna, ni oportunidad de defensa. La garantía del contradictorio no es una simple instancia formal sino un postulado de esencia en la conformación del proceso jurisdiccional, configurativo no sólo de un medio de lucha entre las partes sino tanto más de un instrumento operativo para el juez en la búsqueda de la verdad probable y, en última instancia, del “proceso justo”.¹¹. Empero *salvada esa garantía*, cualquier técnica procedimental deviene admisible en tanto sea apta para el logro de su finalidad. Rigidez o flexibilidad de las deducciones son sólo métodos que encarecen objetivos prioritarios que a menudo se muestran en el diseño del proceso como contrapuestos: orden y celeridad vs. justicia. El desafío reside siempre en compatibilizar las técnicas para el logro de los fines. Sin menoscabo del principio visceral del contradictorio, en definitiva, no cabe objetar la técnica de la deducción elástica, escalonada de las alegaciones que conforman la *litiscontestatio*, y hemos de ver que en el derecho argentino, en el marco genérico de un modelo de rigidez formal, se han ido colando entre sus intersticios numerosas excepciones que vienen consagradas por la ley o la interpretación jurisprudencial.

Es que, inevitablemente, no puede dejar de tenerse en cuenta que el factor tiempo y sobremanera el cambio de circunstancias objetivas: emergencias económicas, alteración del valor de la moneda, contratos de larga duración, agravamientos del daño o variaciones de características similares, deben insertarse en un enclave que si bien la ley procedimental estereotipa como si fuera un marco estático, *se va haciendo al andar*. Tiene que dar cuenta, por ende, de un fenómeno vivo cambiante. Una interpretación realista, útil a las finalidades de la

¹⁰ CSN, Fallos, 237:328; 252: 962; 256:504. Son algunos de los casos que perfilaron la doctrina de la arbitrariedad por razones vinculadas al objeto de la decisión cuando se resuelve cuestiones no planteadas (CARRIÓ G. R., *El recurso extraordinario por sentencia arbitraria*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1967, pp. 117-124.).

¹¹ PICARDI N., *Il principio del contraddittorio*, Riv. Dir. Proc., 1998, pp. 673-681. COMOGLIO L.-P., *Etica e tecnica del “giusto processo”*, G. Giappichelli ed., Torino, 2004, pp. 66-70.



jurisdicción, debe adecuar, con flexibilidad, el principio de congruencia a la cabal dimensión actual de las cuestiones de hecho y de derecho sometidas a la decisión judicial¹². Comenzando por aquellos procesos en que por la naturaleza de los conflictos que se ventilan, aparecen coloreados por el interés general comprometido. Prescindimos aquí de considerar los supuestos en que y por la indisponibilidad del objeto litigioso, tradicionalmente se admite la flexibilización del principio preclusivo en la traba de la litis –declaración de incapacidad, filiación y procesos aledaños-.

IV. Preclusión elástica de las deducciones en los procesos en que el interés general se encuentra comprometido.

1. Conflictos de familia y minoridad.

Las cuestiones familiares en general es bien sabido trasuntan conflictos típicos diferenciados que, en la estimatoria colectiva, se ensalzan como necesitados y merecedores de tutelas preferenciales por el interés público general involucrado en su definición. Orden público familiar, “interés superior del menor”, son principios axiales que gobiernan las disciplinas sustantivas y procedimentales, preceptos abiertos que basan la definición de su significado en reglas sociales y nociones técnicas antes que en tipos jurídicos, y que por ello dejan amplio campo a la discrecionalidad judicial¹³. A la par, emerge un novedoso contexto jurídico supranacional integrado por los tratados y convenciones internacionales tuteladores de los derechos de la familia y los menores, que inciden directamente en el derecho interno¹⁴; tanto como fenómenos poco menos que universales tipificantes de una verdadera “explosión del contencioso familiar” en el que se reclaman más derechos y menos ingeniería jurídica, más justicia y menos cuestiones de puro corte procedimental, un proceso más

¹² MORELLO A. M., SOSA G. L., y BERIZONCE R. O., *Códigos Procesales...*, ob. cit., pp. 83-84.

¹³ MEULDERS M. T., *Les procédures familiales en pays de “civil law” en XII Congreso Mundial de Derecho Procesal*, UNAM, México, 2005, M. Storme y C. Gómez Lara coord., v. I. pp. 299 y ss., 316-319.

¹⁴ HITTERS J. C. y FAPPIANO O. L., *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Ediar, Bs. As., 2007, 2a. ed., t. I, v. 1, pp. 551 y ss.



humano, equitativo¹⁵. Precisamente y en lo que aquí nos interesa, en el trámite ante los Tribunales de Familia que regula el CPC de la Provincia de Buenos Aires, se prevé el *reajuste de las pretensiones u oposiciones* de las partes en la audiencia preliminar (art. 843 inc. 2), en el marco de un proceso articulado mediante audiencias sucesivas y con directa intervención del juez, quien procede a fijar los hechos litigiosos conducentes a la decisión¹⁶, sin perjuicio de sus amplias potestades instructorias y de injerencia en la formación del material probatorio.

2. Derechos de incidencia colectiva.

Explica Ada PELLEGRINI GRINOVER¹⁷ que se perfila un derecho procesal colectivo, diverso del proceso civil individual, con principios singulares propios como los del acceso a la justicia, de universalidad de la jurisdicción, de participación en el proceso, de impulso oficial, de economía, instrumentalidad de las formas, que asumen un perfil distintivo; e institutos fundamentales que presentan caracteres diferenciales: legitimación, representatividad adecuada, cosa juzgada y otros entre los que se destaca la superación del concepto rígido de objeto de la pretensión y causa de pedir. Precisamente, el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica de 2004¹⁸ estatuye en su art. 10 que en las acciones colectivas, el pedido y la causa de pedir serán interpretados extensivamente. Oídas las partes, el juez permitirá la enmienda de la acción inicial para alterar o ampliar el objeto de la demanda o la causa de pedir (par. 1°). El juez permitirá la alteración del objeto del proceso en cualquier tiempo y en cualquier grado de la jurisdicción, desde que sea realizada de buena fe, no represente perjuicio injustificado para la contraria y el contradictorio sea preservado (par. 2°). El juez, en la audiencia preliminar, fijará los puntos controvertidos (art. 11, par. 4°, III).

¹⁵ MEULDERS M. T., ob. cit., pp. 301 y ss.

¹⁶ BERIZONCE R. O., BERMEJO S. P. y AMENDOLARA Z. A., *Tribunales y proceso de familia*, LEP, La Plata, 2001, pp. 195 y ss..

¹⁷ *Derecho Procesal Colectivo* en RDP, Rubinzal-Culzoni, Bs. As., 2006-2, pp. 387 y ss.

¹⁸ OTEIZA E., coord., *Procesos colectivos*, AADP, Rubinzal-Culzoni, Bs. As., 2006, pp. 444 y ss.



Respondiendo a los mismos principios, en la legislación argentina, la Ley General de Ambiente (LGA) N° 25.675, art. 32, con el fin de proteger efectivamente el interés general comprometido en el proceso ambiental, confiere al juez amplios poderes de ordenación y conducción, de instrucción probatoria oficiosa y cautelares para dictar medidas de urgencia y prevención aún de oficio¹⁹. Sin embargo, el precepto del citado art. 32 fue observado por el PE. en su apartado final, que establecía expresamente la potestad del juez para extender su fallo a cuestiones no sometidas expresamente a su consideración por las partes. En verdad, habrá que convenir que la redacción del art. 10 del Código Modelo, ya referida, recoge con más propiedad el sistema de la preclusión elástica de las deducciones en su definición más perfeccionada.

Todavía importa referirnos a la interpretación jurisprudencial de los poderes acordados al juez en la LGA, en directa correlación con las alegaciones de las partes y su suficiencia para configurar la traba de la relación jurídica procesal. La CSN, a partir de la premisa de que el medio ambiente constituye un bien colectivo que pertenece a la esfera social y transindividual, ha resaltado la “particular energía” con que los jueces deben actuar para hacer efectivos los mandatos constitucionales²⁰ que lo tutelan. En ese encuadre, y con miras a la prosecución de los objetivos procesales, en el caso singular que referimos el Tribunal ordenó *in limine litis*, antes de estar trabada la litis y de modo oficioso, diversas medidas ordenatorias y de instrucción probatoria, tendientes a identificar aspectos esenciales de la cuestión litigiosa que no habían sido debidamente esclarecidos en la demanda (“El escrito introductorio tampoco se basa en estudios actualizados”). En cuanto al bien que la demanda denomina “reversible”... tampoco se aporta ningún elemento que permita identificar cuál sería esa obra y cuáles sus beneficios satisfactivos (considerando 19). No obstante, el Tribunal haciendo uso de las potestades del art. 32 de la LGA, a “fin de proteger efectivamente el interés general”, dispuso entre otras medidas requerir que los demandados informen sobre diversos puntos relativos a la causa de la pretensión de los actores, y que éstos habían omitido determinar -v. gr., líquidos que las empresas arrojan al río, su volumen, cantidad y descripción; si existen sistemas de

¹⁹ MORELLO A. M. y CAFFERATTA N. A., *Visión procesal de cuestiones ambientales*, Rubinzal-Culzoni, Bs. As., 2004, pp. 198 y ss.

²⁰ CSN., 20-6-06, “Mendoza Beatriz S. y otros c. Estado Nacional y otros”, La Ley, Bs. As., 2006-D, p. 86, considerando 18. En sentido similar: SCBA, causa B-64.464, 31-3-04.



tratamientos de residuos; estudios de impacto ambiental de las empresas involucradas-. Sin perjuicio de hacer saber a la actora que debía aportar a su escrito inicial la información omitida (considerando 20).

Es cierto que la amplitud de la tutela de los derechos colectivos se enfrenta con la garantía de la defensa de los demandados. Sin embargo, la exigencia estricta de la afirmación de los hechos conducentes a la solución del conflicto no se compadece, en supuestos como los aludidos, con la extraneidad de la situación de los reclamantes frente a los hechos causantes del daño. Precisamente, son los accionados quienes mejor los conocen y por ello resulta razonable esa suerte de inversión del *onus probandi*, característica típica por otra parte de los procesos colectivos²¹, que les impone la carga de afirmación y acreditación desde que son quienes se encuentran en mejores condiciones para aportarlos. La situación del damnificado por el daño ambiental resulta similar, en este aspecto, a la de los terceros víctimas en los accidentes de circulación.

Claro que el tránsito hacia los procesos colectivos no resulta lineal y las dificultades son notorias y quizás inevitables mientras no se regule su régimen específico²². Solo así se explican los vaivenes en la doctrina de la propia Corte federal que en otro cercano precedente²³, admitió por mayoría la excepción de defecto legal opuesta ante la demanda de recomposición de daños colectivos ambientales, en la medida en que la generalidad de sus términos extiende la pretensión a toda alteración eventualmente producida en una cuenca hidrocarburífera que tenga origen en la explotación, “con total indiferencia por precisar la causa fuente del daño o la pluralidad de ellas, individualizar los agentes productores, diferenciar el aporte de cada uno en el proceso causal del deterioro y, en su caso, la gravedad de la alteración postulada”. De ahí que, se afirma, la tutela de derechos supraindividuales o colectivos incorporada como garantía de raigambre constitucional e infraconstitucional, en nada excluye ni retacea la exigencia de

²¹ PELLEGRINI GRINOVER A., ob. cit., p. 398. El Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica estatuye la carga dinámica de la prueba y el poder del juez de impartir las órdenes necesarias para suplir su deficiencia y obtener los elementos probatorios indispensables para proferir un fallo de mérito (art. 12, par. 1°).

²² MORELLO A. M., *Dificultades en el tránsito del proceso individual al colectivo*, La Ley, Bs. As., 2004-F, p. 387.

²³ CSN, 29-8-06, “Asoc. de Superficialarios de la Patagonia”, La Ley, Bs. As., 2006-F, p. 625, con nota de ZAMBRANO P., *El derecho de defensa en juicios ambientales*.



exponer cómo tales derechos han sido lesionados por una conducta antijurídica, en qué consistía esa actividad o esas omisiones, quién es su autor y cuál ha sido el daño en concreto que se pretende reparar. Y si bien en materia de tutela del daño ambiental, las reglas procesales deben interpretarse con un criterio amplio para evitar la frustración de los intereses superiores en juego y se presenta una revalorización de las atribuciones del tribunal, tales criterios hermenéuticos no pueden entronizarse en una fuente de naturaleza superior que permita privar al demandado de defenderse²⁴. Como se ha señalado acertadamente²⁵, la mayoría del Tribunal prefirió en este caso aplicar la ortodoxia propia del modelo clásico del proceso civil, estimando así que no se había designado con exactitud la cosa demandada y que la demanda carecía de suficiente claridad, con prescindencia del deber de colaboración procesal y de buena fe a cargo de los demandados quienes -¡qué duda cabe!- sabían cuál actividad empresarial llevaban a cabo y cuáles prácticas contaminantes se les endilgaban.

Como colofón, si bien entre ambas causas –“Mendoza Beatriz” y “Asoc. Superficiales de la Patagonia”- existían matices diferenciales, parece advertirse criterios dispares. Mientras en una el Tribunal hace extensiva aplicación *in limine litis* de los poderes del art. 32 LGA, endosado a la demandada la carga de afirmación y prueba de hechos decisivos para la solución del conflicto, frente a similar situación de oscuridad e insuficiencia del planteo actoral, en la otra no solo prescinde de utilizar sus potestades de actuación oficiosa dando curso formal a la demanda sino que, al cabo, enrostra el defecto legal so pretexto de indefensión formal.

En el camino que ha de conducir a superar tan notorias contradicciones, no debería excluirse la recepción del sistema de la preclusión elástica de las deducciones que, a falta de

²⁴ En el voto disidente de los ministros MAQUEDA y ZAFFARONI se adujo que las disposiciones del CPCN deben ser interpretadas de manera de no enfrentarlas al diseño procesal específico de la ley 25.675, por lo que peca de un excesivo rigor formal que se opone en forma manifiesta al art. 41 de la CN, la aplicación mecánica del CPCN para imputar defecto legal a una demanda cuya pretensión responde a presupuestos sustancialmente diversos de aquellos que se tuvieron en cuenta al dictar la normativa procedimental. De ahí que sea improcedente la excepción de defecto legal, porque la requerida precisión en cuanto a los eventuales casos de contaminación y la determinación de las personas respectivas, se aparta del principio rector establecido en estos casos particulares en tanto se atiende un todo y no una parte de cada uno de los daños localizados dentro del ámbito exclusivo de las propiedades de los demandados.

²⁵ PEYRANO J. W., *Peculiaridades de la excepción de defecto legal en el proceso colectivo ambiental*, La Ley, Bs. As., 2006-F, p. 416.



previsión legislativa, y en conjunción con el deber de colaboración que se encarece a las partes y la consecuente fluctuación de la carga probatoria, para asignarla a la parte que se encuentre en mejores condiciones de producirla, permitirían asegurar la efectiva operatividad de la tutela de los derechos de incidencia colectiva prometida por el art. 41 CN.

3. Procesos sociales y justicia de protección o “acompañamiento”.

Queda todavía una ancha franja de conflictos en los cuales, por operancia del interés general comprometido, el trámite se sujeta en general a ciertas reglas procesales especiales que conforman lo que se denomina la *justicia de “acompañamiento” o protección*²⁶. En los procesos en que se ventilan tales conflictos y, en general, cuestiones de interés social –del trabajo y la seguridad social, entre otros, además de los ya aludidos, de familia y menores-, se amplía la gama de los poderes del juez, enfatizándose como pauta genérica el principio de la adecuación judicial de las formas²⁷, su instrumentalidad y el rechazo del exceso ritual²⁸ Como correlato de ello, se flexibilizan las postulaciones de las partes en la etapa constitutiva del proceso²⁹.

V. Conclusiones.

Los principios de raigambre superior de la eficaz prestación de los servicios de justicia (art. 114, tercer párrafo, apart. 6 *in fine*, CN argentina) o de tutela efectiva de los derechos (art.

²⁶ MORELLO A.M., *La jurisdicción protectora. Hacia un nuevo rostro de la justicia*, J.A., Bs. As., 1986-II, p.305; *id.*, *Un nuevo modelo de justicia*, La Ley, Bs. As., 1986-C, p.800.

²⁷ Así, es doctrina jurisprudencial pacíficamente recibida que corresponde atemperar el rigor de las formas procesales en beneficio de derechos de contenido alimentario que cuenten con tutela constitucional (CSN, Fallos, 315:1314; 306:1839; 307:1067; 306:485, entre otros.

²⁸ CSN, Fallos, 306:485, en materia previsional. SCBA, causas L. 56.052, 29-12-94; L. 54.405, 15-6-94; L. 55.484, 13-12-94, en cuestiones del trabajo y seguridad social.

²⁹ El proyecto de Código Procesal Civil y Comercial para la Provincia de Buenos Aires (1997), incorpora la “justicia de acompañamiento o protección” en sus arts.486 a 491. Se atribuye al juez la facultad de “arbitrar de modo razonable y efectivo lo que la naturaleza del asunto y sus particulares circunstancias indiquen aconsejable” (arts.487, 488); en cuanto a las facultades de las partes, podrán modificar la pretensión en la audiencia preliminar “cuando resulte, manifiestamente, que la carencia de información o de asesoramiento han determinado omisiones en relación a derechos que asistan a la parte”, sin perjuicio de asegurar el derecho de la contraria (art.489). “Ninguna exigencia administrativa o formal” debe frustrar la tutela efectiva de los derechos en juego, y los jueces deben asegurarlo (art.490).



15 Const. Prov. Bs. As.) o de protección judicial efectiva (arts. 8 y 25, Pacto de San José de Costa Rica), presuponen el acompañamiento servicial de las instituciones del proceso. Su rendimiento en concreto en aras de asegurar la tutela de los derechos sustantivos impone el abandono o flexibilización de ciertas reglas técnicas, como la configuración encajonada y preclusiva de las deducciones introductorias, para admitir un esquema más elástico, escalonado y de aproximaciones sucesivas para la determinación definitiva del objeto y la *causa petendi* en la audiencia preliminar.

Principalmente cuando están en juego derechos de linaje constitucional amparados de modo preferente, por el interés social comprometido en el objeto litigioso, el juez debe asumir una función de protección y acompañamiento activo de la parte amparada con el objeto de que se tornen efectivos aquellos derechos superando los obstáculos y vallados procedimentales frustratorios, especialmente por conducto de interpretaciones normativas funcionales y rendidoras. Y, en ese contexto, las partes quedan habilitadas para modificar sus pretensiones, reproponiendo el objeto o la causa de pedir, a condición de su buena fe, cuando los errores u omisiones contenidos en los escritos iniciales de postulación se debieron a la falta de información o adecuado asesoramiento. A salvo el contradictorio pleno entre las partes, no cabe objetar la modificación de la pretensión u oposición originarias, desde que en definitiva –y más allá de la “indisponibilidad” del objeto litigioso desde el señorío de las partes- la correcta traba de la relación jurídica procesal constituye un presupuesto esencial de la justa decisión del litigio que encarece el mandato constitucional.



Le tiers et la procédure civil brésilienne¹⁻²

(Third-party intervention in Brazilian Civil Procedure)

Fredie Didier Jr.

Post-doc at the University of Lisbon, Portugal. Ph.D. and Professor at the Federal
University of Bahia, Brazil

Sommaire : 1) Introduction. 2) Notions fondamentales. 3) Modalités pour joindre une tierce partie à l'instance : l'intervention de tiers. 4) Classification de l'intervention de tiers. a) Volontaire et provoquée. b) Typique et atypique. c) Intervention qui modifie subjectivement la procédure et l'intervention qui agrandisse subjectivement la procédure. d) Intervention qui agrandisse de façon objective la procédure et intervention que ne pas agrandisse de façon objective la procédure. 5) Le moment de l'intervention de tiers. 6) Procédures dont l'intervention de tiers est admise. 7) Les effets de la décision de justice et les tiers. a) Efficacité principale de la décision. b) Efficacité reflexe de la décision. 8) Tiers et les formes de s'opposer (contester) à la décision. 9) Tiers et la formation de précédente judiciaire.

Résumé : Il s'agit de rapport élaboré pour la Journée Panaméenne de l'Association Henri Capitant, pour présenter le système de protection des intérêts du tiers dans le droit brésilien. Il s'initie avec une analyse préalable et panoramique des concepts fondamentaux et des principaux instituts procéduraux impliqués, pour ensuite fixé les regards sur les effets de la décision de justice, le système de précédents juridiques et ces relations avec les tiers.

¹ Rapport a Journées Panaméennes - Association Henri Capitant traduit du portugais au français pour Bruna Braga da Silveira, doctorante en cours à la Université de São Paulo.

² L'auteur voudrais remercier Arnaldo Wald et Mirna Cianci pour l'invitation pour élaborer ce rapport, et Bruna Braga da Silveira pour la traduction au français.



Resumo: Trata-se de relatório elaborado para a Jornada Panamenha da Associação Henri Capitant, no qual se apresenta o sistema de proteção dos interesses do terceiro no ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, inicia-se com uma análise prévia e panorâmica dos conceitos fundamentais e dos principais institutos processuais envolvidos, para depois voltar a atenção ao problema dos efeitos da decisão em relação ao terceiro, ao sistema de precedentes e a sua relação com os terceiros.

Mots-clés : Procédure civil. Procédure civil brésilienne. Parties. Tiers. L'intervention de tiers. Modalités. Classification. Effets de la décision. Tiers et la formation de précédente judiciaire.

Palavras-chave: Processo civil. Processo civil brasileiro. Partes. Terceiros. Intervenção de terceiros. Modalidades. Classificação. Efeitos da sentença. Terceiros e precedentes.

1) *Introduction*

Le système de protection des intérêts du tiers, dans la procédure civile brésilienne, est complexe et, dans certains cas, assez sophistiqué.

Le nouveau code de procédure civil brésilien a reconstruit le modèle de participation des tiers, surtout à cause de la structuration d'un système de précédents juridiques obligatoires.

Le présentation de ce système exige une analyse préalable et panoramique des principaux concepts et des principaux instituts procéduraux. Puis, les regards seront fixés sur le problème des effets de la décision, le système de précédents juridiques et ces relations avec les tiers, dans le droit brésilien.



2) *Notions fondamentales*

Pour comprendre les interactions entre les tiers et la procédure civil, dans le Droit brésilien, il convient de présenter quelques concepts de base – même s'ils sont tous construits à partir de la réalité brésilienne, ils sont très utiles pour la finalité d'une comparaison.

« Partie » et « tiers » sont ce deux concepts de base.

« Partie » est le sujet qui intègre un des termes de lien d'instance et agit, dans le procès, avec partialité, parce qu'elle a un intérêt au déroulement du jugement.

Il y a les partis principaux (demandeur et défendeur) et la partie auxiliaire, l'assistant – tiers qui intervient pour défendre les intérêts d'une des parties originaires. Il y a ceux qui sont partie du procès principal et ceux qui sont seulement partie dans certains incidents procéduraux – raison pour laquelle même le juge, sous certains points de vue, peut être partie d'un procès, comme cela arrive dans la « exception d'impartialité » d'un juge à cause sa partialité pour conduire et juger la demande.

On peut devenir partie d'un procès de trois façons distinctes : a) prendre l'initiative d'instauration de l'instance ; b) être appelé au Tribunal pour se défendre d'un procès ; c) intervenir dans un procès judiciaire déjà existant entre d'autres personnes³.

« Tiers » est le concept déterminé par exclusion au concept de « partie », c'est-à-dire, "est considéré comme tiers celui qui n'est pas partie, qui ne l'a jamais été, qui a cessé de l'être à l'annonce de la décision".⁴

3) *Modalités pour joindre une tierce partie à l'instance : l'intervention de tiers*

Il y a deux façons pour un tiers de joindre l'instance, et de faite, faire partie de : a) pour une initiative procédurale nommée « intervention des tiers » (*stricto sensu*) ; b) pour cause d'une succession procédural– volontaire ou passif (*mortis causa* – cas de décès d'une partie,

³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Direito Processual Civil – Ensaios e Pareceres*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 55.

⁴ Dans l'original : "é terceiro quem não seja parte, quer nunca o tenha sido, quer haja deixado de sê-lo em momento anterior àquele que se profira a decisão. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, v. 5, p. 291.



par exemple). C'est de cette façon que le sujet est présenté dans la doctrine juridique brésilienne.

Strictement parlant, cependant, il serait plus approprié de réunir les deux possibilités dans une même rubrique: *intervention de tierces parties (lato sensu)*.

En ce sens, *l'intervention des tiers* est le moyen procédural utilisé par un tiers pour rejoindre une instance déjà engagée, y devenant partie.

Dans ce concept, il y a deux aspects fondamentaux.

a) Se caractérise seulement comme « intervention d'un tiers » si le tiers intervient dans un procès en cours – sans qu'un autre procès soit instruit.

L'observation est importante. Dans le droit brésilien, une tierce partie peut, dans certains cas, proposer une nouvelle demande, établissant un *nouveau* procès, dont l'objectif est de répercuter sur les litiges de procès en cours. Au lieu de joindre l'instance pendante, il donne naissance à une nouvelle instance, incident au procès précédent. En pareil cas, il n'est pas considéré comme une « intervention » proprement dite, mais il est indéniable que ce sont des instruments importants, qui viabilisent la participation de tiers à l'instance et la rendent pertinente, en plus de servir à la protection de leurs droits.

Il y a trois exemples dignes d'être notés : i) Les « embargos de terceiro » (arts. 674-681, CPC-2015, par lequel le tiers cherche à prévenir ou à combattre un acte judiciaire de constriction d'un bien juridique qu'il affirme lui appartenir, ii) l'« oposição » (art. 682-686, CPC-2015), qui correspond à une demande pour laquelle le tiers revendique la chose ou le droit objet du litige entre le demandeur et le défendeur originaires iii) l'« *injunção contra l'acte judiciaire* », qui est une action autonome pour s'opposer à une décision judiciaire, qui ressemble à un recours, et qui est disponible à les tiers.

b) Seulement est qualifiable comme « intervention de tiers » si le tiers, à travers elle, devient partie de l'instance.



C'est pourquoi la participation de l'expert ou d'un témoin ne peut pas être considéré comme « *intervention d'un tiers* », puisque, dans ce cas, le tiers intervient pour aider la justice, et pas pour devenir une partie.

4) **Classification de l'intervention de tiers**

Il y a plusieurs façons de classifications des interventions de tiers.

a) Volontaire et provoquée

L'intervention est *volontaire* quand le tiers *demande* son entrée au procès.

L'exemple le plus connu est l'*assistance*. L'assistance est permise parce que ce tiers peut être juridiquement préjudicié avec le prononcement de la décision contre l'assisté. L'intérêt juridique conditionne l'intervention, qui n'est pas autorisée si l'intérêt est purement économique ou affectif. L'intérêt juridique se manifeste soit quand le tiers maintien un lien d'instance liée à celle déduite (« *assistência litisconsorcial* »), soit parce qu'il s'affirme titulaire de la relation juridique déduite (« *assistência simples* »). L'intervention permet à l'assistant, de cette façon, d'essayer d'influencer le jugement du procès.

L'autre exemple connu d'intervention volontaire c'est l'intervention d'*amicus curiae*. L'*amicus curiae* est le tiers que intervient dans le procès afin de fournir des informations qui améliorent la qualité de la décision. Il s'agit d'une intervention de tiers récemment réglementée par le nouveau Code de procédure civile brésilienne (loi n 13.105/2015, dite, à l'avenir, seulement CPC-2015). Jusqu'ici, il y n'avait que quelques prévisions sporadiques d'intervention *type amicus curiae*, sans aucune systématisation. Par contre, cette modalité d'intervention a une particularité : elle peut également être *déterminé* par le juge – et donc pas nécessairement volontaire.

Il y a aussi un cas particulier d'intervention *volontaire* dans la loi brésilienne : c'est l'intervention spéciale des personnes morales de droit public, qui peuvent intervenir dans



certaines procès, *sans avoir à démontrer un intérêt juridique*. Il existe deux variantes de cette intervention particulière, une permise exclusivement à l'Union et l'autre à toute personne morale de droit public. Toutes les deux sont réglementées par la Loi n° 9.469/1997.

Se considère comme intervention *provoquée* quand le tiers est convoqué à comparaître en justice.

Les deux interventions *provoquées* les plus connues dans le Droit brésilien sont la « *denúnciação da lide* » (dans le droit français, c'est l'*appel en garantie*) et le « *chamamento ao processo* ».

« *Denúnciação da lide* » c'est la modalité d'intervention de tiers en relation avec une prétention de « *regresso* » (c'est-à-dire, le droit d'être indemnisé pour les dommages causés par un tiers dans un procès), *garantie* ou *remboursement*. Ce recours est exercé lorsqu'une partie estime qu'un tiers doit lui être substitué dans les condamnations qui pourraient éventuellement être prononcées contre elle. C'est donc une sorte d'*action incidente éventuelle* : la partie demande à un tiers dans l'hypothèse d'une éventuelle défaite dans l'action principale. Il s'agit d'une modalité d'intervention de tiers couramment utilisée dans la pratique juridique brésilienne, en particulier dans le cas des relations d'assurance (la partie convoque l'*assureur* à rejoindre le procès, pour que la compagnie d'assurance puisse se voir opposer la décision d'intervenir et que les condamnations prononcées contre l'assuré soient, en définitive, payées par l'assureur) et de la transmission des droits dans les contrats déficitaires (la partie convoque le vendeur, pour qu'il *garantisse* l'affaire).

Le « *chamamento ao processo* » est la modalité d'intervention provoquée par le *défendeur*, qui convoque le tiers à rejoindre le procès sous prétexte que lui, le tiers, est *co-débiteur* ou *co-responsable* d'une obligation solidaire. Avec cela, l'éventuelle décision qui fait suite à la demande peut être exécutée contre tout les deux, et celui qui réglera la dette peut, dans le même procès, se retourner contre l'autre, pour obtenir réparation de sa part. Il se diffère de la « *denúnciação da lide* » parce que, dans le cas du « *chamamento* », le tiers appartient au même lien d'instance litigieuse (co-obligation), lors de la « *denúnciação da lide* » le tiers n'a aucune lien avec l'adversaire du *dénonçant*.



Le CPC-2015 a prévu une nouvelle et importante modalité d'intervention de tiers provoqué : l'incident de déconsidération de la personnalité morale (*disregard doctrine*). Il y a dans la loi brésilienne, depuis de nombreuses années, l'institut de déconsidération de la personne morale (art. 50, Code Civil ; art. 28, Code de la protection des consommateurs, par exemple). Il manquait seulement au droit processuel de créer les mécanismes pour l'accomplir.

Cet incident peut être classifié comme une intervention de tiers parce qu'il provoque l'entrée d'un tiers au procès – contre qui diriger la responsabilité patrimoniale.

L' intervention *iussu iudicis* est l' intervention de tiers *provoqué* par détermination du juge. Il y a au moins trois modalités *typiques* d'intervention *iussu iudicis dans le droit brésilien* :

i) l'intervention de l' *amicus curiae*, qui peut également être déterminée *ex officio*;

ii) citation du litisconsort passif nécessaire (art. 115, CPC-2015). L'hypothèse n'est pas d'un litisconsort nécessaire par définition du juge: le juge ordonne la citation du litisconsort nécessaire – défini comme nécessaire par la loi. Si le demandeur ne promet pas la citation (payer en avance les dépenses procédurales, fournir l'adresse du défendeur etc.), le magistrat doit faire apparaître la procédure comme éteinte sans tranché le fond;

iii) la citation de parties intéressées par la *production de preuve à l'avance* (art. 382, § 1, CPC-2015). Si le juge est convaincu qu'il y a un intéressé dans la preuve du fait ou à la production d'éléments de preuves, dont la citation n'ai pas été demandé, il peut l'ordonné *ex officio*.

b) Typique et atypique.

Il y a des interventions des tiers typiquement prévues par la loi brésilienne.

Dans les points précédents ont été cités les plus importantes : « assistência », « denúncia da lide », « intervention de l'amicus curiae », « incident de déconsidération de la personnalité morale », « chamamento ao processo », « spéciales interventions des organismes publics » et « l'intervention iussu iudicis ».



Mais il y a, aussi, la possibilité d'interventions atypiques.

L'art. 190 CPC-2015 consacre une clause générale d'accord transactionnel de la procédure. En conformité avec les prescriptions générales de la négociation, les parties peuvent s'accorder sur la procédure et ses situations juridiques procédurales. L'amplitude que le droit procédurale civil brésilien confère à l'autonomie de la volonté dans le procès permet de conclure qu'il est recevable *l'intervention de tiers atypique*, d'origine transactionnelle. Les parties peuvent, par exemple, accepter une assistance d'un tiers atypique ou agrandir les pouvoirs que la loi confère à *l'amicus curiae*⁵.

La doctrine et les tribunaux brésiliens acceptent, encore, une *intervention atypique* sur la procédure de *production de preuve à l'avance*. Le défendeur, dans la production de preuve à l'avance, peut devenir défendeur dans un futur procès – une action en réparation de préjudice, par exemple; dans ce procès futur, le défendeur peut appeler un tiers en garantie; les preuves qui seront utilisés contre le défendeur sont exactement les éléments de preuve dont la production souhaite anticiper; le défendeur voudra certainement utiliser cette preuve contre le futur dénoncé qui prendra la direction du procès. Pour des cas comme celui-ci, a été étudié⁶ la possibilité du défendeur, toujours dans la production de preuve à l'avance, d'appeler au procès le futur dénoncé (différent), dans le but de l'inclure dans le cadre d'efficacité des éléments de preuves à produire. Cette intervention atypique de tiers élargirait le côté passif du lien d'instance du procès de production de preuve à l'avance; avec cela, une tierce personne serait aussi soumise à la preuve produite, qui pourrait être utilisé dans un litige futur.

Au-delà de cette hypothèse, plus récemment, il a été considéré par la doctrine brésilienne une intervention volontaire *atypique* en raison d'un intérêt *institutionnel* pour la cause. En ce sens, l'intérêt institutionnel serait une autre dimension de l'intérêt légal. En conséquence, le barreau des avocats du Brésil (OAB – ordre des avocats du Brésil)⁷ pourrait intervenir dans les cas où se discutent des prérogatives des avocats; le Ministère Public (le Parquet) pourrait

⁵ DIDIER Jr., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 17^a ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2015, v. 1.

⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Intervenção de terceiros*. São Paulo: Malheiros, 1997.

⁷ L'entité de classe qui réunit les avocats brésiliens.



intervenir dans les procès dans lesquels se discutent certaines de ses prérogatives institutionnelles⁸

c) Intervention qui modifie subjectivement la procédure et l'intervention qui agrandisse subjectivement la procédure.

Il y a des interventions de tiers qui agrandissent subjectivement la procédure.

À cause d'elles, la procédure devient *plus* grande subjectivement, avec une nouvelle partie. C'est la règle. Toutes les interventions de tiers mentionnées dans ce rapport, jusqu'à présent, sont des espèces de ce genre.

Il y a, cependant, des modalités d'interventions qui *modifient* seulement subjectivement la procédure. En conséquence, il y a un *changement* de sujet : une partie sort, le tiers est mis en cause, et se transforme, donc, en partie. Ce sont des interventions pour *succession*.

Il y a des cas de succession *mortis causa*: la personne décédée est substitué par les actifs successorales ou par les successeurs (art. 110, CPC-2015).

Il y a, aussi, la succession pour acte *entre vifs*.

Dans le cas d'aliénation de la chose ou de l'objet du litige, l'*aliénataire* (acquéreur) peut substituer l'*aliénateur* (cédant), si la partie adverse est d'accord (art. 109, § 1, CPC-2015). Si la partie adverse n'y consent pas, l'*aliénataire* (acquéreur) peut devenir *assistant* de l'*aliénateur*. Si l'aliénation se passe pendant qu'une procédure d'exécution est en cours, la *succession* peut arriver même si la partie adverse n'est *pas d'accord* (art. 778, §2, CPC-2015).

Il y a, aussi, un nouveau cas *d'intervention de tiers par la succession* dans la loi brésilienne. L'allégation d'illégitimité passive, formulée par le défendeur dans son mémoire de défense, donne à l'auteur le droit de demander une modification de l'assignation pour le remplacement du défendeur (« *substituição do réu à pedido do autor* » - art. 338, *caput*, CPC-2015). Effectué le

⁸ GODINHO, Robson Renault. "Ministério Público e assistência: o interesse institucional como expressão do interesse jurídico". *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins*. Fredie Didier Jr. e Teresa Wambier (coord.). São Paulo: RT, 2004, p. 831-833.



remplacement, l'auteur doit rembourser les frais de la procédure et payer les frais à l'avocat du défendeur exclu. La règle, qui prévoit un *droit procédural de modification du lien d'instance*, est très bonne et simpliste. Il s'agit d'une nouvelle modalité d'intervention des tiers, qui a par conséquent la succession processuel qui ne dépend pas du consentement du défendeur : en plaçant l'illégitimité, le défendeur doit savoir qu'il peut être remplacé, au choix du demandeur.

d) Intervention qui agrandisse de façon objective la procédure et intervention que ne pas agrandisse de façon objective la procédure.

Il y a des interventions de tiers qui, en plus de mettre en cause une nouvelle partie en lien d'instance – c'est-à-dire, d'agrandir subjectivement la procédure –, agrandissent l'objet litigieux de la procédure. À travers eux, à l'objet litigieux est ajoutée une nouvelle prétention. L'objet du litige devient composé par la prétention originale (dès le jour de la demande en justice qui crée le lien juridique d'instance) et par la prétention véhiculée par l'intervention de tiers.

C'est ce qui se passe avec la « *denúncia da lide* » et l'« *incidente de desconsideração da personalidade moral* », qui ajoutent à la procédure une prétention en garantie et une prétention pour sanctionner l'abus de la personnalité morale, respectivement.

Cependant, la plupart des interventions n'aggravent pas l'objet litigieux de la procédure : il n'y a simplement que l'addition de nouveaux sujets ou le remplacement d'une partie.

5) *Le moment de l'intervention de tiers.*

La bonne compréhension des interventions de tiers dans la loi brésilienne dépend, aussi, de l'analyse du moment procédural limite pour la mise en cause du tiers dans un procès déjà en cours.

L'« *assistência* », « l'intervention de *amicus curiae* » et « l'incidente de desconsideração da personalidade moral (jurídica) » sont des interventions de tiers admises dans tous les



instances procédurales (instance, cour de cassation, haute juridiction, etc). Dans le cas l'incident de déconsidération de la personnalité morale, la règle est encore plus exceptionnelle car il s'agit de la mise en cause d'un tiers qui *augmente* l'objet litigieux, ce qui signifie dire qu'il est possible, en degré d'appel, de formuler une nouvelle prétention.

Le tiers a la possibilité d'être mis en cause après que la décision ai été rendue: il intervient déjà dans l'instance d'appel, par la voie des recours.

La *succession mortis causa* ou en raison de l'aliénation *de la chose ou le droit litigieux* peut également se produire à n'importe quel degré de juridiction.

Le « chamamento ao processo », « denúncia da lide » et « substituição do réu a pedido do autor » sont des interventions de tiers admises seulement en instance (avant la étape d'instruction - art. 357, CPC-2015). Dans ces cas, la loi brésilienne comprend ce qu'il faut privilégier la stabilité du processus, subjective et objective (principe d'immutabilité du litige en première instance).



6) *Procédures dont l'intervention de tiers est admise.*

L'intervention des tiers n'est pas admise dans toutes les procédures judiciaires.

Au Brésil, elles sont généralement admises dans l'étape de construction de la décision de justice (nommé au Brésil de « processo de conhecimento »), ordinaire ou spéciale.

Dans le cas des instances spéciales (Juizado Especial)⁹, la seule modalité d'intervention admise est l'incident de déconsidération de la personnalité morale (art. 1 062, CPC-2015).

Dans l'étape d'exécution de la décision (nommé en Brésil de « processo de execução ») il est admis l'assistance, l'intervention de l'*amicus curiae* (très utile, par exemple, dans l'exécution d'un jugement qui détermine la mise en œuvre des politiques publiques), le recours du tiers et l'incident de déconsidération de la personnalité morale. Il y a aussi une modalité d'intervention *typique* et *exclusive* de l'étape d'exécution : concours spécial des créanciers (art. 797, CPC-2015).

7) *Les effets de la décision de justice et les tiers*

La décision judiciaire (jugement) rendue à l'issue d'une instance peut produire des effets principaux et réflexes – il y a aussi les effets annexes et probatoires, qui ne seront pas examinés dans ce rapport.

a) **Efficacité principale de la décision**

Les effets principaux du jugement sont ceux découlant directement du contenu de la décision et concernent la situation juridique en question : la possibilité de prendre l'action exécutive dans le cas de décisions qui imposent une disposition ; la nouvelle situation juridique, dans le cas de décisions constitutives ; sécurité juridique, dans le cas des décisions déclaratoires.

⁹ "Juizado Especial" est un tribunal spécial brésilien compétent pour apprécier et juger des litiges peu complexes. Il y a des tribunaux spéciales pour juger des procès entre particuliers, et des procès entre particulier et l'Administration Publique.



En règle générale, l'efficacité principale du jugement produit des effets seulement sur la situation juridique des parties et leurs successeurs. Dans la loi brésilienne, la règle est la chose jugée *inter partes* (art. 506, CPC-2015), c'est-à-dire, la décision n'affecte en principe que les parties à l'instance. La chose jugée peut, toutefois, *bénéficier* (profiter) une tierce partie.

Il y a, cependant, des exceptions à cette règle dans la loi brésilienne; il y a des cas dans lesquels la chose jugée peut *nuire* un tiers : chose jugée *ultra partes*, qui produit des effets non seulement sur la situation juridique des parties à l'instance, mais aussi, affect *certain* tiers.

Les effets de la chose jugée peuvent s'étendre aux tiers, personnes qui n'ont pas figuré comme partie du litige, en les reliant. Ça peut se passer dans plusieurs cas.

On peut citer comme exemple les cas de substitution processuel (remplacement), dans lequel le remplacé, en dépit de n'avoir pas figuré comme partie à la demande, aura sa sphère de droits affectés par les effets de la chose jugée¹⁰.

Autre exemple c'est le cas de dissolution partielle de la société: si tous les partenaires sont cités, la société (personne morale) ne sera pas citée, mais elle sera affectée par les effets de la chose jugée (art. 601, CPC) – il y a une légitimation extraordinaire passive conjointe de tous les partenaires, dans l'intérêt de la société.

Dans ce même contexte, il y a également le cas de la substitution processuel ultérieur en l'aliénation de la chose ou le droit litigieux, consacrés à l'art. 109, § 3, CPC, selon lequel le jugement *affectera* non seulement les parties originaires de l'instance, mais aussi le *tiers acheteur ou le cessionnaire du droit ou de la chose litigieuse*. Il y a, dans ce cas, une légitimité extraordinaire ultérieure, soit le aliénateur/vendeur la partie remplaçant, et le aliénataire/acheteur, le tiers remplacé. Ce phénomène se produit uniquement si le tiers acheteur ne remplace pas le vendeur à l'instance; si le tiers remplace le vendeur ou est mise en cause pour aider en qualité d'assistante (assistance - art. 109 § 2 °, CPC), la chose jugée lui

¹⁰ ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: RT, 1979, p. 128; TESHEINER, José Maria. *Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil*. São Paulo: RT, 2001, p. 83; CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 1998, v. 1, p. 502; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. "Estudo sobre a substituição processual no direito brasileiro". *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, 1972, n. 438; OLIVEIRA JR., Waldemar Mariz de. *Substituição processual*. São Paulo: RT, 1971, p. 169; DELGADO, José Augusto. "Aspectos controvertidos da substituição processual". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1987, n. 47, p. 13; ALVIM NETTO, José Manoel Arruda. *Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: RT, 1975, v. 1, p. 441-442.



sera étendu normalement, sans aucune particularité, considérant que, de cette façon, le tiers se transforme en partie de l'instance.

Un autre exemple c'est la chose jugée *ultra partes* en cas de Co légitimation (quand plus d'une personne sont légitimées). Le sujet co-légitimé à demander en justice (titulaire de une co-légitimation), qui aurait pu être partie à la procédure, en qualité de litisconsort unitaire facultatif actif, mais a choisi ne pas participer, sera lié par les effets de la chose jugée de la décision rendue¹¹.

Il y a aussi la chose jugée *ultra partes* dans le cas d'une décision sur les obligations solidaires (art. 274 CC): i) si l'un des créanciers demande un jugement et perd, peu importe la raison, la décision n'a aucune efficacité contre les autres créanciers ; ii) si l'un des créanciers demande un jugement et perd, la chose jugée peut être invoquée par un des débiteurs, sauf si le rejet de la demande ne respecte que ce débiteur qui a été intimé; iii) si l'un des créanciers demande un jugement et gagne, cette décision profitera à tous les autres créanciers, sauf si le(s) débiteur(s) a des exceptions personnelles qui peuvent être opposées à un autre créancier qui ne fait pas partie du lien d'instance, parce que, contre le créancier qui a fait la demande en justice, le(s) débiteur(s) qui lui est(sont) opposé(s) ne peut plus s'opposer (art. 506 CPC-2015) ; iv) si le créancier demande un jugement et gagne, cette chose jugée favorable ne profitera pas aux autres débiteurs solidaires qui n'ont pas été demandés.

b) Efficacité reflexe de la décision

Souvent, la décision judiciaire produit des effets sur une relation juridique étrangère au procès, mais qui maintient une liaison avec le lien d'instance discuté au procès. C'est l'*efficacité reflexe de la décision*¹². Par exemple, la décision rendue dans une action vindicatif affecte la

¹¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Coisa julgada: extensão subjetiva. Litispendência. Ação de nulidade de patente". In: *Direito processual civil (ensaios e pareceres)*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 273-294; MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Litisconsórcio unitário*. Rio de Janeiro: Forense, 1972, p. 143-145; TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2001, p. 229.

¹² CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*. Hiltomar Martins Oliveira (trad.) São Paulo: Classicbook, 2000, v. 1, p. 437; CALAMANDREI, Piero. "La sentenza civile como mezzo di prova". *Opere giuridiche. Opere giuridiche – a cura di Mauro Cappelletti*. Napoli: Morano Editore, 1965, v. 5, p. 565; MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, t. 5,



relation juridique entre l'acheteur-défendeur et le tiers à qui il a acquis le bien, donnant au acheteur les droits résultants de l'éviction (art. 457 et suiv. CC).

Il est important de réaliser ce genre d'efficacité de la sentence parce que certaines interventions de tiers reposent exactement sur la possibilité d'occurrence de cet effet réflexe dans une relation juridique dans laquelle le tiers participe. C'est le cas, par exemple, avec la « *denúnciação a lide* » et de « *assistência* ».

Dans certaines situations spécifiques, la loi, tenant en compte cette possible efficacité réflexe, impose l'assignation du tiers pour avoir connaissance de la procédure et donc prendre des actes qu'il estime nécessaire: par exemple a) dans l'action en responsabilité proposée contre l'assuré, il doit informer l'assureur de l'existence de la demande (§ 3, art. 787 CC) ; b) l'assignation du sous-locataire dans action d'expulsion (contrat de location), obligatoire selon le § 2 de l'art. 59 de la loi no 8.245/91.

8) Tiers et les formes de s'opposer (contester) à la décision

Le tiers peut contester, s'opposer, discuter la décision judiciaire.

La première façon de s'opposer c'est le « recours de tiers » (art. 996, CPC-2015). Au Brésil, le recours est un moyen d'attaquer la décision dans le même procès dans lequel elle a été formulée; le recours prolonge la litispendance. Le tiers doit démontrer comment la décision – sur le lien d'instance soumis à l'appréciation juridictionnel – affecte le droit auquel il se déclare être titulaire ou qu'il peut discuter en jugement comme *remplaçant processuel* (art. 996, CPC-2015). Il n'y a pas de recours exclusifs pour les tiers, ni de recours dans lesquelles les tiers ne peuvent pas être utilisés : aux tiers sont garantis les mêmes recours qu'aux parties. Aussi il n'y a pas de délais spéciaux pour le recours de tiers : le délai pour les recours des tiers commence au jour auquel les parties sont intimées de la décision.

p. 54; DIDIER Jr., Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria; BRAGA, Paula Sarno. *Curso de Direito Processual Civil*. 10^a ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2015, v. 2, p. 428.



Le tiers peut aussi, au lieu de recourir, s'utiliser de « mandado de segurança¹³ / writ of mandamus » contre l'acte judiciaire, comme on a déjà vu. Le « mandado de segurança », dans ce cas, est une demande autonome de contestation, parce qu'elle génère une nouvelle litispendance. Le tiers peut s'utiliser dans cet instrument, indépendamment de la présentation du recours, selon le jugement du Superior Tribunal de Justiça¹⁴.

S'il y a déjà une chose jugée, le tiers peut s'utiliser de la « ação rescisória », qui est une procédure autonome visant à annuler la décision juridique passée en force de chose en jugement, en raison de grave injustice ou invalidité. C'est une procédure qui doit être présentée dans un délai de deux ans. Le tiers doit démontrer, dans ce cas, la blessure juridique que il y a expérimenté en face de la décision (art. 967, II, CPC-2015).

Si c'est quelqu'un qui aurait dû être co-partie (litisconsort) dans le procès original, ce tiers a le droit de proposer « querela nullitatis », procédure d'invalidation de la décision rendue contre quelqu'un que n'a pas été cité (art. 525, I et 535, I, CPC-2015). Cette procédure n'a pas de délais pour être proposée et se réfère exclusivement à ce grave défaut dans la décision.

9) Tiers et la formation de précédente judiciaire

Parmi les principales marques de la nouvelle procédure civile brésilienne on trouve la structuration d'un système de précédents judiciaires obligatoires - précédents dont le respect s'impose à tous les juges et les tribunaux.

Certains de ces précédents obligatoires sont formés après l'ouverture d'une procédure en cour, pour concentrer le débat sur la thèse juridique sur laquelle se vise consolider la compréhension. Sont les incidents de *judgement des cas répétitives* (art. 928, CPC-2015) et l'« *assunção de competência* » (art. 947, CPC-2015).

Ces incidents ont pour nature des procès objectifs. La concentration du débat implique un renforcement dans le contradictoire, avec la participation de divers sujets, et dans l'obligation

¹³ Instrument à la disposition des particuliers contre des actes illicites pratiqués para l'administration.

¹⁴ Le « Superior Tribunal de Justiça » (STJ) est un tribunal brésilien qui exerce sa juridiction dans tout le pays, et à qui compète donner la dernière interprétation des lois fédérales, et, aussi, sur une grande part du droit processuel civil brésilien.



de bien motiver les décisions. Tous les arguments, contre et en faveur de la thèse juridique, doivent être bien discutés.

Le contradictoire est élargie, avec des audiences publiques et la possibilité de participation *d'amicus curiae* (art. 138, 927, §2 ; 983; 1 038, I et II, CPC-2015).

Les tiers sont invités, par conséquent, à collaborer à la construction d'une décision qui deviendra un précédent jurisprudentiel, soit par l'intervention de *l'amicus curiae*, soit pour participer des audiences publiques dont les experts seront invités à s'exprimer sur le sujet.

La prémisse est que certains procès judiciaires produisent la solution d'un litige et, en même temps, le modèle de solution pour d'autres litiges similaires – se décide le litige et, aussi, se forme le précédent. Deux discours, donc ¹⁵: un dirigé vers les parties, de résoudre le litige présenté en justice, et un autre a toute la société, avec la définition d'un précédent pour les litiges à venir.

Ce système normatif *reconfigure* la participation des tiers dans la procédure civile brésilienne. Les interventions des tiers ont toujours été pensées comme des instruments pour interférer dans la solution du litige, soit pour élargir le fond, soit pour augmenter les sujets du procès.

Maintenant, au Brésil, en plus de cette fonction traditionnelle, la participation du tiers dans le procès peut se concentrer sur la construction des précédents. Il s'agit d'un changement de paradigme, d'imposer une reconstruction de la théorie de la participation des tiers dans le procès.

Deux exemples.

a) Il faut reconstruire la notion d'intérêt juridique qui justifie l'intervention du tiers assistant (modalité de intervention de tiers nommée « assistêcia »).

À la fin de février 2008, la cour suprême (STF) ¹⁶ a admis la participation d'un syndicat en qualité d'*assistant*, dans un litige avec une industrie de cigarettes sur la constitutionnalité d'un acte normatif. La cour suprême a estimé que l' *intérêt juridique* qui autorise l'assistance, dans

¹⁵ MITIDIERO, Daniel. "Fundamentação e precedente – dois discursos a partir da decisão judicial". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2012, n. 206.

¹⁶ Le "Supremo Tribunal Federal" (STF) est la cour suprême brésilienne.



ce cas, se configure par la vérification de que le jugement de ce procès pourrait définir l'orientation de la jurisprudence autour du sujet, qui servirait à la solution d'un nombre indéterminé de cas futures.

Admettant la force obligatoire du précédent jurisprudentiel, la cour a reconnu la nécessité de permettre l'élargissement de débat en avance à la formation du précédent.

Après ce jugement c'est cassé le paradigme du procès individuel, pour élargir le concept juridique d'intérêt autorisateur de l'assistance simple: au lieu d'exiger que l'assistant ait une relation juridique lié à celle discuté dans le procès, il est suffisant d'affirmer qu'il existe une relation juridique de droit collectif (*droit de la catégorie intéressé dans la construction de précédent*)¹⁷.

L'article 896-C, § 8° de la loi n° 13.015/2014, a embrassé cette compréhension explicitement: dans la procédure de droits du travail, il est *expressément* admis l'intervention d'un tiers, en tant qu'assistant, pour aider à la construction de précédents jurisprudentiel obligatoire au Tribunal Superior do Trabalho¹⁸.

(b) Il faut également reconstruire la notion *d'intérêt d'agir en voie de recours*.

La doctrine brésilienne a toujours considéré qu'il n'y a aucun intérêt au recours, si le requérant prétendait seulement *changer les motifs de la décision*, préservant la conclusion. Il se disait que le recours serait inutile aux requérant, parce que la chose jugée resterait intacte.

Mais le précédent jurisprudentiel est dans les fondements de la décision de la décision et non à la conclusion. Ne serait-il pas utile, réellement, d'un recours pour discuter d'un précédent ?

La doctrine brésilienne vient d'admettre cette possibilité¹⁹.

¹⁷ La doctrine défendait l'ampliation la notion d'intérêt juridique qui justifie l'assistance, dans le cas de formation de précédent: ARENHART, Sérgio Cruz. "O recurso de terceiro prejudicado e as decisões vinculantes". In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, v. 11, p. 436-437.

¹⁸ « Tribunal Superior do Trabalho » (TST) est le tribunal national responsable de l'uniformisation de la compréhension sur de droit du travail.

¹⁹ DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; *Curso de direito processual civil*. 10^a ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2014, v. 3, p. 49-50; LIPIANI, Julia. "Reconstrução do interesse recursal no sistema de força normativa do precedente". *Civil Procedure Review*, v.5, n.2: 45-72, may-aug., 2014, www.civilprocedurereview.com.



La cour suprême a déjà accepté de juger un appel interjeté par une partie *gagnante*, dont l'intérêt était juste de changer les fondements de la victoire : elle avait gagné, parce que la cour avait compris qu'elle était de bonne foi et qu'elle méritait la protection; néanmoins, elle a estimé qu'elle aurait dû gagner parce qu'elle avait le droit de faire ce qu'elle a fait, et non parce qu'elle était de bonne foi lors du fait. C'était une discussion sur s'il y avait ou pas besoin de négociation syndical en amont d'un démission collective de travailleurs. Bien que la cour suprême n'ai pas encore jugé le recours, le simple fait que la cour ai accepté d'examiner la demande est déjà une indication claire qu'il est nécessaire de reconstruire la notion d'intérêt d'agir en voie de recours.

Cette reconstruction impact directement la participation de tiers au procès. Il sera admis le recours des tiers pour discuter la formation de précédent jurisprudentiel. Le CPC-2015 a prévu expressément la possibilité que l'*amicus curiae* recours la décision qui juge des litiges répétitifs – une des hypothèses de précédent obligatoire, déjà examiné (art. 138, § 3° CPC).

C'est le principal défi de la doctrine et de la jurisprudence brésilienne dans les prochaines années: redéfinir comment agiront les interventions de tiers dans la construction des précédents obligatoires.

Ce rapport vise à présenter les premières pistes.



What is left of Klein? Procedural reforms: statism or privatism? For a co-participative model on the new Brazilian CPC¹

Dierle Nunes

Assistant Professor at Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais and at the Federal University of Minas Gerais

Resumo: O presente ensaio pretende discutir as bases nas quais devem ser compreendidas as ideias de comparticipação e policentrismo, que inspiram parcialmente o Novo CPC. O problema apresentado foi tratado a partir do questionamento da discussão entre estatualismo *versus* privatismo; da análise das advertências de Franz Klein e a necessidade de releitura do papel do processo pelos atuais intérpretes e aplicadores do direito. Concluiu-se pela importância do entendimento e da leitura do Novo CPC sob a ótica do policentrismo e comparticipação, de modo que o viés constitucional de processo enquanto garantia democrática seja obtido em prol do cidadão. Demonstra-se, portanto, que as ideias trazidas pelo professor Picardi acerca da superação da dicotomia estatualismo *versus* privatismo são fundamentais para a consecução dos objetivos da processualística atual.

Palavras-chave: Novo CPC. Comparticipação. Policentrismo.

Abstract: This essay discusses the basis on which should be understood the ideas of conparticipation and polycentrism, which partially inspired the New CPC. The problem presented was treated from the questioning of the discussion between state basis *versus* privatism; the analysis of Franz Klein's warnings and the need for reinterpretation of the role of the process by the current interpreters and law applicators. It was concluded by the importance of understanding and reading the New CPC from the perspective of polycentrism and conparticipation, so that the constitutional process bias as a democratic guarantee be obtained in favor of the citizen. It's been demonstrated, therefore, that the ideas brought by Picardi

¹ Paper written on the occasion of the *liber amicorum* as a tribute to the friend and *Professor* Nicola Picardi.



about the overcoming of the dichotomy state bias *versus* privatism are fundamental to the achievement of the current processualistic goals.

Keywords: New CPC. Conparticipation. Polycentrism.

1. To start with....

When one is gifted with the auspicious invite to write in honour of a great master, one bows in face of the great responsibility and need to dialogue with the master's work.

However, given the magnitude of Picardi's ideas, I shall constrain myself to one of the points by which his thinking has edged into the construction of a normative theory of co-participation, that guides and partially inspires the New Brazilian Civil Procedural Code (New CPC - law number 13.105, from March 2015 – that will come into effect after one year of *vacatio*); a Law that I had the honour to serve with my technical counselling while it made its transition at the House of Representatives

Right from start, I should anticipate by saying that this is not about a theory of cooperation or collaboration,² according to procedural socialization ideas, or from the perspective of an "Arbeitsgemeinschaft" (working community), idealized by Klein³, that would

² This is not about parties adopting a collaborative function towards the judge, as thought by Klein, that would depart from the premise that the alleged judicial protagonism to which all parties should be subservient would have the judge taking over a selective judicial activism that should benefit the weak (counter-majoritarian role), but rather one that allows in many legal procedural systems that major economic groups (such as banks) be privileged by the benefits. Cf. NUNES. Dierle; TEIXEIRA, L. Democratic Access to Justice. Brasilia: Gazeta Jurídica, 2013. As Picardi recalls, according to Klein's model: "temi centrali diventano così l'uguaglianza sostanziale fra le parti e la funzione compensatrice del giudice. I poteri del giudice, però, non possono non essere limitati, altrimenti il sistema assumerebbe carattere inquisitorio. In definitiva, si pone un problema di collaborazione fra giudici e parti nell'accertamento del fatto." PICARDI, Nicola. Le Riforme Processuali e sociali di Franz Klein. *Rivista di storia giuridica dell'età medievale e moderna*. Historia et ius. www.historiaetius.eu - 2/2012 - paper 16.

³ RECHBERGER, W., Die Ideen Franz Kleins und ihre Bedeutung für die Entwicklung des Zivilprozessrechts in Europa. *Ritsumeikan University Law Review* (2008), pp. 102 ss.



depart from an alleged judicial protagonism to which the parties would be subservient; neither from a search for rescuing from the full spectrum of the disposition principle, of liberal matrix.⁴

The idea of co-participation is not connected to the content ordinarily attributed to the *Kooperationsmaxime*, that of searching for a procedural truth anchored on the publicistic duties aimed at being the mainstay of the hierarchy between legal parties (*ordine assimetrica*)⁵ but rather, based on the dynamic adversarial principle (as a guarantee of influence, debates and no surprise) and in the necessary participation of interdependent subjects in the procedural environment throughout the whole course of action forged by constitutional procedural principles.

This proposal takes procedural polycentrism⁶ and its impact on the legal system rather seriously, forging a normative theory (non-axiological) of counterfactual duties to induce the cooperative behaviour of the parties to a claim, in consultation duties, clarification, assistance, righteousness, in pursuiv of a genuine dialogue at the procedural level.

In order to accomplish that, my stay during the academic year 2005-2006 at the Law Faculty of the University "La Sapienza" of Rome, conducting research under the tutorship Master Picardi, was essential. I hope this simple contribution may express part of my gratitude and my affection for one of the greatest worldwide experts in procedural law of his generation.

2. The new Brazilian CPC between Statism and Privatism

In times of new procedural legislation (New CPC) we should look at the past in order to learn from it and avoid the mishaps that we tend to repeat.

⁴ GÖNNER, N. Thaddäus von. *Handbuch des deutschengemeinen Prozess*. 2^a ed. Erlangen, 1804. p. 175 et seq.
TARELLO, G. *Dottrine del processo civile*. Bologna: Il Mulino, 1989. p. 14; 22, passim.

⁵ PICARDI, N. *Processo civile (diritto moderno)*. *Enciclopedia del diritto*. Milano: Giuffrè, 1987, p.101-117. GIULIANI, A. *Ordine isonomico ed ordine asimmetrico. Nuova retorica» e teoria del processo*. in "Sociologia del diritto", 1986, p. 81 et seq.

⁶ PICARDI, Nicola. *Manuale del processo civile*. Milão: Giuffrè, 2006. p. 208.



Such a warning is more than required in the face of what we see in Brazil today, as exposed further along these lines.

On the one hand, statist driven jurists defending then strengthening of the role of the Higher Courts (specially its judicial protagonism when creating precedents without a proper debate) - "standardizzazione» delle sentenze⁷ - in the face of the ever growing emphasis on the study of law and jurisprudence having, as a result, the advocacy for (arguable) virtues of the above mentioned highest courts of justice (without procedural control by constitutional guarantees and by an adequate theory of precedents).

On the other, tending towards the liberal-privatistic side, jurists have been resurrecting some of the theories of the will (already abandoned by civilists themselves after studying private autonomy) for the defence of a comprehensive (privatistic) flexibilization of the procedural framework, especially due to an inadequate reading of the wide procedural negotiation clause brought by the new law (arts. 190 and 191, new CPC).⁸

The reading often seems, in new clothing and using new techniques, to make reference to the clash between the statist-publicists (precursors of procedural socialization) and the privatistic-liberal Austro-Germans in the nineteenth century (beginning of scientific proceduralism) in their debates that have culminated in the prevalence of opinion of the firsts, from Oskar Bülow's new dogmatic proceduralism.⁹

⁷ "A partire da decisioni rese in alcuni casi, si è, infatti, ritenuto possibile fissare "standard interpretativi". Si è stabilito, quindi, che tutti gli altri casi simili saranno giudicati sulla base del *precedente*, senza considerare le loro specificità. Il Consiglio Nazionale di Giustizia ha, inoltre, fissato le c.d. *mete di produttività* ed ha collocato, nel suo sito, un "processometro" con l'indice di produttività dei singoli tribunali"(cfr. PICARDI, Nicola, NUNES, Dierle. *Il processo civile brasiliano, dalle ordinazioni filippine al codice del 1973*, in "Riv. dr. proc." 2011, p. 934-935.

⁸ Art. 190. Once the procedure deals with rights that admit self-determination of interests, its rightful that fully capable parties alter the procedure so as to adjust it to the specificities of that claim and establish a consensus about the burdens, powers, procedural rights and duties, before or during the process itself. Single Paragraph. By his own motion, or under request, the judge will control the validity of the covenants provisioned in this section, only refusing to apply them in case of nullification or unconscionable clause in adhesion contracts, or in cases when any of the parties are conspicuously vulnerable.

⁹ TARELLO, G. *Dottrine del processo civile*. cit.. p. 47.



And even the "resurrection" of procedural business (*prozessrechtliche Verträge*) with a renewed spirit, cannot be conceived of as the German pandectistic has structured them¹⁰, with categories of agreements between the parties, that by means of an unlimited will could have an impact on the procedure. This extremely important phenomenon must be ascertained under the new co-participative approach.

As it has been pointed out in previous occasions:¹¹

The decline in the centrality of the state in the normative production (legiscentrism), studied since the 1960s, but with emblematic procedural impact not before the 1990s, with the disenchantment of state dominance (even in face of an advancing neoliberalism) has been guaranteeing the strengthening and sophistication of consensual clauses. This leads to the apparent paradox between two concepts traditionally presented as irreconcilable, on one hand the contract (that departs from the agreement), and the procedure on the other (that departs from the disagreement), or as we prefer, of uncooperative behaviour, are put in check, and this is easily noticeable when one sees the growing use of commitments to avoid solutions awarded by the arbitration agreement. In being so, one could estimate agreements of the parties, with substantial efficacy, as in the case of judicial reconciliations and tacit agreements on non-challenging provisions; agreements in the process, with acts committed outside that very procedure with internal efficacy, including on judicial powers, as the arbitration agreement and the agreements on evidence; and agreements in the process to the process, which would correspond to procedural agreements, provided, for example in art. 764 of the French *Nouveau Code* or our CPC 2015. It is worth pointing out that both in France and in the recently approved CPC/2015, such procedural agreements should be analysed in line with the cooperative normative premise (co-participative) and the adversarial principle (art. 5, inc. LV, CRFB / 88 and arts. 6 and 10, CPC/2015)¹², acting as a civil procedure complementary management technique, with a balanced extent of the

¹⁰ Cf. KOHLER, J. Ueber processrechtliche Verträge und Creationen. *Gesammelte Beiträge zum Zivilprozeß*. Berlin: Scientia Verlag Aalen, 1894. Reedição: 1969.

¹¹ THEODORO JR, H; NUNES, Dierle; BAHIA, A; PEDRON, F. *Novo Código de Processo Civil: Fundamentos e sistematização*. 2ª edição. Rio de Janeiro: GEN Forense, 2015.

¹² CPC- 2015 Brasileiro: "Art. 6º All parties in a process should mutually cooperate as to have an effective and fair decision within reasonable length of time. [...] Art. 10. A judge cannot rule, regardless of his/her level of jurisdiction, based on grounds about which parties were not given the chance to make a statement, even in the face of matters over which he/she should decide on own motion.."



incidence of private autonomy in shaping procedural activity.

In face of that, we must leave this dichotomy (statism versus privatism) in order to accomplish an effectively democratic procedural framework¹³ and, for that, we must appreciate the past.

3. Recall of Klein and his warning ...

On November 9, 1901¹⁴, Franz Klein, the idealizer of the great social and oral legislative model for the civil procedure for the twentieth century (the Austrian ZPO 1895), delivered a notorious conference in Dresden, in which he showed the need to break with the procedural system ruling at that time, based on individualistic and liberal premises (technically governed by the parties and lawyers, and that reduced conflicts to a private discussion).¹⁵

During his lecture, the Austrian master highlighted and defended the instrumental role of the process, in addition to being the first one to value its immense social, political and economic significance (and function); that was divulged as something new in the late twentieth century, by a large number of thinkers.

Continuing the Austrian tradition of strengthening the role of the judge¹⁶ and following the statist conception of his master (Menger) when assigning material direction to the judge in order to approximate the straightening of the procedural reality give to the material reality.

¹³ NUNES, Dierle. Por un proceso civil efectivamente constitucionalizado. RÚA, Mónica Bustamante. *Reformas procesales em Colombia y en el mundo*. Medellín: Univ. de Medellín, 2014. p. 47-49.

¹⁴ KLEIN, F. *Zeit-und Geistesströmungen im Prozesse*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1958.

¹⁵ NUNES, Dierle. *Processo jurisdiccional democrático*. cit. As Picardi would put it: "Klein considerava la controversia civile come una violazione del bene comune ed il processo come una *Wohlfahrtseinrichtung*, un istituto per il benessere sociale¹⁵. Ne consegue che – come rileva Nörr - «il processo muta il proprio padrone»: da strumento a servizio della *giustizia commutativa* diventa strumento al servizio della *giustizia distributiva*. Ciò comporta che, in un *sozialer Zivilprozess*, va ridisegnata la ripartizione dei poteri fra parti e giudice." PICARDI, Nicola. *Le Riforme Processuali e sociali di Franz Klein*. cit.

¹⁶ TARELLO, G. *Dottrine del processo civile*. cit. p. 22.



This vision enabled an intensification of judicial powers in the vast majority of procedural systems, as judges were assigned to drive the case, (*richterliche Prozessleitung*) and not only in the formal aspect (*formelle Prozessleitung*), regulating and promoting the order and the pace of procedural acts, but also in its material aspect (*materielle Prozessleitung*), offering the judicial authority control and unofficial initiative to gather the material that would constitute the object of judgment on the merits.¹⁷ The judge should offer some support to the parties¹⁸, but unfortunately, in many jurisdictions, this has been distorted into an authoritarian stance. And that becomes a more sensitive issue in the face of a supposed integrative activity of indeterminate concepts¹⁹ that would allow some shielding in case the judge would not reveal the grounds on which he's based that content.²⁰

Klein would say that in the second half of the previous century (XIX), the great rise of the continental economy and popular culture have had powerful effects and had significant impact on property, possession, trade and societal structure. Production, productivity and sales grew quickly and the exchange of goods increased unexpectedly.²¹

¹⁷ CAPPELLETTI, M. *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*. Milano: Giuffrè, 1974. p. 74-75.

¹⁸ KLEIN, F. *Zeit-und Geistesströmungen im Prozesse*. cit. p. 28

¹⁹ KLEIN, F. *Zeit-und Geistesströmungen im Prozesse*. cit. p. 18-19

²⁰ Once aware of the risks and as an attempt to prevent such behaviours, Brazilian lawmaking authorities for the CPC-2015 have based their arguments on the following grounds: Art. 489. A decision should mandatorily contain the following elements: [...] § 1º Any legal decision, be it interlocutory, sentence or ruling, will not be considered sufficiently grounded when: I – it is limited to the indication, reproduction or paraphrase of a normative act, failing to explain its relation to the matter or issue decided upon; II – it deploys undetermined legal concepts, without clarifying the concrete reason for its incidence on that matter; III – it invokes reasons that would serve to ground any other decision; IV – it fails to defy all arguments inferred on the procedure, that in theory could underpin the decision adopted by the judge; V – it is limited to invoke precedent or previous decisions without identifying its determining fundamentals, nor demonstrating that the case under decision matches them; VI – refrain from following precedent or previous decisions, jurisprudence or precedent invoked by the parties, without demonstrating the existence of a distinction to that case or that such opinion has been overridden. § 2º In case of conflict between norms, the judge should justify the object and general criteria of his/her balancing, clarifying the reasons that authorize the interference in that rule and the factual premises that ground the conclusion. § 3º Legal decisions should be interpreted from the conglobation of all its elements in compliance with the principle of good faith. (own highlight).

²¹ KLEIN, F. *Zeit-und Geistesströmungen im Prozesse*. cit.



Individual's needs for enjoyment, together with the strengthening force of credit, have become many and, along with the ends, the means have also extended, which mainly consisted of a rich associative and corporate gathering of a population in expansion.²²

According to him, these twists, which cast their reflections on all sides, would evidently compromise all legal life. In this respect, the procedure was not spared. New challenges were defying its mechanism and performance.²³

We cannot neglect that the author wove considerations about a time when there was a tight division amongst the roles of State functions (judicial/legislative/executive) and, following these same terms, in which the civil procedure and jurisdiction would only help to ascertain private disputes, notably the ones involving property issues, ownership, contracts, family and inheritance (bipolar disputes).

Such an interpretive horizon reduced the procedural discussion to a technical perspective and lead the procedure specialist to merely analyze institutions that would permeate its structural trilogy (Process - Jurisdiction - Action).

Despite the already clear perception at the time, the publicistic character of the procedural system (which, unfortunately, has helped to gradually reduce the concern of scholars with purely formal questions and with the romantic tendency to believe that the problems would be solved with legislative changes and the strengthening of role of judges), the latter was thought about in a quite reductionist way, seeking to solve but the traditional bureaucratic issues of cost, speed and access to justice (in its liberal version). Issues still seen as technical ones.

Some decades have passed by and, meanwhile, an academic, legislative and pragmatic discussion linked to the search for a transition from a liberal (procedural liberalism) to a social process (procedural socialization).²⁴

²² Idem

²³ Idem

²⁴ NUNES, Dierle. *Processo jurisdiccional democrático. cit.*



And in this period, by the time the incipient legal constitutionalization taking place in foreign legal systems (from the 1920s) reached out to the procedural field, it imposed some changes in the reading of their institutes.

The situation described here so far gradually begins to change after the post-World War II period, when the rejection of political actions aimed at social improvement, including in countries of democratic-liberal regime, started to be implemented. This period was also accompanied by a larger legal science openness towards society's problems.²⁵

In the words of Picardi, a transition from a *Gesetzesstaat* (State of Law) to a *Richterstaat* (State of Judges)²⁶ with a reduced importance of lawmaking entities and an ever stronger role of the judiciary.²⁷

This situation allowed the rupture of a positivistic view (or even exegetic) and had the power to put on the agenda a number of 'new' paradoxes for the 'new' functions performed by the foreign jurisdiction since then (a phenomenon that has recently victimized us, from 1988).

With all those elements, the "controversy" around the powers and roles (old and new) of the Judiciary was set, leading magistrates to clash with one another about an activist profile, for some, or a minimalistic one (self restraint), for others.

Institutional dialogues about the three functions will enhance the role of the judiciary, and its power, and likewise may increase the importance of the procedure, now constitutionalized, as a constitutional guarantee of the participation of stakeholders in the formation of provisions and as the enabler of fundamental rights.

²⁵ DENTI, V. *Processo civile e giustizia sociale*. Milano: Edizioni di Comunità, 1971. p. 31.

²⁶ PICARDI, Nicola. La de nostro tempo per la iurisdizione. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, p. 44-45, 2004. Note that this trend, the collapse of a parliamentary legislative state, was already pointed out in 1932 by Carl Schmitt (SCHMITT, p. 3), when he envisioned the existence of jurisdictional states where the last word when resolving a conflict was not given by legislator, but rather by the judge (SCHMITT, p. 6). He claimed, further, that the *ethos* of the jurisdictional state guaranteed that the judge would be judging immediately, in the name of law and justice, without mediation or charges of other non-judicial powers. Thus, the Law and Justice should have an unambiguous content (SCHMITT, C. *Legalidad y legitimidad*. Madrid: Aguilar, 1971, p. 12).

²⁷ PICARDI, Nicola. La vocazione de nostro tempo per la iurisdizione. *cit.* p. 42.



A new perspective on the procedural “working community” (from a normative theory of *co-participation*²⁸) between a judge and parties (and their lawyers), preventing their relationship from becoming a conflict of categories, and promoting the idealization of a procedural polycentrism within the procedural doctrine, which rejects any conceptions of leadership (both from the parties and their lawyers on procedural liberalism, as well as from the judge during socialization). Interdependence and shared responsibility between parties are assumed at first.

Especially when one sees that the Brazilian legal system provides an environment in which non-cooperative interests of all parties to an action do prevail. That would be comparable to having the judge immersed in the search for the numerical optimization of his/her decisions²⁹ and parties (and their lawyers) acting as part of a strategic litigation (strategic action³⁰) in order to obtain success. This pathology, factual in nature, does not even minimally represent the legal standards imposed by the constitutional model of Brazilian procedure, nor does it represent the major purposes that a claim, as a guarantee, should offer. By this recognition, it is up to Law, based on its counterfactual premises, to offer a normative base that induces a genuine dialectic behaviour in which these non-cooperative behaviours are mitigated.³¹

This is not about implementing cooperation between parties themselves and the judge, a proposal that has long been advocated by foreign doctrinal schools, which still depart from the (socializing) statist premise, according to which parties should be subservient in relation to the judge, the latter seen as a prevalent figure.

²⁸ NUNES, Dierle. *Processo jurisdicional democrático. cit.*

²⁹ At the last report “justice in numbers” by Brazilian National Committee of Justice they came to conclusion that there are more than a hundred million litigation demands being processed in Brazil. CNJ. *Justiça em números 2015- Ano base 2014*. Brasília, 2015.

³⁰ The expression is being used under the same meaning used by HABERMAS, J. *Facticidad y Validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 1998. Rather than that one linked to the thinking expressed in GOLDSCHMIDT, J. *Princípios Gerais do Processo Civil*. Belo Horizonte: Líder, 2002.

³¹ Adopted by the New CPC: THEODORO JR, H; NUNES, Dierle; BAHIA, A; PEDRON, F. *Novo Código de Processo Civil: Fundamentos e sistematização. cit*



The strength of a court decision (*jure imperii*, characteristic of state acts) should not change the normatively determined cooperative environment, or induce the permission of asymmetry between parties to an action, a common finding in statist discourses since the late nineteenth century.³²

Not even from a romantic view that would lead others to believe that people involved in a suit, by ties of solidarity, intend to get to the most correct result for the sake of the legal system. This utopian procedural solidarity does not exist (nor has it ever existed): parties want to win and the judge wants to reduce his heavy workload. The problems are the costs of non-cooperative activity.

From a counterfactual perspective (inhibitor and corrective of such behaviours), this is a normative democratic reinterpretation of cooperation with a co-participative profile, which takes the adversarial principle rather seriously as an influence and no surprise, as another way to ensure the influence of all parties in shaping and fulfilling decisions, and to inhibit detrimental acts to the cause practiced in bad faith.

The normative correction that derives from co-participation, takes away statist views and tries to excel in behaviour objectively linked to procedural objective good faith.³³

Therefore, the procedure should, within this mistaken interpretation view, serve to

³² This is not about Klein's conception according to Picardi's opinion, based in Böhm: "In sostanza il modello austriaco si caratterizza, secondo Böhm, per una forma di collaborazione attiva fra giudice e parti nella ricostruzione dei fatti. Qualora questa collaborazione non si realizzi in concreto, intervengono – in via suppletiva o integrativa – i poteri istruttori del giudice. Si tratta di un delicato problema di contemperare i poteri delle parti con quelli del giudice, problemi che si porrà anche in altri ordinamenti e sui quali si tornerà nel prosieguo di questa relazione." (PICARDI, Nicola. *Le Riforme Processuali e sociali di Franz Klein*. cit.). This alleged collaboration does not automatically lead to a cooperative procedural environment, but rather reinforces the survival of parties under a compensating role of the magistrate, that in practice, generates decisionistic behaviours that do not contribute to better efficiency in the procedural system, nor aid in the legitimacy/effectiveness of law, especially when law starts to be co-opted by economic and administrative macro-interests. Such dangerous co-optation is noticed by Picardi: "Il tramonto della sovranità statale non può non riflettersi sul *diritto*. Il rapporto fra Stato e diritto, del resto, non è un problema concettuale, ma soltanto un problema storico[...]. L'esperienza attuale ci suggerisce un diritto che si forma e si estende «oltre lo Stato». Nella crisi del monopolio statale della legislazione e della giurisdizione non è più lo Stato che orienta e controlla l'economia; è l'economia globalizzata, ed i suoi tecnocrati, che condizionano gli Stati. Ci troviamo in presenza di una forma di «policentrismo giuridico»." (PICARDI, Nicola. *Le Riforme Processuali e sociali di Franz Klein*. cit.).

³³ THEODORO JR, H et al. *Novo Código de Processo Civil: Fundamentos e sistematização*. cit.



legitimate judge's privileged pre conceptions, especially when one realizes their *cognitive biases*.³⁴

American empirical studies show that even being experienced and well trained, the judge's vulnerability to a cognitive illusion in a solitary trial influences his/her actions.³⁵

A simple example, found in researches and that clarifies this situation, is how prone would a magistrate be to ultimately reject a claim, considering that he had already rejected an injunction earlier. For a blocking effect it has been demonstrated that the judge is less likely to change his/her decision even in light of new information or after more time for reflection.³⁶

Such cognitive blockage occurs because of the tendency to justify the initial allocation of resources (avoidance of rework), confirming that the initial decision was correct. This finding should induce the fostering of debate as a disrupting tool for illusions and cognitive biases. And here, in the Brazilian case, we could expand for the use of decision summaries and precedents without reflexion and as facilitating anchors of judgments, with the only private sense of numerically optimizing the number of decisions.

The National Centre for State Courts (NCSC),³⁷ for instance, has devised a pilot project in three states (California, Minnesota and North Dakota) to educate judges and court staff on the *biases* of the magistrate during decisions in matters involving prejudice. In fact, it was necessary to scientifically demonstrate to judges the implicit social cognitions, the problems with these cognitive biases (for taking the identified technical-procedural countermeasures) and the risks they bring to the adequate judgement, including increasing the importance of the appeal system. All these findings create the need for sizing up procedural countermeasures, for the purpose of removing and/or controlling the non-cooperative and contaminated behaviours of all procedural parties.

³⁴ NUNES, Dierle; BAHIA, A. Processo e república: uma relação necessária. Disponível em: <<http://justificando.com/2014/10/09/processo-e-republica-uma-relacao-necessaria>>

³⁵ KANG, J et al. Implicit Bias in the Courtroom. *UCLA Law Review*. v. 59, 2012. p. 1175

³⁶ LYNCH, K J. The lock-in effect of preliminary injunctions. *Florida Law Review*, Vol. 66. Ap. 2013. p. 779 -821.

³⁷ GUTHRIE, C et al. Inside the judicial mind. *Cornell Law Review*, 777, May, 2001, p. 778-829.



All these conceptions began to suffer consistent criticism from the moment that the (socializing) judicial role began generating adverse fruits in concrete situations, not to mention the risks of decisionism and arbitrariness.

It is clear, therefore, that the trend to overcome both the liberal model, by diminishing the power of the judge, as the authoritative social model of solitary exercise of rewarding application of Law by the judge, reducing the endoprocedural space for discussion, and technical function developed by the parties and their lawyers, which often imposes on them a mere position of subjection.³⁸

Having said that, it has been shown to be completely incompatible with a democratic perspective to proceed with a merely functional search for productivity, reducing the procedural role, quite typical to procedural neoliberalism.³⁹ All this perception only demonstrates the impossibility to perform a segmented analysis of the procedural system and the behaviour of its parties.

The establishment of focal points and centrality, be it in the parties, the lawyers or the judges, does not fit the democratic profile of the States of Law of high modernity.

Thus, just as Klein urged procedural experts in the early twentieth century to take a new position for the analysis of procedural law, it is paramount to provoke modern jurists, especially in Brazil, to new perspectives and new concerns that transcend a legal and dogmatic analysis of our procedural system.

Paradoxically, procedural science remained oblivious to this perception and only recently began to perceive the qualitative change of litigiousness and the importance of constitutionalizing the rights and the procedure.

³⁸ CIVININI, M. Poteri del giudice e poteri delle parti nel processo ordinario di cognizione. Rilievo ufficioso delle questioni e contraddittorio. *Il Foro Italiano*, p. 3, 1999.

³⁹ For criticisms about procedural neoliberalism cf. PICARDI, Nicola; NUNES, Dierle. *O código de processo civil brasileiro, origen, formação e projeto de reforma*, in “Revista de Informação Legislativa”, 2011. NUNES, Dierle. *Processo jurisdictional democrático*. cit.



However, until recently, the vast majority of thinkers were attached to a technical perspective, that concerned itself with the old dilemmas of speed and efficiency, without realizing qualitative changes in the discussions. Increased productivity used to be sought almost exclusively, turning a blind eye to the fact that all speculations of procedural science should be considered having citizens and their fundamental rights as its hinge point, thus the realization of their rights would be its ultimate goal.

Since the 1990s, and the Washington Consensus, Brazil has tried to seek the implementation of the neoliberal proposal for seeking a quantitative efficiency of justice in the face of new requirements imposed by the IMF and World Bank.

However, after 1988 and the assumption of the paradigm of the Democratic Rule of Law, one has to keep in tension (not in opposition) liberal and social conceptions, and the Security - Celerity binomial. If previously exclusive, they are now complementary.

It would no longer be possible to reduce the object of procedural science to dogmatic debates about the construction and reform of legislation (Code); legislation is but one chapter in the discussion, along with much more complex issues about the previously discussed new roles taken over by the Judiciary and the resulting need to rethink its mode of operation and management.⁴⁰

In current times, once one realizes that we not only deal with bipolar cases (one author - one defendant) in property claims, but with multifaceted processes (involving litigation of public interest: land issues, consumer, health, minorities, environment, among other issues) with various stakeholders, we realize the need to expand the focus of the analysis.

Cases involving judicial interference in the organization and operation of public administrative officials, for instance, in charge of subsidizing and planning medical drug supply, have become common in Brazil, however the approach is no longer focused on the judge, but

⁴⁰ As mentioned in many other opportunities, v.g. NUNES, Dierle; BAHIA, A. Por um novo paradigma processual. *Revista FDSM*, Pouso Alegre, n. 26, p. 79-98, jan.-jun. 2008.



rather on the active dialogue among all those involved (co-participation), also reducing risks. The deliberative model is being trusted, with concentrated adversarial practices and participation of all stakeholders, experts and members of the public administration in the negotiation for the best possible solution, under temporary and transparent conditions. A renewed procedural logic is being deployed.

Just as Klein warned the thinkers of his time and ushered them towards an interpretative rupture, there is an urge to promote a diverse invitation to today's procedural experts in order to interpret the procedural legal system in a constitutional democratic vision, causing the hitherto prevailing paradigm to shift (interpretive horizon in silence), especially when all efforts at discussion in Brazil are directed to the mere reading of the New CPC, just recently sanctioned.

4. Interpretation of the New CPC: co-participation and polycentrism

We need to open up to a panoramic view of our legal system, its dilemmas (and potential solutions) and in which the constitutional procedure⁴¹ will become one of the major guarantors for the granting of rights to citizens and become a shield against the decisionistic exercise of power.

No matter how deeply the principles and models of constitutional procedure are studied, it is still absolutely imperative for us to envision the substance and fundamental rights basis that is embedded in each procedural form and that the technique and practice be conceived and implemented within this assumption that favours more effective solutions for the new dilemmas that our system has been experiencing.

For quite some years now a third interpretation route has appeared in our midst, one that seeks to break with the old dichotomy, discussed earlier (Statism versus Privatism), by means of

⁴¹ About the constitutional procedure. Cf. BRÊTAS DE CARVALHO DIAS, R. *Processo Constitucional e e Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.



a *normative theory of co-participation*, better explained at other opportunities⁴², and supported by the set of principles and premises of the New CPC.⁴³

That being so, it would be more acceptable to read the new dogmatic model (New CPC) raising the same struggles of the past. The moment calls for sobriety, reflection and a panoramic look at the Brazilian legal system so that we can really evolve towards an effective procedural democratization anchored in the adequacy of the constitutional procedure.

In the realm of procedural technique,⁴⁴ Picardi acknowledged the existence of the so-called "procedural polycentrism" in which

(...) L'attività è giurisdizionale strutturata necessarily eat process, inteso eat sottospecie del procedure, cioè eats procedure struttura polycentric ed the dialettico svolgimento (cfr. Artt. 111 and 24 Cost. And 101 CPC). Il process è polycentric poiché coinvolge Soggetti diversified, ognuno dei quali ha una particolare collocazione and svolge un Ruolo specifico. Alla struttura soggettivamente complessa corrisponde poi one svolgimento dialettico.⁴⁵

The renewed "working community" should keep the relationship between procedural parties from remaining as a conflict of categories,⁴⁶ aside from outlining in the procedural doctrine the idealization of the procedural polycentrism,⁴⁷ which elides any conception of protagonism.

⁴² NUNES, Dierle. *Direito constitucional ao recurso: da teoria geral dos recursos, das reformas processuais e da comparticipação nas decisões*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. NUNES, Dierle. *Processo jurisdicional democrático*. cit.

⁴³ THEODORO JR, H. et al. *Novo CPC: Fundamentos e sistematização*. cit.

⁴⁴ Cf. NUNES, Dierle. *Processo jurisdicional democrático*. cit.

⁴⁵ PICARDI, Nicola. *Manuale del processo civile*. cit. p. 208.

⁴⁶ CAPONI, R. Note in tema di poteri probatori delle parti e del giudice nel processo civile tedesco dopo la riforma del 2001. *Atti del XXV Convegno Nazionale*. Milão: Giuffrè, 2007. p. 274.

⁴⁷ TARUFFO, M. *Giudizio: processo, decisione. Sui confini: scritti sulla giustizia civile*. Bologna: Il Mulino, 2002. p. 160.



And although there is a unique conception of the socializing dimension,⁴⁸ the relationship between the parties to a procedure happens to be revisited when seeking to escape their own degeneration. As Wassermann highlights,

Beyond some shifts in the power relationship between the judge and the parties, the procedural model of the Social Rule of Law consists of changes in the communication between the court and parties. The requirement of a procedural debate surpassed the model of the silent judge and also put into disrepute the monologist kind of judge [solipsistic], to whom the performance in court is a roleplay during which he/she plays a role, giving those who take part in the process the single ability to act as adjuvants [to him, the judge]. Discussions on legal issues and factual issues are not amenable to separation in the process, but influence each other. [...] as the most modern procedural science, allowed to determine how open and argumentative communication between all those who take part in the process with regard to information, opinion formation and decision-making deliberation.⁴⁹

The adoption of a cooperative conception (*Kooperationsmaxime*) wouldn't be allowed to authorize a search for the truth by the protagonist judge, but a relationship between subjects that respects the division of roles and the resulting polycentrism.

One of the foundations of the democratic perspective, brought in by the New CPC, lies in maintaining the tension between liberal and social perspectives, imposing that the working community should be reviewed in both polycentric and co-participative perspectives, ruling out any protagonism and being structured from the constitutional procedural model, leading to the coexistence of guiding and managerial powers of the judge, with a renewed private autonomy

⁴⁸ One cannot deny that the so called "working community" is born with Klein and, as Wassermann highlights it, within a social perspective. WASSERMANN, R. *Der soziale Zivilprozeß*. Neuwied: Luchterhand, 1978. p. 88.

⁴⁹ WASSERMANN, R. *Der soziale Zivilprozeß*, cit., p. 88.



of the parties and lawyers (as in procedural negotiation clause. - Article 190),⁵⁰ through the adversarial parameters as a guarantee of influence (Article 10)⁵¹ and structured basis (art. 489)⁵² that will foster the best debate in building the decision, and may allow the reduction of resource rates and impose the reduction of procedural rework to the extent that everyone should exercise their activity with a high level of responsibility in the first place.

The new CPC can only be interpreted in its unity, its fundamental norms and the normative theory of co-participation, in such a way that one cannot interpret/apply dispositions over its core without considering its principles and the necessary assumption of a procedural polycentrism.

Prof. Picardi's insight about polycentrism proves essential in overcoming statist thinking and in adopting a truly democratic model. Having said that, this is the invitation for all lovers of procedural law to open themselves up to overcome the old dichotomies.

⁵⁰ Vide note 7.

⁵¹ Vide note 13.

⁵² Vide note 21.



Civil Procedure Review
AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

Ação rescisória no novo Código de Processo Civil

(Rescissory action in the new Brazilian Code of Civil Procedure)

José Maria Rosa Tesheiner

Professor of Civil Procedure at Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Brazil. Former Judge at the Court of Appeals of Rio Grande do Sul, Brazil.

and

Rennan Faria Krüger Thamay

Professor of Civil Procedure at Faculdade Autônoma de Direito (FADISP), São Paulo, Brazil. Lawyer in Brazil

Resumo: Trata-se de um estudo sobre a ação rescisória, tal como desenhada pelo novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015).

Palavras-chave: Processo civil – Novo Código de Processo Civil – Lei 13.105/2015 – Coisa julgada – Ação rescisória.

Abstract: This is a study on the rescissory action in Brazilian Law, as ruled by the new Civil Procedure Code (Statute n.13.105/2015).

Keywords: Civil procedure – New Code of Civil Procedure – Law n. 13.105/2015 – Claim preclusion – Rescissory action.



1 – Introdução

Este estudo tem por objeto a ação rescisória, tal como regulada pelo novo Código de Processo Civil (Lei 13.105, de 16/3/2015). O método adotado é o sistemático, com pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

2 – Decisão rescindível

Nos ordenamentos processuais da tradição romano-germânica, a sentença que transitou em julgado pode ser impugnada por ação autônoma de impugnação (Alemanha, Espanha); por recurso de revisão (Colômbia, França, Uruguai) ou por oposição de terceiro (França, Itália) e com fundamento em erro de fato, ofensa à coisa julgada e fraude processual.¹

No Brasil, rescinde-se² decisão que transitou em julgado por ação rescisória³ (CPC, art. 966), que, como a ação de nulidade de outros sistemas jurídicos, constitui um meio autônomo de impugnação.

¹ OVALLE FAVELA, José. La nulidade de la cosa juzgada. Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal. 2011, n. 37.

² Com efeito, “a finalidade única da pretensão rescindente será desconstituir decisão definitiva e imutável em futuros processos, a fortiori naquele em que foi proferido.” RIZZI, Sérgio. Ação rescisória. São Paulo: RT, 1979, p. 8. Sobre o tema da relativização da coisa julgada pode-se conferir THAMAY, Rennan Faria Krüger. A relativização da coisa julgada pelo Supremo Tribunal Federal: o caso das ações declaratórias de (in)constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

³ Segundo Pontes de Miranda “a ação rescisória supõe que o autor tenha pretensão à tutela jurídica, exerce-a propondo a ‘ação’ rescisória, isto é, exercendo a tutela jurídica”. MIRANDA, Ponte de. Tratado da ação rescisória. Campinas: Bookseller, 1998, p. 42. Ademais, “A ação rescisória é o meio próprio para desconstituir a decisão judicial transitada em julgado que apresente vícios graves e, sempre que possível, propiciar o rejuízo da causa. Trata-se de ação impugnativa autônoma voltada contra a decisão de mérito ou que, não sendo de mérito, não permita nova propositura da demanda ou, ainda, diga respeito à admissibilidade do recurso, com características próprias, que constitui importante veículo do sistema processual para controlar o adequado exercício da jurisdição. No CPC/2015, o tema recebeu alterações relevantes, tanto no que diz respeito aos fundamentos rescisórios, como no tocante aos aspectos procedimentais”. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim [et. al.]. Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil. São Paulo: RT, 2015, p. 2.147. Com efeito, “ação rescisória é uma ação que visa a desconstituir a coisa julgada. Tendo em conta que a coisa julgada concretiza no processo o princípio da segurança jurídica – substrato indelével do Estado Constitucional – a sua propositura só é admitida em hipóteses excepcionais, devidamente arroladas de maneira taxativa pela legislação (art. 966, CPC). A ação rescisória serve tanto para promover a rescisão da coisa julgada (iudicium rescindens) como para viabilizar, em sendo o caso, novo julgamento da causa (iudicium rescissorium) (art. 968, I, CPC). A ação rescisória é um



É rescindível⁴ a decisão de mérito⁵, transitada em julgado (CPC, art. 966⁶), salvo se proferida em Juizado Especial (Lei 9.099/95, art. 59).

A decisão rescindível⁷ tanto pode consistir numa sentença, pronunciamento por meio do qual o juiz põe fim à fase cognitiva do procedimento comum (art. 203, § 1º), quanto numa decisão interlocutória, desde que de mérito.

“Assim, fica claro na nova lei que, por exemplo, decisões que põem fim à liquidação de sentença são rescindíveis, bem como aquelas que, em impugnação, rejeitam alegação de compensação”⁸.

Há resolução de mérito quando o juiz (art. 487):

I – acolhe ou rejeita o pedido formulado na ação ou na reconvenção;

instrumento para a tutela do direito ao processo justo e à decisão justa. Não constitui instrumento para tutela da ordem jurídica, mesmo quando fundada em ofensa à norma jurídica. Em outras palavras, a ação rescisória pertence ao campo da tutela dos direitos na sua dimensão particular – e não ao âmbito da tutela dos direitos na sua dimensão geral”. MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. Novo código de processo civil comentado. São Paulo: RT, 2015, p. 900.

⁴ “Com efeito, há situações – excepcionalíssimas, aliás – em que tornar indiscutível uma decisão judicial por meio da coisa julgada representa injustiça tão grave e solução tão ofensiva às linhas fundamentais que pautam o ordenamento jurídico que é necessário prever mecanismos de rescisão da decisão transitada em julgado. Imagine-se a hipótese de se descobrir, posteriormente ao trânsito em julgado da sentença, que essa foi dada por juiz corrompido, o que implica evidente afronta ao direito ao juiz natural e daí ao direito ao processo justo. De fato, embora normalmente a coisa julgada sane todo e qualquer vício do processo em que operou, esse defeito é tão grave que, fazer vistas grossas seria altamente prejudicial à legitimidade do ordenamento jurídico e da prestação jurisdicional.” MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil. v. 2. São Paulo: RT, 2015, p. 588.

⁵ Efetivamente substituiu-se a expressão sentença de mérito por decisão de mérito, visto que decisões interlocutórias podem decidir o mérito de forma definitiva ou, ainda, impedir que seja conhecido, sendo o caso, por exemplo, da decisão que homologa os cálculos de liquidação de sentença, que efetivamente tem de natureza interlocutória, contra a qual já se admitia, na vigência do CPC/73 segundo o STJ, a ação rescisória (AgRg no REsp 785.749/DF, rel. Min. Felix Fischer, 5.ª T., j. 10.10.2006, DJ 30.10.2006, p. 396)

⁶ “O cabimento da ação rescisória limita-se a casos extraordinários, expressamente enumerados em lei”. MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil. v. 2. São Paulo: RT, 2015, p. 588.

⁷ “Rescindir, em técnica jurídica, não pressupõe defeito invalidante. É simplesmente romper ou desconstituir ato jurídico, no exercício de faculdade assegurada pela lei ou pelo contrato (direito potestativo). A se comparar com os mecanismos do direito privado, a rescisão da sentença tem a mesma natureza da rescisão do contrato por inadimplemento de uma das partes. Desfaz-se o contrato válido porque, em tal conjuntura, a lei confere à parte prejudicada o direito de desconstituir o vínculo obrigacional. Assim, também, acontece com a parte vencida por sentença transitada em julgado, se presente alguma das situações arroladas no art. 485”. THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil: volume I. 42. ed. São Paulo: Forense, 2005. p. 614.

⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim [et. al.]. Primeiros comentários ao Novo Código de Processo Civil. São Paulo: RT, 2015, p. 1.367.



II – pronuncia a decadência do direito do autor ou a prescrição de sua pretensão;

III – homologa o reconhecimento da procedência do pedido;

IV – homologa a transação;

V – homologa a renúncia à pretensão do autor ou reconvinte.

De regra, não cabe ação rescisória, se não houve exame do mérito.

Não há exame do mérito quando o juiz (art. 485):

I – indefere a petição inicial

II – extingue o processo por abandono da causa pelo autor ou por desinteresse das partes;

III – extingue o processo por falta de pressuposto processual;

IV – reconhece a existência de preempção, de litispendência ou de coisa julgada;

V – verifica ausência de legitimidade ou de interesse processual

VI – afirma a competência de juízo arbitral;

VI – homologa a desistência da ação;

VII – extingue o processo por morte do autor, quando intransmissível a ação;

VIII – em outros casos previstos em lei.

A extinção do processo sem exame do mérito não obsta a que a parte proponha de novo a ação (art. 468), o que justifica o descabimento de ação rescisória.

No que diz respeito à legitimidade para a causa, é preciso cuidado, porque, não raro, afirma-se a falta de legitimidade em casos em que a decisão declara a inexistência do direito do autor, portanto, com exame do mérito.

Imagine-se, por exemplo, que numa ação fundada em acidente de trânsito, o réu argua, a título de preliminar, sua falta de legitimação para a causa, porque o acidente não foi causado por seu veículo, mas por terceiro. Se, após a devida instrução, o juiz acolhe essa alegação, ainda



que erroneamente afirmando a ilegitimidade passiva do réu, há exame do mérito, porque na verdade a decisão acolheu defesa consistente na negativa da autoria, matéria evidentemente de mérito.

Parece claro que, se a ação pode ser renovada (mesmas partes, mesmo pedido, mesma causa de pedir), não cabe ação rescisória, por falta de interesse, isto é, por não ser necessária a rescisão da decisão proferida, para que o autor obtenha o bem que pleiteia. Daí tem-se tirado a ilação de que a ação rescisória se destina a atacar coisa julgada material. Não havendo o obstáculo da coisa julgada, a ação rescisória é de regra desnecessária e, por isso mesmo, não cabe, por não haver impedimento a decisão judicial contrária ao decidido anteriormente. Falta o requisito do interesse. Isso, porém, apenas de regra, porque pode ser rescindida a decisão que impede nova propositura da demanda ou a admissibilidade do recurso correspondente, ainda que não seja de mérito (art. 966, § 2º).

A decisão proferida em ação de alimentos produz coisa julgada. Ela é suscetível de revisão, sobrevindo modificação no estado de fato ou de direito (art. 505, I), o que, porém, não implica rescisão ou perda de sua eficácia, relativamente ao período anterior. Tendo-se presente, porém, a regra da irrepetibilidade dos alimentos, pode faltar o requisito do interesse para rescindir-se a decisão relativamente ao tempo em que vigorou.

A pedra de toque para se aferir da presença de coisa julgada material consiste em indagar da admissibilidade da propositura de ação idêntica (mesmas partes, mesmo pedido, mesma causa de pedir), para obter-se o mesmo bem da vida, denegado na ação anterior, ou de ação contrária, para subtraí-lo de quem o obteve, *com base em novas provas ou em melhor argumentação jurídica*.

A coisa julgada supõe decisão de mérito⁹. A recíproca, porém, não é verdadeira, porque nem toda decisão de mérito produz coisa julgada, como, por exemplo, a que decreta a prisão

⁹ THAMAY, Rennan Faria Krüger. A coisa julgada no controle de constitucionalidade abstrato: em conformidade com o Novo CPC. São Paulo: Atlas, 2015, p. 102-104. Segundo Ugo Rocco: “Crediamo che tale distinzione sai priva di qualunque utilità e che, anzi, invece di chiarire i concetti serva a confonderli; dato infatti, che nell’attuale sistema legislativo, la forza obbligatoria e unicamente inerente allá sentenza inoppugnabile, si potrà al massimo dire, che la inoppugnabilità della sentenza costituisce um presupposto formale (e non il solo) dell’autorità do cosa giudicata



civil do devedor de alimentos, que é suscetível de cassação ou reforma por habeas corpus, mesmo depois de transitar em julgado, o que torna desnecessária a propositura de ação rescisória¹⁰.

Cabe ação rescisória de decisão proferida em processo de jurisdição voluntária?

Nos processos de jurisdição voluntária não há declaração de direito e, por isso, tampouco há coisa julgada material.

Contudo, há decisões de mérito nos processos de jurisdição voluntária, motivo por que não se pode pré-excluir o cabimento de ação rescisória¹¹. O relevante é saber se por esta ou aquela razão é necessária a ação, por falta de outro meio eficaz para excluir os seus efeitos. Em outras palavras: cabe ação rescisória, se presente o requisito do interesse de agir.

Certo é que, por ação rescisória se pode desconstituir a coisa julgada material, o que suscita a questão de sua compatibilidade com a Constituição Federal, que estabelece que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada (art. 5º, XXXVI). Resolve-se facilmente a questão, observando-se que a mesma Constituição se refere, expressamente, à ação rescisória, nos artigos 102, I, *j*, e 105, I, *e*.

Para a propositura de ação rescisória, não se exige que a parte haja esgotado os recursos cabíveis. É rescindível decisão de 1º grau, ainda que não se haja interposto o recurso de apelação.

della sentenza.” ROCCO, Ugo. *L'autorità della cosa giudicata e i suoi limiti soggettivi*. Roma: Athaeneum, 1917, t. I, p. 6-7. No mesmo sentido, conferir: BARBI, Celso Agrícola. *Da preclusão no processo civil*. Revista Forense, Rio de Janeiro: Forense, no 158, p. 62 e ss., 1955; MARCATO, Antônio Carlos. *Preclusões: limitação ao contraditório?* Revista de Direito Processual Civil, São Paulo, no 17, p. 105-114, jan./mar. 1980, p. 110.

¹⁰ “PROCESSO CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. ART. 485, V, CPC. VIOLAÇÃO LITERAL A DISPOSITIVO LEGAL. INOCORRÊNCIA. 1 - O manejo da ação rescisória é, por princípio, medida judicial excepcional, e sua admissão deve ser restritiva, em atenção ao princípio da segurança jurídica. 2 - Não merece prosperar a pretensão rescisória nos casos em que os dispositivos ventilados pelo postulante e a matéria trazida para deslinde não tenham sido examinados pelo julgado o qual se postula a desconstituição. 3 - Ação rescisória cujo pedido é julgado improcedente”. (STJ - AR: 715 SP 1998/0001134-0, Relator: Ministro NEFI CORDEIRO, Data de Julgamento: 13/08/2014, S3 - TERCEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 22/08/2014)

¹¹ Nesse sentido: “É cabível ação rescisória contra qualquer espécie de decisão de mérito, inclusive naquelas concernentes às decisões de jurisdição voluntária”. MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*. v. 3. São Paulo: RT, 2015, p. 592.



Se houve recurso, admitido e conhecido, o acórdão terá substituído a sentença e contra ele é que se deverá dirigir a ação rescisória.

Rescindir não é anular e, menos ainda, o declarar a existência de nulidade. É que, embora haja casos de rescisória por vícios que afetam a validade da sentença, como, por exemplo, a incompetência absoluta do juiz que a proferiu, (CPC, art. 966, II), outros há que, nitidamente, supõem decisão válida. Tal é o caso, por exemplo, da decisão que haja manifestamente violado norma jurídica (CPC, art. 966, V). No caso de rescisória procedente por haver o autor obtido, posteriormente ao trânsito em julgado, prova nova, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável (CPC, art. 966, VII), a decisão rescidenda não é apenas válida, como até mesmo correta, à luz dos elementos constantes dos autos. O motivo para a rescisão é superveniente, e não contemporâneo à data do ato, como ocorre com a nulidade.

A ação rescisória, observa Barbosa Moreira, resultou da fusão dos institutos da *querela nullitatis* e da *restitutio in integrum*. Diz:

Nas legislações dos países germânicos, permaneceu nítida a marca da dualidade de fontes: a ação autônoma de impugnação, que ora assume fisionomia correspondente à da *querela nullitatis*, ora à da *restitutio in integrum*, recebe, num caso e noutro, diferentes denominações e submete-se mesmo a uma certa diversidade de tratamento. No direito brasileiro, a fusão foi mais completa: ambos os filetes históricos desembocaram na corrente da ação rescisória, apagando-se toda e qualquer distinção formal. Não significa isso que não se possam discernir, no elenco do art. 485 (agora 966), as hipóteses filiáveis à *querela nullitatis* e as que remontam à *restitutio in integrum*.¹²

¹² José Carlos Barbosa Moreira. Comentários do Código de Processo Civil. 7. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1998. v. V. p. 102.



Olhando-se para os casos filiáveis à *restitutio in integrum*, vê-se bem que rescindir não é anular. Observa Humberto Theodoro Júnior:

Rescisória, no sentido técnico, é a ação com que se procura romper, ou cindir, a sentença como ato jurídico viciado ou defeituoso. Alguns autores costumam defini-la como *ação* com que se pede a declaração de nulidade da sentença.

Adverte, porém, Pontes de Miranda que nulidade não se confunde com rescindibilidade. Assim é que a ação rescisória não supõe sentença nula, mas, ao contrário, sentença válida, que produziu a coisa julgada. ‘Rescindir não é – ensina o mestre - decretar nulidade, nem anular. É partir até em baixo: cindir’ (*Tratado da Ação Rescisória*, 5^a ed., p. 148).

Daí o acerto da posição de Barbosa Moreira que, com base no texto do art. 485 (agora 966), do C.P.C., onde se excluiu qualquer referência ao vício de nulidade do julgado, define a *ação rescisória* como ‘a ação por meio da qual se pede a desconstituição de sentença trânsita em julgado, com eventual rejuízo, a seguir, da matéria nela julgada’.¹³”

Sentença rescindível não é, pois, sentença nula e, muito menos, sentença inexistente. Anota Humberto Theodoro Júnior:

¹³ Humberto Theodoro Júnior. Nulidade, inexistência e rescindibilidade da sentença”. *Ajuris*, Porto Alegre, (25): jul.-1982. p. 161-79.



Na passagem para o direito moderno, fez-se distinção entre sentença *nula* e sentença *inexistente*, de sorte que entre os julgados eivados de vícios três categorias passaram a ser conhecidas: a) a sentença rescindível; b) a sentença nula; c) a sentença inexistente.

O que não existe não pode ser rescindido, de sorte que não se há de falar em ação rescisória sobre sentença inexistente, tal como a que é prolatada por quem não é juiz ou a proferida sem o pressuposto do processo judicial, ou a que nunca foi publicada oficialmente.

A sentença é nula *ipso iure* quando a relação processual em que se apoia acha-se contaminada de igual vício. Para reconhecê-lo não se reclama a ação rescisória, posto que dita ação pressupõe coisa julgada, que por sua vez reclama, para sua configuração, a formação e existência de uma relação processual válida.

Se a sentença foi dada à revelia da parte, por exemplo, sem sua citação ou mediante citação nula, processo válido inexistiu e, conseqüentemente, coisa julgada não se formou. Assim, em qualquer tempo que se pretender fazer cumprir o julgado, lícito será à parte prejudicada opor a exceção de nulidade da sentença.

Daí dizer Pontes de Miranda que a sentença existente ou é ‘inatacável’, ou nula *ipso iure*, ou ‘rescindível’

Rescindíveis¹⁴ são as decisões de mérito, trânsitas em julgado, enquadráveis em alguma das hipóteses do artigo 966 do CPC, quer se filiem à antiga “*restitutio in integrum*”, quer à *querela nullitatis*.

¹⁴ “AÇÃO RESCISÓRIA. PREVIDENCIÁRIO. ERRO MATERIAL. CORREÇÃO. POSSIBILIDADE. NÃO INCIDÊNCIA DA COISA JULGADA. UTILIZAÇÃO DA AÇÃO COMO SUCEDÂNEO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE. 1. O erro material pode ser corrigido a qualquer tempo, de ofício ou a requerimento da parte, mesmo após o trânsito em julgado da decisão, sem que isso ofenda a coisa julgada. 2. A ação rescisória não pode ser utilizada como sucedâneo recursal, sendo



O vício que torna rescindível a decisão pode ser imputável ao juiz, como nas hipóteses de sentença proferida por prevaricação, concussão ou corrupção do juiz; por juiz impedido ou absolutamente incompetente e por manifesta violação da ordem jurídica (art. 966, I, II e V), mas pode também relacionar-se ao comportamento de uma ou de ambas as partes, como ocorre nos casos de dolo ou coação da parte vencedora e de colusão afim de fraudar a lei (art. 966, III). Quanto às sentenças nulas e as inexistentes, observa Humberto Theodoro Júnior não ser fácil traçar um quadro que contenha nítidos traços que as caracterizem. Diz:

No traçar as linhas divisórias da inexistência e da nulidade, em matéria de sentenças, os autores não chegam a indicações precisas e uniformes, sendo comum o mesmo vício ser invocado ora como exemplo de nulidade ora de inexistência, e, até mesmo, se chega a usar indistintamente as expressões nulidade e inexistência como se equivalente fossem.

A confusão é, no entanto, de menor significado, porquanto do ponto de vista prático os vícios se equivalem em conseqüências objetivas.

Inexistente, a meu ver, é o julgado que não reúne as mínimas condições sequer para aparentar o ato processual que pretende ser.

Assim, inexistentes são, como lembra Pontes de Miranda: a) a sentença proferida pela pessoa que não é juiz; b) a sentença que, proferida oralmente, nunca chegou a ser escrita oficialmente; c) a sentença que, embora escrita pelo juiz, nunca chegou a ser publicada oficialmente (ob. cit., p. 115).

Lembra-nos, também, Amaral Santos, que a falta de relatório e motivação provocam a nulidade da sentença, por se tratar de requisitos

cabível tão somente em situações em que é flagrante a transgressão da lei, o que não ocorre no caso dos autos. 3. O fato de o julgado haver adotado interpretação menos favorável à parte, ou mesmo a pior dentre as possíveis, não justifica o manejo da rescisória, uma vez que não se cuida de via recursal com prazo de 2 anos. 4. Ação rescisória improcedente”. (STJ - AR: 3911 RN 2008/0018823-9, Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Data de Julgamento: 12/06/2013, S3 - TERCEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: nte\~14~)



essenciais do ato decisório. Mas, acrescenta o mestre, é no *dispositivo* ou *conclusão* da sentença que reside o *comando* que caracteriza o ato judicial em tela. Por isso, mais do que nula, ‘sentença sem dispositivo é ato *inexistente* - deixou de haver sentença’ (Primeiras Linhas de Direito Processual Civil, 4ª ed., vol. III, n.651).

(...)

(...) ‘a falta ou nulidade da citação inicial, essa, se não foi suprida com a comparência, atravessa todo o processo executivo, como atravessaria o processo de cognição e resistiria à sanção pela sentença’. E, por isso mesmo, conclui Pontes de Miranda que ‘o citado nulamente e o não citado, que não compareceu, tem a *actio nullitatis...*’ (Comentários ao C.P.C., 1949, VI/431-432, *apud* Silva Pacheco, ob. cit., II/429).

Tanto as sentenças inexistentes como as nulas ipso iure não têm aptidão para gerar a *res iudicata* (Pontes de Miranda, *apud* Silva Pacheco, ob. cit., n. 1.658, p. 429). Mas, a sentença nula existe como tal e até pode produzir algum efeito enquanto não declarada nula. ‘O suporte fático é *suficiente, mas deficiente*’, no dizer de Pontes de Miranda. ‘A nulidade supõe existência do ato jurídico, mas invalidade...’, de sorte que ‘a nulidade acontece no plano da validade; não no plano da eficácia; nem, com mais forte razão, no plano da existência’ (ob. cit., p. 632)¹⁵.

3 - Irrescindibilidade e incompetência absoluta

A Lei dos Juizados Especiais (Lei 9.099/95), dispõe: "Art. 59 - Não se admitirá ação rescisória nas causas sujeitas ao procedimento instituído por esta Lei".

¹⁵ Humberto Theodoro Júnior. Nulidade, inexistência e rescindibilidade da sentença". *Ajuris*, Porto Alegre, (25): jul.-1982. p. 161-79.



Quid juris, no caso de incompetência absoluta do Juizado? Por exemplo: a que condena o réu em valor superior ao da alçada, decreta o divórcio de cônjuges ou julga ação coletiva?

A primeira hipótese tem solução expressa na mesma Lei: "Art. 39 - É ineficaz a sentença condenatória na parte que exceder a alçada estabelecida nesta Lei".

A solução será a mesma nos demais casos?

Uma solução possível seria afirmar-se a validade absoluta de tal sentença. Não cabendo ação rescisória, a coisa julgada dela decorrente haveria de ser inteiramente respeitada. Essa solução deve ser afastada, por uma razão fundamental: o juízo competente não perde sua competência por atos de juízo absolutamente incompetente. Dito em outras palavras: a usurpação da competência de outro juízo não exclui a competência do juízo competente.

Ao contrário do que possa parecer, a previsão de ação rescisória para a sentença proferida por juízo absolutamente incompetente não enfraquece a sentença. Reforça-a, porque implica a sanção da nulidade, uma vez decorrido o prazo decadencial¹⁶ para sua propositura. O mesmo paradoxo ocorre nos recursos: sem a previsão de recurso, a autoridade hierarquicamente superior poderia sempre cassar ou reformar a decisão da autoridade inferior. O recurso reforça a decisão da autoridade inferior, porque limita o exercício da competência da superior: somente pode cassar ou reformar a decisão da inferior, havendo recurso.

Conclui-se, pois, que há, na hipótese, *nulidade*, não sanada pelo trânsito em julgado da decisão.

¹⁶ "AÇÃO RESCISÓRIA. DECADÊNCIA. A teor da iterativa jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, "a decadência da ação rescisória se comprova pelo trânsito em julgado da última decisão proferida no processo de conhecimento, aferido pelo transcurso do prazo recursal e não pela certidão de trânsito em julgado que, ademais, não aponta o trânsito naquela data, mas apenas certifica que a decisão transitou em julgado" (AgRg na AR 2.946/RJ, relatora a Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 19.03.2010; AgRg na AR 4.666, CE, relator o Ministro Herman Benjamin, DJe 23.02.2012). Espécie em que a decisão que se pretende rescindir foi publicada no Diário da Justiça Eletrônico em 13 de outubro de 2011, tendo o prazo recursal começado a fluir no dia 14, encerrando-se no 28 de outubro de 2011. Sem a interposição de qualquer recurso, o acórdão impugnado transitou em julgado no dia 29 subsequente, e a presente ação rescisória só foi ajuizada em 30 de abril de 2014, a destempo, portanto. Agravo regimental desprovido". (STJ - AgRg na AR: 5381 RS 2014/0100890-9, Relator: Ministro ARI PARGENDLER, Data de Julgamento: 11/06/2014, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 01/07/2014)



4 - A necessidade da tutela rescisória como critério para o cabimento da ação

A limitação da ação rescisória¹⁷ às decisões que produzam coisa julgada material tem sua explicação na circunstância de que, quanto às outras, não há a indiscutibilidade que exigiria sua rescisão, em casos graves como os arrolados no artigo 966 do CPC¹⁸.

A fraqueza dessa explicação encontra-se em que há outras sentenças, ou até mesmo decisões interlocutórias, que, embora não produzam coisa julgada material, em sentido próprio, apresentam-se tão definitivas, imutáveis e indiscutíveis como se o fossem.

Sirvam de exemplo os casos da decisão que indefere a petição inicial, em ação proposta no último dia do prazo decadencial, e o do acórdão que decreta a deserção, porque o tribunal não viu o documento comprobatório do preparo, mas que lá se encontrava.

Se devemos admitir, em casos de suma gravidade, a rescisão de decisões que produziram coisa julgada material, declarada intangível pela Constituição, como não admitir, em casos de igual gravidade, a rescisão de decisões que nem sequer se encontram blindadas pela coisa julgada?

Assim, para admitir-se ação rescisória, deve-se indagar, não tanto se é de mérito a decisão, mas se é decisão cujos efeitos não podem ser afastados senão por sua rescisão.

Em outras palavras, o critério decisivo é o do interesse, compreendido este como necessidade da tutela rescisória, para afastar dano doutro modo irreparável e por ela reparável.

Esse interesse apresenta-se evidente, no caso de decisão que haja produzido coisa julgada material. Precisa ser demonstrado, nos demais.

¹⁷ “Trata-se de procedimento especial que, via de regra, comporta três juízos: o de admissibilidade, o de anulação (juízo rescindens) e o de rejuízo (rescissorium). Configurados os respectivos pressupostos, a cumulação é obrigatória e deve ser formulado pedido expresso neste sentido (art. 327)”. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim [et. al.]. Primeiros comentários ao Novo Código de Processo Civil. São Paulo: RT, 2015, p. 1.368.

¹⁸ “O ajuizamento da ação rescisória está condicionado à existência de três requisitos fundamentais: a) decisão judicial de mérito (ou que não permita a repositura da demanda, ou que, ainda, impeça o reexame do mérito pelo tribunal) transitada em julgado; b) invocação razoável de um dos fundamentos rescisórios; e c) propositura dentro do prazo decadencial”. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim [et. al.]. Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil. São Paulo: RT, 2015, p. 2.147.



Com esse critério, não se abrem desmedidamente as portas para a multiplicação de tais ações, mas apenas se as entreabre, para que não tenhamos que conviver com hipóteses de decisões causadoras de danos irreparáveis, mas irrevocáveis, simplesmente porque não caracterizadas como de mérito, ainda que proferidas por juiz peitado, ou impedido, ou absolutamente incompetente, etc.

5 - Os elementos da ação rescisória

5.1 - As partes – legitimidade e interesse

O artigo 967 do CPC estabelece que têm legitimidade para propor a ação rescisória quem foi parte no processo ou o seu sucessor a título universal ou singular; o terceiro juridicamente interessado; o Ministério Público, se não foi ouvido no processo em que lhe era obrigatória a intervenção, se a decisão rescindenda resultou de simulação ou de colusão entre as partes, afim de fraudar a lei, bem como em outros casos em que se impunha a sua atuação; aquele que não foi ouvido no processo em que lhe era obrigatória a intervenção¹⁹.

¹⁹ “Têm legitimidade para propor ação rescisória as partes, terceiro juridicamente interessado (que, como se decidiu, é “aquele estranho à relação processual na qual foi proferida a decisão rescindenda, mas que por ela tenha sido reflexamente atingido”, STJ, REsp 361.630/DF, rel. Min. Laurita Vaz, 5.ª T., j. 04.02.2010), o Ministério Público e aquele que não foi ouvido no processo em que lhe era obrigatória a intervenção (art. 967, III, do CPC/2015). O Ministério Público terá legitimidade para ajuizar ação rescisória, nos casos “em que se imponha sua atuação” (art. 967, III, c). Essa hipótese, embora não prevista textualmente no CPC/1973, era compreendida pela jurisprudência, preponderando, então, o entendimento de que as hipóteses previstas no inc. III do art. 487 do CPC/1973 (correspondentes às alíneas a e b do art. 967, III, do CPC/2015) seriam meramente exemplificativas (STJ, EAR 384/PR, rel. Min. João Otávio de Noronha, 1.ª Seção, j. 08.02.2006), admitindo-se, assim, que o Ministério Público teria, por exemplo, legitimidade para o ajuizamento de ação rescisória quando se estiver diante de “interesse público indisponível” (STJ, REsp 441.892/AC, rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, 4.ª T., j. 11.11.2008), hipótese que encarta-se no art. 178, I, do CPC/2015. Não sendo o Ministério Público parte no processo, deverá ser intimado para atuar como fiscal da ordem jurídica (art. 967, parágrafo único, do CPC/2015). Tem legitimidade para mover a ação, também, “aquele que não foi ouvido no processo em que lhe era obrigatória a intervenção” (art. 967, IV, do CPC/2015). É o que ocorre, por exemplo, caso não intimada a Comissão de Valores Mobiliários ou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica, nos casos em que a lei imponha sua intervenção (cf., respectivamente, arts. 31 da Lei 6.385/1976 e 118 da Lei 12.529/2011)”. MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil Comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973*. 3. ed., São Paulo: RT, 2015, p. 1.310.



A legitimidade de quem foi parte no processo ou seu sucessor a título universal ou singular não suscita maiores dúvidas. Tem legitimidade, por exemplo, o cessionário, para rescindir a decisão que rescindiu o compromisso de compra e venda.

O Ministério Público tem legitimidade, exclusiva, para rescindir decisão proferida em processo em que deveria ter intervindo como fiscal da ordem jurídica. Também tem legitimidade para a rescisória fundada em simulação ou colusão das partes, para fraudar a lei.

A decisão de mérito, quando proferida sem ser ouvido no processo alguém cuja intervenção era obrigatória, é nula, se unitário o litisconsórcio, e ineficaz, se necessário. Em princípio, a hipótese não seria de ação rescisória, porque a nulidade ou a ineficácia pode ser decretada a qualquer tempo. Todavia, ela é admissível, por disposição expressa.

Quanto ao terceiro juridicamente interessado, chama-se a atenção para a circunstância de que a ação rescisória via de regra não se restringe ao juízo *rescindens*, mas envolve pedido de novo julgamento da causa, o chamado juízo *rescissorium*. Daí extrai-se importante conclusão, qual seja, a de que o interesse que justifica a assistência pode não ser suficiente para legitimar à propositura de ação rescisória. Somente quem deveria ou poderia ter atuado no processo como parte é que pode propor ação rescisória. Assim não se entendendo, estar-se-ia a admitir que pessoa sem legitimação para o julgamento originário, pudesse tê-la para novo julgamento da mesma causa.

A mera sujeição à eficácia da sentença não legitima necessariamente o terceiro. Considere-se, por exemplo, a hipótese de ação reivindicatória julgada procedente. O credor do réu, que não pôde intervir no processo como assistente, porque seu interesse era apenas econômico, e não jurídico, tampouco tem legitimidade para pedir novo julgamento da causa, por ação rescisória. Julgada procedente ação de cobrança, não tem legitimidade para pedir novo julgamento da causa o credor do réu, que sofreu prejuízo de fato. Apenas pode pedir a rescisão por colusão entre as partes.

O interesse justificador da assistência simples não é suficiente para legitimar a propositura de ação rescisória. Assim, o sublocatário pode intervir, como assistente simples, na



ação de despejo proposta pelo locador contra o locatário, mas não tem legitimidade para nela atuar como parte. Por isso mesmo, não tem legitimidade para pedir novo julgamento, por ação rescisória, embora atingido pela eficácia da sentença.

O sublocatário, de regra, não tem legitimidade para rescindir a sentença de despejo, ainda que alegando conluio entre o locador e o locatário. É que, nos termos do artigo 15 da Lei 8.245, de 18.10.91, rescindida ou finda a locação, qualquer que seja sua causa, resolvem-se as sublocações. A extinção da locação, por sentença, não outorga, ao sublocatário, maiores direitos do que os que decorreriam da extinção por convenção das partes.

No caso de ação proposta contra sociedade, o sócio ou acionista não tem legitimidade para intervir como assistente. Seu interesse é meramente econômico. Não tem, pois, legitimidade para propor ação rescisória. **O terceiro só tem interesse jurídico para legitimá-lo a promover a ação rescisória, quando os efeitos reflexos que resultam da sentença tiverem repercussão em sua situação jurídica; não, quando o efeito é meramente de fato.** Os sócios, decerto, têm interesse econômico próprio em uma sentença favorável à empresa da qual participem, contudo, só excepcionalmente terão interesse jurídico próprio.

O credor com legitimidade para propor ação pauliana, anulatória de alienação em fraude contra credores, tem legitimidade para a rescisória fundada em colusão entre as partes.

Tem-se, portanto, como regra, que tem legitimidade para propor ação rescisória apenas o terceiro alcançado pela autoridade da coisa julgada, ou pelo chamado efeito extensivo do julgado.

O substituído, parte em sentido material, é atingido pela autoridade da coisa julgada, legitimando-se, assim, à propositura de ação rescisória, haja ou não intervindo no processo como assistente litisconsorcial.

Nos casos de ação proposta por sócio ou acionista para anular deliberação social, de ação condenatória proposta por credor solidário, de ação de reivindicação proposta por condômino ou herdeiro, casos todos que admitem assistência litisconsorcial, não há dúvida quanto à legitimação do sócio, acionista, condômino ou herdeiro que não participou do



processo. Legitimado que estava a atuar no processo como parte, na condição de assistente litisconsorcial, legitimidade tem para pedir novo julgamento da causa, através de ação rescisória. O problema que, então, se põe, é quanto ao interesse.

Quem sustenta que a autoridade da coisa julgada ou, o que dá no mesmo, a eficácia extensiva do julgado, atinge o terceiro que, embora legitimado, não participou do processo, coerentemente há de afirmar seu interesse na rescisão da decisão que o prejudicou. Quem sustenta que a autoridade da coisa julgada é restrita às partes, poderá negar a rescisória, porque desnecessária, faltando, pois, o requisito do interesse de agir.

Instituição previdenciária, em face da reclamatória que vise à declaração da existência de contrato de trabalho entre reclamante e reclamado, pode ser atingida por efeito reflexo da sentença, o que legitima sua intervenção no processo como assistente simples. Se intervém, não poderá, em processo posterior, discutir a justiça da decisão²⁰, salvo nos casos previstos no

²⁰ “A sentença de mérito transitada em julgado que tiver sido prolatada contra texto da CF e da lei pode ser desconstituída pela ação rescisória. A sentença de mérito transitada em julgado que seja injusta faz, inexoravelmente, coisa julgada material, sendo insuscetível de impugnação por ação rescisória, por mais grave que possa ter sido a injustiça. Isto porque, sendo a ação rescisória meio excepcional de impugnação das decisões judiciais de mérito transitadas em julgado, e levando-se em consideração preceito hermenêutico de que as hipóteses de exceção, isto é, de cabimento da ação rescisória previstas pela lei devem ser interpretadas de maneira estrita, doutrina e jurisprudência têm entendido, corretamente, não ser possível rescindir-se sentença sob fundamento de injustiça. Somente a sentença inconstitucional ou ilegal, tendo sido acobertada pela coisa julgada material, pode ser desconstituída pela via da ação rescisória”. NERY JÚNIOR, Nelson. Teoria Geral dos Recursos, Editora Revista dos Tribunais, 6ª edição, 2004, p. 513/514. Nesse mesmo sentido é a doutrina de Ovídio A. Baptista da Silva: “a ação rescisória, assim como os recursos extraordinários e os juízos de cassação dos sistemas europeus, cuja origem remonta à querela nullitatis do direito medieval, não têm por finalidade a reparação de injustiças, porventura causadas aos litigantes pelo julgado que se busca desconstituir. São instrumentos criados para proteção, primordialmente, do sistema legal globalmente considerado, nos casos em que a sentença o tenha ferido com tal intensidade que, na visão do legislador, seja aconselhável renunciar à segurança jurídica representada pela coisa julgada, para protegê-lo contrajulgados (sic) que gravemente o vulnerem em pontos essenciais” (Sentença e Coisa Julgada – Ensaio e Pareceres – Editora Forense, 4ª edição, 2003, p. 358).

AÇÃO RESCISÓRIA. VIOLAÇÃO DE LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI. FRAUDE DE EXECUÇÃO. CITAÇÃO VÁLIDA. PRESUNÇÃO RELATIVA DE CONHECIMENTO DA AÇÃO EM CURSO CONTRA O ALIENANTE. 1. A exigência de 'citação válida', para efeito de configuração de fraude de execução, conforme previsto no art. 593, II, do CPC, constitui presunção relativa de conhecimento de demanda executiva em curso contra o alienante do bem. 2. A AÇÃO RESCISÓRIA NÃO SE PRESTA A CORRIGIR INJUSTIÇAS, MÁ APRECIÇÃO DA PROVA OU ERRO DE JULGAMENTO, SENÃO AQUELES CATALOGADOS EM NUMERUS CLAUSUS NO ART. 485 DO CPC. 3. Pedido julgado improcedente. (STJ, AR 3574 / SP, SEGUNDA SEÇÃO, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, j. 23/04/2014, DJe 09/05/2014) PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO RESCISÓRIA. VIOLAÇÃO LITERAL A ARTIGO DE LEI. NÃO OCORRÊNCIA. PRETENSÃO DE NOVO DEBATE DA LIDE ORIGINÁRIA. CORREÇÃO DE INJUSTIÇA. DESCABIMENTO. PRECEDENTES. SÚMULA 83/STJ. 1. "A ação rescisória não é o meio adequado para corrigir suposta injustiça da sentença, apreciar má interpretação dos fatos, reexaminar as provas produzidas ou complementá-las. Precedentes do STJ" (AgRg no



REsp 1.220.197/SC, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, julgado em 8/10/2013, DJe 18/10/2013). 2. Longe de apontar literal violação a disposição de lei (art. 584, inciso V, do CPC), a pretensão do autor é reabrir, pela via excepcional escolhida, o debate sobre a proporcionalidade da sanção aplicada por ato incompatível com a função de policial militar exercida, o que não é compatível com via da ação rescisória, pois tal não é cabível para o fim de correção de supostas injustiças quanto aos fatos da causa. Súmula 83/STJ. Agravo regimental improvido. (STJ, AgRg no AREsp 482643 / SP, SEGUNDA TURMA, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS j. 22/04/2014, DJe 29/04/2014)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. DESAPROPRIAÇÃO. AÇÃO RESCISÓRIA. NÃO OCORRÊNCIA DE OFENSA AO ART. 535 DO CPC. ACÓRDÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO À LITERAL DISPOSITIVO DE LEI. INOCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A lide foi solucionada na instância de origem com a devida fundamentação, ainda que sob ótica diversa daquela almejada pelo ora recorrente. Todas as questões postas em debate foram efetivamente decididas, não tendo havido vício algum que justificasse o manejo dos Embargos Declaratórios. Observe-se, ademais, que julgamento diverso do pretendido, como na espécie, não implica ofensa às normas ora invocadas. 2. A AÇÃO RESCISÓRIA NÃO É O MEIO ADEQUADO PARA CORRIGIR SUPOSTA INJUSTIÇA DA SENTENÇA, APRECIAR MÁ INTERPRETAÇÃO DOS FATOS, REEXAMINAR AS PROVAS PRODUZIDAS OU COMPLEMENTÁ-LAS. 3. A ofensa a dispositivo de lei capaz de ensejar o ajuizamento Da Ação Rescisória calcada no inciso V do art. 485 do Diploma Processual Civil é aquela evidente, direta, aberrante, observada primo oculi, não a caracterizando aquela que demandaria, inclusive, o reexame das provas da ação originária, tal como ocorre na presente hipótese. 4. Agravo Regimental do MUNICÍPIO DE GOIÂNIA/GO desprovido. (STJ, AgRg no REsp 1202161 / GO, PRIMEIRA TURMA, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, j. 18/03/2014, DJe 27/03/2014)

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. VIOLAÇÃO DA LITERALIDADE DA NORMA. NECESSIDADE. ERRO DE FATO. INEXISTÊNCIA. DOLO E FALSIDADE DA PROVA. DOCUMENTO NOVO. PRESSUPOSTOS PARA CONFIGURAÇÃO. 1. Somente se autoriza a rescisão do julgado por violação legal quando contrariada a norma em sua literalidade, não se justificando a desconstituição por injustiça ou má interpretação da prova. 2. O erro de fato ensejador da rescisória decorre do desconhecimento da prova, exigindo-se a inexistência de pronunciamento judicial a respeito, de modo que o equívoco na apreciação daquela não ampara o pedido. 3. Afasta-se o dolo ou a falsidade da prova se não houve impedimento ou dificuldade concreta para atuação da parte, sobretudo quando os elementos dos autos, em seu conjunto, denotam o acerto do julgado rescindendo. 4. Admite-se a rescisão por documento novo quando o autor, ao tempo do processo primitivo, desconhecia-o ou era-lhe impossível juntá-lo aos autos. 5. Ação rescisória improcedente. (STJ, AR 1370 / SP, TERCEIRA SEÇÃO, Rel. Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, j. 11/12/2013, DJe 19/12/2013)

PROCESSUAL CIVIL. OMISSÃO INEXISTENTE. INCONFORMISMO COM A TESE ADOTADA. AÇÃO RESCISÓRIA. VIOLAÇÃO LITERAL DE LEI. NÃO DEMONSTRAÇÃO. INTERPRETAÇÃO LEGÍTIMA. ERRO DE FATO. REEXAME DO ACERVO FÁTICO. CORREÇÃO DE INJUSTIÇAS. INADEQUAÇÃO DO RITO RESCISÓRIO. PRECEDENTES. SÚMULA 83/STJ. 1. Não há a alegada violação do art. 535 do CPC, pois a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, como se depreende da leitura do acórdão recorrido, que enfrentou os temas abordados na ação rescisória, quais sejam, suposta violação literal ao art. 9º, §§ 1º e 3º, do Decreto-Lei n. 406/68 e ao art. 966 do Código Civil, além de erro de fato quanto ao registro da sociedade empresarial. 2. Contudo, o Tribunal de origem julgou improcedente a ação, por ausência de violação literal de lei, pois adota a tese jurídica de que a autora se enquadrava como sociedade empresarial, e por inexistência de erro de fato, visto a irrelevância do equívoco quanto ao local em que foi registrado o contrato social para o deslinde da controvérsia. 3. Entendimento contrário ao interesse da parte não se confunde com omissão no julgado. 4. A pretensão rescisória, fundada no art. 485, inciso V, CPC, conforme o entendimento doutrinário e jurisprudencial, tem aplicação quando o aresto ofusca direta e explicitamente a norma jurídica legal, não se admitindo a mera ofensa reflexa ou indireta. 5. O acórdão rescindendo não promoveu violação literal, pois a interpretação dada pelo acórdão quanto ao art. 9º, §§ 1º e 3º, do Decreto-Lei n. 406/68 se coaduna com a jurisprudência no sentido de que o gozo do benefício fiscal concedido às sociedades uniprofissionais demanda necessariamente a prestação dos serviços em caráter personalíssimo e que não haja estrutura empresarial (REsp 866.286/ES, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe 20/10/2010). 6. Nem mesmo a alegação



artigo 123 do CPC. Se não intervém, a sentença não lhe pode ser oposta como coisa julgada. Pode ser repelida como *res inter alios acta*. Não precisa nem deve propor ação rescisória. Na ação que lhe mova o prejudicado, a existência do contrato de trabalho será livremente discutida, podendo dela decorrer contradição, que será apenas lógica e não jurídica, com o julgado anterior.

Rejeitado, por insuficiência de provas, pedido formulado em ação popular, outro cidadão não tem interesse legítimo para rescindir a cidadã, porque pode simplesmente renovar o pedido. Julgado improcedente pedido formulado em ação coletiva relativa a direitos individuais homogêneos, o titular do direito individual não tem interesse legítimo para rescindir a decisão, porque não prejudicado pela coisa julgada (Lei 8.078, art. 103, § 2º).

5.2 - A causa de pedir

Via de regra, há, na ação rescisória, cumulação de ações, pois, como estabelece o artigo 968, I, do CPC, deve o autor, se for o caso, cumular ao pedido de rescisão o de novo julgamento da causa.

vinculada ao parágrafo único do art. 966 do Código Civil socorre a autora, pois a ressalva contida na literalidade do seu texto - salvo se o exercício da profissão constituir "elemento de empresa" - está configurada quando o serviço é prestado sem caráter personalíssimo e de forma empresarial, o que afasta o benefício fiscal previsto no art. 9º, §§ 1º e 3º, do Decreto-Lei n. 406/68. 7. "A AÇÃO RESCISÓRIA NÃO É O MEIO ADEQUADO PARA CORRIGIR SUPOSTA INJUSTIÇA DA SENTENÇA, APRECIAR MÁ INTERPRETAÇÃO DOS FATOS, REEXAMINAR AS PROVAS PRODUZIDAS OU COMPLEMENTÁ-LAS. PRECEDENTES DO STJ" (RESP 924.012/RS, REL. MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, JULGADO EM 20/11/2008, DJE 09/12/2008). 8. "Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida." (Súmula 83/STJ). Agravo regimental improvido. (STJ, AgRg no AREsp 406332 / MS, SEGUNDA TURMA, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, j. 07/11/2013, DJe 14/11/2013)

PROCESSO CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA. DEPÓSITO PREVISTO NO ART. 488, II, DO CPC. NÃO OBRIGATORIEDADE. BENEFICIÁRIO DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. SÚMULA 343/STF. INAPLICABILIDADE. VIOLAÇÃO LEGAL. INOCORRÊNCIA. ATIVIDADE RURAL. INEXISTÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. 1. O autor da ação rescisória que for beneficiário da justiça gratuita não está compelido a fazer o depósito prévio previsto no art. 488, II, do Código de Processo Civil. 2. É inaplicável a Súmula 343/STF quando a questão não está fundamentada em texto legal de interpretação controvertida nos Tribunais. 3. A ação rescisória constitui meio excepcional de impugnação, não se prestando a apreciar a justiça ou a injustiça da decisão rescindenda. 4. Sendo as provas apresentadas insuficientes à comprovação da atividade rurícola, não há como reconhecer o direito à aposentadoria por idade de trabalhador rural. 5. Ação rescisória improcedente. (STJ, AR 3052 / CE, TERCEIRA SEÇÃO, Rel. Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, j. 24/04/2013, DJe 07/05/2013)



Cada uma dessas ações tem sua causa de pedir. No que se refere à segunda, isto é, ao pedido *rescissorium*, trata-se de novo julgamento da causa. Não haja dúvida, pois: no que diz respeito ao *judicium rescissorium*, as partes, o pedido e a causa de pedir são os mesmos da ação que originou a decisão rescindenda. É expressiva, a propósito, a expressão do artigo 968, I, do CPC: novo julgamento do processo (da causa).

No que diz respeito ao juízo *rescindens*, a causa de pedir consiste na alegação, feita pelo autor, da ocorrência de fato subsumível em algum dos dispositivos do artigo 966, apto a justificar a rescisão da sentença, como a prevaricação, o impedimento, dolo, colusão, prévia existência de coisa julgada, etc.

No caso de rescisória fundada em manifesta violação da norma jurídica, a *causa petendi* é a mesma, ainda que indicados como violados diferentes dispositivos legais.

Violar norma jurídica nada mais significa do que contrariedade ao Direito. Não tem, pois, maior relevância, a circunstância de situar-se tal contrariedade neste ou naquele dispositivo legal. O comando contido na decisão constitui norma concreta que, no caso de contrariedade ao Direito, supõe norma abstrata estabelecendo o contrário. Ora, não se pode logicamente imaginar senão *uma* norma abstrata com sinal contrário. Esta é que terá sido violada, ainda que o autor aponte vários dispositivos legais como infringidos ou que, equivocadamente, deixe de indicar o artigo, inciso ou alínea que a consagra. Também a propósito de rescisória cabe invocar-se o aforismo: *curia novit jus*.

5.3 Os pedidos rescindens e rescissorium

O autor deve, na petição inicial, indicar com clareza, o que pretende rescindir, do que decorrem relevantes consequências processuais, como o valor da causa, a competência, a contagem do prazo decadencial e, em determinadas hipóteses, a própria admissibilidade da ação.

Em princípio, pode o autor limitar o pedido de rescisão a um ou alguns dos capítulos da decisão. Há casos, todavia, em que somente é admissível a rescisão integral. É o que ocorre, por



exemplo, quando a rescisória se funda em incompetência absoluta. Em outros, o acolhimento do *iudicium rescindens* acarreta, como consequência, a insubsistência dos capítulos vinculados como no caso de rescisão da parte da decisão que rejeitou a preliminar de prescrição.

Estabelece o Código que o direito à rescisão se extingue em 2 (dois) anos contados do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo (art. 975). Portanto, no caso de decisão parcial de mérito proferida no curso do processo, o prazo, não se conta da data do trânsito em julgada da decisão rescidenda, mas da última decisão proferida no processo.

Se houve recurso, mas dele não conheceu o tribunal *ad quem*, é contra a decisão recorrida que se há de dirigir a ação rescisória. É preciso cuidado, porém, especialmente com os recursos extraordinário e especial, face ao que dispõe a Súmula 249 do STF: “É competente o Supremo Tribunal Federal para a ação rescisória, quando, embora não tendo conhecido do recurso extraordinário, ou havendo negado provimento ao agravo, tiver apreciado a questão federal controvertida.” Em essência, diz a súmula que é objeto do pedido de rescisão o acórdão que haja substituído a decisão recorrida, ainda que se haja impropriamente utilizado a expressão “não conheceram do recurso”.

Ademais, “o Superior Tribunal de Justiça é competente para julgar ação rescisória nos casos em que, apesar de não ter sido conhecido o recurso especial com fundamento no óbice das Súmulas 282/STF e 7 e 83/STJ, a decisão rescidenda analisa o mérito da demanda”²¹.

O pedido de rescisão deve ser cumulado com o de novo julgamento, quando for o caso (CPC, art. 968, I). Não cabe a cumulação, por exemplo, no caso de rescisória por ofensa à coisa julgada.

²¹ STJ - AR: 3570 RS 2006/0112897-7, Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Data de Julgamento: 14/05/2014, S3 - TERCEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 28/05/2014



6 - O prazo de decadência

O Código deixa claro que o prazo de 2 anos²² estabelecido para a propositura de ação rescisória é de decadência²³, ao declarar que se extingue o *direito* à rescisão (art. 975). Não se trata, pois, de prazo prescricional.

A prescrição vincula-se à ideia de pretensão, no sentido de poder jurídico de exigir uma prestação do devedor e, portanto, à existência de uma relação jurídica do tipo credor-devedor. Tais relações podem originar ações declaratórias, porém, mais comumente, originam ações condenatórias, quais sejam, sentenças que visam à condenação do réu a uma determinada prestação, positiva ou negativa.

A decadência vincula-se à ideia de direito potestativo ou formativo, no sentido de poder jurídico de praticar ato (geralmente consistente em declaração de vontade receptícia) a cujos efeitos fica sujeita a outra parte, independentemente de sua vontade e, às vezes, até mesmo sem que disso tenha conhecimento. Trata-se, aí, de relações jurídicas do tipo poder-sujeição, que podem originar ações declaratórias (de existência da relação), porém, que, mais comumente, dão margem a sentença constitutiva.

²² “AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO RESCISÓRIA. PRAZO DECADENCIAL VERIFICADO. SÚMULA 401/STJ. AGRAVO IMPROVIDO. 1. Consoante entendimento firmado na Súmula 401 do Superior Tribunal de Justiça, o prazo decadencial da ação rescisória só se inicia quando não for cabível qualquer recurso do último pronunciamento judicial. 2. Na espécie, segundo o acórdão recorrido, a fluência do prazo decadencial bienal para o ajuizamento da ação rescisória teve início em 1/6/2010, data seguinte ao trânsito em julgado da decisão que confirmara a inadmissão do recurso extraordinário. Assim, confirma-se a decadência reconhecida pelo Tribunal de origem, porquanto protocolizada a exordial da ação rescisória apenas em 22/5/2013. 3. Agravo regimental a que se nega provimento”. (STJ - AgRg no REsp: 1502683 MG 2014/0318862-5, Relator: Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Data de Julgamento: 24/03/2015, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 07/04/2015)

²³ “AÇÃO RESCISÓRIA. PROCESSO CIVIL. PRAZO DECADENCIAL. TERMO INICIAL. TRÂNSITO EM JULGADO DA ÚLTIMA DECISÃO PROFERIDA. DECISÃO DO STF QUE DECLAROU O RECURSO EXTRAORDINÁRIO PREJUDICADO EM FACE DO PROVIMENTO DO RECURSO ESPECIAL. IRRELEVÂNCIA. 1. O prazo para o ajuizamento da ação rescisória é de 2 anos, a contar do dia seguinte ao término do prazo para a interposição do recurso em tese cabível contra o último pronunciamento judicial de mérito. 2. A decisão do STF que julga prejudicado recurso extraordinário ante o trânsito em julgado de decisão do STJ que proveu recurso especial não tem o condão de interferir na contagem do prazo decadencial de 2 anos previstos no art. 495 do CPC (AgRg na AR n. 4.567/PR, Ministro João Otávio de Noronha, DJe 19/4/2011). 3. A certidão da Coordenadoria da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça atesta, somente, a ocorrência do trânsito em julgado, e não a data em que este se teria, efetivamente, consumado. 4. Ação rescisória extinta, com resolução de mérito”. (STJ - AR: 4353 SC 2009/0207948-9, Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Data de Julgamento: 28/05/2014, S3 - TERCEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 11/06/2014)



Em princípio, as ações meramente declaratórias são perpétuas, não sujeitas a prazo, quer de prescrição, quer de decadência. É bem de ver, porém, que tratando-se de declarar a existência de crédito ou de direito formativo, faltará o requisito do interesse para a declaração da existência de crédito prescrito ou de direito formativo caduco.

Sobre o tema é de se mencionar artigo de Agnelo Amorim Filho, com as seguintes conclusões:

1ª) - Estão sujeitas a prescrição (indiretamente, isto é, em virtude da prescrição da pretensão a que correspondem): - todas as ações condenatórias, e somente elas;

2ª) - Estão sujeitas a decadência (indiretamente, isto é, em virtude da decadência do direito potestativo a que correspondem): - *as ações constitutivas* que têm prazo especial de exercício fixado em lei;

3ª) - *São perpétuas* (imprescritíveis): - a) *as ações constitutivas* que não têm prazo especial de exercício fixado em lei; e b) todas *as ações declaratórias*.

Várias inferências imediatas podem ser extraídas daquelas três proposições. Assim: a) não há *ações condenatórias* perpétuas (imprescritíveis), nem sujeitas a decadência; b) não há *ações constitutivas* sujeitas a prescrição; e c) não há *ações declaratórias* sujeitas a prescrição ou a decadência.²⁴

Ao direito de rescindir sentença não corresponde qualquer prestação devida pelo réu. Trata-se de exercício de direito formativo, dependente de sentença constitutiva, pertencente, pois, à categoria dos direitos formativos que só podem ser exercidos por meio de ação.

²⁴ AMORIM FILHO. Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. Revista de Direito Processual Civil. São Paulo (3): 95-132, jan./jun. 1961.



A ação rescisória funda-se, pois, na existência de um de um direito formativo. Trata-se de ação constitutiva negativa, sujeita a prazo decadencial, por ter prazo fixado em lei para o seu exercício, sob pena de extinção do direito.

7 - Fundamentos para a rescisão

7.1 - Prevaricação, concussão ou corrupção do Juiz

Prevaricação, nos termos do artigo 319 do Código Penal, é “retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal.”

A concussão consiste em “exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida” (Cód. Penal, art. 316).

A corrupção (passiva) consiste em “solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem” (Cód. Penal, art. 317).

A prevaricação, a concussão e a corrupção – diz Pontes de Miranda - viciam a sentença, por imperativo moral. O homem, em quem o Estado depositou a confiança de julgar, traiu-o, traindo a sua função, - ele, que, no seu papel, deve ser indiferente aos grandes e aos pequenos e, até, acostumar-se a ver que o ato de justiça exige dupla coragem, a de ferir a grandes, que estão em faltas, e a pequenos, que também as cometem.²⁵

À semelhança do que ocorre com a prova falsa, a prevaricação, concussão ou corrupção do juiz²⁶ pode tanto ter sido apurada em processo criminal, quanto ser provada na própria ação rescisória.²⁷

²⁵ PONTES DE MIRANDA. Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro, Forense, 1974. T. VI. p. 272.

²⁶ “Esses motivos rescisórios encerram tipos penais que revelam ato ímprobo do magistrado ao proferir a decisão judicial. O texto do inc. I do art. 966 do CPC/2015 é idêntico ao do inc. I do art. 485 do CPC/1973. Para a caracterização do vício rescisório, é preciso estar presente a tipologia penal (arts. 319, 316 e 317, respectivamente,



No caso de colegiado,

não é suficiente, ao nosso ver, que o juiz infrator tenha *participado* do julgamento: se o seu voto foi vencido, não teve consequência alguma, devendo aplicar-se, aqui, *a fortiori*, o princípio geral de que não há nulidade sem prejuízo. Tampouco é necessário, por outro lado, que o voto do juiz infrator haja sido numericamente decisivo para a apuração do resultado: ainda que o desfecho houvesse de permanecer o mesmo, feita abstração desse voto, subsiste sempre a possibilidade de ter ele influenciado outros membros do órgão, de modo que todo o julgamento fica, por assim dizer, contaminado pelo vício.²⁸

Não se trata de examinar os fatos com os rígidos critérios dos penalistas, porque não se cogita da imposição de pena criminal, mas de verificar se a conduta do juiz viciou a sentença.

“A interpretação correta do texto legal é a não restritiva, apesar de se tratar de termos penais, já estão noutro contexto (processo civil), em que não se aplica o princípio da necessidade de interpretação não ampliativa”²⁹.

Na prevaricação, o infrator pratica ou deixa de praticar o ato, para satisfação de sentimento ou interesse pessoal. Ele se encontra só, na consideração de seus sentimentos ou interesses.

Na concussão, já ocorre uma relação de alteridade: o infrator exige de outrem, que figura como vítima, por medo da autoridade pública. Trata-se de crime formal, que se consuma

do CP), muito embora não se exija que tenha havido decisão criminal condenatória. É a hipótese mais rara de ação rescisória”. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim [et. al.]. Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil. São Paulo: RT, 2015, p. 2.150.

²⁷ Nesse sentido: PONTES DE MIRANDA. Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro, Forense, 1974. t. VI. p. 274; MANOEL ANTÔNIO TEIXEIRA FILHO, Ação rescisória no processo do trabalho. 2. ed. São Paulo, LTr, 1994. p. 219.

²⁸ José Carlos Barbosa Moreira. Comentários do Código de Processo Civil. 7. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1998. v. V. p. 121.

²⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim [et. al.]. Primeiros comentários ao Novo Código de Processo Civil. São Paulo: RT, 2015, p. 1.370.



com o mero ato de exigir, independentemente de aceitação pela vítima. Na corrupção há um acordo de vontades entre o corruptor ativo, que oferece ou concorda, e o corruptor passivo, que aceita ou solicita vantagem indevida.

A vantagem indevida pode ou não ser de natureza econômica.

7.2 – Impedimento do juiz

O Código distingue com clareza impedimento e suspeição do juiz. Somente o impedimento torna rescindível a sentença. O vício da suspeição sana-se, com o trânsito em julgado da sentença.

Há impedimento, nos casos do artigo 144 do CPC; suspeição, nos casos do artigo 145. O impedimento constitui veto absoluto ao exercício da jurisdição; a suspeição, veto apenas relativo: se a parte não argui a exceção, ocorre preclusão.

Há impedimento do juiz, no processo: I - em que interveio como mandatário da parte, oficiou como perito, funcionou como membro do Ministério Público ou prestou depoimento como testemunha; II - de que conheceu em outro grau de jurisdição, tendo proferido decisão; III - quando nele estiver postulando, como defensor público, advogado ou membro do Ministério Público, seu cônjuge ou companheiro, ou qualquer parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive; IV - quando for parte no processo ele próprio, seu cônjuge ou companheiro, ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive; V - quando for sócio ou membro de direção ou de administração de pessoa jurídica parte no processo; VI - quando for herdeiro presuntivo, donatário ou empregador de qualquer das partes; VII - em que figure como parte instituição de ensino com a qual tenha relação de emprego ou decorrente de contrato de prestação de serviços; VIII - em que figure como parte cliente do escritório de advocacia de seu cônjuge, companheiro ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive, mesmo que patrocinado por advogado de outro escritório; IX - quando promover ação contra a parte ou seu advogado (art. 144).



Para a rescindibilidade de acórdão, por impedimento de juiz, é necessário e suficiente que ele haja integrado a corrente vencedora.

Nos termos da Súmula 252 do STF, “na ação rescisória, não estão impedidos juízes que participaram do julgamento rescindendo”.

É irrelevante que o impedimento não tenha sido oportunamente arguido, ou que tenha sido argüido e inacolhido. Imprescindível, porém, é a existência do impedimento, à época em que proferida a decisão impugnada.

7.3. Incompetência absoluta do juízo

A competência pode ser determinada em razão da matéria (*ratione materiae*), em razão da pessoa (*ratione personae*), em razão do valor da causa e em razão do território. Há, ainda, a considerar a competência funcional.

A competência funcional diz respeito ao exercício da jurisdição por mais de um órgão, no mesmo processo. Fala-se em competência funcional no plano horizontal, a propósito de atos processuais praticados por diferentes órgãos do mesmo grau de jurisdição, como ocorre com a divisão da competência entre juízes deprecante e deprecado.

Assim, por exemplo, dispõe o artigo 914, § 2º, do CPC, que na execução por carta, os embargos serão oferecidos no juízo deprecante ou no juízo deprecado, mas a competência para julgá-los é do juiz deprecante (salvo se versarem unicamente vícios ou defeitos da penhora, avaliação ou alienação de bens efetuadas no juízo deprecado).

Fala-se em competência funcional no plano vertical, competência hierárquica ou competência recursal, a propósito da divisão de competência entre órgãos de diferentes graus de jurisdição, como ocorre com a competência dos tribunais para julgar ações em grau de recurso.

A competência absoluta não se modifica por conexão ou continência e é inderrogável por convenção das partes. A competência relativa pode modificar-se pela conexão ou pela



continência (CPC, art. 54). É relativa (de regra) a competência territorial, bem como a estabelecida em razão do valor da causa. É, pois, absoluta a competência fixada em razão da matéria, em razão da qualidade das pessoas e, ainda, a competência funcional.

Com relação à competência em razão do valor da causa, há quem sustente como Athos Gusmão Carneiro³⁰, por exemplo, que apenas a do juiz de maior alçada pode ser prorrogada para abranger causa de menor valor, não sendo, pois, prorrogável do menor para o maior.

Com relação à competência territorial, observe-se que, nas ações reais imobiliárias, é competente o foro da situação da coisa, não podendo o autor optar por qualquer outro, recaindo o litígio sobre direito de propriedade, vizinhança, servidão, divisão e demarcação de terras e nunciação de obra nova (CPC, art. 47, § 1º). Tem-se, aí, pois, hipótese excepcional de competência absoluta, não obstante fixada em razão do território.

Na ação rescisória fundada em incompetência absoluta, rescindida a sentença (*judicium rescindens*), o tribunal profere novo julgamento (*judicium rescissorium*), se tiver competência para tanto. Suponha-se que se trate de rescindir sentença de Juiz de Direito, proferida em processo da competência originária do Tribunal de Justiça. Cabe proferir-se novo julgamento, como prevê o artigo 974 do CPC. Isso não será possível, se o mesmo Tribunal rescindir a sentença, afirmando a competência da Justiça federal.

Observa José Carlos Barbosa Moreira que “sendo absoluta a incompetência, a sentença é nula até o trânsito em julgado e, depois deste, rescindível”.³¹

Na verdade, o trânsito em julgado da sentença pode afetar a nulidade processual, sanando-a ou transformando-a em mera causa de rescindibilidade. Em casos raros, a nulidade persiste como tal. Daí nossa classificação dos vícios processuais em quatro categorias: meras irregularidades, vícios preclusivos, dos vícios rescisórios e vícios transrescisórios.

A possibilidade de sanção do nulo e de sua transformação em rescindibilidade deixa claro que o regime das nulidades no processo civil é diverso do estabelecido para o direito civil.

³⁰ CARNEIRO, Athos Gusmão. Jurisdição e competência, 8. ed. São Paulo, Saraiva, 1997, p. 65.

³¹ Comentários do Código de Processo Civil. 7. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1998. v. V. p. 122.



7.4 - Dolo da parte vencedora

Há um caso claro de dolo³² do vencedor³³: aquele do autor que cita o réu por edital, falsamente afirmando que ele se encontra em lugar incerto e não sabido. Não é, porém, um bom exemplo, porque a sentença, na hipótese, é mais do que rescindível: é nula, ou ineficaz em relação ao réu que não foi citado, ou que foi nulamente citado.

Poderá o dolo traduzir-se em atos de produção de prova falsa? Não para os fins do inciso III do artigo 966, porque a sentença fundada em prova falsa é rescindível com fundamento no inciso VI.

Poderia configurar-se o dolo por falsas declarações da parte (CPC, art. 80, II)? Seria ampliar demasiadamente as hipóteses de rescisória, tão comum é cada parte acoimar de falsa a versão da outra.

Que resta então? Diz Manoel Antônio Teixeira que, no plano do processo, o dolo consiste no emprego de meios astuciosos ou ardilosos, por um dos litigantes, atentatórios ao dever de lealdade e boa-fé, com o objetivo de impedir ou de dificultar a atuação do adversário. Aponta, como exemplos, impedir que a parte contrária tenha ciência da ação ajuizada, rasurar documentos, subtrair peça dos autos etc.³⁴

³² “O art. 966, III, CPC, permite a rescisão da coisa julgada se a decisão resultou de dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida. Evidentemente, trata-se de dolo processual – não se trata de dolo material (STJ, 1.ª Seção, AR 98/RJ, rel. Min. Adhemar Maciel, j. 28.11.1989, DJ 05.03.1990, p. 1.394). Há dolo processual quando a parte vencedora age de má-fé no processo (arts. 5.º, 77 e 80, CPC). Para que a coisa julgada seja rescindida, é necessário que exista nexos de causalidade entre o comportamento doloso da parte e o pronunciamento jurisdicional. Vale dizer: a litigância de má-fé deve ter desempenhado papel decisivo na formação do convencimento judicial”. MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. Novo código de processo civil comentado. São Paulo: RT, 2015, p. 902.

³³ “O dolo rescisório consiste na prática de conduta ardilosa, contrária à boa-fé, por meio da qual se pretende reduzir a capacidade de defesa do adversário ou afastar o juiz da verdade. É preciso que haja nexos de causalidade entre o dolo e o resultado do processo, de maneira que sem o dolo a solução adotada pelo juiz possivelmente fosse diversa. Embora o texto faça menção ao dolo “da parte”, admite-se a ação rescisória quando o ato malicioso tenha sido praticado por quem age em seu nome, como, por exemplo, o advogado e o representante legal”. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim [et. al.]. Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil. São Paulo: RT, 2015, p. 2.151.

³⁴ Ação rescisória no processo do trabalho. 2. ed. São Paulo, LTr, 1994. p. 230.



A hipótese de uma das partes subtrair documento dos autos que, desconsiderado pelo juiz, determina sua vitória, por si só justifica o dispositivo legal.

O dolo, a que se refere o artigo 966, III, é o processual, ou seja, o emprego, no processo, de meios astuciosos ou ardilosos para enganar o juiz, em detrimento da parte adversa. Nada tem com o exame da veracidade ou falsidade das alegações feitas pelo autor, na inicial, que integraram a causa de pedir do pedido formulado. Em outras palavras, o dispositivo não autoriza o reexame da sentença, para verificar se apreciou bem ou mal os fundamentos da ação.

O silêncio, a respeito de fatos que poderiam levar a ação a um outro resultado, não chega a se constituir em dolo rescisório, porque o processo não é um jogo em que se deva mostrar as cartas, embora também seja um jogo em que não se deve trapacear³⁵.

As alegações feitas pelo autor na inicial de uma ação constituem os fundamentos de fato e de direito do pedido que formula. A seu respeito pronuncia-se a sentença, acolhendo ou rejeitando o pedido. A injustiça da sentença de procedência, reputando verdadeiras alegações falsas feitas pelo autor, não autoriza ação rescisória por dolo processual. É que se trata de alegações relativas a fatos ocorridos antes da propositura da ação. O dolo que justifica a rescisão da sentença é o processual, ou seja, o artifício, a esperteza ou velhacada praticados no processo, para enganar o juiz. O artigo 485, III, do CPC, não constitui norma a autorizar a rescisão de sentença havida como injusta pelo vencido.

7.4 - Coação da parte vencedora

A rescisão de decisão judicial por coação³⁶ de uma das partes com maior frequência terá por objeto a homologação de transação entre as partes, sendo expresso o artigo 966, § 4º, no

³⁵ RIZZI, Luiz Sérgio de Souza. Da ação rescisória. Revista de Processo, (26): 185-96, abril-junho /1982.

³⁶ “É preciso que a coação seja suficiente para incutir na vítima fundado temor de dano iminente e considerável à sua pessoa, à sua família, ou aos seus bens (art. 151, CC). A diferença em relação ao dolo diz respeito ao conhecimento do ato pela parte vencida: enquanto no dolo a parte é ludibriada, na coação a vítima tem ciência do ato, mas fora obrigada a praticá-lo em conformidade com a determinação do agente coator. A rigor, se a coação tiver sido praticada pela parte vencedora diretamente sobre a parte vencida, a hipótese se enquadra no dolo



sentido de que “os atos de disposição de direitos, praticados pelas partes ou por outros participantes do processo e homologados pelo juízo, bem como os atos homologatórios praticados no curso da execução, estão sujeitos à anulação, nos termos da lei”.

7.5 - Simulação ou colusão entre partes

Estabelece o artigo 142 do CPC que o juiz deve proferir decisão que impeça os objetivos das partes, se convencido de que o autor e réu se serviram do processo para praticar ato simulado ou conseguir fim vedado por lei.

Conta-se o prazo para a propositura desta ação, da data em que o terceiro prejudicado ou o Ministério Público teve ciência da simulação ou da colusão (art. 975, § 3º).

Atingido o fim ilícito, por decisão que transitou em julgado, cabe ação rescisória, que poderá ser proposta pelo Ministério Público (CPC, art. 485, III, b) ou por terceiro juridicamente interessado (CPC, art. 967, III, b).

Uma ação de cobrança ou reivindicatória pode resultar de conluio para fraudar credores. Esse é um caso em que um terceiro, considerado “indiferente” ou “desinteressado” para fins de assistência, tem legitimidade para rescindir a sentença.

O credor tem legitimidade para anular bem alienado pelo devedor para fraudá-lo (Cód. Civil, arts. 106 e ss). Pode ocorrer que a alienação se faça por meio de processo simulado, através, por exemplo, de uma ação reivindicatória “confessada” pelo devedor, caso em que cabe rescisória, fundada em colusão entre as partes.

Relativamente aos terceiros juridicamente indiferentes, que sofrem prejuízo de mero fato, observa Liebman que a eficácia natural da sentença, não podendo ser contraditada,

rescisório. No entanto, o novo fundamento rescisório afasta a dúvida do cabimento da ação rescisória quando o sujeito passivo da coação for o magistrado. O sujeito ativo da coação deve ser a parte, por si, ou por quem a represente; caso seja praticada por terceiro, será causa de rescindibilidade da sentença somente se a parte vencedora tinha ou deveria ter conhecimento da coação, na linha do que estabelecem os arts. 154 e 155 do CC. Também é preciso, evidentemente, que a coação tenha vínculo direto com o resultado do processo”. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim [et. al.]. Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil. São Paulo: RT, 2015, p. 2.151-2.152.



equivale à autoridade da coisa julgada, porque não tendo prejuízo *jurídico* algum, não teriam o que objetar à eficácia da sentença e à autoridade da coisa julgada. Ressalva, porém, que se a sentença tiver sido fruto de fraude, podem repelir o prejuízo, demonstrando que a sentença é objetivamente injusta e foi obtida com dolo, que visava a lesar seu interesse.³⁷

A colusão não pode ser alegada por uma das partes, em virtude do princípio de que não deve ser ouvido quem alega a própria torpeza (*nemo turpitudinem suam allegans auditur in iudicio*)³⁸.

Ao passo que o dolo é unilateral, a colusão é bilateral. Supõe-se ajuste, acordo, entendimento entre as partes, no sentido de valer-se do processo para fraudar a lei.

A disponibilidade do direito exclui a fraude à lei, ainda que haja concerto entre as partes, com o fim de prejudicar terceiro, como no caso de acordo entre locador e locatário para rescindir a locação, em prejuízo do sublocatário, porque não se trata de norma destinada à tutela de interesses de terceiros, mas à tutela do interesse público e de direitos indisponíveis.

Observe-se, porém, que a declaração contida na decisão não se torna indiscutível para terceiros, isto é, não os vincula, podendo, pois, ignorá-la, nas relações que mantenham com qualquer das partes, não precisando, por isso, rescindir a decisão. Por isso, o terceiro, tal como Fisco ou a Instituição de Previdência, não precisa rescindir a sentença que, por colusão entre as partes, haja afirmado ou negado a existência de relação de trabalho ou de locação. Pode propor a sua ação, sem ofensa à coisa julgada.

7.6 - Ofensa à coisa julgada

A decisão proferida com ofensa à coisa julgada³⁹ não é nula, como dispunha a Consolidação das Leis do Processo Civil, de Ribas. É, nos termos do Código de Processo Civil,

³⁷ Sentença e coisa julgada. p. 300-1.

³⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim [et. al.]. Primeiros comentários ao Novo Código de Processo Civil. São Paulo: RT, 2015, p. 1.371.

³⁹ “Se sobre determinado litígio já há coisa julgada (arts. 141, 337, §§ 1.º a 4.º, 502, 503, 505 e 506, CPC), posterior e eventual processo visando à rediscussão da causa deve ser extinto sem resolução de mérito (art. 485, V, CPC). Se,



apenas rescindível. Daí se extraem três conclusões: 1ª) que há prazo (de dois anos), para o exercício da ação rescisória correspondente, sendo, pois, *contra legem*, o entendimento de que, na hipótese, não haveria prazo decadencial; 2ª) que, não sendo proposta a ação rescisória no prazo legal, prevalece a segunda sentença. Efetivamente, para quê a previsão legal da ação rescisória, se, em qualquer caso, devesse prevalecer a primeira sentença? 3ª) que não cabe ação anulatória ou declaratória de nulidade da sentença, quer antes, quer depois do prazo de dois anos.

Há quem sustente a prevalência da primeira decisão⁴⁰, com invocação do dispositivo constitucional que estabelece que a lei não prejudicará a coisa julgada. A cominação, embora não expressa, seria de nulidade, não havendo que se cogitar de prazo, nem propriamente de ação rescisória, mas de ação anulatória, tudo no sentido de se fazer prevalecer, em qualquer caso, a primeira sentença. Todavia, tanto tem fundamento constitucional o respeito à coisa julgada, quanto a existência de ação rescisória (Vejam-se, a propósito, os artigos 102, I, j e 105, I, e, da Constituição). Não se pode levar às últimas consequências as normas constitucionais que, necessariamente sintéticas, não teriam como contemplar hipóteses absolutamente alheias às considerações do constituinte. A Constituição não poderia descer à minúcia de declarar rescindível, e não nula, a sentença proferida com ofensa à coisa julgada. Norma nesse sentido, porém, já existia, na legislação ordinária, ao tempo da Constituição, não havendo qualquer indício de que o Constituinte tivesse motivos para afastá-la como contrária à nova ordem constitucional.

Observa Paulo Roberto de Oliveira Lima que, “para o mais perfeito funcionamento do instituto da coisa julgada, seria de rigor que o sistema reputasse nula (mais que rescindível) a

nada obstante a existência da coisa julgada anterior, há nova decisão definitiva de mérito sobre a causa já decidida, com a consequente formação de coisa julgada, a segunda coisa julgada desafia ação rescisória (art. 966, IV, CPC). Passado o prazo para propositura de ação rescisória sem que essa tenha sido proposta (art. 975, CPC), todavia, deve prevalecer a segunda coisa julgada – observe-se que é absurdo imaginar que a coisa julgada posterior, até então suscetível de desconstituição, pode simplesmente ser considerada inexistente com o escoamento do prazo para propositura da ação rescisória”. MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. Novo código de processo civil comentado. São Paulo: RT, 2015, p. 902.

⁴⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim [et. al.]. Primeiros comentários ao Novo Código de Processo Civil. São Paulo: RT, 2015, p. 1.373.



sentença prolatada em desrespeito à coisa julgada. (...). Diante da lei posta, entretanto, fica desconfortável outra tese que não a (...) dos que enxergam o prevalecimento da segunda decisão.”⁴¹

Refere o mesmo Autor hipótese ocorrida na Justiça Federal de Alagoas, em que um mesmo aposentado, patrocinado por diferentes advogados, em 3 ações com numeros litisconsortes ativos, obteve, por igual título, três sentenças contra o INSS. De boa-fé, o segurado desistiu da segunda e terceira execuções, ao ser detectada a triplicidade. Não fora isso, o INSS não poderia livrar-se dessas execuções, não obstante a rescindibilidade das respectivas sentenças. E conclui:

Em casos assim fica evidenciada a supremacia do sistema alternativo de fazer prevalecer sempre a sentença original, reputando-se nula e de nenhum efeito as decisões ofensivas à coisa julgada. Neste sistema caberia simplesmente ao interessado argüir a coisa julgada através de embargos, nas duas execuções subseqüentes à primeira.

Outra questão é a de se saber se fica afastada a rescindibilidade, no caso de se haver, no segundo processo, expressamente negado a existência de coisa julgada.

O Código de Procedimiento Civil da Colombia, de 1970, admite ação de nulidade por ofensa à coisa julgada, salvo “cuando en el segundo proceso se propuso la excepción de cosa juzgada y fue rechazada”, art. 380, núm. 9.⁴²

No Brasil, segundo José Carlos Barbosa Moreira, outra é a solução:

No direito brasileiro, é irrelevante que a preliminar (de coisa julgada) tenha sido ou não suscitada, ou apreciada ex officio, no processo em que se proferiu a sentença rescindenda. A circunstância de haver-se

⁴¹ Contribuição à teoria da coisa julgada. p. 61.

⁴² OVALLE FAVELA, José. La nulidade de la cosa juzgada. Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal. 2011, n. 37.



nele rejeitado a preliminar não constitui obstáculo ao exercício da rescisória, nem impede que se acolha o pedido de rescisão.⁴³

Observa-se, contudo, que, a ser assim, caberia ação rescisória sempre que acolhida a preliminar de coisa julgada, podendo, pois, ser renovada sempre a arguição, como se a ação rescisória exercesse função de recurso ordinário. A solução, expressa no Direito colombiano, está implícita no Direito brasileiro, como decorrência do sistema.

A inicial da rescisória fundada em ofensa à coisa julgada deve ser necessariamente instruída, não apenas com certidão da sentença rescindenda, como também da sentença violada, *ex vi* do artigo 320 do CPC.

7.7 - Manifesta violação de norma jurídica

O dispositivo refere-se a norma jurídica⁴⁴, e não a texto de lei. Não se trata, pois, de exigir interpretação literal de textos legais, mas de aplicação manifestamente violadora de norma jurídica, expressa ou não em texto legal.

Pontes de Miranda já ensinava que:

Sentenças proferidas contra algum costume, que se aponta como existente, escritível ou já escrito ('literal'), ou contra algum princípio geral de direito, ou contra o que, por analogia, se havia de considerar regra jurídica, são sentenças rescindíveis. Ao juiz da ação rescisória é que cabe dizer se existe ou não existe a regra de direito

⁴³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários do Código de Processo Civil. 7. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1998. v. V. p. 128-9.

⁴⁴ "A interpretação conferida pelo acórdão rescindendo não se apresenta de tal forma aberrante, extravagante ou teratológica que infrinja o preceito legal em sua literalidade. Nesta hipótese, incabível a ação rescisória, 'sob pena de tornar-se recurso com prazo de interposição de dois anos'" (AgRg no REsp 1271229/RS, rel. Min. Humberto Martins, 2.ª T., j. 22.11.2011, DJe 25.11.2011).



consuetudinário, ou o princípio geral de direito ou a regra jurídica analógica.⁴⁵

A boa lição dos jurisconsultos sempre foi no sentido de ser rescindível a sentença que se proferiu *contra consuetudinem*. (Não se confunda com os usos e costumes que fazem o direito consuetudinário os usos e costumes que não são ‘direito’).” (Ibidem, p. 278).

A regra extralegal (no sentido de não-escrita nos textos), assente com fixidez e inequivocidade, é *direito*, ao passo que não no é a regra legal, a que a interpretação fez dizer outra coisa, ou substituiu, ou desconstituiu, por inconstitucionalidade ou ilegalidade.⁴⁶

Para que a ação seja admissível, basta que a parte alegue manifesta violação de norma jurídica. Saber se isso efetivamente ocorreu constitui o mérito da ação.

Admitimos que possa haver mais de uma interpretação razoável da mesma lei, sem afastar a possibilidade de erro de direito. Em outras palavras, temos, de um lado, as categorias do certo e do errado, do falso e do verdadeiro e, de outro, as categorias do mais razoável, igualmente razoável e menos razoável; de um lado, o desarrazoado; de outro, o razoável.

A categoria da interpretação razoável surge naturalmente na experiência de quem exerce a atividade jurisdicional. Em muitos casos, a opção por uma ou outra interpretação resulta mais da necessidade de decidir do que de uma convicção profunda. Como qualificar de absurda ou desarrazoada outra interpretação, que só não adotamos por motivos que nem podemos determinar com precisão?

Todavia, há casos em que é inegável a existência de erro. É o que ocorre, por exemplo, quando o juiz aplica lei revogada; quando ignora a lei aplicável; quando não há nexos lógicos entre os fundamentos e a conclusão da sentença.

⁴⁵ Tratado da ação rescisória. p. 267.

⁴⁶ Ibidem, p. 277.



A discutida Súmula 343 do STF, dispõe que “não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais”. Ela se vincula à mesma ordem de ideias que originou a de nº 400: “Decisão que deu razoável interpretação à lei, ainda que não seja a melhor, não autoriza recurso extraordinário pela letra a do art. 101, III, da Constituição Federal”.

Admite-se, aí, um tanto ou quanto illogicamente, que duas interpretações, até mesmo contraditórias, possam ser havidas ambas como corretas (razoáveis). A lógica, no caso, cede a exigências de ordem prática. Não raro, diferentes órgãos do mesmo tribunal divergem na interpretação da lei. Não se justifica que os juízes de uma corrente rescindam as sentenças de seus colegas, simplesmente por divergirem as posições. Acabaria prevalecendo, em cada caso, o ponto de vista da maioria na ação rescisória. Mas diferentes rescisórias poderiam ter diferentes maiorias, de sorte que estariam os juízes a rescindir as sentenças uns dos outros, sem jamais se chegar a acordo sobre a “correta interpretação da lei”. Tal raciocínio, porém, somente é válido em se tratando de juízes do mesmo grau de jurisdição. Não vale, sobretudo, quando se confronta posicionamento de tribunal inferior com o do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, aos quais compete, respectivamente, a interpretação da Constituição e a uniformização da jurisprudência infraconstitucional.

A súmula somente pode ser aplicada em se tratando de divergência entre órgãos do mesmo grau de jurisdição, sendo, pois, inaplicável quando se confronta decisão de tribunal inferior com a de tribunal superior.

De regra, será irrelevante a posterioridade do precedente do tribunal superior, porque não se uniformiza a jurisprudência senão *a posteriori*.

Uniformizada a jurisprudência, ainda que a propósito de lei ordinária, cabe rescindir-se os acórdãos que adotaram a posição vencida.



Sustentamos, em síntese, que, dirimida controvérsia jurisprudencial pelo tribunal superior competente, são rescindíveis as sentenças em sentido contrário anteriormente proferidas.

Com maior razão, é rescindível a sentença que aplicou lei, posteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal ou que, alegando inconstitucionalidade, deixou de aplicar lei posteriormente declarada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Não concordamos com Tereza Arruda Alvim Wambier, quando afirma que, declarada, em tese, a inconstitucionalidade da lei aplicada, “seria até desnecessária a propositura da ação rescisória, já que a decisão que seria alvo de impugnação seria juridicamente inexistente, pois que baseada em ‘lei’ que não é lei (‘lei’ inexistente”, cabendo à parte “sem se submeter ao prazo do art. 495 do CPC, intentar ação de natureza declaratória, com o único objetivo de gerar maior grau de segurança jurídica à sua situação”.⁴⁷ A rescisória é o remédio cabível se aplicada norma que manifestamente não incidiu, nada importando se constitucional ou ordinária.

A norma, a que se refere o inciso V, pode ser federal, estadual, ou municipal, de direito material ou de direito processual, sendo irrelevante se o erro é *in judicando* ou *in procedendo*.

7.8 - Prova falsa

É rescindível a sentença fundada em prova, cuja falsidade⁴⁸ tenha sido apurada em processo criminal, ou seja, provada na própria ação rescisória⁴⁹.

⁴⁷ Nulidades do processo e da sentença. p. 311.

⁴⁸ “Autoriza-se a rescisão da decisão judicial proferida com base em prova falsa (art. 966, VI). Esse fundamento rescisório foi mantido integralmente pelo CPC/2015. Tanto a falsidade material (adulteração da prova), quanto à falsidade ideológica (conteúdo inverídico da prova) são aptas a permitir a desconstituição da decisão judicial. É indispensável, contudo, que além de ser provada a falsidade na ação rescisória, ou em processo criminal, haja nexo de causalidade entre a prova falsa e o resultado do processo. Significa dizer que a prova falsa deve ter servido a formar a convicção do magistrado sobre a existência ou a inexistência de determinado fato”. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim [et. al.]. Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil. São Paulo: RT, 2015, p. 2.154.

⁴⁹ “O fundamental é que a falsidade da prova seja apurada em contraditório para que suporte a propositura de ação rescisória. É imprescindível, ainda, que a prova falsa tenha sido decisiva na formação do convencimento judicial. Se a prova falsa não teve qualquer influência no deslinde da controvérsia, então o pedido rescisório deve ser julgado improcedente” (STJ, 5ª Turma REsp 296.443/ES, rel. Min. Felix Fischer, j. em 28.04.2004, DJ 07.06.2004, p. 261).



Segundo Barbosa Moreira “a prova falsa houvesse constituído o 'principal fundamento' da sentença rescindenda. Contenta-se o dispositivo ora analisado com o fato de a sentença 'fundar-se' na prova falsa. O que importa é averiguar se a conclusão a que chegou o órgão judicial, ao sentenciar, se sustentaria ou não sem a base que lhe ministrara a prova falsa. A sentença não será rescindível se havia outro fundamento bastante para a conclusão”. (BARBOSA MOREIRA, em seus "Comentários ao Código de Processo Civil", vol. V, n. 69, Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 100-101).

Segundo Humberto Theodoro Júnior no Curso de Direito Processual Civil, Volume.1º, 52ª edição, 2011 , p. 732: “A sentença é rescindível “sempre que, baseada em prova falsa, admitiu a existência de fato, sem o qual outra seria necessariamente a sua conclusão”. Não ocorrerá a rescindibilidade “se houver outro fundamento bastante, para a conclusão”. Lembra Pontes de Miranda que, às vezes, a falsidade da prova pode atingir o fundamento apenas da decisão de um dos pedidos. “Então, a rescisão é rescisão parcial. O que foi julgado, sem se apoiar em prova falsa, fica incólume à eficácia da sentença rescindente”. A prova da falsidade tanto pode ser a apurada em processo criminal como a produzida nos próprios autos da ação rescisória. Se houver a sentença criminal declaratória da falsidade, sobre vício não mais se discutirá na rescisória. A controvérsia poderá girar apenas sobre Ter sido, ou não, a prova falsa o fundamento da decisão rescindenda”.

Segundo Arruda Alvim, Araken de Assis e Eduardo Arruda Alvim no livro Comentários ao Código de Processo Civil, 2ª edição, 2012, p. 484/485: “[15. Se fundar em prova, cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou seja provada na própria ação rescisória] A falsidade pode macular qualquer tipo de prova admitida em direito (testemunhal, pericial, documental e até mesmo inspeção judicial realizada pelo juiz). Apenas a confissão não é abrangida por este dispositivo legal, pois há previsão específica do cabimento da rescisória neste caso. Ainda que a parte tenha suscitado a falsidade da prova no curso do processo, poderá se valer da ação rescisória. É preciso sempre chamar a atenção para o fato de que não basta que reste comprovado a falsidade de determinada prova, mas, para efeitos da ação rescisória, é preciso que exista nexos de causalidade entre a prova falsa e a decisão que se pretende rescindir.”

Segundo Pontes de Miranda, Tratado da ação rescisória das sentenças e outras decisões, 1976: “Elementos do pressuposto de falsa prova – (a) Para que haja o pressuposto da prova falsa, é preciso: I) Que se apresente, com a petição inicial, a sentença criminal sobre a falsidade do documento ou de outra prova (Código de Processo Civil, art. 283) ou que se faça a prova na própria ação rescisória. II) Que só na prova falsa, ou, pelo menos, nela, sem ser possível eliminá-la, permanecendo a sentença, se haja apoiado a decisão. A falsa prova, ou prova falsa, de que falam as Ordenações e o Código de Processo Civil, que lhe seguiu os passos, tanto pode ser a prova pessoal quanto a instrumental. É a velha lição de Inácio Pereira de Sousa. Que a falsidade tenha sido alegada, durante a ação primitiva, cuja sentença se quer rescindir, ou que tenha sido descoberta após a prolação da sentença, não importa para a rescisão. Nenhuma lei cogita isso. (...) (e) A prova há de ser o fundamento em que se apoiou o juiz para decidir como decidiu. O juiz da rescisão pode verificar qual foi ele, examinando o encadeamento lógico da sentença. Se há dois fundamentos, somente não cabe a rescisão se o outro bastaria para se decidir como se decidiu, isto é, se admitindo-se a falsidade, a decisão rescindenda teria sido a mesma que se deu. Não se exige que tenha sido o fundamento único (Câmaras Civas Reunidas do Tribunal de Justiça de São Paulo, 19 de fevereiro de 1951, R. dos T., 192, 350). (f) Pode ocorrer que a falsidade da prova só atinja o fundamento para um dos pedidos. Então, a rescisão é rescisão parcial. O que foi julgado, sem se apoiar na prova falsa, fica incólume à eficácia da sentença rescindente. Cumpre, ainda, observar-se que a rescisão da sentença, por ter sido falsa a prova, de modo algum declara que o réu na ação rescisória não tinha direito, pretensão ou ação. A eficácia preponderante é desconstitutiva. O elemento declarativo somente concerne à prova, não ao direito, à pretensão ou à ação, ou à exceção. Por isso mesmo, nada obsta a que, com outras provas, o demandado e perdente, na ação rescisória, proponha de novo a ação, se ainda não perscreveu. (...) O texto do art. 485, VI 2ª parte (“ ou seja provada na própria ação rescisória”) proveio da Lei n. 70, de 20 de agosto de 1947, que o acrescentara ao Código de Processo Civil de 1939, art. 798, II. Não se compreendia que a falsidade somente se pudesse apreciar em juízo criminal e só a sentença penal pudesse ser fundamento para a rescindibilidade. Discrepava do Reg. N. 737, de 25 de novembro de 1850, art.680, §3º, do decreto n. 3.084, de 5 de novembro de 1989, parte III, art.. 99, c), de que só discrepa, ao tempo da legislação processual estadual, o Código de Processo Civil do Rio Grande do Sul. Fugia-se ao direito estrangeiro (Código de Processo Civil francês, art. 480, 9.: “ Si l’on a jugé sur pieces reconnues ou declarees fausses



No México, a *Suprema Corte de Justicia de la Nación* julgou que admitir a prova da falsidade na própria ação de nulidade viola o princípio da segurança jurídica⁵⁰.

Nada importa que a falsidade seja de natureza material ou ideológica, nem que tenha ou não sido prequestionada na causa em que proferida a decisão rescindente⁵¹.

A circunstância de a Lei admitir que a falsidade seja provada na própria ação rescisória não exclui a possibilidade de haver ela sido previamente declarada em ação civil, com força de coisa julgada, vinculativa para os julgadores da rescisória.

Trate-se de sentença penal ou civil, o réu da ação rescisória há de nela ter sido parte, dada a regra de que a sentença faz coisa julgada às partes às quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. Não há que se cogitar de efeitos *erga omnes* do pronunciamento judicial passado em julgado.

A falsidade da prova determina-se objetivamente, não dependendo, pois, de dolo. Se o juiz profere sentença fundada em laudo pericial indubitavelmente equivocado, é de se acolher a rescisória, ainda que não tenha havido maquinação do perito. Não se trata, aí, de reexame das provas, mas de substituição de um laudo objetivamente falso por outro, verdadeiro.

Segundo José Joaquim Calmon de Passos, funda-se em falsa prova a sentença que admite como verdadeiro fato falso, em função do silêncio do advogado do réu, ao contestar a ação; ou do autor, ao se manifestar sobre defesa de mérito indireta. Diz:

depuis le jugement”; Código de Processo Civil italiano, art. 395; Código de Processo Civil português, art. 771; diferente a Ordenação Processual Civil alemã. §§ 582 e 581). Basta que a sentença se haja fundado na prova falsa. Se foi um dos fundamentos, a ação rescisória só atinge a sentença que, sem tal fundamento, não seria a mesma. Se a conclusão teria de ser diferente se tivesse sido declarada a falsidade, há de ser rescindida a sentença. Falso é o que se diz existir e não existe, razão por que a falsidade se declara, não se decreta. Qualquer prova que se deu como existente e não existia e deu fundamento à sentença fez rescindível tal sentença. Se por exemplo, a confissão, em que se baseou a sentença, não existiu, a ação rescisória é a do art. 485, VI; Se inválida, invocável o art. 485, VIII. O mesmo ocorre com a desistência da transação, que pode ser falsa ou ser nula. Na sentença que extingue o processo pela desistência ou pela transação, o ato de desistência ou de transação foi prova para a sentença, de jeito que tanto o art. 485 VIII, como o art. 485, VI, pode ser invocado, conforme o que se passou: invalidade, ou falsidade. (...)”

⁵⁰ OVALLE FAVELA, José. La nulidade de la cosa juzgada. Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal. 2011, n. 37.

⁵¹ Sálvio de Figueiredo Teixeira. Ação Rescisória: Apontamentos. *Ajuris*, Porto Alegre, (46): 212-35, jul.



Como obviar as consequências resultantes da admissibilidade expressa ou tácita de fato não verdadeiro por parte do advogado do réu, ao contestar, ou do advogado do autor, ao manifestar-se sobre a defesa indireta de mérito do réu? A presunção de verdade que resulta desse comportamento do advogado é prova, como outra qualquer, já vimos isso. E se o juiz vem a sentenciar com apoio nela, será sua decisão proferida com base em falsa prova, por não ser verdadeiro o fato em relação ao qual se constitui a presunção, sendo admissível ação rescisória para desconstituição da coisa julgada formal, com apoio no disposto pelo art. 485, VI, do CPC.⁵²

7.9 - Prova nova

Diz o Código que a decisão de mérito transitada em julgado pode ser rescindida quando, posteriormente ao trânsito em julgado, o autor obtiver prova nova⁵³, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável (art. 966, VII)⁵⁴.

⁵² Comentários. v. III, p. 286.

⁵³ Segundo o: “A expressão “novo”, no contexto disciplinado pelo legislador processual, traduz o fato de somente agora poder ser utilizado, não guardando qualquer pertinência quanto à ocasião em que se formou. O importante é que à época dos acontecimentos havia a impossibilidade de sua utilização pelo autor, tendo em vista encontrar-se impedido de se valer do documento – impedimento este não oriundo de sua desídia, mas sim da situação fática ou jurídica em que se encontrava” (EDcl nos EDcl no AgRg no Ag 563.593/SP, rel. Min. GILSON DIPP, 5.ª T., j. 14.12.2004, DJ21.02.2005, p. 212). Assim, prova nova será aquela “preexistente ao julgado rescindendo, cuja existência era ignorada pelo autor ou do qual não pôde fazer uso oportune tempore, capaz, por si só, de assegurar pronunciamento jurisdicional favorável” (REsp 815.950/MT, rel. Min. Luiz Fux, 1.ª T., j. 18.03.2008, DJe 12.05.2008)

⁵⁴ “Prova nova é aquele cuja ciência é nova ou cujo alcance é novo. O novo Código fala em prova nova e não mais em documento novo. Isso quer dizer que não só a prova documental nova dá azo à ação rescisória. Outras espécies de prova, desde que novas, podem suportar a propositura da ação rescisória. Prova nova é aquela preexistente ao processo cuja decisão se procura rescindir. Não é prova nova aquela que se formou após o trânsito em julgado da decisão (STJ, 3.ª Seção, AR 451/SP, rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, j. 11.05.2005, DJ 27.06.2005, p. 221). Além de ser prova de ciência nova ou alcance novo, a prova deve ser capaz por si só de alterar o resultado do julgamento rescindendo, assegurando ao demandante decisão favorável (STJ, 1.ª Turma, REsp 906.740/MT, rel. Min. Francisco Falcão, j. 06.09.2007, DJ 11.10.2007, p. 314)”. MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. Novo código de processo civil comentado. São Paulo: RT, 2015, p. 903-904.



No México, a *Suprema Corte de Justicia de la Nación* julgou que viola o princípio da segurança jurídica a ação de nulidade fundada em prova de que a parte não pôde fazer uso por força maior ou por fato imputável à parte contrária⁵⁵.

Conta-se o prazo para a propositura desta ação da data da descoberta da prova nova, observado o prazo máximo de 5 anos, contado do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo (art. 975, § 2º).

Da leitura do texto legal, tira-se a conclusão de que, na realidade, é de prova velha que se trata, ou seja, de prova já existente ao tempo da instrução, mas de que o autor não pôde fazer uso, por ignorá-la, ou por outra razão.

O Código anterior referia-se a “documento novo”.

Barbosa Moreira observava:

Por ‘documento novo’ não se deve entender aqui o *constituído* posteriormente. O adjetivo ‘novo’ expressa o fato de só agora ser ele utilizado, não a ocasião em que veio a formar-se. Ao contrário: em princípio, para admitir-se a rescisória, é preciso que o documento já *existisse* ao tempo do processo em que se proferiu a sentença. Documento ‘cuja existência’ a parte ignorava é, obviamente, documento que *existia*; documento de que ela ‘não pôde fazer uso’ é, também, documento que, noutras circunstâncias, poderia ter sido utilizado, e portanto *existia*.”

⁵⁵ OVALLE FAVELA, José. La nulidade de la cosa juzgada. Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal. 2011, n. 37.



Fosse qual fosse o motivo da impossibilidade de utilização, é necessário que haja sido estranho à vontade da parte. Esta deve ter-se visto impossibilitada, *sem culpa sua*, de usar o documento, v.g., porque lhe fora furtado, ou porque estava em lugar inacessível, ou porque não se pôde encontrar o terceiro que o guardava, e assim por diante.”

Refere-se o dispositivo ora comentado à obtenção de *documento novo*; não se refere à descoberta, pelo interessado, de *fato* cuja existência ignorasse e, por isso, não tenha alegado no processo anterior.⁵⁶

Dizia Luiz Sérgio de Souza Rizzi:

Documento novo é aquele já existente ao tempo em que tramitou o processo anterior, mas que até então não fora exibido em juízo, daí o seu adjetivo ‘novo’. Não há possibilidade de se trazer um fato novo para ser demonstrado com um documento novo. O fato a ser demonstrado deve ter sido invocado no processo findo. Se alguém, ao ser demandado, alega que pagou mas não consegue trazer o recibo, por desconhecer esse recibo ou por não saber onde o recibo se encontrava, ao ficar de posse desse documento poderá certamente promover a ação rescisória a partir desse pressuposto de que o fato estava alegado e de que, com o documento novo, o conjunto probatório vai sofrer uma alteração tal que poderá transformar aquele decreto de procedência em decreto de improcedência, ainda que parcialmente.⁵⁷

⁵⁶ José Carlos Barbosa Moreira. Comentários do Código de Processo Civil. 7. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1998. v. V. p. 135-8.

⁵⁷ RIZZI, Luiz Sérgio de Souza. Da ação rescisória. Revista de Processo, (26): 185-96, abril-junho /1982.



Era no mesmo sentido a lição de Sálvio de Figueiredo Teixeira:

Sujeita-se esta modalidade a algumas condições, a saber:

a) a obtenção de documento já existente à época da decisão rescindenda;

b) a ignorância do autor da rescisória a seu respeito ou a impossibilidade de seu uso até o momento em que era lícito utilizá-lo no processo em que proferida a decisão rescindenda, advertindo o autor intelectual do Código que a parte 'que age com incúria, não procedendo a todas as diligências necessárias para obter o documento, carece de ação rescisória;

O documento deve ser bastante para alterar o resultado, mesmo que parcial, ou seja, deve ser hábil, por si próprio, de assegurar pronunciamento total ou parcialmente favorável ao autor da rescisória.⁵⁸

Discrepava Manoel Antônio Teixeira Filho:

A nosso ver, para os efeitos da ação rescisória é despicienda a circunstância de o documento – em que ela se apoia – haver sido constituído antes ou depois da sentença rescindenda; o que realmente importa é o fato de que o autor não o juntou aos autos pertinentes ao processo anterior por motivos que não lhe podem ser legitimamente imputados, vale dizer, sem que isso houvesse derivado de culpa sua.⁵⁹

⁵⁸ Sálvio de Figueiredo Teixeira. Ação Rescisória: Apontamentos. *Ajuris*, Porto Alegre, (46): 212-35, jul. 89.

⁵⁹ Manoel Antônio Teixeira Filho. Ação rescisória no processo do trabalho. 2. ed. São Paulo, LTr, 1994. p. 273.



E exemplificava com hipótese do Direito do Trabalho. Empregado obteve a garantia da estabilidade, não por lei, mas por ato do empregador. Posteriormente vem a ser despedido sem justa causa. Propõe, então, reclamatória, afirmando sua estabilidade como fundamento de seu pedido de reintegração. O empregador, porém, nega haver-lhe concedido a estabilidade e, não conseguindo o empregado comprovar a existência do ato que a concedeu, sua ação é julgada improcedente. Após o trânsito em julgado da sentença, o empregador, em carta dirigida ao empregado, reconhece que, efetivamente, havia lhe outorgado a estabilidade.

A hipótese, como se vê, é de documento produzido posteriormente, hipótese rara, mas não impossível. Ainda que rara, deve ser considerada.

Perguntamos: na hipótese apontada, a confissão teria a natureza de prova nova ou de fato jurídico novo?

Se entendemos que se trata de documento novo, isto é, de prova nova, a hipótese é de ação rescisória, admissível ou inadmissível, conforme se aceite ou não o documento constituído posteriormente. Se a confissão é havida como negócio jurídico, o direito do empregado à reintegração (na hipótese considerada), decorre de um fato jurídico superveniente, que não afeta a coisa julgada. A hipótese, então, não é de rescisão da sentença, mas de nova ação, que não esbarra no obstáculo da coisa julgada, porque fundada em nova causa de pedir.

Como tantas vezes ocorre no Direito, formaram-se a respeito do tema duas correntes distintas, uma atribuindo à confissão a natureza de negócio jurídico e até mesmo de contrato; outra nela vendo simples meio de prova.

Não vale como confissão a admissão em juízo, de fatos relativos a direitos indisponíveis (CPC, art. 392), exigindo-se, pois, capacidade e poderes para transigir. Versando sobre direitos reais imobiliários, a confissão de um cônjuge não vale sem a do outro, salvo se o regime de casamento for o de separação absoluta de bens (CPC, art. 391, parágrafo único). Faz prova contra o confitente, mas não prejudica os litisconsortes (CPC, art. 391, *caput*). É anulável por erro, dolo ou coação (art. 393), isto é, por vício de vontade. São dispositivos que podem ser invocados para afirmar o caráter negocial da confissão.



Segundo Mattiolo, na exposição de Moacyr Amaral Santos, “a eficácia especial, própria à confissão, de dispensar qualquer outra prova, decorrente do caráter convencional e próprio da confissão, eis que por ela se dá o reconhecimento voluntário do direito alheio, e, exatamente, por quem podia renunciar o próprio direito. (...). O caráter convencional da confissão não decorre somente do fato de ficar ao juiz vedada a convicção racional, que é substituída pela legal, mas do motivo especial por que isso acontece, que está, precisamente, no *reconhecimento voluntário*, feito por quem é *capaz de renunciar o próprio direito*.”⁶⁰

Todavia, segundo informa Moacyr Amaral Santos, a doutrina dominante, que reúne civilistas e processualistas clássicos e modernos, na sua quase unanimidade, atribui à confissão o caráter de prova. É uma declaração voluntária, sim, mas é sobretudo uma declaração de ciência. O confitente não afirma querer alguma coisa, mas reconhece como verdadeiro um fato. “A vontade de confessar, o *animus confitendi*, reforça e qualifica a declaração de ciência, de forma a ter eficácia suficiente correspondente à eficácia que a convicção da verdade produz no espírito do juiz”. As consequências não são as desejadas pelo confitente, mas as que derivam da lei. “A capacidade jurídica para obrigar-se, indispensável ao confitente, para a eficácia da confissão, não desnatura a natureza probatória desta, por isso que ela não deflui da índole jurídica da confissão, mas das suas consequências práticas, em regra danosas ao confitente.”⁶¹

É de se observar que a doutrina tem examinado a confissão feita em proceso pendente; não a feita após o trânsito em julgado da sentença, hipótese que talvez houvesse feito balançar a convicção de alguns dos que peremptoriamente negam seu caráter negocial.

Entendemos que, na hipótese considerada, de confissão após o trânsito em julgado da sentença, ambas as posições apresentam-se exatas, dependendo do *animus* de quem emite a declaração. Se ela é feita com a finalidade de criar obrigação inexistente, estaremos em face de um negócio jurídico (artigo 85 do Código Civil); se feita apenas por tardio amor à verdade ou para expor a ridículo quem foi vencido embora tendo razão, estaremos em face de uma nova prova.

⁶⁰ Moacyr Amaral Santos. Prova Judiciária no cível e comercial. 3. ed. Max Limonad, s/d. v. II., p. 17 e ss.

⁶¹ Ibidem.



Na primeira hipótese, poderia ser proposta nova ação, com base em novo título (outra *causa petendi*); na segunda, caberia pleitear-se a rescisão da sentença.

Cumpre pôr em destaque que, em ambas as hipóteses, há declaração referente a um fato passado; no primeiro, com vistas à criação de um direito novo; no segundo, com a finalidade de esclarecer o ocorrido.

Na hipótese de declaração feita com o ânimo de criar obrigação nova, nosso imaginário empregador estaria, não desconstituindo a coisa julgada por ato próprio, de natureza privada, mas renunciando a um efeito da coisa julgada, o que não é vedado.

7.10 - Erro de fato verificável do exame dos autos

Há erro de fato quando a decisão rescindenda admitir fato inexistente ou quando considerar inexistente fato efetivamente ocorrido, sendo indispensável, em ambos os casos, que o fato não represente ponto controvertido sobre o qual o juiz deveria ter se pronunciado” (art. 966, § 1º).

Se nenhuma das partes alegou fato que existiu; se uma das partes admitiu fato alegado pela outra; se uma das partes simplesmente se absteve de negar a alegação da outra; em todos esses casos não cabe ação rescisória, por ser preciso considerar elementos estranhos aos autos para identificar o erro⁶².

⁶² “Admite-se a ação rescisória quando a decisão rescindenda funda-se em erro de fato (cf. art. 966, VIII e § 1.º, do CPC/2015). Há erro de fato “quando o órgão julgador imagina ou supõe que um fato existiu, sem nunca ter ocorrido, ou quando simplesmente ignora fato existente, não se pronunciando sobre ele” (STJ, AR 3.394/RJ, 1.ª Seção, j. 23.06.2010, rel. Min. Humberto Martins). É imprescindível “que a matéria não tenha sido discutida nos autos da ação original” (STJ, EDcl no REsp 1.104.196/RN, 4.ª T., j. 24.08.2010, rel. Min. João Otávio de Noronha). Como regra, “a má apreciação da prova ou a injustiça da sentença não autorizam a ação rescisória” (STJ, REsp 147.796/MA, 4.ª T., j. 25.05.1999, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira; no mesmo sentido, STJ, AR 1.470/SP, 2.ª T., j. 10.05.2006, rel. Min. Castro Filho), mas a noção de erro de fato, na vigência do CPC/1973, vinha sendo flexibilizada pela jurisprudência, para contemplar também “o erro na valoração da prova, consistente na desconsideração da prova constante nos autos, dadas as condições desiguais vivenciadas pelo trabalhador rural e adotando-se a solução pro misero” (STJ, AR 919/SP, 3.ª Seção, j. 22.11.2006, rel. Min. Hamilton Carvalhido; no mesmo sentido, STJ, AR 2.544/MS, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 3.ª Seção, j. 28.10.2009; STJ AR 3.456/CE, 3.ª Seção, j. 28.04.2010, rel. Min. Laurita Vaz, STJ, AR 3.921/SP, rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 3.ª S., j.



Se, em ação de cobrança, há prova, mas não alegação de pagamento, cabe ação rescisória, porque a extinção da dívida pode ser declarada de ofício (não se trata de exceção) e por tratar-se de fato não controvertido. Não cabe, porém, a ação, se o juiz negou o pagamento (houve, pois, pronunciamento judicial).

Se, numa ação de cobrança de um crédito originário de um contrato, ao contestar, o réu diz que cumpriu o contrato, mas disto não faz prova, entretanto, no corpo dos autos, quando se trabalha com a prova, vem um comprovante, uma certidão de nascimento, de que o réu era absolutamente incapaz à época em que celebrou o contrato, e o juiz julga procedente a ação porque não houve o cumprimento da obrigação, é evidente que o julgado se contaminou por um erro de fato. Houve erro de fato porque embora provado, no processo, um fato impeditivo da realização do negócio jurídico, na linha do que dispõe o art. 145, I, do CC, pois ato civil praticado por agente absolutamente incapaz, não pode produzir efeitos. E o juiz, ao desconsiderar esse fato, na sua suposição – suposição porque ele não fez constar da sentença: o menor era capaz – contrariou implicitamente as provas dos autos, dos quais, repetimos, estava constando um fato impeditivo – motivo de nulidade⁶³.

Fazendo-se distinção entre erro e engano, havido aquele como consciente e este como inconsciente, pode-se dizer que não cabe rescisória por erro, mas apenas por engano do juiz, que, se alertado, teria julgado diferentemente.

O erro de fato que autoriza a rescisão da sentença é o que resultado de desatenção do juiz. Se a demonstração do erro depende da produção de novas provas, não cabe a rescisão.

O engano deve ser provado mediante o exame dos autos tal como se encontravam ao tempo da decisão; não, mediante a produção de novas provas.

24/04/2013)”. MEDINA, José Miguel Garcia. Novo Código de Processo Civil Comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973. 3. ed., São Paulo: RT, 2015, p. 1.305.

⁶³ RIZZI, Luiz Sérgio de Souza. Da ação rescisória. Revista de Processo, (26): 185-96, abril-junho /1982.



8 – Conclusão

Em linhas gerais, o novo Código de Processo Civil mantém a ação rescisória, tal como regulada no Código anterior, de 1973. Destaca-se, dentre as inovações, a possibilidade de se rescindir decisão que, embora não sendo de mérito, impeça a renovação da ação ou a admissibilidade do recurso correspondente.

9 - Bibliografia

ALVIM, Eduardo Arruda. Curso de direito processual civil. São Paulo, RT, 1998. v. I.

AMARAL, Guilherme Rizzo. Comentários às alterações do novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015.

ASSIS, Araken de. Reflexões sobre a eficácia preclusiva da coisa julgada, *Ajuris*, Porto Alegre, (44):25-44, nov./1988

ASSIS, Araken de. Breve contribuição ao estudo da coisa julgada nas ações de alimentos. Porto Alegre, *Ajuris* (96): 77-96, jul. 1989.

CAMPOS, Ronaldo Cunha. Limites objetivos da coisa julgada. 2. ed. Rio de Janeiro, Aide, 1988.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Jurisdição e competência. 8. Ed. São Paulo, Saraiva, 1997.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. Da impossibilidade jurídica de ação rescisória de decisão anterior à declaração de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal no Direito Tributário. *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, (15): 197-207.

COSTA, Moacyr Lobo da. A revogação da sentença. São Paulo, Ícone, 1995.

DALL'AGNOL JR. Antônio Janyr. Invalidades processuais. Porto Alegre, Le Jur, 1989.

DIAS, Maria Berenice. O terceiro no processo. Rio de Janeiro, Aide, 1993.

DINAMARCO, Cândido. Litisconsórcio. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1984.



DINIZ, Maria Helena. Um caso de ilegitimidade ativa ad causam na ação rescisória. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, (41): 294-303, jun./94.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. A coisa julgada nas ações de alimentos. Porto Alegre, Ajuris (52): 5-33, jul. 1991.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Extinção do processo e mérito da causa. In: OLIVEIRA et al. Saneamento do processo. Estudos em homenagem ao Prof. Galeno Lacerda. Porto Alegre, Sérgio Frabris, 1989.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Réu revel não citado, “Querela nullitatis” e ação rescisória. Porto Alegre, Ajuris (42): 7-32, mar. 1988.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. Nulidades no processo. Rio de Janeiro, Aide, 1993.

LIEBMAN, Enrico Tullio. Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada. Trad. Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Notas de Ada Pellegrini Grinover. 3. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1984.

LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. Teoria da coisa julgada. São Paulo, RT, 1997.

MACEDO, Alexander dos Santos. Da Querela Nullitatis sua subsistência no direito brasileiro. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 1998.

MAGRI, Berenice Soubhie Nogueira. Ação anulatória. São Paulo, RT, 1999.

MARTINS NETTO, Modestino. Manual da ação rescisoria. Rio de Janeiro, Ed. Trabalhistas, 1972.

MELLO, Marcos Bernardes. Teoria do fato jurídico. 8. ed. São Paulo, Saraiva, 1998.

MESQUITA, José Ignácio Botelho de. “A causa petendi nas ações reivindicatórias”, Ajuris, Porto Alegre, (20): 166-80, nov./1980).

MESQUITA, José Ignácio Botelho de. A coisa julgada no Código do Consumidor. Revista Forense, (326); 79-84, abr., maio, jun./94.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil.. 7. Ed. Rio de Janeiro, Forense, 1998. v. V.



MOREIRA, José Carlos Barbosa. Conteúdo e efeitos da sentença. *Ajuris*, Porto Alegre, (35): 204-8, nov. 1985.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Eficácia da sentença e autoridade de coisa julgada. *Ajuris*, Porto Alegre, (28): 15-31.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual. Primeira Série. 2. ed..* São Paulo, Saraiva, 1988.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual. Quarta Série.* São Paulo, Saraiva, 1989.

NEVES, Celso. Coisa julgada civil.. São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 1971.

OVALLE FAVELA, José. La nulidade de la cosa juzgada. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*. 2011, n. 37

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil.* Rio de Janeiro, Forense, 1998. v. III

PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil.* Rio de Janeiro, Forense, 1976. t. XI.

PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil. 2. Ed.* Rio de Janeiro, Forense, 1959. t. 8 e 9.

PONTES DE MIRANDA. *Tratado da ação rescisória e outras decisões.* Rio de Janeiro, Borsoi, 1957.

PORTO, Sérgio Gilberto. *Coisa julgada civil. 2. Ed.* Rio de Janeiro, Aide, 1998.

PORTO, Sérgio Gilberto. *Comentários ao Código de Processo Civil.* São Paulo, RT, 2000. v. 6.

RIZZI, Sérgio. *Ação Rescisória.* São Paulo, RT, 1979.

ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria geral do processo.* São Paulo, Saraiva, 1986.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de direito processual civil. 14. ed.* São Paulo, Saraiva, 1990. v. 1º.



SILVA, Ovídio A. Baptista da. Comentários ao Código de Processo Civil.. Porto Alegre, Le Jur, 1985. v. 11.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. Sentença e coisa julgada. 2. ed. Porto Alegre, Sérgio Fabris, 1988.

SILVA, Ovídio. Reivindicação e sentença condenatória. *Ajuris*, Porto Alegre, (41): 142-86, nov. 1987.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. Ação rescisória no processo do trabalho. _2. ed. São Paulo, LTr, 1994.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo cautelar. 5. Ed. São Paulo, Universitária de Direito, 1983.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Nulidade, inexistência de rescindibilidade da sentença. *Ajuris*, Porto Alegre (25): 161-79, jul. 1982.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Coisa julgada. Ação declaratória seguida de ação condenatória. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, (336): 85-99, dez./96.

TESHEINER, José Maria Rosa. Elementos para uma teoria geral do processo. São Paulo, Saraiva, 1993.

TESHEINER, José Maria Rosa. Jurisdição voluntária. Rio de Janeiro, Aide, 1992.

THAMAY, Rennan Faria Krüger. A coisa julgada no controle de constitucionalidade abstrato: em conformidade com o Novo CPC. São Paulo: Atlas, 2015.

TUCCI, José Rogério Cruz e. A causa petendi na ação rescisória. *Revista Forense*, Rio de Janeiro (339): 109-12, set./97.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Nulidades do processo e da sentença. 4. Ed. São Paulo, RT, 1997.

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: São Paulo, Thomson Reuters, 2015.



El proceso en “el tiempo de los vulnerables”

(Civil Procedure in the “era of the vulnerables”)

Germán Hiralde

Professor of Civil Law at the University of Buenos Aires, Argentina. Professor of Civil Procedure at the Universidad de la Marina Mercante. Lawyer

Keywords: Equality. Civil Procedure. Vulnerable people.

Abstract: This paper deals with how modern civil procedure should deal with vulnerable groups in order to achieve equality.

Sumario: I. La constitucionalización de los procesos - II. La vulnerabilidad como condición - III. El rol de los tribunales - IV. La igualdad en el proceso - V. Barreras - VI. Asistencia profesional gratuita, especializada y de calidad - VII. El lenguaje de los tribunales y la comprensión del derecho - VIII. Participación en el proceso - IX. Intervención temprana y coordinada de los organismos públicos - X. Simplificación de los procesos y trato prioritario - XI. Algunas herramientas procesales introducidas por el CCyCN - XII. Consideraciones finales.

A partir de la reforma constitucional del año 1994, en la que se incorporaron tratados internacionales de derechos humanos, se han adoptado una abundante cantidad de normas inclusivas e igualitarias reconociendo derechos sociales, económicos, culturales, civiles y políticos. En particular, en los últimos años se sancionaron las leyes 25.929 y 26.529 de salud pública, la ley 26.061 de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, la ley 26.165 de reconocimiento y protección al refugiado, ley 26.378 que aprueba la



Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, ley 26.390 de prohibición del trabajo infantil y protección del trabajo adolescente, ley 26.485 de protección integral a las mujeres, ley 26.618 de matrimonio igualitario, ley 26.743 de identidad de género, ley 26.682 de medicina prepaga, la ley 26.742 de muerte digna, ley 26.862 de acceso integral a las técnicas de reproducción humana asistida, por citar algunas.

Sin embargo, por otro lado, resulta innegable que diariamente el sistema judicial excluye en forma sistemática a determinados grupos de personas, obstaculizando su acceso o dejándolas desprotegidas de las garantías del proceso.

Esa circunstancia que en otro momento histórico pudo haber sido naturalizada, resulta inadmisibles en el contexto actual del “Estado constitucional de derecho”¹.

En tal sentido, la crisis del modelo kafkiano que atraviesa el sistema judicial argentino fue puesta de manifiesto con la condena al Estado Nacional por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el conocido caso “Furlan”².

A su vez, cabe destacar que hace pocos días comenzó a regir el nuevo código civil y comercial, lo cual refuerza lo señalado en las primeras líneas. Sobre ese acontecimiento, resulta interesante recordar las palabras emitidas por Elena Highton, como integrante de la Comisión de Reforma que elaboró el Anteproyecto: “*éste es el tiempo de los vulnerables*”³. Esa expresión refiriendo a un nuevo paradigma del Derecho inspiró el título al presente trabajo.

En palabras de Marisa Herrera, sucede que las personas “fuertes” ya por ello se encuentran en una situación ventajosa; es por eso que la ley —en especial, la legislación civil— debe estar al servicio del más débil, para fortalecerlo y sacarlo de ese lugar de fragilidad en el que se encuentra inmerso⁴.

¹ FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Trotta, Madrid, 2006.

² CIDH, “Sebastián Claus Furlán y familia vs. Argentina”, Caso Nº 12.539, del 31-8-2012.

³ Discurso del 07/4/2015 en el acto realizado en la CSJN por la implementación y entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación

⁴ HERRERA, Marisa, “El Código Civil y Comercial de la Nación desde la perspectiva de género”, LA LEY 19/02/2015, 1; LA LEY 2015-A, 927.



En ese marco, según afirmaremos, hay grupos de personas que, por hallarse en condición de vulnerabilidad, no solo se enfrentan con mayores obstáculos para acceder al sistema judicial, sino que también al intervenir a un proceso judicial lo hacen en posición de desventaja frente al resto. Frente a ello, consideramos relevante plantear las razones y el modo en que los tribunales pueden y deben adoptar medidas para que las garantías del debido proceso no resulten meras declaraciones teóricas o simples expresiones de deseo.

El propósito del trabajo consistirá también en intentar aportar herramientas y mecanismos de garantía de la tutela judicial efectiva que –parafraseando a Bazán– coadyuven definitivamente a “ponerla en acción”⁵.

I. La constitucionalización de los procesos

Sostiene Highton que bajo el efecto del fenómeno de la constitucionalización, el centro de gravedad del orden jurídico se ha desplazado. Desde el siglo XIX, ese orden tuvo a la ley como eje esencial. A partir de fines del siglo XX, el eje es la Carta Fundamental. Hoy debe hablarse del principio de constitucionalidad, porque la Constitución no es ya más un derecho de preámbulo ni otro de índole política, sino un verdadero Derecho. Y del principio de convencionalidad, porque los tratados de derechos humanos ya no son derecho internacional sino derecho interno. Las cosas ya no son como antes. La ley era "el metro" supremo; hoy en día, lo es la Constitución⁶.

Se trata de la tendencia de extender el marco de aplicación de los principios constitucionales, rechazando la pretensión de insularizar ciertas áreas del derecho, o la idea de

⁵ En rigor, el concepto extrapolado de Víctor Bazán fue propiciado en relación a los DESC: “Los derechos económicos, sociales y culturales en acción: sus perspectivas protectorias en los ámbitos internos e interamericanos”, en Rev. del Instituto de Investigaciones jurídicas de la UNAM. Anuario de Derecho Constitucional Lationamericano, 2005, pp. 547/584.

⁶ Highton, Elena I., “Los jóvenes o adolescentes en el Código Civil y Comercial”, LA LEY 13/04/2015, 1, LA LEY 2015-B, 901.



que ciertas áreas se rigen por principios especiales, desconectados de los estándares constitucionales⁷.

En esa línea, el Código Civil y Comercial de la Nación recoge expresamente el proceso de constitucionalización del derecho privado en los arts. 1 y 2, comprensivo de los tratados internacionales de derechos humanos. De tal forma, se obliga al juzgador no sólo a subsumir los hechos en las reglas, sino a ponderar los principios en la gran cantidad de casos en los que éstos entran en conflicto⁸.

Pues, a la luz de la constitucionalización y convencionalización del Derecho Privado, es decir, el peso que la Constitución Nacional y los tratados internacionales de Derechos Humanos tienen como fuerza inspiradora de todo el ordenamiento jurídico nacional, siempre se debe resaltar cuál es el derecho humano comprometido que implica cada institución jurídica⁹.

II. La vulnerabilidad como condición

Si bien se ha escrito bastante acerca de la noción de “vulnerabilidad”, creemos conveniente definirla una vez más, a fin de despejar las dudas que pudieran generarse sobre su conceptualización.

La Real Academia Española (RAE) adopta la siguiente definición de “Vulnerable” (Del lat. *vulnerabilis*): *Que puede ser herido o recibir lesión, física o moralmente*. A su vez, se define “Vulnerar” (Del lat. *vulnerāre*, de *vulnus*, herida) como: *1. tr. Transgredir, quebrantar, violar una ley o precepto. 2. tr. Dañar, perjudicar. Con sus reticencias vulnero la honra de aquella dama. 3. tr. ant. herir*.

De esas definiciones puede señalarse que el vocablo “vulnerabilidad” denota una dualidad que configura una “amalgama”. Por un lado, contiene una dimensión pasiva

⁷ ALEGRE, Marcelo, “A propósito de la reforma al Código Civil. Duguit y la constitucionalización del derecho privado”, Rev. Pensar en Derecho, Universidad de Buenos Aires, n° 0, año 2012.

⁸ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “La entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la República Argentina”, LA LEY 03/08/2015, 11.

⁹ HERRERA, Marisa, “El Código Civil y Comercial de la Nación desde la perspectiva de género”, LA LEY 19/02/2015, 1; LA LEY 2015-A, 927.



constituida por el ente “vulnerable” pero por otro la dimensión activa, la de quien “vulnera”. Es decir, no existe un ente vulnerado sin otro que vulnere. Por lo que, si no existiese un ente que vulnere, no habría vulnerable. Valga aclarar que cuando se habla de “un ente que vulnera” no necesariamente se lo debe identificar con un sujeto, más bien hace referencia a un entorno que abarca un sistema social y económico, un sujeto o un objeto. De esta forma, un sistema que tenga un espíritu tuitivo con el ente vulnerado, puede brindar una mayor protección hacia el sector más débil, fortaleciéndolo u optando por dismantelar las estructuras opresivas que vulneran y que aplastan a los más desaventajados¹⁰.

Esa observación resulta trascendente en tanto da cuenta de que la condición de vulnerabilidad no deriva de una cualidad de la personalidad sino de una situación social. Por ello, a los fines de analizar una tutela especial, resulta adecuado emplear la terminología “personas en condición de vulnerabilidad”.

El concepto de vulnerabilidad fue motivo de estudio al elaborar las “Reglas de Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad” (en adelante, las “Reglas de Brasilia” o, sencillamente, las “Reglas”), aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana que se llevó a cabo en Brasilia durante el año 2008.

Según las Reglas de Brasilia cabe considerar “en condición de vulnerabilidad a aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico” (regla n° 3).

Siguiendo a la clasificación adoptada en las Reglas, podrán constituir causas de vulnerabilidad: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad, entre otras. Sin embargo, la determinación concreta de las personas en condición de

¹⁰ ALONSO, Julio S., “Villa El Cartón: Una lectura desde la vulnerabilidad del principio de autonomía: Derecho a la vivienda adecuada y a la salud”, disponible en: http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/Julio_Final.pdf



vulnerabilidad en cada país dependerá de sus características específicas, o incluso de su nivel de desarrollo social y económico (regla n° 4).

Paralelamente, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU ratificado por Argentina en el año 2008 implicó un avance importante en materia de derechos humanos, estableciendo las obligaciones que asumen los Estados respecto a este grupo vulnerable.

En el supuesto en particular de la pobreza, se entiende que constituye una causa de exclusión social, tanto en el plano económico como en los planos social y cultural, y supone un serio obstáculo para el acceso a la justicia especialmente en aquellas personas en las que también concurre alguna otra causa de vulnerabilidad (regla n° 15). De allí que en las Reglas se estableció que debe promoverse la cultura o alfabetización jurídica de las personas en situación de pobreza, así como las condiciones para mejorar su efectivo acceso al sistema de justicia (regla n° 16).

Sostienen Federico Andreu-Guzmán y Christian Courtis que la identificación de los factores de vulnerabilidad efectuada por las Reglas se adecua a los estándares internacionales en materia de derechos humanos, aunque sería importante señalar que la lista de los grupos cuyo tratamiento se aborda efectivamente no debe ser entendida como exhaustiva. La definición de la Regla 3 es, en este sentido, suficientemente amplia para incluir otros grupos, que podrán a su vez requerir de otras medidas especiales. Cabe, por ejemplo, mencionar una categoría no tratada en las Reglas: la condición de extranjero, que no se limita a la de migrante o refugiado. Al respecto, la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares –ratificada por la mayoría de los Estados de la región– y la propia jurisprudencia de la Corte Interamericana establecen la obligación del Estado, cuando un extranjero es detenido, de notificarlo “de su derecho a establecer contacto con un funcionario consular e informarle que se 7 halla bajo



custodia del Estado”. Las Reglas tampoco mencionan a las personas pertenecientes a minorías sexuales, víctimas habituales de abuso y violación de derechos en la región¹¹.

III. El rol de los tribunales

Como bien se señaló en la Exposición de Motivos de las Reglas de Brasilia, el sistema judicial se debe configurar, y se está configurando, como un instrumento para la defensa efectiva de los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad. Poca utilidad tiene que el Estado reconozca formalmente un derecho si su titular no puede acceder de forma efectiva al sistema de justicia para obtener la tutela de dicho derecho. Si bien la dificultad de garantizar la eficacia de los derechos afecta con carácter general a todos los ámbitos de la política pública, es aún mayor cuando se trata de personas en condición de vulnerabilidad dado que éstas encuentran obstáculos mayores para su ejercicio. Por ello, se deberá llevar a cabo una actuación más intensa para vencer, eliminar o mitigar dichas limitaciones. De esta manera, el propio sistema de justicia puede contribuir de forma importante a la reducción de las desigualdades sociales, favoreciendo la cohesión social.

En las Reglas de Brasilia se dispuso expresamente que los destinatarios del contenido de esas normas sean todos los actores del sistema de justicia. Es decir: a) los responsables del diseño, implementación y evaluación de políticas públicas dentro del sistema judicial; b) los jueces, fiscales, defensores públicos, procuradores y demás servidores que laboren en el sistema de administración judicial de conformidad con la legislación interna de cada país; c) los abogados y otros profesionales del Derecho, así como los colegios y agrupaciones de abogados; d) las personas que desempeñan sus funciones en las instituciones de Ombudsman; e) policías y servicios penitenciarios; y, f) en forma general, todos los operadores del sistema judicial y quienes intervienen de una u otra forma en su funcionamiento.

¹¹ ANDREU-GUZMÁN, Federico - COURTIS, Christian, “Comentarios sobre las 100 reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad”, en *Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad*, Ministerio Público de la Defensa, Buenos Aires, 2008, p. 25.



Estas reglas resultan de valiosa trascendencia operativa para el desempeño de la tarea judicial, ya que recogen recomendaciones para los órganos públicos y para quienes prestan sus servicios en los tribunales.

Si bien las Reglas de Brasilia constituyen una norma de “softlaw”, es decir que –en principio– no tienen carácter vinculante, establecen un conjunto de estándares mínimos que sirven de orientación a los operadores para garantizar y facilitar el acceso de las personas que sufren limitaciones y/o vulneraciones de su derecho de acceso al sistema judicial¹².

A su vez, las Reglas integran el plexo normativo internacional en materia de derechos humanos y son pautas interpretativas de las Convenciones y pactos internacionales.

Por otro lado, cabe destacar que sus pautas tienen fundamento en normas convencionales. Por citar un ejemplo, la Declaración de los Derechos del Niños establece que el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación por medio de la acordada 5/2009 adhirió a las Reglas y estableció que constituyen *una guía a seguir por los tribunales*.

Señalan Andreu-Guzmán y Courtis que un punto para destacar en el reconocimiento de las Reglas es que tanto el Poder Judicial como el Ministerio Público y las Defensorías Públicas u Oficiales –y no sólo los poderes políticos– tienen responsabilidades en materia de acceso a la justicia de las personas y grupos sociales en situación de vulnerabilidad. Esto, claro, no es novedoso en materia de derecho internacional de los derechos humanos, pero las Reglas merecen ser elogiadas por constituir un ejemplo de expresa asunción y toma de conciencia de la existencia de esas obligaciones por parte de los operadores del sistema judicial, que se traduce en el establecimiento de lineamientos para su operacionalización concreta. El dato no es menor, si se tiene en cuenta que parte de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de

¹² Ver PALACIOS, Agustina, “Género, discapacidad y acceso a la justicia”, en *Discapacidad, Justicia y Estado. Acceso a la Justicia de Personas con Discapacidad*, Infojus, Buenos Aires, 2012, pág. 59.



Derechos Humanos se refiere a violaciones a los derechos humanos de personas en situación de vulnerabilidad imputables al Poder Judicial o al Ministerio Público¹³.

En la prosa de Julián Axat, el nuevo operador de derecho que tiene que parirse es un operador vinculado fuertemente a la justicia social, a los sectores sociales, con una carga de sensibilidad muy importante que tiene que ver con la otredad. Y la otredad son los sectores más vulnerables. Tiene que ver con todas las diferencias sociales, con los siempre tratados como enemigos, ahora tratados como amigos: los menores, las mujeres y las cuestiones de género, la libertad sexual; con los vagabundos, con los desclasados, con los inmigrantes. Con todos los que la sociedad consideró parias o enemigos durante casi todo el siglo XX. Entonces, el modelo de operador político tiene que ver con la inclusión de esos sectores, con sensibilidad hacia ellos. Por eso es también una crisis con el modelo del kafkianismo. ¿En qué sentido? Porque la sensibilidad del funcionario tiene que ver con la posibilidad de ponerse en el lugar del otro, de escucharlo y con esto sobre lo que Kafka trabajaba que tiene que ver con la sensibilidad poética o literaria. Entonces, el funcionario ya no es una persona que sabe leyes, es un tipo formado en muchos saberes¹⁴.

Desde esa perspectiva, observamos un atraso alarmante en la aplicación de las Reglas por parte de la jurisprudencia nacional. Como muestra de ello, puede advertirse que en los buscadores de internet con mayor base de datos de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil no existe ni siquiera un solo fallo que invoque las Reglas de Brasilia¹⁵.

IV. La igualdad en el proceso

¹³ ANDREU-GUZMÁN, Federico - COURTIS, Christian, “Comentarios sobre las 100 reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad”, en *Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad*, Ministerio Público de la Defensa, Buenos Aires, 2008, p. 21.

¹⁴ Entrevista a Julián Axat, “La justicia legítima debe ser para los que menos tienen”, *Tiempo Argentino*, del 13/3/2013.

¹⁵ La búsqueda se realizó en los sitios de La Ley Online e Infojus.



Si se otorgan concesiones a favor sólo de algunos sectores, algún fantasma del castillo en ruinas –tomando la expresión de Peyrano¹⁶– podría preguntar: ¿no resultaría entonces una forma de “discriminar” al resto de la sociedad?

Un razonamiento como el que contiene ese planteo tiene fundamento en una premisa errónea sobre la igualdad de condiciones. En rigor, el norte que se pretende es colocar en situación de igualdad a quienes se encuentran en condiciones de base menos ventajosas por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales. Es decir, como se establece en la Regla n° 3 aludida, poner en igualdad a quienes encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema judicial los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.

El principio de igualdad en el ámbito del proceso es una manifestación del principio general de "igualdad ante la ley" consagrado por el art. 16 de la Constitución Nacional¹⁷. Afirma Clemente Díaz que al penetrar el principio político constitucional de la igualdad de los habitantes de la Nación en la órbita del Derecho Procesal se transforma en la "relativa paridad de condiciones de los justiciables, de tal manera que nadie pueda encontrarse en una situación de inferioridad jurídica"¹⁸.

La Corte Interamericana postula que la presencia de condiciones de desigualdad real obliga a los Estados a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Esto es así pues, de no existir esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en igualdad con quienes no afrontan esas desventajas¹⁹.

¹⁶ PEYRANO, Jorge W., “El proceso civil es un castillo en ruinas...”, La Ley 2014-F, 1232.

¹⁷ LOUTAYF RANEA, Roberto G. - SOLÁ, Ernesto, “Principio de igualdad procesal”, La Ley 2011-C.

¹⁸ DÍAZ, Clemente: "Instituciones de Derecho Procesal", Parte General, Bs. As., Abeledo-Perrot, tomo I, 1968, pág. 218.

¹⁹ CIDH, Opinión Consultiva 18/03 del 17-09-03.



Sucede que el principio de no-discriminación no provee de herramientas suficientes para los casos en los que las diferencias de hecho entre las personas, y en particular las diferencias en que surgen a partir de un trato sistemáticamente excluyente o de sometimiento, son relevantes para realizar tratos diferentes que no serían tolerados por una visión individualista de la igualdad. Se trata de las acciones afirmativas, o también denominadas “medidas de discriminación inversas”, que se corresponden con un “trato (estatal) diferente” fundado en la identificación de ciertos grupos a cuyos miembros, exclusivamente por su calidad de tales, se les reconocen prerrogativas o tratos especiales que no le son reconocidos a miembros de otros grupos²⁰.

Enseña Alicia Ruiz que cuando el discurso jurídico instala la categoría de “vulnerable” o “en condiciones de vulnerabilidad” quiebra la igualdad formal de los “todos” y amplía y transforma el campo de los sujetos de Derecho. Asumir y superar la vulnerabilidad que niega a tantos el ingreso al rango de sujetos de derecho requiere la apertura a nuevos paradigmas epistemológicos para el discurso jurídico, conjuntamente con una radical profundización de las prácticas democráticas en los espacios públicos y privados (que debe abarcar a la justicia como órgano estatal), una participación activa y permanente del Estado a través de la formulación y ejecución políticas públicas inclusivas y de un Poder Judicial que no renuncie, bajo ninguna circunstancia, a su responsabilidad de controlar que las garantías no sean solo palabras²¹.

V. Barreras

Las personas en condiciones de vulnerabilidad se enfrentan a múltiples barreras que las colocan en situación de desventaja respecto de las demás.

Las barreras pueden ser económicas, pues el acceso al sistema judicial siempre insume gastos, no sólo por la contratación de un abogado y el pago de las tasas judiciales, sino también

²⁰ Ver SABA, Roberto, “(Des)igualdad estructural”, en Marcelo Alegre y Roberto Gargarella (coords.), *El Derecho a la Igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007.

²¹ RUIZ, Alicia E. C., “Violencia y Vulnerabilidad” en *Revista Institucional de la Defensa Pública de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, marzo de 2011, pp. 13/22.



por el acceso físico a los tribunales, que tienen horarios acotados de atención al público (incompatibles con las jornadas de trabajo)²².

No obstante, las barreras no se limitan a cuestiones económicas, sino también informacionales y comunicacionales, pues no todas las personas tienen acceso a la información sobre sus derechos y los medios para ejercerlos.

La cuestión de las barreras comunicacionales será abordada en un apartado especial. El lenguaje inaccesible de los tribunales tiende a expulsar a las personas de un sistema que debiera ser inclusivo.

Por otro lado, las personas en condición de vulnerabilidad se encuentran con obstáculos actitudinales. Esto ocurre debido a que las personas que brindan el servicio de administración de justicia no están –en términos generales– capacitadas para tratar con personas con capacidades diferentes o comprometerse con la diversidad de los casos. En tal sentido, la conformación hegemónica de los integrantes de los tribunales, por el propio mecanismo de ingreso y ascensos en la carrera judicial, conspira contra una apertura inclusiva de sus componentes.

Por último, cabe mencionar a las barreras arquitectónicas y demás obstáculos de accesibilidad. El sistema judicial requiere que los edificios, sitios *web* y sus diferentes servicios sean accesibles para todas las personas.

En tal sentido, no basta con que las personas puedan usar independientemente las instalaciones de un edificio, sino que hay que garantizar que al hacerlo no se establezca una distinción esencial entre diferentes categorías de personas. Son pocos los tribunales del país que cuentan con una puerta principal por lo que puedan pasar las personas con sillas de ruedas y las que llevan cochecitos de niños. Han de usar puertas traseras y esto ya entra en conflicto con el principio de normalidad. Todas las personas deben tener la posibilidad de entrar en un edificio de la misma forma, o sea debe haber una sola entrada para todos. Lógicamente, la

²² GHERARDI, Natalia, “Notas sobre acceso a la justicia y servicios jurídicos gratuitos en experiencias comparadas: ¿un espacio de asistencia posible para las mujeres?”, en Birgin – Kohen (comp.), Acceso a la justicia como garantía de igualdad, Ed. Biblos, Buenos Aires, 2006, p. 134.



normalidad no quiere decir que no puedan adoptarse determinadas medidas para categorías específica, como rótulos en Braille para personas ciegas²³.

La Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad –ratificado por nuestro país por la ley 26.378– establece en el artículo 9 que los Estados Partes adoptarán medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, y a otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público, tanto en zonas urbanas como rurales.

VI. Asistencia profesional gratuita, especializada y de calidad

Las instituciones judiciales deben arbitrar los medios para brindar información básica de los derechos por parte de los ciudadanos y los medios para ejercer y hacer reconocer esos derechos. Con ese propósito, existen múltiples y diversas experiencias que en su medida resultan útiles, entre las más novedosas cabe mencionar el programa ATAJO (Agencias Territoriales de Acceso a la Justicia) del Ministerio Público Fiscal²⁴.

Sin perjuicio de ello, corresponde también a los tribunales adoptar medidas para asegurar que las personas tengan acceso efectivo a la información básica sobre sus derechos en forma adaptada a las circunstancias determinantes de su vulnerabilidad. La información se debe prestar desde el inicio del proceso y durante toda su tramitación (regla n° 54).

A su vez, la información debe incluir el tipo de apoyo o asistencia que puede recibir en el marco de las actuaciones judiciales, los derechos que puede ejercitar en el seno del proceso, la forma y condiciones en las que puede acceder a asesoramiento jurídico o a la asistencia técnico- jurídica gratuita en los casos en los que esta posibilidad sea contemplada por el

²³ Ver NERPITI, Valeria E., “Barreras de accesibilidad arquitectónica: propuesta de superación”, en *Discapacidad, justicia y estado: barreras y propuestas.*, Infojus, Buenos Aires, 2014, pp. 109 y ss.

²⁴ Ver <https://www.mpf.gob.ar/atajo/atajos/>.



ordenamiento existente y el tipo de servicios u organizaciones a las que puede dirigirse para recibir apoyo (regla n° 53).

En tal sentido, resulta conveniente que al ordenar el traslado de la demanda a una persona que se encontraría en condiciones de vulnerabilidad, según los hechos relatados en el escrito introductorio, se incluyan en la cédula respectiva algunas direcciones donde pueda acudir en busca de asistencia profesional gratuita²⁵.

Respecto de los niños, niñas y adolescentes, el art. 27 inc. "C" de la ley 26.061 establece que tienen derechos a ser asistidos por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial que lo incluya y que en caso de carecer de recursos económicos el Estado deberá asignarle el Estado de oficio un letrado que lo patrocine.

Señala Arrimada que al Poder Judicial acceden aquellas personas que pueden pagar un abogado. Las asesorías jurídicas gratuitas que existen son escasas para el nivel de desigualdad en los servicios legales. Como regla, uno obtiene una mejor defensa cuando puede pagarla. Eso hace que a la "Justicia" suela acceder aquellos que cuenten con los recursos legales. La asesoría legal y la decisión judicial, cualquiera sea la respuesta, cuesta mucho dinero y tiempo²⁶.

En nuestro país, los abogados tienen el monopolio del acceso a los procesos judiciales. Su presencia se justifica para igualar a los distintos ciudadanos con capacidades dispares que pretenden enfrentarse en sede judicial. Ahora bien, para que esta regla opere, debe garantizarse una igual o similar capacidad de los abogados que representarán los intereses en pugna. De lo contrario, se replicaría en otra instancia el temor a la desigualdad que funda la regla de monopolio²⁷.

²⁵ Por ejemplo, en casos de desalojos por intrusión o de inmuebles de condiciones precarias.

²⁶ ARRIMADA, Lucas, "Todo lo judicial se disuelve en política", Rev. Crisis, n 18.

²⁷ FERNANDEZ VALLE, Mariano, "El acceso a la justicia de los sectores en desventaja económica y social", en Birgin – Kohen (comp.), *Acceso a la justicia como garantía de igualdad*, Ed. Biblos, Buenos Aires, 2006, pp. 40-41.



Ante esas circunstancias, la regla n° 30 de las Reglas de Brasilia resalta expresamente la necesidad de garantizar una asistencia que no solo sea técnico-jurídica, sino también de calidad y especializada.

VII. El lenguaje de los tribunales y la comprensión del derecho

Una de las barreras que tiene la sociedad para acceder al Derecho es el lenguaje judicial, que se caracteriza por ser críptico, oscuro, opaco y distante. Los operadores jurídicos continuamente confunden el lenguaje mediante opacidades, arcaísmos y formulismos que dificultan su comprensión²⁸. La exigencia en terreno jurídico de que sus operadores "hablen claro" es hoy indiscutible y campea en todos sus sectores²⁹.

El Código Civil y Comercial de la Nación introdujo innovaciones en el lenguaje empleado. En especial, la nueva normativa aspira a subvertir muchos binomios excluyentes como el de adulto/menor, padres/hijos, matrimonio/concubinato y persona/anormal que se encontraban anclados en el Código de Vélez Sarsfield³⁰.

En tal sentido, se asentó en los Fundamentos que la Comisión ha puesto una especial dedicación para que la redacción de las normas sea lo más clara posible, a fin de facilitar su entendimiento por parte de los profesionales y de las personas que no lo son. Por esta razón, se han evitado, en la medida de lo posible, las remisiones, el uso de vocablos alejados del uso ordinario, las frases demasiado extensas que importan dificultades de lectura. Se ha tratado de conservar, en lo posible, las palabras ya conocidas y utilizadas por la doctrina y jurisprudencia. Sin embargo, hay numerosos cambios sociales, científicos, culturales, económicos, que demandan el uso de palabras ajenas al lenguaje jurídico. Por estas razones, ha sido inevitable recurrir a nuevas expresiones para reflejar nuevos fenómenos. También se ha puesto énfasis en

²⁸ Ver el informe elaborado por la "Comisión de modernización del lenguaje jurídico en España" con participación del Director de la Real Academia Española, el cual da cuenta de los errores que comenten los tribunales y dificultan la comprensión de sus textos.

²⁹ PEYRANO, Jorge, "Hablar claro en el proceso (*clare loqui*)", LA LEY 01/10/2013, 1, LA LEY 01/10/2013, 1.

³⁰ CASAS, Manuel Gonzalo - LOPEZ TESTA, Daniela, "Una "dogmática deconstructiva" del Código Civil y Comercial", Sup. Act. 21/05/2015, 1, LA LEY 21/05/2015.



la gramática y, en especial, se ha tratado de emplear el tiempo presente en la redacción de todo el articulado, porque es el que más se adapta a la buscada claridad expositiva.

La terminología utilizada resulta relevante pues, parte de las barreras para el efectivo acceso a la justicia se deben en nuestros países a la distancia social existente entre los operadores jurídicos –provenientes en su mayoría de estratos de ingresos medios y altos, con acceso a estudios universitarios– y las personas pertenecientes a grupos vulnerables, en su gran mayoría pobres. Un reflejo de esta distancia social lo constituyen las dificultades de comunicación debidas al empleo innecesario de lenguaje técnico, profesional o simplemente arcaico, de modo que la barrera es creada en estos casos por los operadores judiciales, más que por un factor atribuible a las personas en situación de vulnerabilidad. Nótese que las Reglas 58 a 61 parecen apuntar en esta dirección, pero la necesidad de entrenamiento específico de los operadores de la Justicia para comunicarse adecuadamente con sectores sociales postergados no se limita exclusivamente a las “actuaciones judiciales”, sino que incluye el asesoramiento y la asistencia previa y posterior a las actuaciones judiciales³¹.

A menudo, las personas que acuden ante un tribunal no entienden bien la razón por la que han sido llamadas y, muchas veces, salen sin comprender el significado del acto en el que han participado o las consecuencias del mismo. Sin embargo, no hay algo tan complejo en el ámbito jurídico como para que el ciudadano de a pie no pueda comprenderlo si se le explica con claridad. Los científicos explican en términos sencillos fenómenos tan complejos como la física cuántica o la regeneración celular. Lo mismo puede hacerse con el derecho. Bastaría con explicar con palabras llanas, antes del inicio del acto procesal, la razón que trae al ciudadano ante el tribunal, el significado de cuanto ha de acontecer en su presencia y, una vez finalizado, sus consecuencias³².

³¹ ANDREU-GUZMÁN, Federico - COURTIS, Christian, “Comentarios sobre las 100 reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad”, en *Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad*, Ministerio Público de la Defensa, Buenos Aires, 2008, p. 28.

³² Informe de la Comisión de modernización del lenguaje jurídico convocada por el Ministerio de Justicia de España.



Por ello, las notificaciones deben contener términos y estructuras gramaticales simples y comprensibles, que respondan a las necesidades particulares de las personas en condición de vulnerabilidad. Asimismo, deben evitarse expresiones o elementos intimidatorios, sin perjuicio de las ocasiones en que resulte necesario el uso de expresiones conminatorias (regla n° 59). A su vez, en las resoluciones judiciales deben emplearse términos y construcciones sintácticas sencillas, sin que ello afecte su rigor técnico (regla n° 60).

Por otro lado, resulta necesario fomentar los mecanismos necesarios para que la persona en condición de vulnerabilidad comprenda los juicios, vistas, comparencias y otras actuaciones judiciales orales en las que participe (regla n° 61). Enhorabuena, una corriente doctrinaria viene impulsando con firmeza la oralidad en el proceso civil³³.

Un caso paradigmático sobre las barreras en la comprensión del derecho que se pudo seguir a través de los medios de comunicación masiva fue el de Reina Maraz. Se trata de una mujer en situación de vulnerabilidad extrema por su condición de migrante, extranjera, indígena, pobre y víctima de violencias múltiples. Maraz es quechua-parlante y no habla lengua castellana. Al igual que Joseph K. en *El proceso*, pasó el primer año de encierro junto a su beba sin saber las razones de su detención³⁴.

VIII. Participación en el proceso

Como corolario del principio de debido proceso, las personas involucradas no sólo deben tener la posibilidad de comprender el proceso, sino también de participar. Para ello, es ineludible el rol de los tribunales en asegurar la participación efectiva de las partes, generando oportunidades para escuchar a los involucrados e invitarlos a participar en las audiencias.

³³ LEDESMA, Ángela, “La oralidad del proceso civil como instrumento de cambio”, *Rev. Derecho Privado*, Infojus, año II, N° 7, p. 85 y ss.; ITURBIDE, Gabriela, “Oralización del proceso civil”; *Rev. Derecho Privado*, Infojus, año II, N° 7, p. 47 y ss.; DE LOS SANTOS, Mabel, entrevista, “*Rev. Derecho Privado*, Infojus, año II, N° 7, p. 196 y ss.; y, más recientemente, SBDAR, Claudia B., “La oralidad en el proceso civil argentino”, LA LEY 2015-B, 0.

³⁴ Para detalles más precisos, acceder a los informes elaborados en el caso por la Comisión Provincial de la Memoria.



Con carácter previo al acto judicial, debe proporcionarse a la persona en condición de vulnerabilidad información directamente relacionada con la forma de celebración y contenido de la comparecencia, ya sea sobre la descripción de la sala y de las personas que van a participar, ya sea destinada a la familiarización con los términos y conceptos legales, así como otros datos relevantes al efecto (regla n° 63).

Debe procurarse la prestación de asistencia por personal especializado (profesionales en Psicología, Trabajo Social, intérpretes, traductores u otros que se consideren necesarios) destinada a afrontar las preocupaciones y temores ligados a la celebración de la vista judicial (regla n° 64).

Durante el acto judicial, cuando la concreta situación de vulnerabilidad lo aconseje, la declaración y demás actos procesales deben llevarse a cabo con la presencia de un profesional, cuya función será la de contribuir a garantizar los derechos de la persona en condición de vulnerabilidad. También puede resultar conveniente la presencia en el acto de una persona que se configure como referente emocional de quien se encuentra en condición de vulnerabilidad (regla n° 65).

Por último, resulta conveniente que la comparecencia tenga lugar en un entorno cómodo, accesible, seguro y tranquilo (regla n° 66). Son conocidos los problemas edilicios de los tribunales y que están abarrotados de expedientes, sin embargo corresponde a los operadores –como en cualquier situación de crisis– hallar soluciones creativas para cumplir con esa regla.

Sostiene Barrera que desde la teoría del derecho, la investigación acerca de la experiencia del espacio interno de los tribunales ha sido escasa, ausencia que podría explicarse por la obsesión del mundo jurídico por lo textual: abogados y abogadas aprenden el derecho a través de una norma escrita, como si esta sola fuera capaz de dar acabada cuenta de por qué un caso se decide de determinada forma, y consideran el espacio del tribunal como una superficie despolitizada. De ese modo, no se tiene en cuenta que la forma de una sala, la configuración de las paredes y barandas, la altura de sus divisiones, la posición de las mesas y



aun la elección de los materiales son cruciales para una comprensión más minuciosa de la actividad de juzgar³⁵.

IX. Intervención temprana y coordinada de los organismos públicos

Corresponde a los operadores judiciales establecer mecanismos de coordinación intrainstitucionales e interinstitucionales, orgánicos y funcionales, destinados a gestionar las interdependencias de las actuaciones de los diferentes órganos y entidades, tanto públicas como privadas, que forman parte o participan en el sistema de justicia (regla n° 39).

En cumplimiento de normas constitucionales, resulta indiscutible que los tribunales deben adoptar medidas tendientes a evitar la vulneración de derechos humanos como el derecho a la vivienda o a la salud, en especial en caso de personas en condición de mayor vulnerabilidad. En tal sentido, ante la eventualidad de un posible desalojo corresponde requerir la intervención de los organismos públicos para que brinden asistencia habitacional.

La convocatoria temprana, adecuada y coordinada de esos organismos no sólo beneficia a la persona que requiere asistencia, sino también –por caso– al propio propietario que pretende la recuperación del inmueble.

En palabras de Trionfetti, serializar en la rutina de demandas judiciales clonadas, sin una visión estratégica estructural del cambio, sin insistir en el diálogo con las agencias gubernamentales incumplidoras o ineficientes; sin coordinación con la Defensoría del Pueblo, con la Auditoría General, con autoridades federales, sin respuesta táctica a las diferentes matices de cada uno de los conflictos judicializados, sin proyección del reclamo federal y regional, etc., es un trabajo ineficiente y cuyo costo lo sufren los que quedan, como ocurre en el caso de las personas en situación o en riesgo de situación de calle, para dar un ejemplo cabal,

³⁵ BARRERA, Leticia, *La Corte Suprema en escena. Una etnografía del mundo judicial*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno, 2012, 69 y ss.



en un limbo de subsidios y planes, flotando en un mar brumoso y de estrechez de ideas; es puro mientras tanto³⁶.

Un caso paradigmático de efectivización del derecho a la vivienda de personas en condición de vulnerabilidad como consecuencia del esfuerzo incansable y eficiente de los operadores judiciales coordinando la intervención de los organismos públicos, fue el de la cooperativa “Crecer en Ministro Brin”³⁷. En ese caso, mediante la coordinación de la Defensoría de Menores, el Consejo de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes del GCBA, el Instituto de Vivienda de la Ciudad (IVC), la Subsecretaría de Fortalecimiento Familiar y Comunitario del Ministerio de Desarrollo Social del GCBA, la Dirección General de Atención Inmediata, la Procuración General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la Comisión Nacional de Tierra para el Hábitat Social, “Padre Carlos Mugica” dependiente de la Jefatura de Gabinete de Ministros, del Estado Nacional, la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Instituto Nacional de Asociativismo y Economía Social, Banco de la Ciudad de Buenos Aires y hasta de la Escribanía General de la Nación y la Facultad de Arquitectura y Urbanismo de la UBA (FADU), se logró que las familias que vivían en un conventillo ubicado en el barrio de La Boca pudieran comprar el inmueble que había sido adquirido en una subasta, solucionando el problema habitacional de sus ocupantes.

X. Simplificación del proceso y trato prioritario

El art. 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, como el art. XXV de la Declaración Americana de los Derechos del Hombre y el art. 14.3.c del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos consagran el derecho de ser juzgado sin dilaciones indebidas o injustificadas y la sencillez y brevedad de los procesos.

³⁶ TRIONFETTI, Víctor, “Jurisdicción, proceso y tutela de los vulnerables”, Rev. Derecho Privado, Infojus, año II, N° 7, p. 178.

³⁷ Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Civil Nro. 1, “Castronuovo de Santandrea S.A. c. T., C. A. y otros s/ ejecución de alquileres”, 09/06/2014”, DJ 29/10/2014, 72, LA LEY 22/12/2014, 4. Al respecto, puede verse también el fallo confirmatorio: CNCiv., Sala F, del 15/07/2014, con nota elogiosa de GIALDINO, ROLANDO E., “El proceso judicial como techo para los sin techo. El juez, los desalojos forzosos y el derecho humano a la vivienda adecuada”, LA LEY 22/12/2014, 4, LA LEY 2015-A, 42.



En el fallo "Losicer", la Corte Suprema expresó que el plazo razonable de duración del proceso constituye una garantía exigible en toda clase de proceso, difiriéndose a los jueces la casuística determinación de si se ha configurado un retardo injustificado de la decisión. Para ello, sostuvo el Máximo Tribunal, ante la ausencia de pautas temporales indicativas de la duración razonable, tanto la Corte Interamericana como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos han expuesto en diversos pronunciamientos ciertas pautas para su determinación y que pueden resumirse en: a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado; c) la conducta de las autoridades judiciales; y, d) el análisis global del procedimiento³⁸.

El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva incluye el derecho a la oportunidad, vinculado al uso racional del tiempo procesal por parte de las partes y del juez³⁹. Es decir, el proceso debe concluir con una sentencia que ponga fin al mismo, la cual, a su vez, debe ser "justa" y ser dictada en un lapso temporal adecuado a determinados parámetros objetivos y subjetivos (arts. 8 y 7.4, 7.5 y 7.6 de la CADH).

Los procesos en los que intervienen personas en condición de mayor vulnerabilidad, ya sea por la concurrencia de varias causas o por la gran incidencia de una de ellas, no sólo requieren mayor activismo de los tribunales, sino también un trato prioritario.

En el ámbito nacional, la prioridad en el trámite deriva del art. 34 del Código Procesal y el art. 36 del Reglamento para la Justicia Nacional⁴⁰.

Con agudeza, Trionfetti señala que la tutela de una persona o grupo vulnerables la mayor parte de las veces requiere de una vía tuitiva urgente. Lo urgente no puede establecerse en términos burocráticos (días y horarios hábiles, formatos A4, márgenes, etc.). Arremete Trionfetti agregando que el Poder Judicial no logra estar a la altura de las urgencias de los

³⁸ Casos 'Genie Lacayo vs. Nicaragua', fallada el 29 de enero de 1997, párrafo 77 y 'López Álvarez v. Honduras', fallado el 10 de febrero de 2006; 'Kónig', fallado el 10 de marzo de 1980 y publicado en el Boletín de Jurisprudencia Constitucional 1959-1983 en Madrid por las Cortes Generales.

³⁹ DE LOS SANTOS, Mabel, "El debido proceso ante los nuevos paradigmas", LA LEY 09/04/2012, 1.

⁴⁰ Ver CIDH, "Sebastián Claus Furlán y familia vs. Argentina", Caso N° 12.539, del 31-8-2012. El artículo 34 inciso 2 del CPCCN establece que es deber de los jueces "(d)ecidir las causas, en lo posible de acuerdo con el orden en que hayan quedado en estado, salvo las preferencias a los negocios urgentes y que por derecho deban tenerla". Con respecto a este último punto, el artículo 36 del RJN establece que "serán de preferente despacho" las "indemnizaciones por incapacidad física".



vulnerables cuando se toma 45 días de vacaciones al año y deja dos o tres juzgados como custodios del derecho de admisión para ejercer el elemental derecho de peticionar ante las autoridades⁴¹.

Respecto de los tiempos del proceso, con frecuencia suelen presentarse modelos de gestión judicial basados mayormente en la celeridad del proceso, lo cual resulta loable. No obstante, esos modelos de gestión pueden convertirse en un objetivo vacuo que profundice aún más la brecha con los sectores desplazados del sistema judicial, en tanto no estén destinados a brindar una tutela adecuada a las personas que se encuentran esa condición.

XI. Herramientas procesales introducidas por el CCyCN

El Código Civil y Comercial de la Nación proporciona a los jueces de algunas herramientas procesales que, según creemos, deben emplearse especialmente para hacer efectivos los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad.

Una de ellas es concierne a la función preventiva de la responsabilidad civil que el código consagra en forma expresa en los artículos 1710 al 1713. En tal sentido, se regula una acción destinada a la evitación, disminución y no agravamiento de daños, concediendo amplias facultades a los jueces para ordenar las medidas preventivas que se consideren más idóneas. En especial, en lo que aquí atañe, cobra relevancia el reconocimiento amplio de legitimación para promover la acción, constituyendo un nuevo canal de litigio estructural para la efectivización de los derechos de los grupos vulnerados.

De todos modos, más allá de la acción preventiva en sí, merece destacarse la facultad que se concede expresamente a los jueces para decretar medidas preventivas de oficio, según lo dispuesto por el art. 1713.

⁴¹ TRIONFETTI, Víctor, “Jurisdicción, proceso y tutela de los vulnerables”, Rev. Derecho Privado, Infojus, año II, N° 7, p. 182.



Sostiene Peyrano que la creciente demanda de jueces con "responsabilidad social" justifica la aparición de un nuevo instituto pretoriano con finalidades similares a la acción preventiva, pero que consiste en el ejercicio oficioso de facultades judiciales para intentar avertar la posibilidad cierta de daños en ciernes descubierta por el magistrado con motivo de la sustanciación de un proceso civil. Puede traducirse en una orden judicial dirigida a alguna de las partes o aun a terceros absolutamente extraños al proceso respectivo⁴².

Este tipo de mandato, coincidimos con Baracat, suele presentarse en la sentencia que dirime el pleito, cuando el magistrado interviniente detecta la existencia de algún factor de amenaza de daño que de no corregirse o subsanarse, podría ocasionar la repetición del hecho dañoso. No es un caso de pretensión preventiva principal. Se está en presencia más bien de un mandato oficioso que el juez decide emitir para evitar la repetición del perjuicio, es decir, tiende a evitar un perjuicio futuro al propio damnificado o a un tercero⁴³.

A su vez, constituye un supuesto de flexibilización de la congruencia justificado considerando que el sistema que asegura un adecuado funcionamiento de la justicia civil es el que balancea, armoniza e integra el principio dispositivo con el publicismo o activismo. De modo tal de satisfacer el interés privado de los particulares en la resolución del conflicto y, simultáneamente, el interés público de asegurar la efectividad del derecho en su conjunto⁴⁴.

XII. Consideraciones finales

El "acceso a la justicia" o "el agujero negro del sistema judicial" –como lo denomina Alicia Ruiz– es un espacio por el que navegan muchas buenas conciencias como barcos a la deriva procurando llenar un vacío insondable en el que suelen naufragar los discursos garantistas⁴⁵.

⁴² PEYRANO, Jorge W., "Manifestaciones de la tutela jurisdiccional preventiva en materia civil", en Revista de Derecho Procesal, Rubinzal-Culzoni, "Jurisdicción y competencia", 2014-2, p. 195 y sigtes.

⁴³ BARACAT, Edgar J., "Herramientas procesales para la prevención del daño en el nuevo Código Civil Y Comercial", LA LEY 13/07/2015, 1.

⁴⁴ Ver DE LOS SANTOS, Mabel, "Flexibilización de la congruencia", LA LEY 22/11/2007, 1, LA LEY 2007-F, 1278.

⁴⁵ RUIZ, Alicia E. C., "Violencia y Vulnerabilidad" en Revista Institucional de la Defensa Pública de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, marzo de 2011, p. 15.



A lo largo del presente trabajo intentamos fundamentar porqué los jueces, funcionarios y empleados del Poder Judicial deben adoptar un rol activo para asegurar el acceso efectivo al sistema judicial de las personas en condiciones de vulnerabilidad. A su vez, a fin de evitar que las normas inclusivas e igualitarias hoy vigentes queden desvanecidas entre los montones de expedientes de los tribunales, ofrecimos algunas propuestas para su “puesta en acción”.

En el relato de Kafka, el campesino humilde se acerca a la puerta imponente de la ley, quiere entrar pero el guardián es demasiado grande y lo intimida. Demasiado imponente. El campesino de Kafka no entiende por qué es tan difícil entrar a la ley. El pobre campesino envejece al costado de la puerta, porque no se anima a pasar a la Constitución. La puerta del derecho está vedada, cerrada. La puerta del derecho es inmensa, pero permanece vacía. La puerta de entrada está cerrada para él. Los pobres no tienen acceso al derecho. Para el escalafón más bajo sólo queda la obediencia a los monarcas legales. Esos guardianes inmensos y celosos de los que se ríe Kafka son –o somos– los abogados. Muchos se llenan la boca hablando del derecho y de la constitución argentina. Pero no dejan que nadie entre (ose entrar, mencione siquiera la posibilidad de entrar) a su texto. A su intocable castillo de marfil. A su tesoro privado. A su Constitución⁴⁶.

⁴⁶ Texto –recortado– extraído de CROXATO, Guido, “El conservadurismo, la igualdad y el derecho”, *Tiempo argentino*, del 12/7/2012.



Civil Procedure Review
AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

As reformas da execução na Itália¹

(The reforms of enforcement of judgements in Italy)

Giovanni Bonato

Associate Professor at the University of Paris Nanterre La Défense, France

Key-Words: Enforcement and Execution of judgements. Italy. Comparative Law. Enforcement order

Abstract: The article intends to analyse the reforms of enforcement and execution of judgements in the Italian legal system after 1990, about: enforcement order; intervention of a third-party creditor; execution from other parties; judicial penalty.

Palavras-chave: Execução. Itália. Direito Comparado. Título executivo

Resumo: O texto pretende analisar as reformas no processo de execução italiano desde o ano 1990 sobre: o título executivo; a intervenção dos credores na execução por quantia certa; a disciplina da expropriação em face terceiros; a medida coercitiva atípica.

Sumário: 1. Introdução. – 2. Tendências acerca do título executivo – 3. O concurso dos credores na execução por quantia certa – 4. A mudança da disciplina da expropriação em face terceiros – 5. A medida coercitiva atípica do art. 614 *bis* – 6. Considerações conclusivas.

¹ Texto preparado para o I Colóquio Brasil-Itália de Direito Processual Civil e apresentado em São Paulo, Brasil, agosto de 2014.



1. No contínuo e constante vento reformador do processo civil que começa com a lei n. 353, de 26 de novembro de 1990, e prossegue até hoje, foi somente em 2005 que o legislador italiano resolveu ocupar-se específica e aprofundadamente das disposições que regulam a execução².

Além de algumas intervenções setoriais, dentre as quais merece destaque a lei n. 302, de 3 agosto de 1998, que delegou aos notários as operações de venda dos bens imóveis e dos bens móveis registrados, é com o assim chamado “*decreto competitivà*” (decreto lei n. 35, de 14 de março de 2005, convertido, com modificações, na lei n. 80, de 14 de maio de 2005), que o legislador veio a alterar algumas disposições a respeito do processo executivo, reforma que incidiu, dentre outras coisas, na regulamentação dos seguintes institutos: títulos executivos, penhora, intervenções dos credores na expropriação por quantia certa, venda forçada, embargos à execução (as oposições no processo executivo) e suspensão da execução³.

² Nessa linha ver: TOMMASEO, Ferruccio, L’*esecuzione indiretta e l’art. 614 bis C.P.C.*, in *Rivista di diritto processuale*, 2014, p. 1 ss.; FABIANI, Ernesto, Note per una possibile riforma del processo di espropriazione forzata immobiliare, in *Foro italiano*, 2014, c. 53 ss. Cumpre salientar que, ao contrário do que ocorre no Brasil onde foi escolhido o sistema do processo sincretico entre a atividade cognitiva e a de cumprimento da sentença, modelo também seguido pelo Código de Processo Civil de 2015 (THEODORO, Humberto Júnior, *Curso de direito processual civil*, 56° ed., Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1165), no sistema italiano vigora a clássica, formal e nítida dicotomia entre processo de conhecimento e processo de execução: o primeiro encerra-se com a prolação da sentença que reconhece a existência do direito e condena o devedor a cumprir a obrigação; em seguida, na ausência de cumprimento voluntário do devedor, o credor tem o ônus de instaurar um autônomo e distinto processo de execução para obter a satisfação efetiva da própria pretensão, tendente à modificação do mundo exterior. Nesse sentido, ver MANDRIOLI, Cristanto; CARRATTA, Antonio, *Diritto processuale civile*, IV, 23° ed., Turim: Giappichelli, 2014, pp. 6 e 7: “*il processo esecutivo è introdotto da una domanda specifica ed autonoma*”. Sobre o processo executivo italiano, em geral, ver: CAPPONI, Bruno, *Manuale di diritto dell’esecuzione forzata*, Turim: Giappichelli, 2012; CONSOLO, Claudio, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, Turim: Giappichelli, 2013; PUNZI, Carmine, *Il processo civile. Sistema e problematiche*, IV, 2° ed., Turim: Giappichelli, 2010; TOMMASEO, Ferruccio, *L’esecuzione forzata*, Pádua: Cedam, 2009. Impende, contudo, ressaltar que, de acordo com as observações comparativas de SALETTI, Achille, Note comparative sui progetti di riforma del processo esecutivo in Brasile e in Italia, in *Revista de Processo*, vol. 111, 2003, p. 209 ss., a idéia do sincretismo não é totalmente estranha ao ordenamento italiano, pois no âmbito da tutela cautelar a atuação dos provimentos ocorre no mesmo feito do procedimento cautelar: a fase do proferimento da medida cautelar e a da sua atuação não são compartimentos estanques, conforme ao disposto do art. 669 *duodecies* do CPC. Sobre o tema: CARRATTA, Antonio, Procedimento cautelare uniforme, in CARRATTA, Antonio (coord.), *I procedimenti cautelari*, Bolonha: Zanichelli, 2013, p. 393 ss.

³ Vale lembrar que ao mencionado decreto lei n. 35, de 14 de março de 2005, convertido, com modificações, na lei n. 80, de 14 de maio de 2005, se acrescentam as leis sucessivas n. 263, de 28 de dezembro de 2005, e n. 52, de 24 de fevereiro de 2006. Sobre as reformas de 2005-2006 ver: CORDOPATRI, Francesco, Le nuove norme sull’esecuzione forzata, in *Rivista di diritto processuale*, 2005, p. 763 ss.; SALETTI, Achille, Le (ultime?) novità in tema di esecuzione forzata, in *Rivista di diritto processuale*, 2006, p. 193 ss.; VIGORITO, Francesco, Nodi critici e prospettive del processo esecutivo a tre anni dalla riforma. Un confronto su interpretazioni e prassi dei giudici dell’esecuzione, in *Rivista dell’esecuzione forzata*, 2008, p. 667 ss.; CARPI, Federico, Alcune osservazioni sulla



Ainda em matéria de execução forçada, seguiram-se outras modificações normativas e, sem pretensão de exauri-las, merecem ser mencionadas: a lei n. 69, de 18 de junho de 2009, que, entre outras alterações, introduziu uma medida coercitiva atípica no novo art. 614 *bis* do CPC e trouxe algumas modificações sobre a penhora e acerca dos embargos à execução; a lei n. 228, de 24 de dezembro de 2012, que modificou os artigos 548 e 549 do CPC sobre a expropriação perante terceiros.

O processo executivo se colocou também no centro das tentativas de reforma do ano de 2013, as quais, porém, não vingaram em nenhum texto aprovado pelo Parlamento. A referência é ao projeto de lei de delegação do Governo italiano de 17 de dezembro de 2013, pela eficiência do processo civil. Merece ainda ser registrado o Relatório, complementado de um amplo articulado, de uma Comissão de Estudo presidida pelo Professor Romano Vaccarella que propôs múltiplas modificações ao CPC, em particular no âmbito do processo executivo⁴. Em 2014, o Governo revogou o projeto de 17 de dezembro de 2013 e em junho de 2014 aprovou um documento com as diretrizes de uma nova reforma do processo civil que visa à introdução de uma série de medidas também em matéria de execução forçada, todas inspiradas no simples slogan “*quem não paga voluntariamente os próprios débitos deverá pagar mais*”⁵. Trata-se, por hora, somente de um programa que deverá ser levado a efeito nos próximos meses. Com efeito, entre a realização do Colóquio e a publicação deste livro, o Governo italiano aprovou o decreto lei n. 132, de 12 de setembro de 2014, que foi depois convertido pelo Parlamento, com modificações, na lei n. 162, de 10 de novembro de 2014, que trouxe algumas inovações em matéria de processo de execução, tais como: as alterações em matéria de competência territorial do juiz da execução; as novas regras sobre a penhora e a busca dos bens do devedor;

riforma dell'esecuzione per espropriazione forzata, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2006, p. 220; MONTELEONE, Girolamo, La nuova fisionomia dell'esecuzione forzata, in CIPRIANI, Franco; MONTELEONE, Girolamo, *Riforma del processo civile. Commentario*, in *Nuove Leggi Civili Commentate*, 2006, p. 1011 ss.

⁴ Esta Comissão foi encarregada pelo Ministério da Justiça em 28 de junho de 2013 e findou os trabalhos em 3 de dezembro de 2013. O texto do Relatório é publicado no site www.judicium.it (acesso em 25.08.2014).

⁵ Publicado no site www.giustizia.it (acesso em 25.08.2014).



as modificações acerca da venda forçada; as novas disposições no que toca à expropriação em face de terceiros; as regras sobre a infrutuosidade do processo da execução⁶.

Diante do exposto, fica claro que o moto contínuo de reformas dos últimos anos refere-se plenamente ao processo executivo, que é também um “canteiro sempre aberto”, retomando a fórmula cunhada alguns anos atrás por Federico Carpi e utilizada também pela doutrina francesa⁷. Permitam-me algumas breves reflexões a respeito disso.

Não há dúvidas de que é necessário inovar e modernizar o processo de execução forçada, objetivando torná-lo mais rápido, justo e efetivo, consoante os ditames do devido processo legal. Todos reconhecem a importância capital da execução para alcançar uma tutela jurisdicional efetiva⁸ e impende recordar a esse respeito o entendimento da Corte Europeia de Direitos Humanos de Strasburgo, expressado no acordão Hornsby contra Grécia, proferido em 19 de março de 1997, para a qual o direito à execução do provimento judicial faz parte das garantias do devido processo legal previstas no art. 6, §1º, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem⁹. Sem um processo de execução efetivo, a sentença condenatória seria apenas uma simples peça literária.

Entretanto, uma vez reconhecida a exigência de trazer inovações sobre a estrutura do processo executivo, não podemos deixar de acolher a fundada crítica de reverenciados

⁶ Sobre essas últimas inovações, ver: CANELLA, Maria Giulia, Novità in materia di esecuzione forzata, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2015, p. 278; D’ALESSANDRO, Elena, L’espropriazione presso terzi, in LUISO, Francesco Paolo (coord.), AA.VV., *Processo civile efficiente e riduzione dell’arretrato*, Turim, Giappichelli, 2014, p. 67 ss.; DE STEFANO, Franco, Gli interventi in materia di esecuzione forzata nel d.l. 132/2014, in *Rivista dell’esecuzione forzata*, 2014, p. 792 ss.; FARINA, Pasqualina, L’espropriazione presso terzi, in PUNZI, Carmine, *Il processo civile. Sistema e problematiche. Le riforme del quinquennio 2010-2014*, Turim, Giappichelli, 2015, p. 505 ss.; PASSANANTE, Luca, in CARPI, Federico; TARUFFO, Michele, *Commentario breve al codice di procedura civile*, 8º ed., Pádua, Cedam, 2015, p. 116.

⁷ CARPI, Federico, Un cantiere sempre aperto: la riforma del processo civile di cognizione nel decreto sulla competitività, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2005, p. 801 ss.; PERROT, Roger, Décret n. 2005-1679 du 28 décembre 2005, in *Procédures*, 2006, 2, p. 4 ss.; no mesmo sentido GAMBA, Cinzia, Il processo civile all’alba dell’ennesima stagione di riforme, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2014, p. 347 ss.; VELLANI, Carlo, Le proposte di riforma del processo esecutivo rese pubbliche al termine del 2013, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2014, p. 403 ss., fala de “infinito cantiere della giustizia civile”.

⁸ Ver, entre outros: CARPI, Federico, Linee di tendenza delle recenti riforme processuali, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2006, p. 849 ss., spec. p. 862, o qual assevera que “il momento della realizzazione coatta del diritto sia il corollario essenziale della garanzia costituzionale del diritto di azione”; GUINCHARD, Serge, *Droit processuel. Droits fondamentaux du procès*, 6º ed., Paris: Dalloz, 2011, p. 1090.

⁹ In [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-62579#{"itemid":\["001-62579"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-62579#{) (acesso em 10.07.2014).



estudiosos que sublinharam os problemas, as confusões e as incertezas decorrentes do advento de alterações legislativas apressadas e tecnicamente imperfeitas, sem o menor critério sistemático¹⁰. Adicionalmente, é cediço que para solucionar os males da justiça civil é preciso, além das modificações normativas, implementar modificações de carácter organizacional¹¹.

Posta essa premissa, fica claro que, nos limites exíguos deste relatório, seria impossível chegar a uma abordagem minuciosa de todas as alterações acerca do processo executivo, trazidas nos últimos anos. Escolheremos, portanto, alguns pontos sobre o sistema de execução civil italiano e o foco deste relatório será lançado, notadamente, sobre: os títulos executivos, com referência também aos recentes posicionamentos da jurisprudência nesse assunto; a intervenção dos credores na expropriação forçada; a penhora de um crédito e de um bem móvel do devedor na posse de um terceiro; a multa coercitiva atípica do art. 614 *bis* do CPC.

Podemos desde já salientar que a maioria das inovações introduzidas visa a uma aceleração do processo executivo, aprimorando a sua efetividade e prestigiando, notadamente, a posição do credor. Nessa esteira, uma das ideias de fundo das reformas é a de reduzir os juízos incidentais de conhecimento dentro do processo executivo, para tornar mais ágil e rápido o desenvolvimento do processo de execução¹².

Sem sombra de dúvida, o intuito de tornar mais efetiva a tutela executiva merece a nossa aprovação. Todavia, algumas das novas medidas suscitam várias perplexidades, pelos motivos que serão analisados ao longo deste trabalho.

2. Como ocorre no sistema brasileiro (artigos 515 e 784 do CPC de 2015), na Itália, nos termos do art. 474 do CPC, vigora a regra da *nulla executio sine titulo*, que estabelece a

¹⁰ SASSANI, Bruno, Strenne di Natale, strenne di primavera, strenne di stagione: il processo civile in saldo perenne, in www.judicium.it; ID., Il codice di procedura civile e il mito della riforma perenne, in www.judicium.it; CAPPONI, Bruno, Il diritto processuale civile «non sostenibile», in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2013, p. 855 ss.

¹¹ PROTO PISANI, Andrea, I processi a cognizione piena in Italia dal 1940 al 2012, in *Foro italiano*, 2012, V, c. 321 ss., § 11: “Occorre dire con chiarezza che il vero problema per l’attuazione anche in Italia di un processo dalla ragionevole durata non è un problema (solo) tecnico-normativo ma un problema soprattutto ordinamentale e organizzativo”.

¹² MANDRIOLI, Cristanto; CARRATTA, Antonio, *Diritto processuale civile*, cit., IV, p. 91.



impossibilidade de promover uma execução forçada sem a posse de um título executivo, que é o pressuposto necessário e suficiente para praticar atos executivos¹³.

De maneira semelhante ao art. 580 do CPC brasileiro de 1973 e ao art. 783 do CPC brasileiro de 2015, o art. 474 do CPC italiano dispõe que o direito contido no título tem de possuir três características: certeza, liquidez e exigibilidade. Cumpre lembrar desde já esses princípios básicos no que toca ao título executivo porque, como veremos adiante, formou-se na Itália uma jurisprudência criticável acerca dos requisitos da certeza e liquidez do título.

No que tange às tendências da execução italiana dos últimos anos, forçoso é reconhecer uma ampliação do rol dos títulos, como consequência direta da crise do processo de conhecimento ordinário¹⁴. Esse fenômeno ampliativo começa com as reformas dos anos 1990-1995 e prossegue com as inovações dos anos 2005-2006 e de 2009.

Em relação a isso, merece ser destacada, primeiramente, a mudança do artigo 282 do CPC que, por força da lei n. 353/1990, conferiu a todas as sentenças de primeiro grau a imediata executividade, permitindo sua eficácia provisória¹⁵. Eliminou-se dessa forma o efeito suspensivo do recurso de apelação¹⁶.

¹³ Ver: MANDRIOLI, Cristanto; CARRATTA, Antonio, *Diritto processuale civile*, cit., IV, p. 18; PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Nápoles: Jovene, 2011, p. 694; ROMANO, Alberto A., *Titolo esecutivo*, in *Digesto, disc. priv., sez. civ., agg.*, V, Turim: Utet, 2010, No direito brasileiro, ver: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel, *Novo curso de processo civil*, II, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015, p. 666 ss.; SCARPINELLA, Cassio Bueno, *Curso sistematizado de direito processual civil*, 3, 6° ed., São Paulo: Saraiva, 2013, p. 100; DINAMARCO, Cândido Rangel, *Instituições de direito processual*, IV, 3° ed., São Paulo: Malheiros, 2009, p. 85; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz, *Execução*, 6° ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014, p. 24; LIEBMAN, Enrico Tullio, *Embragos do executado*, São Paulo: Saraiva, 1968, p. 85. Fica claro que no âmbito restrito deste relatório não seria possível abordar a questão da natureza do título executivo, veja-se sobre esse assunto VACCARELLA, Romano, *Titolo esecutivo, precetto, opposizioni*, 2° ed., Turim: UTET, 1993, p. 32.

¹⁴ Nesse sentido, ver: ANDOLINA, Italo Augusto, *Il titolo esecutivo dopo le recenti riforme del processo civile italiano*, in FUX, Luiz; NERY, Nelson Jr.; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.), *Processo e Constituição. Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006 p. 340 ss., espec. p. 342.

¹⁵ CAPPONI, Bruno, *Orientamenti recenti sull'art. 282 c.p.c.*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2013, p. 265 ss.; TUCCI, José Rogério Cruz e, *Diretrizes do novo processo civil italiano*, in *Revista do Processo*, vol. 69, 1993, p. 113 ss., espec. § 3.3; IUORIO, Maria Assunta, *La provvisoria esecutività delle sentenze costitutive e l'art. 282 c.p.c.: ultimissime dalla Suprema Corte*, in *Rivista dell'esecuzione forzata*, 2010, p. 280 ss.

¹⁶ Contudo, segundo o artigo 283 do CPC, o juiz do recurso poderá suspender, com ou sem caução, a eficácia executiva ou a execução da sentença recorrida, “quando houver graves e fundados motivos, também em relação à possibilidade de insolvência de uma das partes”.



A maioria da doutrina italiana recebeu com aplausos essa alteração, na medida em que fortalece o direito à tutela executiva do credor, vencedor em primeiro grau. Todavia, a disposição do art. 282 do CPC deu lugar a inúmeras dúvidas interpretativas na jurisprudência da Corte de Cassação italiana e na doutrina. Dúvida maior é se a produção imediata dos efeitos da sentença de primeiro grau abrangeria não apenas as sentenças condenatórias mas também as constitutivas e, notadamente, os efeitos condenatórios das sentenças constitutivas, sendo, por outro lado, geralmente excluída a imediata eficácia das decisões meramente declaratórias¹⁷.

Retomando o nosso voo de pássaro sobre os títulos executivos italianos, graças às reformas processuais dos anos 1990-1995, a essa categoria acresceu-se os provimentos antecipatórios sumários (as decisões interlocutórias dos artigos 186 *bis*, *ter* e *quater* do CPC). Igualmente, na linha de uma criação rápida de um título executivo, vale mencionar o provimento sumário do art. 19 do processo societário (decreto legislativo de 17 de janeiro de 2003, n. 5), cuja disciplina era inspirada no *référé provision* francês, mas que foi revogado pela lei n. 69, de 18 de junho de 2009¹⁸.

As reformas de 2005-2006, por sua vez, vieram também a inovar o rol dos títulos relacionados no art. 474 do CPC. Assim no art. 474, parte 2, n. 2, encontra-se agora expressa menção a “escritura privada autêntica”, que constitui título executivo limitadamente às

Em sentido oposto, no art. 520 do CPC brasileiro de 1973, a apelação possui em regra os dois efeitos, o devolutivo e o suspensivo, salvo os casos taxativos relacionados do mesmo art. 520. Vale lembrar que o art. 1.022 do Código de 2015 mantém o efeito suspensivo da apelação, suscitando as críticas de uma parte da doutrina (GAJARDONI, Fernando, Efeito suspensivo automatico da apelação deve acabar, in www.conjour.com.br, acesso em 21.08.2014). Sobre o efeito suspensivo no CPC brasileiro de 2015, ver: Recursos em especies: apelação, in THEDORO, Humberto Júnior; OLIVEIRA, Fernanda Alvim Ribeiro de; REZENDE, Ester Coamila Gome Norato (coord.), *Primeiras lições sobre o novo direito processual brasileiro*, Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 769 ss., espec. p. 772. A respeito do efeito suspensivo da apelação, vale lembrar que na França também a sentença de primeiro grau não possui, como regra geral, a eficácia executiva (art. 501 do CPC francês). Várias propostas foram elaboradas para conferir eficácia executiva imediata e automática à sentença de primeiro grau na França, mas nenhuma dessas propostas vingou (ver GUINCHARD, Serge; CHAINAIS, Cécile; FERRAND, Frédérique, *Procédure civile*, 30° ed., Paris: Dalloz, 2010, p. 913 ss.).

¹⁷ Quanto a imediata eficácia das sentenças constitutivas há uma divergência na jurisprudência: foi adotada a solução positiva pela Corte de Cassação no acórdão n. 18512, de 3 de setembro de 2007, e depois a negativa pela Corte no acórdão n. 4059, de 22 de fevereiro de 2010. Para informações sobre esse ponto ver MANDRIOLI, Cristanto; CARRATTA, Antonio, *Diritto processuale civile*, cit., II, p. 328, nota 45; CAPPONI, Bruno, Orientamenti recenti sull'art. 282 c.p.c., cit., p. 265 ss.

¹⁸ BONATO, Giovanni, I *référés* nell'ordinamento francese, in CARRATTA, Antonio (coord.), *La tutela sommaria in Europa*, Nápoles: Jovene, 2012, p. 35 ss.



obrigações de pagar quantia certa nela contidas¹⁹. Aumenta-se a eficácia executiva dos atos recebidos pelo notário ou por outro oficial público autorizado pela lei a recebê-los (parte 2, n. 3), que permitem, segundo o direito vigente, dar ensejo não somente à execução por quantia certa, mas também à execução para a entrega de um bem móvel ou imóvel; essa mesma eficácia é prevista para o ato de conciliação.

Continuando com o elenco dos títulos, vale lembrar: a lei n. 69, de 18 de junho de 2009, que trouxe o procedimento sumário de cognição (arts. 702 *bis* e seguintes do CPC), com a finalidade de facilitar a formação do título executivo²⁰.

Adicionalmente, merece destaque o art. 12 do decreto legislativo n. 28, de 4 de março de 2010, que prevê a mediação voltada para a conciliação das controvérsias cíveis e comerciais (sucessivamente modificado pelo decreto-lei n. 69, de 21 de junho de 2013, convertido na lei n. 98, de 9 de agosto de 2013, em consequência da sentença da Corte Constitucional n. 272, de 6 de dezembro de 2012) nos termos do qual o acordo de conciliação (extrajudicial) é título executivo e pode dar ensejo a qualquer forma de execução, tanto por quantia quanto em forma específica e, além disso, é título para a inscrição de hipoteca judiciária. Adicionalmente, o mencionado decreto legislativo n. 28/2010 dispõe que “quando todas as partes aderentes à mediação forem assistidas por um advogado, o acordo assinado pelas partes e por seus advogados constitui título executivo”, sem necessidade de obter a prévia homologação judicial²¹.

¹⁹ ROMANO, Alberto A., Titolo esecutivo, cit., § 3; SALETTI, Achille, Le (ultime?) novità in tema di esecuzione forzata, cit., p. 194.

²⁰ CARRATTA, Antonio, Procedimento sommario di cognizione, in *Diritto on line Treccani*, 2012, in www.treccani.it (acesso em 25.08.2009); BIAVATI, Paolo, Appunti introduttivi sul nuovo processo a cognizione semplificata, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2010, p. 185 ss.

²¹ BOVE, L'accordo di conciliazione: efficacia ed esecutività, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2013, p. 919 ss., sustenta que “con ciò la legge attribuisce un ruolo rilevante agli avvocati delle parti, anche se non si ha, se così si può dire, il coraggio di andare fino in fondo. Invero l'ordinamento non si accontenta della garanzia derivante dalla presenza dei legali, ma esige evidentemente che essa si abbia comunque e sempre nell'ambito di un procedimento di mediazione disciplinato dal d.lgs. n. 28 del 2010, quindi innanzitutto un procedimento necessariamente svolto di fronte ad organismi accreditati”.



Por fim, um outro título executivo é o laudo arbitral que na Itália necessita, ainda hoje, da homologação do juiz togado de primeiro grau, que efetua um controle sumário e formal, consoante o disposto no art. 825 do CPC²².

Ainda no que diz respeito aos títulos executivos, vale lembrar o Regulamento (CE) n. 805/2004 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de abril de 2004, que criou o título executivo europeu para créditos não contestados pelo devedor. Esse novo instituto permite que em matéria civil e comercial as decisões, transações judiciais e instrumentos autênticos relativos a créditos não contestados sejam reconhecidos e executados automaticamente num outro Estado-Membro, “sem necessidade de efectuar quaisquer procedimentos intermédios no Estado-Membro de execução previamente ao reconhecimento e à execução” (art. 1 do Regulamento n. 805/2004)²³.

Esgotado o elenco dos principais títulos executivos, podemos concluir que a despeito da ampliação normativa, exposta acima, parece-nos que o rol dos títulos extrajudiciais no sistema italiano fica ainda bastante restrito em comparação com o ordenamento brasileiro, onde existem numerosos títulos extrajudiciais na busca da “aceleração da tutela jurisdicional”²⁴.

O número reduzido de títulos extrajudiciais na Itália constitui, a nosso ver, um dos fatores da ampla utilização da ação monitória. Ademais, vale salientar que no sistema italiano, o juiz, ao proferir a ordem em face do devedor, deve ou pode, conforme o caso, outorgar a eficácia executiva provisória ao mandado de pagamento ou entrega quando o credor possuir um título executivo, tiver o risco de um grave prejuízo no atraso ou o credor produzir prova escrita do devedor (art. 642); aliás a execução provisória pode ser concedida durante a fase dos

²² Veja-se BONATO, Giovanni, *La natura e gli effetti del lodo arbitrale. Studio di diritto italiano e comparato*, Nápoles: Jovene, 2012, p. 253 ss.

²³ Sobre esse assunto ver CARRATTA, Antonio, Titolo esecutivo europeo, I) Diritto processuale civile, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 2006, XXXVI.

²⁴ Lembra DINAMARCO, Cândido Rangel, *Instituições de direito processual civil*, I, cit., p. 190, que entre as características essenciais do modelo infraconstitucional do Processo Civil brasileiro tem que ser apontada a do extenso rol dos títulos executivos extrajudiciais. Numa linha semelhante é o sistema português, como salienta FREITAS, José Lebre de, Os paradigmas da ação executiva na Europa, in *Revista de Processo*, vol. 201, 2011, p. 137, para quem “Portugal constitui o país europeu mais generoso na concessão da exequibilidade, progressivamente mais aberta” aos títulos extrajudiciais, enquanto “a generalidade dos países europeus é avara na concessão dessa exequibilidade”.



embargos (art. 648); o mandado de pagamento permite inscrever a hipoteca judiciária (art. 655)²⁵.

Adicionalmente, pensamos que, *de lege ferenda*, não seria inviável na Itália ampliar ainda mais o elenco dos títulos executivos extrajudiciais e suprimir a homologação judicial do laudo arbitral, outorgando-lhe eficácia executiva independentemente do controle do juiz togado, como acontece no Brasil (artigos 18 e 31 da Lei de Arbitragem n. 9.307/1996 e art. 475-N, inciso IV, do CPC de 1973 e art. 515, inciso VII, do CPC de 2015)²⁶. Por fim, poderia se esclarecer também que os títulos extrajudiciais podem permitir o manejo da execução de obrigações de fazer e de não fazer, circunstância que hoje (salvo o caso da conciliação do art. 12 do decreto legislativo n. 28/2010 e do art. 696 *bis* do CPC) é controversa na doutrina, e, segundo alguns autores, ela é proibida pelo texto do art. 612 do CPC, que trata apenas de sentença condenatória, trazendo uma referência expressa somente aos títulos judiciais²⁷.

Igualmente no que tange ao título executivo é oportuno mencionar algumas orientações recentes da jurisprudência, não compartilhadas por todos os estudiosos, mas que deveriam prestigiar a efetividade da tutela jurisdicional, em prol da celeridade do processo executivo.

A esse propósito, impende recordar o recente posicionamento da jurisprudência da Corte de Cassação, expressado na sentença n. 8576, proferida em 9 de abril de 2013, sobre a vedação de fracionar um título executivo em múltiplos processos, solução que visa a impedir que o credor proponha artificialmente distintos procedimentos executivos de um crédito originariamente unitário e contido em um único título²⁸. Em outras palavras, cabe ao credor, que busca a satisfação da sua pretensão, o ônus de promover a ação executiva versando sobre a totalidade do crédito. Esse entendimento merece aprovação, pois reprime condutas abusivas, tende a reduzir a litigância processual e coloca-se, portanto, na mesma linha da vedação do

²⁵ Sobre a ação monitória no processo italiano ver MANDRIOLI, Cristanto; CARRATTA, Antonio, *Diritto processuale civile*, cit., IV, p. 5 ss.; GARBAGNATI, *Il procedimento d'ingiunzione*, Milão: Giuffré, 1991; RONCO, Alberto, *Struttura e disciplina del processo monitorio*, Turim: Giappichelli, 2000; ZUCCONI GALLI FONSECA, Profili attuali del procedimento per ingiunzione, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2013, p. 103 ss.

²⁶ Sobre esse ponto CARMONA, Carlos Alberto, *Arbitragem e Processo*, 3º ed., São Paulo: Atlas, 2009, p. 390 ss.

²⁷ Nesse sentido: MANDRIOLI, Cristanto; CARRATTA, Antonio, *Diritto processuale civile*, cit., IV, p. 191-192. Numa visão oposta, ver LUISO, *Diritto processuale civile*, III, 6º ed., Milão: Giuffré, 2011, § 22.

²⁸ Sobre esse julgamento ver as reflexões de CASILLO, Rossella, Anche nel processo esecutivo opera il divieto di frazionamento di un credito unitario, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2014, p. 307 ss..



ajuizamento de uma demanda de maneira fracionada no processo de conhecimento, entendimento elaborado pela Corte de Cassação com a decisão n. 23726, de 15 de novembro de 2007²⁹.

Outro posicionamento da jurisprudência italiana sobre o título executivo que vale recordar é o contido na decisão da Corte de Cassação n. 11066, de 2 de julho de 2012, que criou a noção de “título aberto”³⁰. Em particular, nesse acórdão foi estabelecido que, em determinadas condições, a execução pode validamente ser instaurada tendo como seu fundamento um título aberto e indeterminado e, portanto, incerto e ilíquido, cabendo ao credor especificar e autoliquidar o próprio direito no primeiro ato pré-executivo dirigido ao devedor. Nessa tarefa de complementação de um título aberto, para chegar à autoliquidação, o credor deverá levar em conta o material objeto do processo de conhecimento; em seguida o devedor executado terá a possibilidade de embargar e contestar a determinação do título feita pelo credor.

Esse recente entendimento, bastante criticado na doutrina, deixa a desejar, sendo claramente contrário ao caráter autônomo e abstrato do título executivo³¹; o título executivo não é mais o único pressuposto da execução, já que se torna um dos pressupostos³². Adicionalmente, forçoso é reconhecer que desse posicionamento poderia decorrer um florescimento dos embargos do devedor em contestação com a autoliquidação do credor.

²⁹ Esse julgamento é publicado em *Foro italiano*, 2008, I, c. 1514. Ver sobre o assunto: RONCO, Alberto, (Fr)azione: rilievi sulla divisibilità della domanda in processi distinti, in *Giurisprudenza italiana*, 2008, p. 933 ss.; CARRATTA, Antonio, Ammissibilità della domanda «frazionata» in più processi, in *Giurisprudenza italiana*, 2011, p. 1143 ss.

³⁰ Nesse passo SASSANI, Bruno, Da “normativa autosufficiente” a “titolo aperto”. Il titolo esecutivo tra corsi, ricorsi e *nomofilachia*, in *www.judicium.it*. Sobre esse assunto, ver: CAPPONI, Bruno, Autonomia, astrattezza, certezza del titolo esecutivo: requisiti in via di dissolvenza?, in *Corriere Giuridico*, 2012, p. 1169 ss.; DELLE DONNE, Clarice, In morte della regola “nulla executio sine titulo”: impressioni su S.U. n. 11067/2012, in *www.judicium.it*; FABIANI, Ernesto, *C’era una volta il titolo esecutivo*, in *Foro italiano*, 2013, I, c. 1282 ss.

³¹ CAPPONI, Bruno, Autonomia, astrattezza, certezza del titolo esecutivo, cit., p. 1169 e p. 1177. Para DELLE DONNE, Clarice, In morte della regola “nulla executio sine titulo”: impressioni su S.U. n. 11067/2012, cit., esse entendimento “*reca un principio di diritto inaccettabile perché, nel mentre continua a consentire l’aggressione esecutiva del creditore pur in assenza di quella soglia di sufficiente giustificazione costituita dal diritto certo liquido esigibile che deve emergere dal titolo (il che spiega origini storiche e concettuali del titolo stesso), continua a relegare il contraddittorio con l’obbligato ad un momento successivo a tale aggressione e non in grado di influenzarne/condizionarne immediatamente le sorti*”.

³² Assim SASSANI, Bruno, Da “normativa autosufficiente” a “titolo aperto”. Il titolo esecutivo tra corsi, ricorsi e *nomofilachia*, cit.



3. Uma outra inovação da reforma de 2005-2006 que merece ser analisada é a relativa à intervenção dos credores na execução por quantia certa³³.

Frisa-se que em relação a esse instituto o ordenamento italiano apresenta algumas divergências a respeito do que ocorre no sistema brasileiro. Como é sabido no Brasil, a ideia de fundo em matéria de execução é a de que a execução singular por quantia certa contra devedor solvente é travada apenas entre este sujeito e o credor exequente. Nessa trilha, conforme a máxima *prior in tempore potior in jure*, a lei outorga uma preferência ao credor que tiver obtido a penhora em primeiro lugar, tomando a iniciativa de ajuizar a execução, salvo a presença de preferências³⁴. Assim dispõe o art. 612 do CPC de 1973: “Ressalvado o caso de insolvência do devedor, em que tem lugar o concurso universal (art. 751, III), realiza-se a execução no interesse do credor, que adquire, pela penhora, o direito de preferência sobre os bens penhorados”³⁵; de maneira semelhante prevê o art. 908 do CPC de 2015³⁶. Itália, segundo a versão original do Código de 1940, vigorava o sistema oposto: em regra, os credores quirografários deviam ser tratados com igualdade e o credor que tivesse obtido a penhora em primeiro lugar não adquiriria nenhum direito de satisfação prioritária sobre os bens penhorados³⁷. Assim, os credores que viessem a intervir na execução eram admitidos a

³³ Sobre esse assunto ver BOVE, Mauro, *L'intervento dei creditori*, in BOVE, Maura; BALENA, Giampiero, *Le riforme più recenti del processo civile*, cit., p. 173 ss.; CAPPONI, Bruno, *L'intervento dei creditori dopo le tre riforme della XIV legislatura*, in *Rivista dell'esecuzione forzata*, 2006, p. 22 ss.; TEDOLDI, Alberto, *L'oggetto della domanda di intervento e delle controversie sul riparto nella nuova disciplina dell'espropriazione forzata*, in *Rivista di diritto processuale*, 2006, p. 1297 ss.; ZIINO, Salvatore, *Intervento*, in CIPRIANI, Franco; MONTELEONE, Girolamo, *Riforma del processo civile. Commentario*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2006, p. 1051 ss.

³⁴ Conforme a lição de DINAMARCO, Cândido Rangel, *Instituições de direito processual*, cit., I, p. 191, uma das características que concorrem para a definição dos contornos do modelo infraconstitucional do processo civil brasileiro é “a execução singular realizada exclusivamente em benefício do *credor penhorante* e a consagração da máxima *prior tempore potior jure* fora dos casos de insolvência do devedor”.

³⁵ As penhoras sucessivas dos credores quirografários sobre o mesmo bem são válidas e eficazes, mas deverá ser respeitada a regra da preferência cronológica das penhoras. Ver sobre esse ponto: DINAMARCO, Cândido Rangel, *Instituições de direito processual*, cit., IV, p. 573-574; CARVALHO, Rodrigo Benevides, *O concurso particular de credores na execução*, São Paulo: Atlas, 2008, p. 73 ss. Em relação ao CPC de 2015 ver MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel, *Novo curso de processo civil*, II, cit., p. 983 ss.

³⁶ Em relação ao CPC de 2015 ver MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel, *Novo curso de processo civil*, II, cit., p. 983 ss.

³⁷ Ver BOVE, Mauro, *L'esecuzione forzata ingiusta*, Turim: Giappichelli, 1996, p. 37 ss.; GARBAGNATI, Edoardo, *Il concorso di creditori nel processo di espropriazione*, Milão: Giuffré, 1959; ID., «Concorso dei creditori», in *Enc. dir.*, VIII, Milão: Giuffré, 1961, p. 533 ss.; LANFRANCHI, Lucio, *La verifica del passivo nel fallimento. Contributo allo studio dei procedimenti sommari*, Milão: Giuffré, 1979, p. 218 ss.; SATTA, Salvatore, *Commentario al codice di*



reclamar seus créditos, consoante uma aplicação rigorosa do princípio da *par condicio creditorum*, consagrado pelo artigo 2741 do Código Civil³⁸.

Dito de outra forma, na redação original do CPC de 1940 a execução era um processo aberto a todos os credores com ou sem título executivo: os primeiros eram denominados credores “*titolati*” e os segundos “*non titolati*”. O ingresso em um processo executivo em curso era permitido a qualquer sujeito que se afirmasse titular de um direito de crédito líquido e exigível em relação ao devedor executado (na expropriação imobiliária também ao credor cujo direito era submetido a termo ou condição). A posse do título executivo não era, todavia, irrelevante. Somente aos credores com título era permitido praticar atos de impulso e provocar a marcha do processo executivo, enquanto os credores sem título não podiam desencadear atos executivos e podiam apenas esperar a distribuição do produto da execução (o preço). Uma concessão ao princípio de prioridade na execução era (e é ainda) feita pelo legislador ao prever a postergação da satisfação dos credores quirografários que interviessem tardiamente, ou seja, além da primeira audiência marcada para a autorização da venda do bem; daí a distinção entre credores tempestivos e tardios³⁹.

Tal abertura incondicional a todos os credores provocou alguns inconvenientes: o perigo de expropriação e da venda de bens do devedor em medida superior à dívida; o risco de um atraso do processo executivo em razão das inúmeras contestações de mérito sobre os créditos a satisfazer (alguns dos quais, às vezes, inexistentes), disputas que vinham a ser resolvidas no âmbito das controvérsias distributivas do artigo 512 do CPC.

procedura civile, III, Milão: Giuffré, 1966, p. 164 ss.; TARZIA, Giuseppe, *Par aut dispar condicio creditorum?*, in *Rivista di diritto processuale*, 2005, p. 1 ss.; ZIINO, Salvatore, *Esecuzione forzata e intervento dei creditori*, Palermo, 2004. Esta disciplina italiana foi descrita no Brasil de forma apropriada pelo BUZAID, Alfredo, *Do concurso de credores no processo de execução*, São Paulo: Saraiva, 1952.

³⁸ Fica claro que no âmbito da execução singular a aplicação da *par condicio creditorum* nunca é automática e necessária, como, ao contrário, acontece na execução universal: os credores participam do rateio da entrega do produto da execução apenas quando eles intervierem na execução promovida. Sobre esse aspecto MANDRIOLI, Cristanto; CARRATTA, Antonio, *Diritto processuale civile*, cit., IV, p. 87.

³⁹ Lembramos que para permitir que o produto da execução satisfaça todos os credores intervenientes, o art. 499, parte 4, do CPC prevê o instituto da extensão da penhora: o credor que obtiver a primeira penhora tem a faculdade de indicar aos credores concorrentes outros bens a penhorar. Se os credores intervenientes não estenderem a penhora, o credor que tiver promovido a primeira penhora adquire uma preferência no rateio.



Para eliminar esse inconveniente, tornar mais rápido e simples o processo executivo e evitar o risco da intervenção de um sujeito com crédito inexistente, o legislador italiano da reforma de 2005-2006 decidiu trazer algumas modificações e conceber a execução como “semi-aberta”, limitando o ingresso no processo executivo apenas a algumas categorias de credores⁴⁰.

Assim, segundo as disposições atuais, a intervenção no processo de execução é permitida em regra somente em relação aos credores com título executivo, ressalvadas algumas exceções quanto aos credores sem título: os credores que, ao momento da penhora, haviam executado um sequestro dos bens penhoráveis; os que tinham um direito de penhora ou um direito de preferência resultante do registro público; aos credores sem título executivo, mas cujo crédito resulta de uma soma em dinheiro contida numa escritura contável do art. 2214 do Código Civil (a escritura contável dos empresários). A respeito dos credores não titulados, o art. 499, partes 5 e 6, do Código de Processo Civil prevê um procedimento sumário de verificação do crédito diante do juiz da execução⁴¹.

Ao limitar a intervenção somente aos credores com título a participação de uma execução alheia, o legislador quis atingir o escopo de uma maior celeridade do processo, depurando-o dos incidentes de cognição. Contudo, é dificilmente justificável do ponto de vista da constitucionalidade a solução de reservar a possibilidade de intervenção aos credores desprovidos de título que têm um crédito resultante das escrituras contáveis do art. 2214 do Código Civil (ou seja, os empresários) e negá-la, por exemplo, aos empregados.

Teria sido mais coerente com o objetivo de efetividade e celeridade do processo executivo e, acima de tudo, consoante ao princípio constitucional de igualdade, reservar o ingresso na execução por quantia aos credores com título, admitindo apenas algumas categorias de credores sem títulos, a exemplo daqueles com direito de preferência⁴².

⁴⁰ Retomando uma proposta da Comissão Tarzia (art. 2, parte 2, n. 34, lett. a), in *Rivista di diritto processuale*, 1996, p. 948 ss.

⁴¹ Sobre esse ponto veja-se as reflexões de CARRATTA, Antonio, Le controversie in sede distributiva fra “diritto al concorso” e “sostanza” delle ragioni creditorie, in *Corriere Giuridico*, 2009, p. 559.

⁴² Nessa linha, ver também: ROMANO, Alberto A., Intervento dei creditori, cit., nota 36: “*distinguere tra creditori provvisti di titolo esecutivo e creditori che non lo sono, ai fini dell’accesso alla tutela d’esecuzione, non pare poter esser coerentemente ritenuto illegittimo. In fondo, alla base d’una simile distinzione v’è quella medesima fiducia nel titolo, che sovrintende pure alla scelta di riservare ai soli soggetti munitine l’inizio del processo esecutivo, e che nessuno risulta aver mai ritenuto di per sé foriera d’autentiche discriminazioni. Tale fiducia sembra anzi senz’altro*”



4. Sempre com a finalidade de tornar efetiva a execução e reduzir os incidentes de cognição, a lei n. 228, de 24 de dezembro de 2012, modificou a disciplina da expropriação diante de terceiros, que tem por objeto os créditos do devedor perante os terceiros e os bens do devedor na posse de terceiros⁴³. Como já exposto, entre a realização do Colóquio e a publicação deste livro, o decreto lei n. 132, de 12 de setembro de 2014, convertido, com modificações, na lei n. 162, de 10 de novembro de 2014, trouxe algumas modificações à disciplina da expropriação perante terceiro que, contudo, não tocam aos aspectos fundamentais da reforma de 2012, a qual será objeto da nossa análise⁴⁴.

É notório que na forma de expropriação sob enfoque é preciso obter a colaboração do terceiro e requerer a participação de todos os sujeitos da relação jurídica obrigacional que se sujeitarão à penhora⁴⁵. Em razão de tais características, a penhora se desenvolve por meio de um procedimento complexo (de formação sucessiva), do qual fazem parte: um ato escrito, fruto da atividade coordenada de dois sujeitos (o credor exequente e o oficial de justiça) perante

ben riposta, ché la presenza del titolo esecutivo, nonostante sia incapace d'assicurare con certezza l'esistenza del singolo credito in esso documentato, su larga scala è statisticamente idonea a ridurre di molto le probabilità d'esecuzioni ingiuste. Il nuovo art. 499, 1° co., allinea dunque la legittimazione ad intervenire alla legittimazione ad agire in executivis, selezionando gl'intervenienti sulla base d'un requisito di sicuro adatto a contenere l'eventualità di controversie in sede di distribuzione del ricavato".

⁴³ Sobre a reforma de 2012 ver: BRIGUGLIO, Antonio, Note brevissime sull'“onere di contestazione” per il terzo pignorato (nuovo art. 548 c.p.c.), in *Rivista dell'esecuzione forzata*, 2013, p. 31; CARRATTA, Antonio, Riforma del pignoramento presso terzi e accertamento dell'obbligo del terzo, in *Giurisprudenza italiana*, 2014, n. 4; COLESANTI, Vittorio, Novità non liete per il terzo debitore (cinquant'anni dopo!), in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2013, p. 1255; FARINA, Pasqualina, L'espropriazione presso terzi dopo la legge n. 228 del 24 dicembre 2012, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2014, p. 235 ss.; MONTELEONE, Girolamo, Semplificazioni e complicazioni nell'espropriazione presso terzi, in *Rivista dell'esecuzione forzata*, 2013, p. 6; OLIVIERI, Giuseppe, Modifiche legislative all'espropriazione presso terzi, in *Libro dell'anno del Diritto 2014*, Treccani; RUSSO, La tutela del terzo nel procedimento di espropriazioni di crediti dopo la legge 28 dicembre 2012, n. 228, in *Giusto processo civile*, 2013, p. 852 ss.; SALETTI, Achille, Le novità dell'espropriazione presso terzi, in *Rivista dell'esecuzione forzata*, 2013, p. 5.

⁴⁴ Sobre a reforma do processo executivo de 2014, ver: FARINA, Pasqualina, L'espropriazione presso terzi, in PUNZI, Carmine, *Il processo civile. Sistema e problematiche. Le riforme del quinquennio 2010-2014*, cit., p. 506 ss.; CONSOLO, Claudio, Un d.l. processuale in bianco e nerofumo sullo equivoco della “degiurisdizionalizzazione”, in *Corriere Giuridico*, 2014, p. 1180 ss.; SALETTI, Achille, Competenza e giurisdizione nell'espropriazione di crediti, in www.judicium.it (accesso 17.08.2015).

⁴⁵ CAPPONI, Bruno, *Manuale*, cit., p. 201. Sobre esse ponto ANDRIOLI, Virgilio, Il diritto di credito come oggetto di esecuzione forzata, in *Foro italiano*, 1941, IV, 1 ss., e poi anche ripubblicato in *Scritti giuridici*, Milão: Giuffré, 2007, p. 525 ss., lembrava que “oggetto della esecuzione forzata è non già il diritto di credito, né la prestazione, ma l'utilità del bene quale entità di scambio, che della seconda costituisce l'oggetto e che dal primo è tutelato”.



outros dois sujeitos (o devedor executado e o terceiro, *debitor debitoris*); um sub-procedimento para verificar a existência da obrigação do terceiro. A esse respeito, ao longo desse tipo de expropriação podem ocorrer três situações diversas: o terceiro comparece e faz uma declaração sobre a existência do crédito que não é contestada pelos outros sujeitos do processo (credor precedente e devedor executado); o terceiro não comparece ao processo ou comparece, mas se recusa a fazer a declaração; o terceiro faz a declaração que é, todavia, contestada pelos outros sujeitos do processo. É corriqueiro que os problemas gerados pela disciplina sob enfoque digam respeito à segunda e à terceira hipóteses relacionadas, enquanto a primeira hipótese não levanta dúvidas interpretativas particulares⁴⁶.

O ponto em torno do qual gira toda a matéria da expropriação perante terceiros é, assim, constituído pelas regras a serem aplicadas na ausência de uma declaração do terceiro ou em caso de contestação da declaração dele. É, notadamente, esse aspecto que foi alvo de atenção da lei n. 228, de 24 de dezembro de 2012, do decreto lei n. 132, de 12 de setembro de 2014, e da lei n. 162, de 10 de novembro de 2014, que alteraram a redação dos artigos 548 e 549 do CPC⁴⁷.

Segundo o regime anterior à mencionada reforma de 2012, se o terceiro devedor não comparecesse à audiência, ou se ele se recusasse a fazer a declaração (sem motivo justificado), ou se sobre o seu conteúdo surgissem contestações, era instaurado um juízo de conhecimento ordinário, de cognição plena e exauriente, em seguida ao ajuizamento da demanda do credor, cujo objeto era a verificação da existência e do montante da dívida do terceiro e que se concluía com uma sentença⁴⁸.

A lei n. 228/2012 inova sobre esse ponto a fim de permitir ao credor exequente obter mais rapidamente a ordem de adjudicação do direito de crédito: de um lado, à efetiva declaração do terceiro sobre a obrigação afirmada pelo credor é equiparada tanto a ausência de participação do terceiro no procedimento quanto, em caso de participação no processo, a

⁴⁶ Sobre a natureza jurídica da declaração do terceiro ver: VACCARELLA, Romano, *Espropriazione presso terzi*, cit., p. 107 ss.; CARRATTA, Antonio, *Il principio della non contestazione nel processo civile*, Milão: Giuffrè, 1995, p. 442.

⁴⁷ OLIVIERI, *Modifiche legislative all'espropriazione presso terzi*, cit., § 1.1.

⁴⁸ Ver SALETTI, Achille, *Il giudizio di accertamento dell'obbligo del terzo pignorato*, in *Rivista di diritto processuale*, 1998, p. 996 ss.



falta de declaração dele⁴⁹; de outro lado, em caso de contestação da declaração do terceiro, o juízo de conhecimento ordinário da obrigação do terceiro em relação ao devedor executado é substituído por um juízo de cognição sumária e simplificada. Em outras palavras, a apuração das obrigações do terceiro se desenvolve, antes, em uma fase sumária perante o mesmo juiz da execução e, depois, prossegue na fase (sucessiva e eventual) dos embargos do artigo 617 do CPC.

O objetivo do legislador de 2012 é claro e coloca-se na linha das modificações normativas precedentes: reduzir o tempo necessário à efetiva tutela do crédito (a contestação por parte do terceiro devedor não impõe mais a suspensão o processo executivo); evitar, na medida do possível, que um processo executivo possa ocasionar um juízo de cognição. Todavia, ao querer privilegiar a posição do credor e a celeridade do processo executivo, o legislador de 2012 sacrificou a posição do terceiro, suscitando sérias dúvidas sobre a constitucionalidade do novo procedimento⁵⁰.

As alterações no instituto sob análise foram alvos de críticas ásperas de renomados doutrinadores. A esse propósito, vale lembrar as palavras de Vittorio Colesanti, para quem a lei n. 228/2012 apaga “a inteira experiência maturada em séculos de progressiva evolução da expropriação de créditos”⁵¹.

Com efeito, essa nova disciplina parece criticável sobretudo em razão da posição do terceiro, que é sacrificada em excesso para alcançar a rapidez do processo executivo. Como foi salientando, o terceiro “acaba por se tornar o bode expiatório da lentidão da justiça”⁵² e os seus direitos são prejudicados pelo simples fato de ter sido envolvido em um processo do qual ele não é nem parte⁵³. Adicionalmente, vale salientar que antes do advento da lei n. 162/2014 parecia ser um exagero não ter predisposto nenhum tipo de advertência das consequências do comportamento do terceiro devedor no artigo 543 (segundo a versão trazida pela lei de 2012). Contudo, esse ponto foi objeto da lei n. 162/2014 que modificou o artigo 543, impondo que

⁴⁹ CARRATTA, Antonio, Riforma del pignoramento presso terzi e accertamento dell’obbligo del terzo, cit., § 3.

⁵⁰ Sottolinea il sacrificio del terzo, SALETTI, Achille, Le novità dell’espropriazione presso terzi, cit., § 3.

⁵¹ COLESANTI, Vittorio, op. ult. cit., p. 1255.

⁵² Nessa linha ver SALETTI, Achille, Le novità dell’espropriazione presso terzi, cit., § 8.

⁵³ SALETTI, Achille, Le novità dell’espropriazione presso terzi, cit., § 8.



com o ato de penhora o credor exequente comunique o terceiro das consequências do seu comportamento⁵⁴.

De qualquer modo, em consequência da reforma de 2012, como no processo executivo a revelia do terceiro devedor é equiparada à sua efetiva declaração sobre a obrigação afirmada pelo credor exequente, ele fica, portanto, sujeito a um tratamento mais desfavorável do que aquele previsto em relação ao réu no processo ordinário de conhecimento, em que a contumácia é um comportamento neutro que não comporta *ficta confessio*⁵⁵ (diferentemente do que ocorre no processo civil brasileiro)⁵⁶.

6. Por fim, entre as inovações introduzidas nos últimos anos que visam a garantir a efetividade da condenação do devedor, merece especial destaque a medida coercitiva atípica, chamada também de medida compulsória ou, utilizando o termo em língua francesa, *astreinte*, cuja disciplina está contida no artigo 614 *bis* do CPC e que foi introduzida pela primeira vez na Itália pela lei de 18 de junho de 2009, n. 69⁵⁷. Trata-se, como é sabido, de um instrumento de

⁵⁴ Manda o art. 543, parte 2, n. 4), que o ato da penhora tem que conter: “*la citazione del debitore a comparire davanti al giudice competente, con l’invito al terzo a comunicare la dichiarazione di cui all’articolo 547 al creditore procedente entro dieci giorni a mezzo raccomandata ovvero a mezzo di posta elettronica certificata; con l’avvertimento al terzo che in caso di mancata comunicazione della dichiarazione, la stessa dovrà essere resa dal terzo comparendo in un’apposita udienza e che quando il terzo non compare o, sebbene comparso, non rende la dichiarazione, il credito pignorato o il possesso di cose di appartenenza del debitore, nell’ammontare o nei termini indicati dal creditore, si considereranno non contestati ai fini del procedimento in corso e dell’esecuzione (eventuale e successiva) fondata sul provvedimento di assegnazione*”. Sobre essa modificação do art. 543, trazida pela lei n. 162/2014, ver FARINA, Pasqualina, L’espropriazione presso terzi, in PUNZI, Carmine, *Il processo civile. Sistema e problematiche. Le riforme del quinquennio 2010-2014*, cit., p. 512, para a qual trata-se de alteração bem vinda e evita a incostitucionalidade do art. 543. Dentre as outras modificações trazidas pela lei n. 162/2014 vale lembrar o novo art. 26 *bis* do CPC, nos termos do qual: “*Quando il debitore è una delle pubbliche amministrazioni indicate dall’articolo 413, quinto comma, per l’espropriazione forzata di crediti è competente, salvo quanto disposto dalle leggi speciali, il giudice del luogo dove il terzo debitore ha la residenza, il domicilio, la dimora o la sede. Fuori dei casi di cui al primo comma, per l’espropriazione forzata di crediti è competente il giudice del luogo in cui il debitore ha la residenza, il domicilio, la dimora o la sede*”.

⁵⁵ PROTO PISANI, Andrea, *Lezioni*, cit., p. 409.

⁵⁶ Sobre a posição do réu no Brasil, ver: SICA, Heitor Vito Mendonça, *O direito de defesa no processo civil brasileiro*, São Paulo: Atlas, 2011, *passim*.

⁵⁷ Sobre o tema, veja-se: CARRATTA, Antonio, em MANDRIOLI, Crisanto; CARRATTA, Antonio, *Come cambia il processo civile. Legge 18 giugno 2009, n. 69*, Turim: Giappichelli, 2009, p. 91 ss.; CARRATTA, Antonio, L’esecuzione forzata indiretta delle obbligazioni di fare infungibili o di non fare: i limiti delle misure coercitive dell’art. 614 *bis* c.p.c., in www.treccani.it (acesso em 17.07.2014); CHIARLONI, Sergio, Esecuzione indiretta. Le nuove misure coercitive ai sensi dell’art. 614 *bis* c.p.c., in *Libro dell’anno del Diritto 2012*, in www.treccani.it (acesso em 25.08.2014); ZUCCONI GALLI FONSECA, Elena, Le novità della riforma in materia di esecuzione forzata, cit., § 4;



coação indireta com o intuito de exercer pressão psicológica, uma ameaça sobre o devedor para induzi-lo ao adimplemento espontâneo da condenação (a uma obrigação de fazer infungível ou a uma obrigação de não fazer, em relação ao ordenamento italiano)⁵⁸. Como é sabido, essa medida é extremamente importante quando o sistema de execução forçada entra em crise e daí é necessário prever um instrumento diverso daqueles tradicionais⁵⁹.

A maioria da doutrina italiana tem o hábito de ressaltar a derivação da medida coercitiva italiana do instituto das *astreintes* do processo civil francês⁶⁰. Outros autores recusam, com acerto, essa colocação, salientando que falar em uma “*astreinte* italiana” é confortável mas é, ao mesmo tempo, descabido: ao passo que a medida italiana tem uma abrangência restrita e limitada, a medida francesa tem uma aplicação ampla e geral⁶¹.

Acima de tudo, impende destacar que com essa valiosa inovação o legislador veio a suprir uma grave lacuna no sistema da tutela jurisdicional, alinhando dessa maneira o

MERLIN, Elena, Prime note sul sistema delle misure coercitive pecuniarie per l’attuazione degli obblighi infungibili nella l. 69/2009, in *Rivista di diritto processuale*, 2009, p. 1159 ss.; CHIZZINI, Art. 614 bis, in BALENA, Giampietro; CAPONI, Remo; CHIZZINI, Augusto; MENCHINI, Sergio (coord.), *La riforma della giustizia civile. Commento alle disposizioni della legge sul processo civile n. 69/2009*, Turim: Utet, 2009, p. 164; CONSOLO, Claudio, Una buona «novella» al cod. proc. civ.: la riforma del 2009 (con i suoi artt. 360 bis e 614 bis) va ben al di là della solita dimensione processuale, in *Corriere Giuridico*, 2009, p. 740 ss.; DE STEFANO, Note a prima lettura della riforma del 2009 delle norme sul processo esecutivo ed in particolare dell’art. 614 bis c.p.c., *Rivista dell’esecuzione forzata*, 2009, p. 520; TARUFFO, Michele, Note sull’esecuzione degli obblighi di fare e di non fare, in *Giurisprudenza italiana*, 2014, n. 3; TOMMASEO, L’esecuzione indiretta e l’art. 614 bis C.P.C., in *Rivista di diritto processuale*, 2014, p. 1 ss.

⁵⁸ Segundo SILVESTRI, Elisabetta; TARUFFO, Michele, Esecuzione forzata, III) Esecuzione forzata e misure coercitive, *Enc. Giur. Treccani*, Roma, XIV, 1988, p. 4, a noção de medida coercitiva abrange “*qualsiasi istituto che abbia la funzione di costringere un soggetto, a ciò obbligato giuridicamente, ad adempiere all’obbligazione*”. Sobre a função de tais provimentos, retomamos a lição de PELLEGRINI GRINOVER, Ada, Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer, in TEIXEIRA, Salvio de Figueiredo (Coord.), *Reforma do Código de Processo Civil*, São Paulo: Saraiva, 1996: “A multa, em suma, tem natureza puramente coercitiva. Daí porque a execução dessas multas não configura medida de execução forçada, entendida esta como constrição sobre o patrimônio do obrigado. Trata-se, isso sim, da chamada execução indireta, caracterizada por atos de pressão psicológica sobre o devedor, para persuadi-lo ao adimplemento da obrigação”.

⁵⁹ ZUCCONI GALLI FONSECA, Elena, Attualità del titolo esecutivo, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2010, p. 67 ss., spec. p. 74. Na doutrina brasileira, veja-se BEDAQUE, José Roberto dos Santos, *Efetividade do processo e técnica processual*, 3º ed., São Paulo: Malheiros, 2010, p. 550 ss.

⁶⁰ Nesse sentido, dentre tantos outros, CHIARLONI, Sergio, Esecuzione indiretta. Le nuove misure coercitive ai sensi dell’art. 614 bis c.p.c., cit., § 1. Para uma visão comparativa das medidas coercitivas tem-se SILVESTRI, Elisabetta; TARUFFO, Michele, Esecuzione forzata, III) Esecuzione forzata e misure coercitive, cit., p. 5 ss. Sobre as *astreintes* francesas tem-se, em particular, na doutrina italiana: VULLO, Enzo, *L’esecuzione indiretta fra Italia, Francia e Unione europea*, em *Rivista di diritto processuale*, 2004, p. 727 ss.

⁶¹ TARUFFO, Michele, Note sull’esecuzione degli obblighi di fare e di non fare, cit., § 3.



ordenamento italiano com os demais ordenamentos europeus⁶². A esse respeito basta mencionar o sistema francês em que as astreintes foram regulamentadas já há vários anos⁶³. Lembramos que na Itália antes de 2009 existiam apenas algumas normas específicas que previam medidas coercitivas típicas e de natureza heterogênea, seja quanto aos destinatários da multa, seja quanto à determinação da importância a ser cobrada. Por essa razão vários estudiosos tinham apontado, há tempos, a falta de uma medida coercitiva atípica, desejando a sua introdução no ordenamento⁶⁴.

⁶² TOMMASEO, Ferruccio, L'esecuzione indiretta e l'art. 614 bis C.P.C., cit., p. 3.

⁶³ Já durante o século XIX, no ordenamento francês, a jurisprudência tentou superar os estritos limites do art. 1.142 do Código Civil de 1804, que prevê, ainda hoje, que todas as obrigações de fazer ou não fazer se resolvam, em caso de não cumprimento, em perdas e danos. De acordo com a lição de DESDEVICES, Yvon, *Astreintes – Introduction*, in *Juris Classeur Procédure civile*, fasc., 2120, Paris: LexisNexis, 2014, § 10 e segg., o marco inicial é individuado num pronunciamento do Tribunal civil de Gray que, em data 25 de março de 1811, estabeleceu pela primeira vez uma *astreinte* e depois também a Corte de cassação em data 28 de dezembro de 1824. Apesar do reconhecimento da função cominatória das *astreintes* desde a sua criação, nem sempre foi clara a distinção entre a *astreinte* e a importância devida pelo inadimplemento da obrigação principal. A esse respeito, vale lembrar o acórdão da Corte de Cassação francesa de 1959 que definiu a *astreinte* como uma “medida de coerção” (“*mesure de contrainte*”), cujo único escopo é vencer a resistência do devedor, medida, portanto, totalmente distinta do ressarcimento devido por perdas e danos (*dommages-intérêts*). Veio por fim a lei n. 626/1972 que deu uma regulamentação normativa à medida sob enfoque e sobreveio depois a lei n. 650/1991 sobre o processo civil de execução que cuidou mais especificamente das *astreintes*. Agora o diploma legal das *astreintes* está contido nos artigos L. 131-1 a 131-4 do *Code des procédures civiles d'exécution* de 2012. Quanto ao Brasil, é notório que já o art. 84 do Código de Defesa do Consumidor (lei n. 8.078/90) reconheceu o poder do juiz de impor multa diária ao réu na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer. Idêntica norma passou a ser prevista, com o advento da lei n. 8952/94, no art. 461 do CPC de 1973. Ulteriormente, graças à lei n. 10.444/2002, essa mesma disciplina foi estendida à execução das obrigações de entrega de coisa fundada em título judicial, mercê da introdução do art. 461-A do CPC. No Código de Processo Civil de 2015 a disciplina das multas coercitivas está contida nos artigos 536 e 537, ver: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel, *Novo curso de processo civil*, II, cit., p. 721 ss.

⁶⁴ Com efeito, há muitos anos o tema das multas coercitivas despertou a atenção da doutrina italiana. Podemos mencionar a esse respeito as obras de: MAZZAMUTO, Salvatore *L'attuazione degli obblighi di fare*, Nápoles: Jovene, 1978; CHIARLONI, Sergio, *Misure coercitive e tutela dei diritti*, Milão: Giuffrè, 1980; TARUFFO, Michele, *L'attuazione esecutiva dei diritti: profili comparatistici*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1988, p. 142; ID., A atuação executiva dos direitos: perfis comparatísticos, in *Revista de Processo*, vol. 59, 1990, p. 72 ss.; SILVESTRI, Elisabetta; TARUFFO, Michele, *Esecuzione forzata, III) Esecuzione forzata e misure coercitive*, cit., p. 10, os quais escrevem que: “Não há dúvidas, em substância, que *de iure condendo* existe em geral o problema de assegurar uma tutela executiva mais eficaz, e que a sua solução deva basear-se essencialmente sobre técnicas de medidas coercitivas”; PROTO PISANI, Andrea, *L'attuazione dei provvedimenti di condanna*, em *Foro italiano*, 1998, V, c. 177.



Com o fechamento dessa lacuna, os doutrinadores frisaram que o artigo 614 *bis* do CPC constitui a novidade mais relevante da reforma de 2009⁶⁵. Todavia, de acordo com a lição de Michele Taruffo, dentre os ordenamentos processuais mais relevantes “o legislador italiano chega por último (mas não como bom último)” na introdução da medidas coercitivas.

Com efeito, apesar do aplauso geral da doutrina, foram frequentes os destaques de natureza crítica da norma, chegando até mesmo a se falar de “um simples rascunho de disciplina”⁶⁶, e que suscita “sérias perplexidades”⁶⁷, sublinhando que, quase por ironia da sorte, o artigo 614 *bis* do CPC foi introduzido por uma lei intitulada (inclusive) de “simplificação” mas que, em realidade, trouxe apenas complicações⁶⁸. Não é por acaso que as últimas tentativas de reforma legislativa de 2013, que, todavia, não vingaram, pretendiam realizar alterações profundas na formulação do art. 614 *bis*⁶⁹.

Impende frisar que esse diploma legal “deixa muito a desejar”⁷⁰ e parece que o legislador italiano de 2009 tinha esquecido aquela advertência sobre a importância capital do direito comparado na busca de aprimoramento de um sistema⁷¹. Poder-se-ia dizer que se o legislador italiano tivesse conhecido de maneira mais aprofundada as soluções oriundas dos ordenamentos estrangeiros, provavelmente teria ditado uma disposição mais clara e mais conforme aos ditames da efetividade da tutela executiva.

O citado art. 614 *bis* estabelece que o juiz do processo de conhecimento, a pedido da parte e por meio de um provimento condenatório relativo à obrigação de fazer infungível ou de não fazer, fixe uma quantia devida pelo devedor por cada violação ou inobservância sucessiva

⁶⁵ CHIARLONI, Sergio, Esecuzione indiretta. Le nuove misure coercitive ai sensi dell’art. 614 bis c.p.c., cit., escreve que o art. 614 *bis* “foi considerado como a mais importante intervenção da última lei de reforma do processo civil, a lei 18.6.2009, n. 69”.

⁶⁶ CAPPONI, Bruno, *Manuale*, cit., p. 47.

⁶⁷ CARRATTA, Antonio, L’esecuzione forzata indiretta delle obbligazioni di fare infungibili o di non fare: i limiti delle misure coercitive dell’art. 614 bis c.p.c., cit., § 2.

⁶⁸ Così MERLIN, Elena, Prime note sul sistema delle misure coercitive pecuniarie per l’attuazione degli obblighi infungibili nella l. 69/2009, cit., p. 1559.

⁶⁹ ZUCCONI GALLI FONSECA, Elena, Misure coercitive fra condanna e tutela esecutiva, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2014, p. 389 ss.

⁷⁰ PROTO PISANI, *Lezioni*, cit., p. 918.

⁷¹ Sobre esse assunto TARUFFO, Michele, L’insegnamento accademico del diritto processuale civile, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1996, p. 553 ss., frisa que “o conhecimento de outros sistemas é uma ferramenta indispensável para elaborar reformas que tenham uma esperança de serem eficazes”.



ou por cada atraso no cumprimento da ordem de execução do provimento. A disposição ressalva o caso da manifesta iniquidade, que proíbe o juiz de impor a medida coercitiva.

O artigo sob enfoque esclarece que “o provimento de condenação constitui título executivo para o pagamento de quantia devida por cada violação ou inobservância”. Na determinação da importância em dinheiro o juiz tem de levar em conta “o valor da controvérsia, a natureza da prestação, o dano quantificado ou previsível e toda outra circunstância útil”.

De modo discutível, como veremos melhor mais adiante, a medida coercitiva não se aplica aos litígios acerca das relações empregatícias, quer de natureza pública quer privada, assim como às relações de colaboração coordenada e contínua do artigo 409 do CPC⁷².

Quanto ao destinatário da multa, apesar da falta de qualquer indicação normativa sobre esse ponto, deve-se entender que a quantia é atribuída ao credor⁷³. Nessa linha, o direito italiano filia-se claramente ao sistema francês e ao brasileiro, recusando a solução de que a multa seja revertida ao Estado⁷⁴.

Assim esboçado, em largas pinceladas, o regime do art. 614 *bis*, podemos passar às críticas endereçadas ao dispositivo legal.

Em primeiro lugar, pondo em relevo que esse mecanismo é de execução indireta, uma parte expressiva da doutrina criticou a colocação do art. 614 *bis* no terceiro livro do Código, sustentando que teria sido mais acertado inserir esse dispositivo no livro segundo, notadamente dentro das normas relativas ao julgamento da causa⁷⁵.

⁷² O art. 614 *bis* do CPC, intitulado “Atuações das obrigações de fazer infungível e não fazer”, dispõe que: “*Con il provvedimento di condanna il giudice, salvo che ciò sia manifestamente iniquo, fissa, su richiesta di parte, la somma di denaro dovuta dall’obbligato per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell’esecuzione del provvedimento. Il provvedimento di condanna costituisce titolo esecutivo per il pagamento delle somme dovute per ogni violazione o inosservanza. Le disposizioni di cui al presente comma non si applicano alle controversie di lavoro subordinato pubblico e privato e ai rapporti di collaborazione coordinata e continuativa di cui all’articolo 409. Il giudice determina l’ammontare della somma di cui al primo comma tenuto conto del valore della controversia, della natura della prestazione, del danno quantificato o prevedibile e di ogni altra circostanza utile*”.

⁷³ CHIARLONI, Sergio, Esecuzione indiretta. Le nuove misure coercitive ai sensi dell’art. 614 *bis* c.p.c., cit., § 1.

⁷⁴ Cumpre recordar que no Brasil há quem sustente que a multa deva reverter para o Estado. Nessa linha de pensamento, veja-se: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz, *Execução*, cit., p. 75; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel, *Novo curso de processo civil*, II, cit., p. 723.

⁷⁵ RICCI, Edoardo Flavio, Ancora novità (non tutte importanti, non tutte pregevoli) sul processo civile, in *Rivista di diritto processuale*, 2008, p. 1362 ss.



Além disso, os problemas interpretativos que decorrem do dispositivo são múltiplos.

Um aspecto fundamental e crítico do artigo 614 *bis* tange ao seu âmbito de aplicação, que é estritamente residual e setorial, limitando-se apenas aos provimentos voltados à atuação das obrigações de fazer infungíveis ou obrigações de não fazer, conforme ao posicionamento da corrente majoritária dos estudiosos⁷⁶. Adicionalmente, a norma traz consigo um problema bastante complexo quanto a distinção entre prestações fungíveis e prestações infungíveis⁷⁷.

Disso infere-se que a medida coercitiva italiana não é aplicável para induzir psicologicamente o devedor ao adimplemento espontâneo das: obrigações de fazer fungíveis (podendo o credor obter satisfação por sub-rogação de um terceiro); obrigações de entrega de coisa móvel ou imóvel; obrigações de pagar uma importância em dinheiro⁷⁸. Seguindo a interpretação dominante, a medida coercitiva atípica não seria tampouco aplicável quando houver instrumentos específicos voltadas à atuação das obrigações infungíveis, como na hipótese da execução em forma específica da obrigação de concluir o contrato que é tutelada pelo artigo 2932 do CC⁷⁹.

Em relação a esse aspecto o legislador italiano foi temeroso e titubeante e o sistema peninsular apresenta-se como atrasado em comparação com o que ocorre na França e no Brasil, em que a abrangência das medidas coercitivas é bastante ampla⁸⁰. Nota-se, contudo,

⁷⁶ Nesse passo, ver TOMMASEO, Ferruccio, L'execuzione indiretta e l'art. 614 *bis* C.P.C., cit., p. 270.

⁷⁷ De uma maneira geral, entende-se que infungível é a prestação que requer a necessária e insubstituível cooperação do devedor: ZUCCONI GALLI FONSECA, Elena, Attualità del titolo esecutivo, cit., p. 75.

Houve tentativas da jurisprudência com as quais procurou-se superar a redução do âmbito de aplicação do art. 614 *bis*, considerando infungível a obrigação de deixar um imóvel quando para sua atuação é necessária a cooperação do devedor, assim Tribunal de Trento, em data 8 de fevereiro de 2011, julgamento citado por TOMMASEO, Ferruccio, L'execuzione indiretta e l'art. 614 *bis* C.P.C., cit., p. 271, nota 15.

⁷⁸ Mas, segundo uma parte minoritária da doutrina, o art. 614 *bis* se aplicaria também às obrigações de fazer fungíveis e para a obrigação de entregar de coisa. Nesse sentido, ver: CHIARLONI, Sergio, Esecuzione indiretta. Le nuove misure coercitive ai sensi dell'art. 614 bis c.p.c., cit., § 2, que dá "preferência ao texto em relação à rubrica" do art. 614 *bis*.

⁷⁹ TOMMASEO, Ferruccio, L'execuzione indiretta e l'art. 614 *bis* C.P.C., cit., p. 273. Contra CONSOLO, Claudio, Una buona «novella» al cod. proc. civ.: la riforma del 2009 (con i suoi artt. 360 bis e 614 bis) va ben al di là della solita dimensione processuale, cit., p. 740 ss.

⁸⁰ No Brasil, as *multas coercitivas* dos artigos 461 e 461-A do CPC de 1973 abarcam as obrigações de fazer, não fazer e de entregar coisa (conforme os artigos 536 e 537 do CPC de 2015) e segundo uma parte da doutrina também as obrigações de pagar quantia. Sobre esse aspecto, ver: DIDIER, Fredie Jr.; CUNHA, Leonardo Carneiro; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de, *Curso de direito processual civil*, V, 6° ed., Bahia: JusPodivm, 2014, p. 445 ss.; AMARAL, Guilherme Rizzo, *As astreintes e o processo civil brasileiro*, 2° ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 47 ss. Na França a abrangência das *astreintes* é amplíssima, na medida em que inclui



que há uma tendência na Itália a ampliar a abrangência do instituto da medida coercitiva atípica⁸¹, circunstância que deve ser louvada. A premissa de fundo dessa linha de raciocínio em prol de uma ampla utilização das *astreintes*, é a de que é sempre melhor conseguir o cumprimento espontâneo da obrigação em vez de promover uma execução forçada, pois deve ser reputada totalmente superada a velha opinião doutrinária segundo a qual quando for possível a execução por subrogação, não seria admissível a execução indireta.

De outra banda, a exclusão da aplicação do art. 614 *bis* às controvérsias trabalhistas levanta diversas perplexidades. A doutrina sublinhou, com acerto, que se trata claramente de um privilégio injustificado outorgado ao empregador, de duvidosa constitucionalidade, em razão da sua característica subjetiva de devedor⁸².

Outro limite à aplicação da medida coercitiva é o fato de que o art. 614 *bis* do CPC expressamente condiciona a concessão da medida coercitiva pecuniária à análise, pelo juiz, da sua não manifesta iniquidade para o devedor⁸³. Tal previsão foi criticada, na medida em que confere ao juiz um amplo poder discricionário⁸⁴.

Em relação à competência para a imposição da medida em questão, será competente o juiz do processo de conhecimento, sendo que a medida coercitiva consiste em um elemento acessório à sentença. Não é possível, portanto, a instauração de um processo autônomo com o objetivo único de requerer somente a imposição de uma medida de coerção. Essa circunstância implica algumas dificuldades quanto à aplicação do art. 614 *bis* às prestações periódicas e

qualquer provimento de condenação por obrigação de fazer (mesmo fungível), não fazer, entregar coisa e pagar quantia certa (conforme o acórdão da Corte de cassação francesa proferido em data 29 de maio de 1990).

⁸¹ Favorável ao ampliamiento dos casos de aplicabilidade das medidas coercitivas é VELLANI, Carlo, *Le proposte di riforma del processo esecutivo rese pubbliche al termine del 2013*, cit., p. 415.

⁸² PROTO PISANI, Andrea, *Lezioni*, cit., p. 4, que fala sobre uma escolha «tipicamente classista» do legislador. Assim, seguindo a linha de raciocínio de uma notável orientação doutrinária dever-se-ia prever a aplicação da medida coercitiva também às controvérsias de trabalho, excluindo a aplicação apenas quanto à sentença condenatória a prestar trabalho autônomo ou subordinado. Nesse sentido, CIPRIANI, Franco; CIVININI, Maria Giuliana; PROTO PISANI, Andrea, *Una strategia per la giustizia civile nella quattordicesima legislatura*, em *Foro italiano*, 2001, V, c. 81 ss.

⁸³ A lei proíbe que o sistema das medidas coercitivas possa comportar o sacrifício de opções de valor irrenunciáveis (quais sejam, em particular, os valores de liberdade implicados na prestação com elementos de caráter extremamente pessoal ou intelectual), nessa linha CHIARLONI, Sergio, *Esecuzione indiretta. Le nuove misure coercitive ai sensi dell'art. 614 bis c.p.c.*, cit., nota 24.

⁸⁴ PROTO PISANI, *Lezioni*, cit., p. 919; TOMMASEO, Ferruccio, *L'esecuzione indiretta e l'art. 614 bis C.P.C.*, cit., p. 274, fala sobre amplas margens de discricionarietà.



continuadas. Aliás, aponta-se uma outra discrepância a respeito da melhor disciplina prevista no Código francês, cujo art. 131-1, parte 2, outorga ao juiz da execução o poder de decretar a medida coercitiva em relação a uma decisão proferida por um outro juiz, quando for necessário conforme as circunstâncias do caso.

Em seguida, vale recordar que pelo disposto no art. 614 *bis*, a concessão da medida coercitiva deve sempre ser requerida pela parte. Sobre esse aspecto, surgiram algumas dúvidas interpretativas na doutrina italiana. De um lado, há quem assevere que seja necessário um pedido em sentido estrito e que, portanto, devam ser aplicadas as regras sobre a preclusão na propositura das demandas e o artigo 292 do CPC sobre a obrigação de comunicação das novas demandas ao réu revel⁸⁵. Por outro lado, outros autores sustentam a aplicação da disciplina de um simples requerimento, admitindo que o último momento possível para a apresentação desse requerimento seja o das alegações finais (art. 189 do CPC), acrescentando que esse requerimento poderia também ser apresentado oralmente na audiência e até mesmo, pela primeira vez, em grau de apelação⁸⁶. Na linha da efetividade da tutela jurisdicional e levando em conta que a medida coercitiva constitui uma modalidade que reforça uma sentença condenatória, parece-nos preferível a segunda opção interpretativa.

Ainda em relação à necessidade de requerimento pela parte, é forçoso reconhecer que o direito italiano diverge do quanto disposto pelo legislador francês e brasileiro. Lembramos que de acordo com o art. 461, § 4º, do CPC brasileiro de 1973 (conforme o art. 537, *caput*, do CPC brasileiro de 2015) e com o art. L 131-1 do *Code de procédures civiles d'exécution* francês, a multa pode ser imposta de ofício, independentemente de pedido do autor⁸⁷.

Impende frisar que a medida do art. 614 *bis* do CPC italiano não tem natureza reparatória, sendo uma condenação ao pagamento de uma quantia em favor do credor, que se

⁸⁵ CARRATTA, Antonio, L'esecuzione forzata indiretta delle obbligazioni di fare infungibili o di non fare: i limiti delle misure coercitive dell'art. 614 bis c.p.c., cit., § 2.

⁸⁶ PROTO PISANI, Andrea, *Lezioni*, cit., p. 919; CHIARLONI, Sergio, Esecuzione indiretta. Le nuove misure coercitive ai sensi dell'art. 614 bis c.p.c., cit., § 3; TOMMASEO, Ferruccio, L'esecuzione indiretta e l'art. 614 bis C.P.C., cit., p. 278; CONSOLO, *Spiegazioni*, I, cit., p. 161.

⁸⁷ Como destaca DINAMARCO, Cândido Rangel, *Instituições de direito processual*, cit., IV, p. 539, esse tipo de solução se justifica em razão do fato de que a medida coercitiva "têm como escopo não só de abrir caminho para a satisfação do credor mas também de preservar a autoridade das decisões judiciais (repelir e afastar afrontas perpetradas contra o exercício da jurisdição)".



torna atual somente com o inadimplemento. A imposição da multa não prejudica o direito do credor à realização específica da obrigação ou ao recebimento do equivalente monetário, ou ainda à postulação das perdas e danos. Estamos diante de duas importâncias autônomas e separadas. A esse respeito cumpre destacar que o art. 131-2 do Código francês preferiu eliminar qualquer dúvida sobre esse ponto e esclareceu que a astreinte é independente das perdas e danos.

Quanto aos critérios para a determinação do montante da quantia, embora sejam critérios lógicos, deixam um amplo espaço à discricionariedade do juiz, devendo esse poder discricionário determinar a quantia em relação: ao “valor da controvérsia”, à “natureza da prestação”, ao “dano quantificado ou previsível” e as “todas as outras circunstâncias úteis”. Nesse último critério, o juiz levará em consideração as condições patrimoniais e pessoais das partes (principalmente do devedor)⁸⁸. Uma parte da doutrina italiana critica o excessivo poder discricionário do juiz quanto à determinação da multa⁸⁹. Alguns autores propuseram, portanto, a necessidade de introduzir um limite mínimo e máximo para a determinação da quantia devida⁹⁰. Parece-nos melhor evitar fixar parâmetros a priori na determinação da quantia⁹¹. Dito isso, é preciso evitar, contudo, o problema do “efeito perverso” da multa e os fenômenos de enriquecimento ilícito a favor do credor que cumula a multa e o ressarcimento: a multa não pode se tornar mais desejável ao credor do que a satisfação da prestação principal e a determinação da multa tem que seguir os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade⁹².

A multa do art. 614 *bis* do CPC italiano foi definida como uma sentença condicional⁹³, cuja eficácia é subordinada a uma circunstância futura e incerta, sem necessidade de um novo

⁸⁸ CONSOLO, Claudio, *Spiegazioni*, I, cit., p. 161.

⁸⁹ TOMMASEO, Ferruccio, *L'esecuzione indiretta e l'art. 614 bis C.P.C.*, cit., p. 284.

⁹⁰ Para esta crítica LUISO, Francesco Paolo, *Diritto processuale civile*, cit., III, p., § 23.

⁹¹ Nessa linha salienta DINAMARCO, Cândido Rangel, *Instituições de direito processual*, IV, cit., p. 537, que a multa coercitiva pertence à jurisdição de equidade e, por conseguinte, “não é conveniente fixar parâmetros *a priori*”.

⁹² Quanto ao efeito perverso da multa, ver: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel, *Novo curso de processo civil*, II, cit., p. 731-732. Sobre a determinação do valor da multa, ver: BONICIO, Marcelo José Magalhães, *Proporcionalidade e processo*, São Paulo: Atlas, 2006, p. 131: “convém deixar claro que as multas não podem atingir um valor excessivo, porque, se aplicadas em demasia, desnaturam o espírito da regra prevista no artigo 461 do Código de Processo Civil e atingem o princípio da proporcionalidade”.

⁹³ TOMMASEO, Ferruccio, *L'esecuzione indiretta e l'art. 614 bis C.P.C.*, cit., p. 281.



juízo para a formação do título executivo. Mas há quem prefira falar em condenação para o futuro⁹⁴.

Porém, aquilo que mais importa quanto à verificação da condição é que nenhuma indicação provém do legislador sobre fase de liquidação, ou seja, sobre a existência de um mecanismo de averiguação judicial do inadimplemento do devedor. Tal omissão parece criticável à luz das indicações provenientes do direito comparado e das soluções adotadas pelo mesmo legislador italiano em relação a algumas medidas coercitivas especiais⁹⁵. O pensamento corre ao ordenamento francês cuja liquidação é feita pelo juiz da execução (art. 131-3 do *Code des procédures civiles d'exécution*). No silêncio da lei italiana sobre esse ponto, o credor deve proceder a uma autoliquidação, indicando os fatos dos quais nasce a obrigação de pagar quantia ao tempo indicado pelo juiz⁹⁶. Em caso de oposição à execução proposta pelo devedor, o ônus da prova dos fatos geradores das obrigações recairá sobre o credor⁹⁷. Todavia, assim estruturado, o sistema italiano parece “destinado a alimentar um número infinito de oposições à execução”⁹⁸.

Diante do exposto, fica bastante claro que o art. 614 bis precisa de um aprimoramento para tornar a medida coercitiva no sistema italiano mais enérgica e mais abrangente, à semelhança do que ocorre nos sistemas francês e brasileiro.

Antes de concluir o assunto, merecem menção outros instrumentos de coação indireta para induzir o devedor a adimplir uma obrigação de fazer ou não fazer, entre os quais: a sanção penal prevista pelo art. 388 do Código Penal (descumprimento doloso de uma medida) e pelo art. 650 do CP (inobservância das medidas de autoridade); a possibilidade de inscrever hipoteca judiciária, segundo a norma do art. 2818 do Código Civil, para o equivalente monetário ou para a importância que corresponde aos eventuais danos de violação. Quanto ao primeiro dos mencionados instrumentos (a prisão como meio para estimular a execução forçada), parece-

⁹⁴ CAPPONI, Bruno, *Manuale*, cit., p. 35.

⁹⁵ A referência é às sanções civis do art. 124 do Código de propriedade intelectual de 2005 que assegna ao juiz que emitiu a sentença para resolver as contestações que surgem no cumprimento da medida coercitiva. Para a crítica sobre essa omissão, vide TOMMASEO, Ferruccio, *L'esecuzione indiretta e l'art. 614 bis C.P.C.*, cit., p. 281; CONSOLO, Claudio, *Spiegazioni*, I, cit., p. 162.

⁹⁶ TOMMASEO, Ferruccio, *L'esecuzione indiretta e l'art. 614 bis C.P.C.*, cit., p. 282.

⁹⁷ Assim MERLIN, Elena, op. ult. cit., p. 1551.

⁹⁸ CONSOLO, Claudio, *Spiegazioni*, I, cit., p. 162.



nos que as recentes propostas de utilizar a sanção penal para induzir o devedor à prestação⁹⁹ comportam uma criminalização da obrigação de justiça muito severa e, portanto, não sejam viáveis¹⁰⁰. Quanto ao segundo instrumento citado, como destaca Andrea Proto Pisani, o uso da hipoteca judiciária como medida coercitiva encontra “dois grandes limites”: a necessidade de que o devedor seja titular de um patrimônio imobiliário; a necessidade de o credor antecipar as despesas para efetuar a inscrição de hipoteca¹⁰¹.

Por fim, em relação às medidas compulsórias que versam sobre o cumprimento espontâneo de uma decisão, parece-nos inviável a utilização da regra francesa que condiciona a admissibilidade do recurso de cassação à execução da sentença recorrida (art. 1009-1 do CPC francês). Sem entrar em detalhes sobre tal medida compulsória, e que de fato constitui um filtro indireto ao recurso por cassação¹⁰², o recorrido no recurso de cassação pode requerer a extinção do processo sem julgamento de mérito, se o recorrente não cumprir a sentença condenatória contida na decisão impugnada e dotada de eficácia executiva, a não ser que da execução decorram consequências manifestamente excessivas ou o devedor esteja na impossibilidade de adimplir a decisão¹⁰³. Esse mesmo mecanismo foi, em seguida, aplicado ao juízo de apelação pelo decreto n. 526, de 28 de dezembro de 2005, que modificou o art. 526 do

⁹⁹ CONTE, Riccardo, Tutela penale del diritto di credito. Sviluppi giurisprudenziali, em *Giurisprudenza italiana*, 2012, p. 1635 ss.; FABIANI, Enresto, Attualità della tutela penale al servizio dell’effettività della tutela civile, dopo la riforma dell’art. 388 c.p., em *Rivista dell’esecuzione forzata*, 2011, p. 535 ss. Na doutrina brasileira, ver: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIÉRO, Daniel, *Novo curso de processo civil*, II, cit., p. 738, os quais salientam que: “O juiz somente poderá se valer da prisão quando estiver em condições de justificar a impossibilidade de efetivação da tutela, mediante o emprego da multa ou de qualquer outro meio executivo”.

¹⁰⁰ CONSOLO, Claudio, *Spiegazioni*, I, cit., p. 158. Sobre esse ponto no direito brasileiro, ver: DIDIER, Fredie Jr.; CUNHA, Leonardo Carneiro; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de, *Curso de direito processual civil*, V, cit., p. 464 ss.

¹⁰¹ PROTO PISANI, Andrea, *Lezioni*, cit., p. 146-147.

¹⁰² Trata-se de um mecanismo de filtragem indireto à Corte de Cassação para AMRANI MEKKY, Soraya, L’accès aux Cours Suprêmes. Rapport français, in http://colloquium2014.uw.edu.pl/wp-content/uploads/sites/21/2014/06/AMRANI_MEKKI_L%E2%80%99ACCES-AUX-COURS-SUPREMES-final.pdf, § 24 (acesso em 25.7.2014).

¹⁰³ O artigo 1009-1 do CPC francês dispõe que: “Hors les matières où le pourvoi empêche l’exécution de la décision attaquée, le premier président ou son délégué décide, à la demande du défendeur et après avoir recueilli l’avis du procureur général et les observations des parties, la radiation d’une affaire lorsque le demandeur ne justifie pas avoir exécuté la décision frappée de pourvoi, à moins qu’il ne lui apparaisse que l’exécution serait de nature à entraîner des conséquences manifestement excessives ou que le demandeur est dans l’impossibilité d’exécuter la décision”. Sobre esse ponto veja-se: GUINCHAR, Serge; CHAINAIS, Cécile; FERRANT, Frédérique, *Procédure civile*, cit., p. 1328.



CPC francês, introduzindo a possibilidade de extinção do processo sem julgamento de mérito na ausência do cumprimento voluntário da decisão de primeira instância recorrida¹⁰⁴.

7. Esgotando esse estudo e antes de tecer algumas breves considerações conclusivas, podemos lembrar que o legislador italiano trouxe outras alterações ao processo de execução que, dados os exíguos limites deste trabalho, não tivemos a possibilidade de tratar. Assim, a título de exemplo, recordamos que o legislador interveio em matéria de: penhora e novos instrumentos para a pesquisa dos bens passíveis de penhora¹⁰⁵; venda forçada e sistema da delegação aos profissionais de operações¹⁰⁶; possibilidade de suspender a eficácia executiva do título no caso de embargos pré-executivos¹⁰⁷; suspensão do processo executivo¹⁰⁸.

Podemos, por fim, apontar algumas considerações conclusivas a respeito do sistema italiano: (i) o rol dos títulos executivos extrajudiciais é bastante restrito, notadamente no que diz respeito à execução em forma específica, podendo-se cogitar de uma ampliação dos títulos; (ii) a intervenção dos credores, ao permitir o ingresso numa execução alheia de apenas algumas categorias de credores sem título executivo não parece ser conforme ao princípio constitucional da igualdade, podendo-se conceber a restrição da faculdade de intervenção

¹⁰⁴ O art. 526 do CPC francês dispõe que: “Lorsque l’exécution provisoire est de droit ou a été ordonnée, le premier président ou, dès qu’il est saisi, le conseiller de la mise en état peut, en cas d’appel, décider, à la demande de l’intimé et après avoir recueilli les observations des parties, la radiation du rôle de l’affaire lorsque l’appelant ne justifie pas avoir exécuté la décision frappée d’appel ou avoir procédé à la consignation autorisée dans les conditions prévues à l’article 521, à moins qu’il lui apparaisse que l’exécution serait de nature à entraîner des conséquences manifestement excessives ou que l’appelant est dans l’impossibilité d’exécuter la décision”. Veja-se as considerações críticas de GUINCHAR, Serge; CHAINAIS, Cécile; FERRANT, Frédérique, *Procédure civile*, cit., p. 829.

¹⁰⁵ Sobre esse ponto, veja-se: CAPPONI, Bruno, *Manuale*, cit., p. 186 ss.; CORDOPATRI, Le nuove norme sull’esecuzione forzata, cit., p. 759; COMOGLIO, Luigi Paolo, La ricerca dei beni da pignorare, in *Rivista dell’esecuzione forzata*, 2006, p. 50 ss.; CANELLA, Maria Giulia, Novità in materia di esecuzione forzata, cit., p. 278

¹⁰⁶ Ver FABIANI, Ernesto, Delega delle operazioni di vendita in sede di espropriazione forzata immobiliare, in *Dig. disc. priv., sez. civ., aggiornamento*, IV, Turim: UTET, 2010, p. 456 ss.; FARINA, Pasqualina, *L’aggiudicazione nel sistema delle vendite forzate*, Nápoles: Jovene, 2012; ID., Il nuovo regime del procedimento di vendita forzata, in PUNZI, Carmine, *Il processo civile. Sistema e problematiche. Le riforme del quinquennio 2010-2014*, Turim, Giappichelli, 2015, p. 531 ss.

¹⁰⁷ CAPPONI, Bruno, *Manuale*, cit., p. 393 ss.; LOCATELLI, Francesca, Il nuovo potere sospensivo del giudice dell’opposizione a precetto, in *Rivista di diritto processuale*, 2008, p. 84 ss.; SALETTI, Achille, Simmetrie e asimmetrie delle opposizioni esecutive, in *Rivista di diritto processuale*, 2007, p. 885 ss.

¹⁰⁸ VELLANI, Carlo, La disciplina della sospensione dell’esecuzione: c’è qualcosa di nuovo?, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2012, p. 209 ss.



somente aos credores com título executivo; (iii) a disciplina da expropriação perante terceiros parece prejudicar a posição do terceiro *debitor debitoris*; (iv) a medida coercitiva atípica do art. 614 *bis* do CPC deu origem a várias incertezas interpretativas, de modo que seria necessária uma disposição mais clara e abrangente que permita a aplicação para as obrigações de fazer fungíveis, não fazer, entrega de coisa e, provavelmente, de pagar uma importância em dinheiro; (v) nessa última linha seria possível cogitar a introdução, na Itália, de mecanismos que induzam o devedor ao adimplemento voluntário das obrigações pecuniárias e evitar assim a instauração de um processo de execução, tal como a multa (de natureza punitiva) de 10% prevista no art. 475-J do CPC brasileiro de 1973 e no art. 523, § 1, do CPC de 2015¹⁰⁹; (vi) por último, seria possível pensar em introduzir na Itália um mecanismo estimulador, a fim de que seja mais conveniente para o devedor cumprir a obrigação, como a dispensa, total ou parcial, de despesas processuais em caso de imediato pagamento do valor exigido, à semelhança do que ocorre no Brasil em relação à ação monitória (art. 1.102-C, § 1º, do CPC de 1973, e art. 701, § 1º, do CPC de 2015) e à execução de títulos extrajudiciais (652-A, parágrafo único, do CPC de 1973, e art. 827 do CPC de 2015)¹¹⁰.

Cabe frisar, em conclusão, que é ainda longo o caminho para que o sistema italiano chegue a um processo executivo que seja conforme aos ditames da efetividade da tutela jurisdicional.

¹⁰⁹ Sobre esse ponto, ver: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz, *Execução*, cit., p. 243; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel, *Novo curso de processo civil*, II, cit., p. 897-898.

¹¹⁰ Sobre as chamadas “sanções premiativas” e os “mecanismos estimulatórios” no sistema brasileiro, ver: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz, *Execução*, cit., p. 90; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel, *Novo curso de processo civil*, II, cit., p. 739-740, em relação ao Código de 2015.