



Civil Procedure Review  
AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

# Civil Procedure Review



### **Editors**

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

### **Editorial Board**

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

### **Executive Editors**

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

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

Eduardo Scarparo (UFRGS)  
Klaus Koplín (UFRGS)  
Lucas Buriel (USP)  
Alberto Trigo (UERJ)  
Vitor de Paula Ramos (Universidade de Girona)  
Flávio Quinaud Pedron (UFMG)  
Fernanda Pantoja (PUC-RJ)  
Paula Pessoa (UFPR)  
Pedro Rocha (UERJ)  
Guilherme Leroy (Milton Campos)  
Thiago Cabral (UERJ)



Civil Procedure Review  
AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

# Civil Procedure Review

2020

 EDITORA  
*Jus*PODIVM  
[www.editorajuspodivm.com.br](http://www.editorajuspodivm.com.br)



www.editorajuspodivm.com.br

Rua Território Rio Branco, 87 – Pituba – CEP: 41830-530 – Salvador – Bahia

Tel: (71) 3045.9051

• Contato: <https://www.editorajuspodivm.com.br/sac>

**Copyright:** Edições JusPODIVM

Todos os direitos desta edição reservados a Edições JusPODIVM.

É terminantemente proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio ou processo, sem a expressa autorização do autor e das Edições JusPODIVM. A violação dos direitos autorais caracteriza crime descrito na legislação em vigor, sem prejuízo das sanções civis cabíveis.



# Civil Procedure Review

AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

## About the authors

---

### **Dierle Nunes**

Associate Professor at PUC-Minas. Ph.D. at PUC-Minas, Brazil.

### **Domenico Dalfino**

Professor of Università degli Studi di Bari Aldo Moro. PhD from Università degli Studi di Napoli Federico II – Facoltà di Giurisprudenza, Italy.

### **Giorgio Constantino**

Professor at Università Degli Studi Roma Tre, Italy.

### **João Paulo Lordelo Guimarães Tavares**

PhD in Law (Federal University of Bahia). Federal Prosecutor, Brazil.

### **Lucas Buril de Macêdo**

Ph.D. University of São Paulo (USP). M.Sc. Federal University of Pernambuco (UFPE), Brazil.

### **Pedro Henrique Reschke**

Professor of Civil Procedure at Faculdade CESUSC, in Florianópolis, SC, Brazil.

Master of Laws at Universidade Federal de Santa Catarina, Brazil.

[phreschke@gmail.com](mailto:phreschke@gmail.com)





# Civil Procedure Review

AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

## Sumário

### • 1

#### **A technological shift in procedural law (from automation to transformation): can legal procedure be adapted through technology? .....** 11

Virada tecnológica no direito processual (da automação à transformação): seria possível adaptar o procedimento pela tecnologia?

*Dierle Nunes*

1. Initial Considerations .....	12
2. From automation to transformation.....	15
3. Some transformative impacts of technology – ODR.....	22
4. Final considerations.....	30

### • 2

#### **Transazione, conciliazione e mediazione nel nuovo sistema di tutela collettiva dei diritti individuali omogenei .....** 33

*Domenico Dalfino*

I. Premessa.....	34
1. I nuovi strumenti negoziali di composizione della lite nel sistema della l. 31/2019..	34
II. Il <i>favor conciliationis</i> .....	37
2. Il generale <i>favor</i> del legislatore europeo verso la conciliazione .....	38
3. Il <i>favor</i> del legislatore italiano e i “modelli” italiani.....	39
III. Transazione e conciliazione nel sistema delineato dalla l. 31/2019.....	41
4. Il quadro normativo di riferimento .....	41
5. L’accordo tra ricorrente e convenuto a seguito della proposta “transattiva” o “conciliativa” del giudice.....	42

6.	L'accordo transattivo o conciliativo tra le (sole) parti .....	44
7.	L'accordo transattivo tra rappresentante comune degli aderenti e convenuto dopo la sentenza di accoglimento .....	45
8.	La conciliazione nell'azione collettiva inibitoria.....	47
IV.	Mediazione e azione di classe.....	48
9.	Il mancato coordinamento tra la l. 31/2019 e il d.lgs. 28/2010.....	48

• **3**

**A civil law for the age of precedents? A look into Brazilian adjudication .....** **53**

*Pedro Henrique Reschke*

1.	Introduction .....	54
2.	Adjudication in Brazil and what, if anything, is wrong with it.....	55
3.	Brazil's very own model of precedent.....	58
4.	Precedent in Brazil vs. Precedent in anglo-saxon jurisdictions.....	63
5.	Can law create a culture of precedent? .....	70
6.	Bibliography .....	71

• **4**

**Nuove tendenze del diritto processuale italiano .....** **73**

**New trends in italian procedural law**

*Giorgio Constantino*

1.	Introduzione. Le regole del processo e la frenesia legislativa .....	73
2.	L'esigenza della predeterminazione delle regole del processo.....	80
3.	La struttura dei processi a cognizione piena .....	84
4.	La funzione dei processi esecutivi.....	89
5.	Conclusioni.....	98

• **5**

**O regime jurídico das provas digitais no Direito brasileiro .....** **99**

**The discipline of digital evidence in Brazilian Law**

*João Paulo Lordelo Guimarães Tavares*

1.	Introdução.....	100
2.	Conceitos fundamentais .....	101
2.1.	Endereço de protocolo de internet (endereço IP), <i>domain names</i> e DNS .....	101
2.2.	Provedores de conexão à internet.....	103
2.3.	Provedores de aplicações de internet .....	104
2.4.	Servidores <i>proxy</i> , VPN e rede <i>TOR</i> .....	104



3. O regime processual estabelecido pelo Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014).....	106
4. Metodologia básica para a produção da prova digital.....	108
5. Busca e apreensão virtual x interceptação de fluxo de dados: distinções necessárias.....	110
6. Busca e apreensão de dispositivos informáticos ou telemáticos, cadeia de custódia da prova, perícia e <i>hashing</i> .....	111
7. Pedidos de preservação de conteúdo.....	112
8. Conclusão.....	113
Referências.....	113

• 6

**Efeito devolutivo e erro no julgamento colegiado dos recursos ..... 115**

**Devolutive effect and mistake in panel deliberation of appeals**

*Lucas Buril de Macêdo*

1. Introdução.....	116
2. O que é e como funciona o efeito devolutivo?.....	116
3. Primeira crítica ao efeito devolutivo: gigantismo conceitual.....	122
4. Segue: gigantismo conceitual e relação com o mérito.....	124
5. O nível discursivo recursal e o efeito devolutivo.....	127
6. O problema causado na deliberação colegiada decorrente da soma do efeito devolutivo com o ônus de impugnação específica.....	133
7. Conclusões.....	139
Referências.....	140





Civil Procedure Review  
AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

1

A technological shift in procedural law  
(from automation to transformation):  
can legal procedure be adapted through  
technology?<sup>1</sup>

Virada tecnológica no direito processual  
(da automação à transformação): seria possível adaptar o  
procedimento pela tecnologia?

**Dierle Nunes**

Associate Professor at PUC-Minas. Ph.D. at PUC-Minas, Brazil.

**Abstract:** This work addresses the impacts of the use of technology on procedural law and the changes brought by automation to the transformation of legal procedure. It further proposes the adaptation of legal procedure through the *incorporation of technology in full compliance with due legal process* as an alternative to the current

1. This article is the result of the work of research group “Democratic Constitutional Proceduralism and procedural reforms”, linked to the Pontifical Catholic University of Minas Gerais and the Federal University of Minas Gerais and registered in the CNPQ National Research Group Directory [<http://dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/3844899706730420>]. The group is a founding member of Protec (“International Research Network – Civil Justice and Contemporary Procedural Law”) <http://laprocon.ufes.br/grupos-de-pesquisa-integrantes-da-rede>.

trends driving the application of differentiated dispute resolution techniques and special procedures.

**Resumo:** O presente texto aborda os impactos do emprego da tecnologia no direito processual e as mudanças da automação para a transformação do procedimento. E propõe como opção às tendências de aplicação das técnicas de tutelas diferenciadas e procedimentos especiais a adaptação procedimental mediante a incorporação da tecnologia ao procedimento respeitado o devido processo legal.

**Keywords:** judicial procedure; online conflict resolution; procedural adaptation; artificial intelligence; technology.

**Palavras chave:** processo judicial – resolução online de conflitos – adaptação procedimental – artificial intelligence – tecnologia.

**Summary:** 1. Initial Considerations; 2. From automation to transformation; 3. Some transformative impacts of technology – ODR; 4. Final considerations

## 1. INITIAL CONSIDERATIONS

The legal system underwent a series of paradigm shifts over the last decades that have induced brutal changes in the foundations, purposes and very rationality of the work of legal professionals and their institutions.

For example, since the end of World War II, we have suffered the impacts of the effective constitutionalization of law through the reformulation of a series of assumptions that became natural in our legal practice, particularly regarding the role and strength of fundamental rights, constitutionality review and the role of overlapping courts.<sup>2</sup>

- 
2. The Lüth case (BVerfGE 7, 198 – Lüth – German Federal Constitutional Court, first Senate, January 15, 1958) is an emblematic and pioneer case in this aspect for that period due to its constitutional filtering and analysis of the horizontalization of fundamental rights: “1. Fundamental rights are mainly the rights of citizens to defend themselves against the State; however, the fundamental rights provisions of the Basic Law (Constitution – *Grundgesetz Bonner*) also embody an objective order of values, which is a basic constitutional decision for all areas of law. 2. In civil law, the legal content of fundamental rights is developed indirectly through private law regulations. Above all, it prescribes mandatory provisions and is particularly viable for the judge through the general clauses. 3. A civil judge’s ruling may violate fundamental rights (§ 90 BVerfGG) if said judge fails to recognize the impact of fundamental rights on civil law. The Federal Constitutional Court reviews civil judgments only for violations of fundamental rights, and generally not for legal errors.” Free translation. Accessible at: [https://www.bundesverfassungsgericht.de/e/rs19580115\\_1bvr040051.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/e/rs19580115_1bvr040051.html) See also MAUS, Ingeborg. *O Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial*

Since the 1970s, with the emergence of the study of heuristics and cognitive biases, we have started challenging the rationality of decision-making by humans in general and, more recently, of us jurists in particular, in an effort to achieve more correct decisions through the perception of the cognitive turn.<sup>3</sup>

Brazil has seen some level of debate regarding the impact of the linguistic-ontological turn since the 1990s.<sup>4</sup> Particularly in the procedural field, these discussions have centered on the impossibility of believing in the virtues of decision-makers and judicial solipsism, and demonstrated the importance of the participation of those affected, as adversarial parties, in decision-making processes.<sup>5</sup>

In recent times, we have started discussing the impacts of a movement that started in the late 1990s and early 2000s but which transcended its mere instrumental application, namely *the technological shift in Law and its impacts in the procedural field*.

In addition to seeking to outline the phenomenon, I will attempt here to show a series of interactions with technology aimed at adapting legal process, taking a step forward on the recurring discussion of special procedures and differentiated forms of dispute resolution.

Regarding the latter, we had the opportunity, a decade ago, to propose procedural differentiation in accordance with the types of litigation.<sup>6</sup> This was adopted to some

---

na “sociedade órfã” Translated by Martônio Lima and Paulo Albuquerque. *Revista Novos Estudos CEBRAP*, n. 58, Nov. 2000. HIRSCHL, Ran. The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide. *Fordham Law Review*, v. 75, n. Feb. 2006.

3. NUNES, Dierle; LUD, Natanael; PEDRON, Flávio. *Desconfiando da (im)parcialidade dos sujeitos processuais: Um estudo sobre os vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e o debiasing*. Salvador: Juspodivm, 2018.
4. As Pedron explains when commenting on the linguistic turn, “language cannot be understood as a pure instrument for communicating knowledge already obtained; before that, it is a condition of possibility for the construction of this knowledge. However, we find that a problem remains since the first stage: the analysis of language games still takes place in an exclusively descriptive fashion, such that the subject who watches the games positions themselves as an observer external to the linguistic practice. [...]. For the legal universe, Habermas’ contributions point to a reconstruction of law based on a principle of discourse that can balance the tension between facticity and validity, based on the need for provisions (administrative, legislative or jurisdictional) to take into account the potential participation of their recipients, who must be able to assume the perspective of co-authors.” PEDRON, Flávio Quinaud. O giro linguístico e a autocompreensão da dimensão hermenêutico-pragmática da linguagem jurídica. *Vox Forensis, Espírito Santo do Pinhal*, v. 1, n.1, Jan./Jun. 2008. See CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Devido Processo Legislativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2015. CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Tutela jurisdicional e estado democrático de direito por uma compreensão constitucionalmente adequada do mandado de injunção*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
5. NUNES, Dierle. *Processo Jurisdicional Democrático: Uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2008.
6. NUNES, Dierle. Novo enfoque para as tutelas diferenciadas no Brasil? diferenciação procedimental a partir da diversidade de litigiosidades. *Revista de Processo*, vol. 184/2010, p. 109 – 140, Jun/2010.

extent in the 2015 CPC (Code of Civil Procedure), which outlines a microsystem of repetitive litigation and the formation of precedents. Also noteworthy is the recent hypothesis raised doctrinally<sup>7</sup> which seeks to systematize the application of special procedures and interpret the new rule brought by Article 327(2) of the CPC.<sup>8</sup>

But here the hypothesis we propose is to promote procedural adaptation through the use of technology – automation of procedural acts and facts, ODRs, use of online constraints and Artificial Intelligence-aided processes, among others – not just to structure digital lawsuits<sup>9</sup> as a mere repetition of the procedure as normatively defined, but rather for technologically adapted<sup>10</sup> lawsuits and, in some cases,<sup>11</sup> to

7. See DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Por uma nova teoria dos procedimentos especiais: dos procedimentos às técnicas*. Salvador, JusPODIVM, 2018.
8. Article 327. It is lawful to cumulate several demands in a single suit filed against the same defendant, even if there is no connection between them. [...] Paragraph 2 When each demand corresponds to a different type of procedure, cumulation shall be allowed if the plaintiff employs the common procedure, without prejudice to the possibility of employing the different procedural techniques provided for in special procedures to which one or more cumulative requests may be subjected, provided those are not incompatible with the provisions on the common procedure.
9. Like our electronic lawsuits in Brazil. Susskind alludes, in this topic, to an “online court”, a concept according to which human judges, without the use of artificial intelligence, should decide cases not in a physical court or through oral hearings, but rather following the presentation of evidence and arguments by the parties online via an asynchronous hearing system, that is, without the parties providing oral arguments at the same time, and under which they can submit messages/petitions and arguments to the judge remotely and receive responses thereto in the same fashion. SUSSKIND, Richard. *Online courts and the future of justice*. Oxford: Oxford University Press, 2019. p. 60.
10. “In actuality, there are courts that currently operate online. In July 2016, the United Kingdom court system announced a radical reform: £730 million would be allocated to revolutionize the technology of the British court system, a major component of which would be the institution of a new online court charged with addressing small claims of up to £25,000.00 Several months earlier, another online court was introduced in British Columbia in the form of a tribunal, established through legislation, mandating an online avenue for small claims of up to Can\$5000 and “strata,” certain neighbor-related, claims.<sup>4</sup> In the Netherlands, a platform called Rechtwijzer until recently allowed divorcing couples and disputing neighbors to resolve their cases online.<sup>5</sup> In addition, a few dozen U.S. state courts have successfully implemented Matterhorn software for the online processing of outstanding warrant cases and traffic violations.<sup>6</sup> Also, a pilot of online proceedings for debt collection cases is being devised for the New York court system.<sup>7</sup> What these and other courts have done is remarkable. Instead of refining existing court procedures through technology, they have developed novel processes that draw on the unique qualities of digital technology; such novel processes rely on new tools, involve new actors, and fulfill new goals.” RABINOVICH-EINY, Orna; KATSH, Ethan. *The new new courts*. *American University Law Review*, vol. 67. 2017. p. 166-167.
11. Susskind’s ideas for the expansion of court services are quite controversial, as they concern the use of technologies – and in particular AI – to assist procedural subjects directly, sometimes without the participation of lawyers. This defense of liberalization of professions in English and American law has some relevance due to the difficulty of access to the professional services of lawyers due to the high costs thereof. The situation in Brazil, despite the great challenges in access to justice faced by vast swaths of the population, needs to be looked into more conservatively. According to the British author, the prevailing idea in the concept of expanded online courts is that “technology allows us to provide a service with much wider remit than the traditional court. The additional services include

expand lawsuits with tools to aid in procedural activities and debates, automate case screening based on the notion of litigation management and implement novel techniques to obtain and expropriate assets during the enforcement stage, among other possibilities, ultimately creating new and more adequate ways of addressing conflicts. First, however, we need to understand how such interactions between procedural law and technology are articulated.

## 2. FROM AUTOMATION TO TRANSFORMATION

At the outset, we need to point out that the technological shift in law we address in this work does not refer merely to judicial computerization/automation and the use of technologies in the regular exercise of legal profession (such as electronic lawsuits or the use of e-mail/WhatsApp to assist in communication), but rather more importantly to the impact of these technologies – with emphasis today on artificial intelligence<sup>12</sup> – on the very tenets of legal process. Such impacts range from the propaedeutic scope of these processes<sup>13</sup> to the determination of a new rationality for their implementation, including the creation of new tenets (e.g. Online Dispute Resolution (ODR) platforms) and absolutely innovative legal practices (e.g. binding and clustering,<sup>14</sup> predictive judgments, latent semantic analysis (LSA)<sup>15</sup>, automated

---

tools to help users to understand their rights, duties and options open to them, facilities assist litigants to marshal their evidence and formulate their arguments, and systems that advise on or bring about non-judicial agreements.” SUSSKIND, Richard. *Online courts and the future of justice*. cit. p. 61.

12. “The essence of AI— indeed, the essence of intelligence— is the ability to make appropriate generalizations in a timely fashion based on limited data. The broader the domain of application, the quicker conclusions are drawn with minimal information. the more intelligent the behavior. If the same program that learns tic- tac- toe can learn any board game, all the better. If it can also learn to recognize faces, diagnose medical conditions, and compose music in the style of Bach, I believe we would agree that it’s artificially intelligent (there are individual programs that passably perform each of these tasks today). Whether it does so the same way people do, and whether it appears to be self- aware as people are, would seem to be irrelevant. KAPLAN, Jerry. *Artificial Intelligence: What everyone needs to know*. Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 5-6.
13. Specifically for proceduralists, in the understanding of the constitutional model of the legal process and its fundamental norms. See NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio. *Teoria Geral do Processo: com comentários da virada tecnológica do direito processual*. Salvador: Juspodivm. 2020.
14. Such as Victor, developed by the Brazilian Federal Supreme Court. On Clustering, see [[https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/24787/24787\\_5.PDF](https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/24787/24787_5.PDF)].
15. MELO, Tiago; MEDEIROS, Richerland. Estudo exploratório sobre aplicação de técnica de análise semântica latente, para vinculação de processos judiciais a temas de repercussão geral e incidente de resolução de demanda repetitiva. *Revista de Direito e as Novas Tecnologias*, vol. 1/2018, Oct-Dez 2018. DTR\2018\22686.

decision making,<sup>16</sup> collecting and sorting of information<sup>17</sup> and even impacts on the design of procedural papers – “legal design”/“visual law”). The automatic collection and analysis of dispute data will affect concepts, traditions and values, as well as the lawsuits themselves.<sup>18</sup>

In the Brazilian judiciary, Porto<sup>19</sup> points to potential applications:

From a high-level look at possible applications of AI in the Judiciary, we can identify the following trends: (a) assisting the judge in carrying out acts of constriction (online attachment, Renajud (National Vehicle Attachment System) and others);<sup>20</sup> (b) assisting judges in identifying cases of suspension of simultaneous judgments due to repetitive appeals, (IRDR (“Recurring Dispute Resolution Mechanism”), complaints etc.), which allows for an affected proceeding to be identified and suspended without human effort greater than that based on confirming what the machine has pointed out; (c) assisting judges in transcribing hearings, saving enormous amounts of time; (d) assisting in the proper classification of suits, generating more consistent statistical data; (e) assisting judges in the preparation of suit reports, filtering the relevant steps of the lawsuit and synthesizing them; (f) assisting in the identification of fraud; (g) assisting in the identification of contumacious litigants; (h) assisting in the identification of mass demands; (i) assisting in risk assessment (probability/impact of something happening in the future); (j) assisting in the management of conflict anticipation based on unstructured data; (k) assisting judges in assessing jurisprudence applicable to a given case; (l) allowing for a better experience for users of the legal system: conversational systems, “chat bots” (for ombudsman and

16. NUNES, Dierle; MARQUES, Ana Luiza Pinto Coelho. Inteligência artificial e direito processual: vieses algorítmicos e os riscos de atribuição de função decisória às máquinas. *Revista de Processo*, v.285, Nov. 2018. MARTÍN, Nuria Belloso. Algoritmos predictivos al servicio de la justicia: ¿una nueva forma de minimizar el riesgo y la incertidumbre? In: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erik Navarro (Coord.). *Inteligência artificial e Direito Processual: os impactos da virada tecnológica no direito processual*. Salvador: Jus Podivm, 2020.
17. Such as [<https://www.nexlp.com/>], created by Leib and Roth in 2013, which uses artificial intelligence to analyze data and identify trends and extract “including predicting litigation and measuring workflows in real time. His company uses predictive coding, whereby users sample data and identify what is relevant.” SOBOWALE, Julie. How artificial intelligence is transforming the legal profession. Accessible at: [[http://www.abajournal.com/magazine/article/how\\_artificial\\_intelligence\\_is\\_transforming\\_the\\_legal\\_profession](http://www.abajournal.com/magazine/article/how_artificial_intelligence_is_transforming_the_legal_profession)]. See also: HEIKKINEN, Tiia-Helinä. *How Does the Use of Artificial Intelligence Affect the Concept of Fair Trial?* Lund University, 2019.
18. RABINOVICH-EINY, Orna; KATSH, Ethan. The new new courts. *American University Law Review*, vol. 67. 2017. p. 206.
19. PORTO, Fábio Ribeiro. O impacto da utilização da inteligência artificial no executivo fiscal. estudo de caso do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Direito em Movimento*, Rio de Janeiro, v. 17 - no. 1, pp. 142-199, 1<sup>st</sup> semestre 2019, pp. 180-181.
20. See NUNES, Dierle; ANDRADE, Tatiane Costa. Tecnologia e execução: atualidades e tendências. In: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erik Navarro (Coord.). *Inteligência artificial e Direito Processual: os impactos da virada tecnológica no direito processual*. Salvador: Juspodivm, 2020.



internal affairs); (m) identification of dissenting votes in the electronic agenda; (n) assisting in notarial management, identifying bottlenecks, stalled processes, civil servants with comparatively lighter and heavier workloads; (o) identifying and gathering proceedings for batch handling, and (p) assisting judges in the preparation of draft orders, decisions and judgments.

As Susskind informs, through the use of technology for the automation of legal functions, “systems can be used to improve, refine, perfect, optimize and supercharge our traditional ways of [...] working on routine, repetitive and often outdated tasks and activities in their jobs and wonder (correctly) whether some set of systems can be introduced to bring new efficiencies and make life easier”.<sup>21</sup>

In this merely instrumental approach, new technologies are introduced to old work practices. However, the phenomenon that we call the technological shift concerns what the author calls ‘transformation through technology’, i.e. changes in existing doctrines and the creation of new ones aimed at finding more adequate ways of resolving conflict. The author even mentions the transformations in the music and banking industries as examples of this revolution of old practices that have now been normalized<sup>22</sup>. As computational capacity continues to become both more ubiquitous and easily accessible than ever before, it became increasingly clear that the impacts technology will offer us each day will not be limited to instrumental uses (i.e. automation of activities), but rather that bring about profound effects on the nature of legal practice<sup>23</sup>.

In other fields of law, one can point out to the impacts on the discussion of Property Law that startups such as Uber or Airbnb have brought to the transport and accommodation industries by providing users with the world’s largest transportation and vacation rental networks devoid of any real property.

The shift in the procedural field is not, therefore, merely about changes in the structuring of organizational workflows for procedural acts and facts that increase efficiency and decrease the processing time of an electronic lawsuit. Such changes concern only the structuring of stages and reduction of filing downtimes, official incentives etc. that can be automated without any use of Artificial Intelligence (AI).

AI, conversely, allows for the parameterization of very large datasets (big data) comprised of previously unstructured data and, subsequently, for the use of the resulting parameterized information to drive a revolution in law institutes with absolutely innovative methods, including in the performance of legal professionals –

21. SUSSKIND, Richard. *Online courts and the future of justice*. Oxford: Oxford University Press, 2019. p. 34.

22. SUSSKIND, Richard. *Online courts and the future of justice*. Oxford: Oxford University Press, 2019. p. 34.

23. SUSSKIND, Richard. *Online courts and the future of justice*. Oxford: Oxford University Press, 2019. p. 36.

of course, always bearing in mind the risks involved, chiefly among which mistaken generalizations, opacity (not understanding how the results were achieved)<sup>24</sup> and the potential to perpetuate prejudices and discrimination.<sup>25</sup>

Some technology-based services offered in the legal field by the so-called *legaltechs/lawtechs* (startups dedicated to addressing legal issues with technology) claim to be able predict the result of agreements and disputes and offer legal guidance with ‘invasion of tasks’ (i.e. with machines becoming increasingly responsible for work usually assigned to humans<sup>26</sup>).

When one looks, for example, at the procedural techniques for managing and forming precedents in Brazil (CPC microsystem),<sup>27</sup> the amplitude of repetition is usually not clearly and precisely known, as the normative criterion is generic as to the number of lawsuits involved and it is not known, as a rule how, many remaining lawsuits will be impacted by the pronouncement. As we gain access to unstructured database and AI-based tools (such as semantic analysis) that can structure them, it becomes possible to have much more accurate knowledge of the number of lawsuits affected and the size of the impact an appellate court decision (either by the state or federal appeals courts) will have downstream. Furthermore, we will be able to gain relatively easy access to measurements of coherence between the pronouncements of a judicial body, with clear predictability of the institutional history of application of precedents by a given judge or Court (Article 926 of the CPC).

In addition to its influences in the study of precedents, this technology allows for innovative procedural adaptations when undertaken by those involved in procedural conventions and also assists in the prior review of repetitive litigation.<sup>28</sup> This novelty, of

- 
24. BURRELL, Jenna. How the machine ‘thinks’: Understanding opacity in machine learning algorithms. *Big Data & Society*. Jan 6 2016. See NUNES, Dierle; MARQUES, Ana Luiza Pinto Coelho. Inteligência artificial e direito processual: vieses algorítmicos e os riscos de atribuição de função decisória às máquinas. *Revista de Processo*, v.285, Nov. 2018. MARTÍN, Nuria Beloso. Algoritmos predictivos al servicio de la justicia: ¿una nueva forma de minimizar el riesgo y la incertidumbre? In: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erik Navarro (Coord.). *Inteligência artificial e Direito Processual: os impactos da virada tecnológica no direito processual*. Salvador: Juspodivm, 2020.
  25. “...it is necessary to increase the transparency and auditability of systems on the one hand, developing the necessary capacities to observe, understand and audit their operation and, on the other hand, invest massively on researching ‘explainability’” VILLANI, C. *Donner some sens à l’intelligence artificielle: pour a strategie nationale et européenne*. 2018. p. 140-142.
  26. SUSSKIND, Richard. *Online courts and the future of justice*. Oxford: Oxford University Press, 2019. p. 38.
  27. See NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio. *Teoria Geral do Processo: com comentários da virada tecnológica do direito processual*. Salvador: Juspodivm. 2020.
  28. See the use of procedural conventions in the emblematic leading case of OI S/A’s reorganization proceeding: Processing the judicial reorganization lawsuit of one of the largest telecommunications providers in the country, with more than sixty-five thousand creditors in several different classes, required the design of a dispute settlement system and the use of multiple disciplines, all through concerted efforts between and in cooperation with procedural agents in order to allow for the suit

course, complements (i.e. does not invalidate) the use of technology for the completion of regular procedural acts by electronic means (Articles 193 et seq of the CPC) and its use in the analysis of in-procedure cognizance itself.<sup>29</sup>

On the emblematic reorganization case of OI S/A, César Cury<sup>30</sup> points out that, with the use of technology:

the reorienting of procedural functions allows subjects to exercise the share of responsibility corresponding to their respective positions, duly distributed throughout centers of interest, in such a manner as to make them more appropriate contributors to the proceeding and the search for a resolution that is recognized as legitimate. [...] *this adaptation translates into an early stage of consensual management of creditor disputes, namely consisting of a computerized (online dispute resolution) system designed and operated by an external manager and supervised by the procedural subjects.*

Another relevant Brazilian example is the interaction between automation and AI in the tax enforcement sphere, such as the use of ELIS by the Court of Appeals of the state of Pernambuco (TJPE) and the PoC developed by the Court of Appeals of Rio de Janeiro (TJRJ)<sup>31</sup>. About ELIS<sup>32</sup>:

---

to proceed smoothly. The adaptation of the lawsuit and the introduction of an AI- and Machine Learning-based online dispute resolution ecosystem, run under the delegated management of an entity specifically established for this purpose, allowed for speedier dispute resolution for thousands of creditors and the consequent continuation of the lawsuit in compliance with the constitutional guarantees enshrined in the fundamental rules of the Code of Civil Procedure. CURY, César. Um modelo transdisciplinar de solução de conflitos: direito e tecnologia no processo de recuperação judicial do *leading case* OI S/A. In: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erik Navarro (Coord.). *Inteligência artificial e Direito Processual: os impactos da virada tecnológica no direito processual*. Salvador: Jus Podivm, 2020. And on the suggested use of protocols for adopting ethical standards for AI: FARIA, Guilherme Henrique Lage; PEDRON, Flávio Quinaud. *Inteligência artificial, diretrizes éticas de utilização e negociação processual: um diálogo essencial para o direito brasileiro*. In: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erik Navarro (Coord.). *Inteligência artificial e Direito Processual: os impactos da virada tecnológica no direito processual*. Salvador: Juspodivm, 2020.

29. FENOLL, Jordi Nieva. *Inteligencia artificial y proceso judicial*. Madrid: Marcial Pons. 2018. p. 79 et seq.
30. CURY, César. Um modelo transdisciplinar de solução de conflitos: direito e tecnologia no processo de recuperação judicial do *leading case* OI S/A. In: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erik Navarro (Coord.). *Inteligência artificial e Direito Processual: os impactos da virada tecnológica no direito processual*. Salvador: Juspodivm, 2020.
31. Another noteworthy example is that of the PoC (Proof of Concept) developed by the TJRJ, whose “objective was to perform tests of constrictive acts (namely with BacenJud and RenaJud - online systems for automated seizure of monetary assets and vehicles, respectively) and consultation acts (InfoJud - searches of Federal Revenue Secretariat database to identify debtor assets that may be subject to attachment). But the machine would need to assist in deciding which lawsuits said constrictive acts should be assigned to, always with a judge individually reviewing decisions on a lawsuit-by-lawsuit basis The criterion adopted was as follows: if a debt had been detected

and the debtor had failed to either pay the debt, accept an installment plan for its payment or offer assets to be pledged for said payment, then the AI-based system should: (a) identify lawsuits under which a positive hit on a debt registry search had been found; (b) search the Municipality's database for the restated amount of the debt; (c) based on this information, identify the nature of the tax involved (since said nature may affect the flow of processing of the lawsuit); (d) perform the attachment in the BacenJud system; (e) wait for the attachment result period; (f) read the result thereof and proceed as follows: (f.1) if the amount of the attachment is reached, i.e., if the total amount of the debt is satisfied by the attachment, transfer the amount to the judicial account created for its settlement and release any surpluses, automatically drafting a judicial decision outlining said measure; (f.2) if the debt is unsatisfied or partially satisfied, proceed to the following step; (g) restrict assets available in RenaJud and conduct a search on InfoJud, reporting whether or not there are assets subject to attachment and automatically drafting the respective decision for further review. The judges responsible for the cases reviewed the results of each of these steps (human confirmation of "machine" activity) in order to identify in detail the accuracy of the AI system and its usefulness. The AI system reviewed 6,619 lawsuits in just over 3 days. The court would take 2 years and 5 months to handle the same volume with a civil servant assigned exclusively to this activity (which would already be a "luxury" in the current state of Brazilian courts). The AI system took an average 25 seconds to perform all the aforementioned acts; a human would have taken an average 35 minutes to do the same, leading to the "machine" being on average 1,400% faster than a person at the task. In addition – and particularly awe-inspiringly – the machine reached an accuracy rate of 99.95%. In other words, the machine "made mistakes" in only 0.05% of the cases (only 3 cases), while the human error average is of 15%. The system has shown that it is much, much faster than humans and infinitely more effective, making far less mistakes. But it wasn't just that! The Artificial Intelligence system also generated the following results in its 3 days of operation: 1) Total satisfaction (attachment) of the tax debt amount sought in 1,532 enforcement cases, leading part of these lawsuits to be extinguished by payment. This meant the shaving off of two thirds of the national average lifetime of a lawsuit (they were filed in 2016 and average life time is 7 years and 5 months), which results in possible savings of approximately R\$ 4,357,693.48 to the TJRJ (considering the cost for the lawsuits included in the IPEA study), before any restatement. Duly restated, the possible savings are of approximately R\$ 6,722,460.50; 2) Partial attachment of the debt amount sought in 1,157 enforcement cases, speeding up processing of these cases by 2 years and 5 months against their regular workflow, thus generating possible savings of R\$ 1,646,736.00 in processing time (costs of ongoing debt enforcement proceedings), again considering the cost of the lawsuits included in the IPEA study, without any restatement. Duly restated, the possible savings are of approximately R\$ 2,540,361.72; 3) Negative attachment (i.e. no assets found for seizure) of the debt amount sought in 3,930 enforcement cases, speeding up processing of these cases by 2 years and 5 months against their regular workflow, thus generating possible savings of R\$ 5,593,493.93 in processing time (costs of ongoing debt enforcement proceedings), again considering the cost of the lawsuits included in the IPEA study, without any restatement. Duly restated, possible savings are of approximately R\$ 8,628,886.40. In all, possible savings due to reduced processing time may be as high as R\$ 11,597,923.42 before restatement. Duly restated to present value (the IPEA used data from 2011 to calculate savings), this would be equivalent to R\$ 17,891,708.61. There is also immense added value to this time gain: the judges and civil servants of the court will be able to dedicate much more of their time to greater-complexity, more valuable cases (large debtors). This results in incalculable productivity increases. The most expressive data point, however, was that direct collection reached R\$ 31,919,214.37 through the total and partial attachments conducted, the principal of which goes straight to the creditor (i.e. the municipality of Rio de Janeiro). This generated record tax collection in just 3 days and clearly encouraged tax education: countless debtor taxpayers, upon learning of the attachments, sought the municipality or utility involved to settle their debts, even though they had not yet been reached by the constrictive acts. Also, even in cases of negative

[...] the team from the Secretariat of Information and Communication Technology (Setic) of the Pernambuco Judiciary programmed the “ELIS” system to learn how to perform the initial screening of cases filed electronically by the Municipal Government of Recife based on lawsuits selected by the employees of the Tax Enforcement Court of the state capital. Based on the knowledge submitted to it, the AI-based system learned to classify Tax Enforcement electronic cases regarding registration data differences, issues of jurisdiction and possible prescriptions. At a later stage, using automation techniques, “ELIS” was also able to insert draft documents into the system and even sign orders (if so allowed by the judge). The system was developed using free open-source software, generating a new product without additional costs for the Court. (...) In the simulation carried out by Setic in a user acceptance (i.e. non-production) environment, the “ELIS” system evaluated 5,247 cases and managed to accurately classify jurisdiction of the lawsuits, registration differences, errors in debtor registry information and cases that fell under statute of limitations. “Of the total volume of electronically distributed lawsuits, 4,447 (84%) were able to continue processing; 640 (12%) were filed but had prescribed; 160 (3%) contained an error in the debtor registry status certificate (CDA); 16 (0.3%) were incorrectly distributed because they were the responsibility of the state (not the municipality); and 14 (0.3%) contained divergent data. In three days, “ELIS” was able to screen more than 5,000 cases”, described the Court’s systems director, Raphael José D’ Castro, in a presentation about the project.

In fact, there is a multitude of uses for structured data parameterized by AI. Legal data measurement reports, that allow one to understand the importance of a repetitive Special Appeal or extraordinary appeal, can even help a small or large player impacted by the decision request the allocation of a more comprehensive appeal that allows for real influence (Articles 10, 489(1)(IV) and 1,036(6) of the CPC).<sup>33</sup> The parameterized

---

attachments (i.e. no assets seized), several taxpayers, upon learning of the efforts, paid off their debts, generating further tax collection on top of the amounts mentioned above. Moreover, the AI system made it possible, in these 3 days alone, for the TJRJ to collect R\$ 2,133,994.88 in court costs and fees. The immediate conclusions are straightforward: (a) direct savings for the Court in reducing processing time; (b) a greatly reduced docket, with a significant drop in the backlog rate and, as a result, a marked increase in productivity; (c) greater effectiveness of tax enforcement; (d) increase in collections by the municipality at never-before-seen rates; (e) increased payment of court costs and fees; (f) significant reduction in the manual and intellectual workload of civil servants and the time taken to perform acts of medium complexity; (g) fostering of a tax education culture; (h) better management of the court itself, among countless others.” PORTO, Fábio Ribeiro. O impacto da utilização da inteligência artificial no executivo fiscal. estudo de caso do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Direito em Movimento*, Rio de Janeiro, v. 17 - no. 1, pp. 142-199, 1<sup>st</sup> semestre 2019 P. 185-190. Accessible (in Portuguese) at: [[http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistadireitoemovimento\\_online/edicoes/volume17\\_numero1/volume17\\_numero1\\_142.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistadireitoemovimento_online/edicoes/volume17_numero1/volume17_numero1_142.pdf)].

32. [[https://www.tjpe.jus.br/noticias/-/asset\\_publisher/ubhL04hQXv5n/content/id/2079372](https://www.tjpe.jus.br/noticias/-/asset_publisher/ubhL04hQXv5n/content/id/2079372)].

33. On the right to an adversarial proceeding as an influence: NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio. *Teoria Geral do Processo: com comentários da virada tecnológica do direito processual*.

data can also assist in the programming of ODR systems, leading to the procedural adaptations mentioned in the title hereof.

### 3. SOME TRANSFORMATIVE IMPACTS OF TECHNOLOGY – ODR

Online Dispute Resolution<sup>34</sup> (ODR) systems:

is the application of information and communications technology to the prevention, management, and resolution of disputes. ODR originally emerged in the mid-1990s as a response to disputes arising from the expansion of eCommerce. During that time the web was extending into commercial uses, becoming an active, creative, growing, and, at times, lucrative space. Such an environment, with significant numbers of transactions and interactions (where relationships are easily formed and easily broken) seemed likely to generate disputes. At the same time, it was also clear that disagreements emerging from online activities could not be resolved through traditional offline channels. With parties likely to be at a distance from each other and incapable of meeting face-to-face, these new disputes could only be resolved online. This meant that new tools and resources that exploited the capabilities of digital communication and information processing by computers had to be developed.<sup>35</sup>

---

Salvador: Juspodivm. 2020. On the various uses of data science in law, See ZAVAGLIA, Alexandre. *Ciência de dados aplicada ao Direito*. 2018. Accessible (in Portuguese) at: [<https://youtu.be/pTIBdnkKCe0>].

34. As a European Commission report informs: “The Commission launched the ODR platform in January 2016. The platform was opened to the public on 15 February 2016. In building the platform, the Commission was supported by an expert group composed of ODR experts designated by the Member States. Before the platform’s launch, the Commission had conducted three comprehensive testing exercises. The platform’s workflow is prescribed in the ODR Regulation. The Commission therefore designed the platform’s various interfaces in accordance with those legal specifications. [...] Consumer ADR and ODR has become an integral part of the EU’s toolbox for the public and private enforcement of consumer law. Today, EU consumers have access to high-quality ADR procedures across the Union and in virtually all retail sectors, regardless of whether the dispute is domestic or cross-border and whether the purchase was made online or offline. The European ODR platform provides a centralised and multilingual hub for resolving online disputes, triggering a direct settlement in up to 42% of cases. However, about one year after full ADR coverage has been achieved and three-and-a-half years after the launch of the ODR platform, the ADR/ODR framework is underused and has yet to reach its full potential. Current challenges include ADR awareness and perceptions, the navigability of national ADR landscapes and traders’ uptake of ADR. Furthermore, the workflow on the ODR platform currently only partially reflects demonstrated user needs.” TRANHOLM-MIKKELSEN, Jeppe. Report from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee on the application of Directive 2013/11/EU of the European Parliament and of the Council on alternative dispute resolution for consumer disputes and Regulation (EU) No 524/2013 of the European Parliament and of the Council on online dispute resolution for consumer disputes. Brussels. Council of the European Union. Oct. 2019.
35. KATSH, Ethan; RULE, Colin. What we know and need to know about online dispute resolution. *South Carolina Law Review*, 2016, v. 67. p. 329.

The emergence of ODR, however, is not directly related to alternative conflict resolution techniques (ADRs), because originally, the intent of ODR was not to displace, challenge or break an existing legal regime or known ADR processes. Instead, its goal was to fill the vacuum involving online disputes where the right was absent or inadequate.<sup>36</sup>

This should remove, even partially, the idea that online conflict resolution techniques (ODRs) would be subject to the same rationality as alternative dispute resolution techniques (ADRs) implemented through the partial or total use of their adoption with computerized support.<sup>37</sup>

As pointed out by Anderson: “However, the latest ODR developments no longer resemble ADR, as the ODR systems do not merely translate conventional ADR processes to an online environment. Instead, a variety of ODR tools use machine intelligence to support and directly facilitate dispute resolution, thus displacing the human facilitator. ODR software may support negotiation through the matching of specific interests with potential solutions, or the provision of problem diagnosis customized to the individual”.<sup>38</sup>

This demonstrates that, when seeking to solve problems, technology professionals, working with lawyers, are able to think of new avenues that would not be covered by the traditional model of ADR *or judicial procedure*, coming up with viable procedural adaptations of such extent that one must realize ODR can no longer simply be conceived under the limits of a reproduction of existing means, but rather from a perspective of new potentials, provided that the limits of normativity and our democratic process model are respected.

Since Dispute Systems Design (DSD) revolves around communication, processing and information management, the use of technology has naturally sparked intensive debate, and in ODRs the emphasis of the discussion has been on establishing conflict

36. KATSH, Ethan; RULE, Colin. What we know and need to know about online dispute resolution. *South Carolina Law Review*, 2016, v. 67. p. 329.

37. Feigelson et al report that “[...] it is significant to emphasize that ODR is not only limited to the digital application of MASCS; it goes further. So much so that, right at the beginning of its use, ODR was seen as an application of technology to the already-known MASC. However, as the years went by and technologies advanced and improved, ODRs clearly differentiated from traditional MASC, specifically the two primary ones, as explained by Katsh and Rabinovich-Einy (2014, p. 23, translation and emphasis added), “ODR’s *exclusive* resources revolve around the following: (1) remote communication and (2) machine intelligence. These capabilities are attractive because they add flexibility, efficiency, capacity and expertise”. FEIGELSON, Bruno; FURNALETO NETO, Mário; CARMO, Júlio Cesar Lourenço do. Resolução on-line de controvérsias: a conversão da cultura do litígio à cultura da autocomposição. *Revista de Direito e as Novas Tecnologias* | vol. 4/2019, Jul - Sep / 2019, DTR\2019\40166.

38. QUEK ANDERSON, Dorcas. Ethical concerns in court-connected online dispute resolution. (2019). *International Journal of Online Dispute Resolution*. 5, (1-2), 21.

resolutions platforms where communication is based on users' interests,<sup>39</sup> sometimes parameterized with high accuracy.<sup>40</sup>

As Katsch and Rabinovich-Einy explain, ODR offers the opportunity to review large amounts of data on dispute patterns at a low cost, *allowing for greater control over the functioning of dispute resolution processes and helping determine the underlying causes of disputes*. These features of ODR systems have cumulatively changed the focus of dispute resolution<sup>41</sup>.

It is important to note that the interest driving the implementation of ODRs is not always motivated by the need to adopt a normatively correct environment (in due constitutional process) for the pursuit of autocomposition or heterocomposition. It must not be forgotten that ODR platforms are often built by the party involved in the litigation itself, who, surely, in possession of informational privileges, can program it to favor their own purposes.

*In the first hypothesis*, we could think of the platform idealized in the early 2000s to resolve conflicts occurred on the eBay website. It is acclaimed worldwide for its results, having reached more than 60 million conflict resolutions in a single year with a very high rate of satisfaction.

In 2003, years after adopting the Square Trade system (1996), eBay decided to develop internal ODR systems and hired Colin Rule as director of ODR. It launched an internal automated trading system for disputes of specific problem types (MODRIA): As Rabinovitch and Katsh point out, “in all those cases, eBay discovered that disputes primarily arise due to miscommunication and that the transfer of key information can clarify the nature of the problem and assist in assigning responsibility and devising a solution. (...) the volume of transactions and the repetitive, simple nature of these disputes have allowed eBay to formulate fixed formats that can be programmed and do not require human intervention for addressing these problems.”<sup>42</sup> In 2017, MODRIA was acquired by Tyler Technologies, the largest software company operating in the segment in the United States, subsequently expanding its applications.<sup>43</sup>

The ODR platform structured by Rule (MODRIA), as Ben Barton explains, “attempts substantive as well as financial settlement of disputes. It starts with a “diagnosis module” that gathers relevant information. A “negotiation module” summarizes areas

---

39. RABINOVICH-EINY, Orna; KATSH, Ethan. Technology and the Future of Dispute Systems Design. *Harvard Negotiation Law Review*. Vol. 17. 2012. p. 153.

40. NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio. *Teoria Geral do Processo: com comentários da virada tecnológica do direito processual*. Salvador: Juspodivm. 2020.

41. RABINOVICH-EINY, Orna; KATSH, Ethan. *Digital Justice*. Oxford University Press, USA, 2017, p. 47.

42. RABINOVICH-EINY, Orna; KATSH, Ethan. Technology and the Future of Dispute Systems Design. cit. p. 174.

43. RABINOVICH-EINY, Orna; KATSH, Ethan. The new new courts. *American University Law Review*, vol. 67. 2017. p. 201.



of agreement and disagreement and makes suggestions for solving the issue. If these do not result in settlement, a “mediation module” with a neutral third party begins, and the final step is arbitration. The managers of Modria claim that the “vast majority” of claims are settled in the first two steps without a human ever becoming involved.”<sup>44</sup>

However, as Rule confesses,<sup>45</sup> his purposes were never to create an exceptional platform in terms of accuracy, but to induce greater engagement and negotiations on eBay itself, which is seen both in those who achieve a positive solution or even in those who are frustrated in their intent.

The impacts and risks of the procedural neoliberalism paradigm discussed elsewhere aside<sup>46</sup>, perhaps Susskind’s assertion in his latest work also has some

44. BARTON, Ben. *Modria and the Future of Dispute Resolution*. [<http://www.odreurope.com/news/articles/online-dispute-resolution/1172-modria-and-the-future-of-dispute-resolution>].

45. As Katsh and Rule point out: The goal for a large eCommerce marketplace like eBay, however, is not to resolve an exceptionally large number of disputes. The goal is to maximize the number of successful transactions, and resolving disputes is essential to increasing that volume. By monitoring the buying and selling behaviors of users and extending the expertise side of the triangle, eBay can provide fast and fair resolutions that encourage buyers to engage in more transactions. This collection and analysis of the data generated by very large numbers of disputes can enable techniques and approaches that are not possible in face-to-face offline dispute resolution. In the ADR world, various studies have measured satisfaction rates of users of different ADR systems. In actuality, these are measurements that derive from what the parties say about how they feel after participating in a mediation or arbitration. Companies like eBay, by having access to every click made by a user, can examine satisfaction in a different and more granular manner. In 2010, eBay and PayPal conducted a study that was not intended to measure satisfaction in the traditional manner, by surveying disputants before and after participating in a dispute resolution process. Rather, it would compare the actual behavior of participants before and after the process, something it could easily measure with data they routinely collected. In other words, eBay would not look at what users said but at their actions as buyers or sellers after participating in an online dispute resolution process. E-Bay randomly assigned several hundred thousand users to two groups and compared their buying and seller behavior for three months before and after the ODR experience. This activity ratio indicated not only how more or less active the party became on the site after winning or losing a dispute, but could also calculate how much the company gained or lost financially as a result of someone participating in the ODR experience. It did this by knowing the value of each transaction the person engaged in before and after the dispute resolution process. The study designers had hypothesized that parties who “won” their dispute (e.g., received a reimbursement) would have increased activity and that parties that “lost” their dispute would have decreased activity. It assumed, in other words, that parties that won would be more satisfied than parties that lost and would adjust their transaction volume accordingly. This did occur; but the most meaningful lesson of the study, and the most counter-intuitive, was that participation in the ODR process led to increased activity even from the losers. What it found was that: [t]he only buyers who decreased their activity after filing their first dispute were buyers for whom the process took a long time, more than six weeks. This lesson affirmed feedback we had heard previously indicating that buyers preferred to lose their case quickly rather than have the resolution process go on for an extended period of time. KATSH, Ethan; RULE, Colin. What we know and need to know about online dispute resolution. *South Carolina Law Review*, 2016, v. 67. p. 334-335.

46. “[...] agendas of *procedural neoliberalism*, which has captured institutions so deeply that, in Brazil, as has been stated, since the 1990s and as adherence to the premises of the Washington consensus

relevance in the sense that citizens do not want the courts themselves, but rather the results brought about by them. If results can be offered in new ways that are less costly, better, faster or more practical than what today's courts offer, then court users will switch to these alternatives<sup>47</sup>. Furthermore, it is necessary, as has been argued for a long time, to realize that procedural law must have citizens as protagonists,<sup>48</sup> and technology developed through the collection of the so-called *user experience* can assist in achieving this objective.<sup>49</sup>

*In the second hypothesis*, we have habitual litigants who create platforms that already present contacts and proposals via online tools (e.g. chat bots, direct messages on social networks) that ingest standardized data and use it to estimate the future amount to be paid in case of conviction in court; the platform is then trained to negotiate via bots that can make offers that always allow the reaching of an agreement whose payment amounts are below what was estimated for a court conviction. Some offices have already created legaltechs that negotiate directly with consumers. As stated, they parameterize data from their massive trove of previous cases and negotiate with predictive judgment analysis, establishing as their goal to pay 30 to 40% of the amount that would be owed in case the dispute was resolved in court (something they already know through parameterized analysis of legal data). Some of them make thousands of deals each semester.

*Another possibility is the use of ODR incorporated into lawsuits, something that meets, as a first step, the concept of the adaptations proposed in this article.* A first emblematic example of this use in Brazil, already mentioned above, is the reorganization lawsuit of OI S/A, in which the use of an ODR system allowed for more than 46,000 agreements *to incorporate the technology directly into lawsuits*.<sup>50</sup> Another example is the embryonic use of the *consumidor.gov* consumer law platform, currently at the

---

increased, the ideals of efficiency, results and productivity became more often discussed and pursued than the effective implementation of a democratic process that is in line with the participation of subjects – and, consequently, the building of a legal system in which citizens are seen as subjects instead of being treated primarily as mere numerical data.” See NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio Quinaud. *Teoria Geral do Processo: com comentários sobre a virada tecnológica no direito processual*. Salvador, Juspodium, 2020. NUNES, Dierle. *Processo jurisdicional democrático*. Curitiba: Juruá, 2008.p. 157-164.

47. SUSSKIND, Richard. *Online courts and the future of justice*. Oxford: Oxford University Press, 2019. p. 179.
48. See NUNES, Dierle. *Processo jurisdicional democrático*. Curitiba: Juruá, 2008. NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio Quinaud. *Teoria Geral do Processo: com comentários sobre a virada tecnológica no direito processual*. Salvador: Juspodivm, 2020.
49. RABINOVICH-EINY, Orna; KATSH, Ethan. The new new courts. *American University Law Review*, vol. 67. 2017. p. 205.
50. CURY, César. Um modelo transdisciplinar de solução de conflitos: direito e tecnologia no processo de recuperação judicial do *leading case* OI S/A. In: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erik Navarro (Coord.). *Inteligência artificial e Direito Processual: os impactos da virada tecnológica no direito processual*. Salvador: Juspodivm, 2020.

initial stage of use in the electronic lawsuits of the TJDF (Federal District Court of Appeals) and the TRF1 (Federal Appeals Court of the 1<sup>st</sup> Region).<sup>51</sup>

There are numerous examples in foreign law, one of the most prominent of which being the layered and modular ODR system of the British Columbia Civil Resolution Tribunal<sup>52-53</sup> (CRT). As Quek Anderson reports:<sup>54</sup>

- 
51. CNJ, *Projeto piloto marca integração entre PJe e Consumidor.gov.br*. Available (in Portuguese) at: [<https://www.cnj.jus.br/projeto-piloto-marca-integracao-entre-pje-e-consumidor-gov-br/>].
52. RABINOVICH-EINY and KATSH offer a more detailed explanation of the Canadian Civil Resolution Tribunal: “British Columbia is the first jurisdiction to have an operational online tribunal. The tribunal, called the Civil Resolution Tribunal (CRT), was established under law and has been in operation since July 2016. The CRT currently handles civil monetary claims of up to C\$ 5,000 and certain “strata,” or neighbor-related, claims. Strata disputes have been processed by the CRT since its launch, and the small claims, up to C\$ 5,000, since June 2017.<sup>131</sup> The CRT went through extensive planning, development, and testing stages before being launched last year, requiring not only technical know-how and software adjustments, but also provoking political challenges because of the CRT’s mandate. The CRT was adopted as a mandatory, lawyer-free (with some exceptions) system for all claims falling under the tribunal’s jurisdiction. It is available 24/7, accessible via computer or smartphone for a low fee, and is premised on a collaborative, non-adversarial approach. Furthermore, the entire process is quick, on average lasting sixty to ninety days. Lawyers and professional associations perceived this new scheme as a significant challenge, so additional consultations with relevant constituencies were necessary prior to CRT’s launch. The system itself is comprised of four main stages. The first involves “information, problem diagnosis, and self-help.” This stage allows the parties to anonymously explore their options and have a better understanding of their legal case – its merit, its strengths and weaknesses, and available courses of action. To that end, the parties use the “Solution Explorer,” a user-friendly stage that provides tailored legal information, based on the user’s answers to interactive questions, on whether they have a valid claim and what legal route they can pursue in addition to tools, template letters, and other resources. If parties decide to pursue their claim, then the claim is seamlessly transferred to the CRT and the parties can proceed to the second stage of “party-to-party negotiation,” which is an automated negotiation through ODR process. In this stage, the software presents the parties with pre-structured language describing their problem and highlighting possible solutions. The negotiation phase is a relatively brief one and if it does not result in an agreement, the parties are directed to a third “case management” stage, which involves third party online facilitation, and opens several options. Parties can have a synchronous facilitation in which the third party’s assistance is rendered in real time or they can communicate asynchronously. The facilitator is not limited to a purely facilitative role and may provide parties with an evaluation of their legal case in an attempt to bring the parties closer together through online interaction or help them prepare for a hearing. Most claims will be resolved at this stage, but those that are not will continue to the fourth and final stage, referred to as adjudication. During adjudication, the hearing may take place via written submissions, telephone, or video conferencing. The CRT platform provides the parties with a reasoned written decision, which is enforceable as a court order and is subject to a bifurcated appeal process: small claims orders are subject to an appeal de novo, and strata claims can be appealed only on limited grounds. Since its launch, the CRT has handled over 7500 strata claims. They are committed to ongoing learning and improvement. The CRT team constantly seeks feedback from both satisfied and unsatisfied users to improve the process, identify problems, and replicate successful elements. They collect data in a myriad of ways available only because of the CRT’s online nature: active user input given through rating and ranking, open text boxes, ex-post feedback, and analysis of dispute resolution data. Indeed, CRT developers have devoted significant efforts and resources to the development and refinement of categorizations of claims and defenses in

Designed to handle condominium property claims and small claims (and motor accident claims in 2019), the CRT features an end-to-end process combining dispute resolution phases and focusing on early participation by parties. The first phase provides initial problem-diagnosis and self-help through the online tool Solution Explorer. This software uses guided pathways to help the user learn more about the dispute, and then diagnoses the problem according to relevant legal rights, and provides tools such as letter templates that can deal with the problem. If the dispute is not resolved at this stage, the user can formally commence a claim through an online intake process that will give notice of the claim to the opposing party. The claimant is then brought to the second phase in which the parties are able to negotiate directly using the online system. The third phase of facilitation introduces the human facilitator to the process. The facilitator draws on a wide range of ADR processes, including mediation and non-binding neutral evaluation, to assist the parties to reach an agreement. While a range of modes of communication are used, a large part of the facilitation takes place remotely and asynchronously. In the event that the parties cannot agree, the facilitator takes on a case management role and helps the parties narrow their issues and prepare for the next phase. The final phase of adjudication is usually conducted remotely through asynchronous communication channels. If an oral hearing is needed, it is conducted via telephone or video-conferencing.

One novelty introduced since 2017 is the expansion of the use of MODRIA in legal proceedings following the aforementioned acquisition by Tyler Technologies.<sup>55</sup>

---

order to allow for meaningful use of the data. Such data helps to improve the CRT and the diagnosis phase, and, perhaps more importantly, helps prevent future claims.” RABINOVICH-EINY, Orna; KATSH, Ethan. *The new new courts. American University Law Review*, vol. 67. 2017. p. 190-192.

53. <https://civilresolutionbc.ca/>].

54. QUEK ANDERSON, Dorcas. Ethical concerns in court-connected online dispute resolution. cit. p. 23

55. “One of the most interesting developments in court ODR is the acquisition of Modria by Tyler Technologies in May 2017.<sup>222</sup> Modria is the leading software platform for the design and operation of online dispute resolution services. It was established by Colin Rule and Chittu Nagarajan in 2011, after the two left their positions at eBay and Paypal.<sup>223</sup> Rule and Nagarajan developed the eBay-PayPal ODR system, which handled over 60 million disputes a year, the vast majority of which were resolved through automated dispute resolution services.<sup>224</sup> While Modria has had substantial experience in the e-commerce sector designing ODR systems for platforms such as Upwork and Rover, it has also been a central player in the public sector in designing ODR systems for family divorce cases via the Rechtwijzer platform,<sup>225</sup> property tax appeals in the United States and Canada, and no-fault arbitration cases (the AAA New York No Fault Insurance ADR Center).<sup>226</sup> Tyler Technologies is the largest software company operating in the United States in the local government sector.<sup>227</sup> It was founded in 1966 and since 1997 has focused on providing software-based solutions for local government.<sup>228</sup> Tyler Technologies services over 15,000 local government offices, including courts and school districts.<sup>229</sup> Nine hundred counties across the United States have incorporated Tyler Technologies’s court management and online filing system.<sup>230</sup> The acquisition of Modria by Tyler Technologies allows Tyler to incorporate Modria into its software and offer its clients an additional layer of options to manage court cases and increase the odds of efficient resolution.<sup>231</sup>

In this perspective, Katsch and Riftkin's thesis of seeing technology as a fourth party (added to the other parties of lawsuits)<sup>56</sup> may come into prominence, since the incorporation of ODR systems directly into lawsuits has a transformational impact on the scope and nature of the approaches adopted by procedural law and courts in general to dispute resolution and their own interaction with the parties<sup>57</sup>. It replaced some of the existing functions of courts, such as case management and referral of cases to ADRs, freeing up resources for more targeted human intervention by the courts. In addition, the fourth party added more functions to court, providing resources for self-help and problem diagnosis.

Such *incorporation of technology into procedure* (ODR and legal process) may even represent a new step towards the idea of the multi-door model introduced in the famous study by Sanders.<sup>58</sup> As Quek Anderson points out, based on Sorabji:

Sander envisaged such a courthouse performing the role of screening cases and matching the particular dispute to the most appropriate dispute resolution process. However, the advent of ODR has modified the architecture of court system from a multi-door courthouse to a seamless end-to-end process. As English commentator Sorabji noted, the future Online Solutions Court in England is designed as a "sequential multi-door courthouse", as the court is no longer matching a dispute to a process but arranging for disputes to move through different processes in stages.<sup>59</sup>

The use of ODR incorporated into the courts introduces new perspectives, especially if they prioritize due process with a focus on transparency and informed participation, allow for opt-out (self-exclusion of the ODR phase in specific cases)

---

Tyler Technologies has an impressive court diagnosis tool,<sup>232</sup> which plugs into its e-filing tool.<sup>233</sup> By integrating ODR into these tools, the court creates a one-stop shop for intake and diagnosis, enhancing case resolution and closure.<sup>234</sup> The platform will be implemented across a range of case types, including family, workplace, and debt, each of which will require its own specific process design.<sup>235</sup> The large number of courts and scale of cases handled by Tyler Technologies will accelerate the platform's machine learning in this setting.<sup>236</sup> Tyler Technologies's Vice President of Online Dispute Resolution, Colin Rule, projects that within ten years, seventy-five percent of civil cases will be resolved through this type of online process, with only the very complex and high value cases requiring more traditional face-to-face resolution.<sup>237</sup> Modria's acquisition indicates that Tyler is a firm believer in the potential of ODR, specifically in the court setting and in the public sector more generally." RABINOVICH-EINY, Orna; KATSH, Ethan. The new new courts. *American University Law Review*, vol. 67. 2017. p. 201-202.

56. KATSCH, Etha, RIFKIN, J. *Online Dispute Resolution: Resolving Conflicts in Cyberspace*. USA: Wiley Publishing, 2001.
57. QUEK ANDERSON, Dorcas. The Convergence of ADR and ODR in the Courts: The Impact on Access to Justice. *Civil Justice Quarterly*, Vol. 38. n. 1, 2019, p. 126-143.
58. SANDER, Frank. Varieties of Dispute Processing. *The Pound Conference: perspectives on justice in the future*. Minnesota: West Publishing Company. 1979.
59. SORABJI, John. The Online Solutions Court – a Multi-Door Courthouse for the 21st Century. *Civil Justice Quarterly*. Vol. 36, n. 1, 2017, p. 86 -100.

and enable the participation of human facilitators to provide live assistance when required by the parties<sup>60</sup> (unlike previous private platforms that start from different assumptions, as indicated above).

Although I do not believe in the romantic (albeit possible)<sup>61</sup> perception that technology can level the procedural field between habitual sophisticated litigants and occasional litigants (because, as I have already argued in other venues<sup>62</sup>, the evident trend is to expand informational inequality), if courts properly understand the nature of the technological interaction involved and focus on equality between the parties and due process, then the risks can be mitigated.

As an example, faced with a default rate between 80 and 90% in debt collection, the State of New York, through its Permanent Commission on Access to Justice, developed a pilot ODR project with the courts and relying on the participation of the American Bar Association (ABA). But even with the aim of reducing defaults, i.e. satisfying creditors, the project has as a core tenet the preservation of consumer's rights and the reduction of power imbalances in negotiations.<sup>63</sup>

#### 4. FINAL CONSIDERATIONS

The hypothesis presented hereunder, i.e. that of *incorporating technology to legal procedure* as a means of procedural adaptation beyond traditional approaches, may represent one of the virtuous chapters of the technological shift in procedural law.

The legal field is faced today with the nearly unlimited possibilities brought by technology and especially with the use of AI, paramount among which the automatic querying and analysis of conflict data that will enable the detection of trends and patterns that were previously unidentifiable and unsearchable in unstructured databases of countless litigants and lawsuits.<sup>64</sup> Such standards include important lessons about citizens in conflict, their habits, strategies (including bad faith) and, even, the prevention of new disputes through the adoption of existing procedural techniques and the design of new ones adapted/transformed by technology.

60. QUEK ANDERSON, Dorcas. Ethical concerns in court-connected online dispute resolution. cit. p. 32-33.

61. And as has also been defended by some big names in the field: See RABINOVICH-EINY, Orna; KATSH, Ethan. The new new courts. cit. p. 209.

62. NUNES, Dierle; MEDEIROS, Nathalia. Inteligência artificial — litigantes habituais e eventuais. *Revista Consultor Jurídico*. Available (in Portuguese) at: [<https://www.conjur.com.br/2018-nov-20/opiniaotecnologia-direito-litigantes-habitual-eventuais>].

NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio. *Teoria Geral do Processo: com comentários da virada tecnológica do direito processual*.

63. RABINOVICH-EINY, Orna; KATSH, Ethan. The new new courts. cit. p. 199.

64. RABINOVICH-EINY, Orna; KATSH, Ethan. The new new courts. cit. p. 205.

The purpose of this work was merely to shine a light on some possibilities for use of the technologies driving the aforementioned technological shift in procedural law and their use by legaltechs and the “new online courts”<sup>65</sup>. The proposal is to create the necessary interest the topic deserves, building on the fascination for possible uses and possibilities it has already garnered from a currently small (but noteworthy) portion of the courts and the legal profession.; and to do so, obviously, seeking to establish the necessary counterpoints and the need for normative control of the use of these technologies with transparency and accountability.

As can be seen throughout this article, technology is not without its risks; quite the contrary. The belief in its neutrality underestimates: a) issues with data collection and processing; b) opacity and the lack of accountability and explainability of automated judgments;<sup>66</sup> c) and the risks of widening the gap between habitual and casual litigants, just to mention a few issues.

Finally, one should be aware of the dangers of the *irrational rejectionism* of the technological shift phenomenon<sup>67</sup> those less fond of technology may be prone to display. Whether we like it or not, we find ourselves on an unstoppable trajectory.

- 
65. “In actuality, there are courts that currently operate online. In July 2016, the United Kingdom court system announced a radical reform: £730 million would be allocated to revolutionize the technology of the British court system, a major component of which would be the institution of a new online court charged with addressing small claims of up to £25,000. Several months earlier, another online court was introduced in British Columbia in the form of a tribunal, established through legislation, mandating an online avenue for small claims of up to Can\$5000 and “strata,” certain neighbor-related, claims. In the Netherlands, a platform called Rechtwijzer until recently allowed divorcing couples and disputing neighbors to resolve their cases online. In addition, a few dozen U.S. state courts have successfully implemented Matterhorn software for the online processing of outstanding warrant cases and traffic violations. Also, a pilot of online proceedings for debt collection cases is being devised for the New York court system. What these and other courts have done is remarkable. Instead of refining existing court procedures through technology, they have developed novel processes that draw on the unique qualities of digital technology; such novel processes rely on new tools, involve new actors, and fulfill new goals.” RABINOVICH-EINY, Orna; KATSH, Ethan. The new new courts. *American University Law Review*, vol. 67. 2017. p. 166-167.
66. As pointed out by Annette Zimmermann, Elena Di Rosa and Hochan Kim: “Structural injustice thus yields biased data through a variety of mechanisms – prominently including under- and overrepresentation – and worrisome feedback loops result. Even if the quality control problems associated with an algorithm’s decision rules were resolved, we would be left with a more fundamental problem: these systems would still be learning from and relying on data born out of conditions of pervasive and long-standing injustice.[...] Algorithmic bias is not a purely technical problem for researchers and tech practitioners; we must recognize it as a moral and political problem in which all of us—as democratic citizens—have a stake. Responsibility cannot simply be offloaded and outsourced to tech developers and private corporations.” ZIMMERMANN, Annette; DI ROSA, Elena; KIM, Hochan. Technology Can’t Fix Algorithmic Injustice. *Boston review*. 2020. Accessible at: [<http://bostonreview.net/science-nature-politics/annette-zimmermann-elena-di-rosa-hochan-kim-technology-cant-fix-algorithmic#.Xhhc5XocwTI.facebook>].
67. SUSSKIND, Richard. *Online courts and the future of justice*. Oxford: Oxford University Press, 2019. p. 44.

The transformation brought by the new technologies used in law<sup>68</sup> in the coming years must be studied rigorously by lawyers, not be rejected as if it could be stopped. Failure to do so may lead to the implementation of such mechanisms being guided purely by market perspectives and those privileged by informational asymmetry.

---

68. SUSSKIND, Richard. *Online courts and the future of justice*. Oxford: Oxford University Press, 2019. p. 41.





# Civil Procedure Review

AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

## 2

### Transazione, conciliazione e mediazione nel nuovo sistema di tutela collettiva dei diritti individuali omogenei

**Domenico Dalfino**

Professor of Università degli Studi di Bari Aldo Moro. PhD from Università degli Studi di Napoli Federico II – Facoltà di Giurisprudenza, Italy.

**Abstract:** The present research analyses new instruments of negotiations under the system created by L. 31/2019. Our goal is to evaluate mediations and negotiations that take place in class actions, especially in those that litigate rights that are simultaneously individual and repeat themselves throughout the class.

**Sommario:** I. Premessa. 1. I nuovi strumenti negoziali di composizione della lite nel sistema della l. 31/2019. – II. Il *favor conciliationis*. 2. Il generale *favor* del legislatore europeo verso la conciliazione. – 3. Il *favor* del legislatore italiano e i “modelli” italiani. – III. Transazione e conciliazione nel sistema delineato dalla l. 31/2019. – 4. Il quadro normativo di riferimento. – 5. L’accordo tra ricorrente e convenuto a seguito della proposta “transattiva” o “conciliativa” del giudice. – 6. L’accordo transattivo o conciliativo tra le (sole) parti. – 7. L’accordo transattivo tra rappresentante comune degli aderenti e convenuto dopo la sentenza di accoglimento. – 8. La conciliazione nell’azione collettiva inibitoria. – 9. Il mancato coordinamento tra la l. 31/2019 e il d.lgs. 28/2010.

## I. PREMESSA

La l. 12 aprile 2019, n. 31 ha introdotto nuovi strumenti negoziali di composizione della lite nell'ambito della c.d. azione di classe. Per comprendere il senso e la portata dell'elemento di novità che tali strumenti presentano rispetto a quelli già disciplinati dall'ordinamento italiano, occorre collocarne innanzi tutto l'esame nel più ampio contesto della riforma del 2019, che ha provveduto a rivisitare in maniera sistematica le forme di tutela risarcitoria e reintegratoria dei diritti individuali omogenei lesi da una condotta plurioffensiva. In secondo luogo, è opportuno volgere uno sguardo preliminare al generale quadro normativo in materia di ADR, a livello europeo e poi interno.

### 1. I NUOVI STRUMENTI NEGOZIALI DI COMPOSIZIONE DELLA LITE NEL SISTEMA DELLA L. 31/2019

Il legislatore italiano è tornato a regolamentare l'istituto dell'azione di classe risarcitoria con la l. 31/2019, a distanza di circa dodici anni dal primo intervento in materia<sup>1</sup> e all'esito di un travagliato percorso normativo e preparatorio<sup>2</sup>.

Sebbene la sua applicazione riguardi solo gli illeciti commessi dopo l'entrata in vigore della riforma, prevista per il 18 aprile 2020, il rinnovato istituto è stato esteso a qualsivoglia tipologia di diritti lesi da una condotta plurioffensiva posta in essere da una «impresa» o da un soggetto istituzionale («enti gestori di servizi pubblici o di pubblica utilità») nello svolgimento delle rispettive attività; l'originaria restrizione all'ambito consumeristico, dunque, è stata abbandonata. Questo ampliamento giustifica la collocazione della relativa disciplina nel codice di procedura civile (v. gli art. 840 *bis* ss.)<sup>3</sup>.

Anche i criteri di legittimazione ad agire sono stati rivisitati in senso estensivo. Ad assumere l'iniziativa giudiziaria oggi possono essere, infatti, non solo i singoli componenti della classe, ma anche le organizzazioni o associazioni senza scopo di lucro i cui obiettivi statuari comprendano la tutela dei diritti individuali omogenei.

L'obiettivo perseguito resta comunque quello di tutelare situazioni sostanziali imputabili a un numero indeterminato di soggetti, originate da un medesimo fatto illecito o accomunate dalla esigenza di risolvere una medesima questione. La partecipazione di tutti i soggetti interessati non è necessaria, ma ciò non comporta

1. L'art. 2, commi 445° a 449°, l. 24 dicembre 2007, n. 244 (legge finanziaria 2008), che ha introdotto la c.d. azione collettiva risarcitoria, aggiungendo l'art. 140 *bis* nel d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206 (codice del consumo).
2. Sul quale v., da ultimo, A.D. De Santis, *L'azione di classe a dieci anni dalla sua entrata in vigore*, in *Foro it.*, 2019, I, 2180.
3. La proposta di inserire un gruppo di norme nella parte generale codice di rito, dopo l'art. 111, «in considerazione dell'importanza e della rilevanza dell'intervento», era già stata avanzata da G. Costantino, *Un tentativo di proposta ragionevole sulla tutela collettiva*, in *Foro it.*, 2007, V, 140.

una menomazione del diritto di difesa, salvaguardato comunque attraverso apposite soluzioni tecniche (in particolare, ma non solo, quella che conferma l'adozione del sistema *opt in* e quella che fa salva l'esperibilità dell'azione individuale accanto a quella di classe)<sup>4</sup>.

A questo proposito, emerge subito che nelle nuove disposizioni manca un riferimento alla tutela degli "interessi collettivi". L'oggetto del processo, invece, riguarda l'accertamento della responsabilità del soggetto autore della condotta plurioffensiva, nonché l'esistenza e la consistenza dei diritti individuali omogenei lesi (azione di classe) ovvero la tutela di «una pluralità di individui o enti», oltre che quella «degli interessi pregiudicati dalla condotta» (azione collettiva inibitoria).

Il riferimento agli interessi collettivi era presente, invece, nella prima versione dell'azione di classe introdotta nel 2007 (l. 244/2007)<sup>5</sup>, poi è stato eliminato nel 2009 (l. 99/2009) e infine reinserito nel 2012 (d.l. 1/2012, conv. in l. 27/2012). Il legislatore odierno vi rinuncia definitivamente probabilmente consapevole della notevole ambiguità dell'utilizzo di questa formula<sup>6</sup>.

Senonché, una certa ambiguità è destinata a permanere. Infatti, si guarda al profilo soggettivo della tutela (gli "individui" e gli "enti" che la invocano) invece che a quello oggettivo (la situazione soggettiva da proteggere e attuare) e non si abbandona del tutto il riferimento agli "interessi", almeno in sede di controllo della convenienza, per gli aderenti, degli accordi conciliativi.

In piena coerenza con queste premesse, la l. 31/2019 ha provveduto ad abrogare gli art. 139, 140 e 140 *bis* cod. cons.

Ciò premesso in estrema sintesi, alcune considerazioni ulteriori meritano di essere sviluppate, di carattere generale e di dettaglio.

Quanto alle prime:

1. la tutela richiedibile è di tipo risarcitorio o restitutorio, se l'iniziativa è assunta da qualunque soggetto che si affermi titolare di diritto individuale asseritamente leso dall'illecito plurioffensivo e che presenti il requisito della "omogeneità" (rispetto agli altri astrattamente rientranti nella classe) oppure l'istanza di tutela può avere ad oggetto il mero accertamento della responsabilità del convenuto non accompagnato

- 
4. D. Dalfino, *Azione di classe e azione collettiva inibitoria: nuovo testo (art. 840 bis ss. c.p.c.) e nuove (ma non solo) questioni*, in *Le nuove forme di tutela collettiva (l. 12 aprile 2019 n. 31)*, in *Foro it.*, 2019, 321 ss.
  5. Cfr. D. Dalfino, *Oggetto del processo e del giudicato (e altri profili connessi)*, in *Azione collettiva risarcitoria (art. 140 bis cod. consumo)*, in *Foro it.*, 2008, 191; *Id.*, *Appunti in tema di tutela in forma specifica e per equivalente degli interessi collettivi (in materia di consumo e di danno ambientale)*, in *Le azioni collettive in Italia*, a cura di C. Belli, Padova, 2007, 149 ss.
  6. Per un approfondimento del tema, v. R. Donzelli, *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, Napoli, 2008, nonché A.D. De Santis, *La tutela giurisdizionale collettiva. Contributo allo studio della legittimazione ad agire e delle tecniche inibitorie e risarcitorie*, Napoli, 2013.

dalla reintegrazione patrimoniale dei singoli aventi diritto, se l'azione è promossa da un'organizzazione o da un'associazione iscritta nell'apposito elenco pubblico istituito dal Ministero della giustizia. Quest'ultima ipotesi sembra aprire la strada alla possibilità di un accertamento con efficacia di giudicato della "questione comune", quale elemento della fattispecie sostanziale da cui traggono origine i diritti dei singoli<sup>7</sup>;

2. il nuovo istituto si avvicina allo schema del già sperimentato procedimento "modello" o "campione" tedesco (*Gesetz zur Einführung von Kapitalanleger-Musterverfahren*) e, in qualche modo, alla disciplina del *Group Litigation* inglese, ove è consentito che, in seno alla controversia individuale, si apra il giudizio collettivo diretto alla risoluzione di questioni comuni ovvero all'accertamento del fatto illecito plurioffensivo, la cui decisione ha effetto per tutti in relazione al suo oggetto;

3. il meccanismo processuale previsto è destinato a convivere con strumenti soltanto in parte simili e in realtà votati al perseguimento di finalità di carattere meramente pubblicistico, quale il c.d. ricorso per l'efficienza della pubblica amministrazione di cui al d.lgs. 20 dicembre 2009, n. 198<sup>8</sup>, attribuito alla giurisdizione del giudice amministrativo, che, però, non è volto ad assicurare una tutela di tipo risarcitorio o restitutorio, bensì ad eliminare l'inefficienza della pubblica amministrazione ed eventualmente ad individuare responsabilità di tipo amministrativo dei pubblici dipendenti e dei funzionari.

Quanto alle seconde:

4. la devoluzione delle controversie in parola alla esclusiva competenza delle sezioni specializzate di tribunale in materia di impresa e la previsione del procedimento sommario di cognizione ex art. 702 *bis* ss. (con le varianti della trattazione collegiale e della "sentenza" al posto della "ordinanza" conclusiva), anche se dirette a semplificare e a snellire le attività processuali, non sembrano in grado di eliminare del tutto i problemi applicativi derivanti dalla necessità del mutamento di rito nei casi in cui l'oggetto della tutela richieda l'applicazione di forme procedurali differenziate (ad esempio, in materia di lavoro);

5. da accogliere con favore sono le novità in tema di costi della consulenza tecnica d'ufficio (posti a carico del resistente, salvo che sussistano specifici motivi) e di prova presuntiva e statistica (finalizzata ad agevolare la posizione dei soggetti lesi); le misure volte a promuovere l'accesso all'azione di classe attraverso un incremento del compenso dell'avvocato del proponente, bilanciate da un taglio in caso di transazione collettiva, con conseguente incentivo, da un lato, all'intercettazione di istanze di tutela altrimenti destinate a non emergere, dall'altro, alla conclusione di accordi conciliativi (oggetto specifico di questo intervento: v. *infra*);

7. Cfr., se vuoi, D. Dalfino, *Questioni di diritto e giudicato. Contributo allo studio dell'accertamento delle "fattispecie preliminari"*, Torino, 2008.

8. A. Fabri, *Le azioni collettive nei confronti della pubblica amministrazione nella sistematica delle azioni non individuali*, in *Quaderni di diritto e processo amministrativo*, Napoli, 2011.

6. invece, alquanto incerta sembra l'utilità dello strumento probatorio (evidentemente ispirato al modello dell'*affidavit*) che consente all'aderente di produrre dichiarazioni testimoniali scritte rilasciate da terzi «*ad un avvocato*», secondo le disposizioni dell'art. 252 c.p.c.; inoltre, problemi applicativi potrebbero emergere in caso di riforma in appello della sentenza dichiarativa della condotta plurioffensiva, i cui effetti sono destinati a riverberarsi sul giudizio di accertamento dei diritti individuali ai sensi dell'art. 336, 2° comma, c.p.c.;

7. desta notevoli perplessità la previsione secondo cui, una volta chiusa la procedura di adesione, gli aderenti riacquistano il libero esercizio delle azioni verso il debitore per la parte non soddisfatta dei loro crediti per capitale e interessi, poiché essa, nel mirare alla massima tutela dei titolari dei diritti lesi dalla condotta illecita, finisce per depotenziare non poco la funzionalità e l'utilità dell'istituto in parola, privato così dell'idoneità a "coprire" ogni eventuale futura pretesa risarcitoria o restitutoria, con conseguente notevole incertezza dell'autore della condotta circa la calcolabilità del rischio di impresa.

## II. IL FAVOR CONCILIATIONIS

L'esame degli strumenti predisposti dalla l. 31/2019 per la soluzione negoziale della lite collettiva, come anticipato, va pure svolto guardando al più ampio panorama relativo ai mezzi di risoluzione alternativi delle controversie.

A questo proposito, vale la pena rimarcare che l'*alternatività* si atteggia in maniera diversa, a seconda del tipo di "mezzo". Infatti, se si tratta di conciliazione giudiziale, non ci si trova al cospetto di un vero e proprio ADR, poiché l'alternativa si pone rispetto alla sentenza, non all'esercizio dell'attività giudiziale. Se si tratta, invece, di conciliazione stragiudiziale (in un'accezione ampia idonea a comprendere procedimenti o "tentativi" di vario genere), l'alternativa si pone rispetto alla giurisdizione.

Quale che sia l'istituto conciliativo preso in considerazione, è certo che esso costituisce:

- a) una forma di *accesso alla giustizia*;
- b) un *mezzo autonomo* di risoluzione della controversia.

Vale a dire una forma di *giustizia contrattuale*.

E' bene chiarire che con tale formula non si allude alla giustizia *nel* (o *del*) quanto a quella *attraverso il contratto*. E dunque, non a modi di *coordinamento* o *bilanciamento* di interessi diversi e contrapposti, rispetto ai quali l'intervento del giudice svolge un ruolo di *controllo* e di eventuale *riallineamento* del contratto alle regole e ai limiti inosservati, se del caso anche in forma di tutela risarcitoria.

Ci si riferisce, invece, a quei modi di risoluzione della controversia in atto tra le parti che si contrappongono oppure si affiancano alla giustizia giurisdizionale e che negli ultimi trent'anni hanno trovato linfa vitale nello sviluppo esponenziale delle

pratiche di diritto collaborativo propuginate per la prima volta da Stuart Webb negli Stati Uniti e oramai diffuse in tutto il mondo.

Insomma, quando si discorre di “giustizia contrattuale” deve essere chiaro che ci si sta riferendo non ad una *alternativa alla giustizia*<sup>9</sup>, bensì ad una *giustizia alternativa*.

## 2. IL GENERALE FAVOR DEL LEGISLATORE EUROPEO VERSO LA CONCILIAZIONE

Le istituzioni europee da anni mostrano una spiccata sensibilità per questi temi soprattutto in materia civile e commerciale e, ancor prima, in materia di tutela dei consumatori e ha visto, come tappe salienti: - l’adozione del c.d. «Libro Verde» (*Accesso dei consumatori alla giustizia e alla risoluzione delle controversie in materia di consumo nell’ambito del mercato unico*: COM (1993) 576 def.) del 1993; - le raccomandazioni 98/257/CE del 30 marzo 1998 (*riguardante i principi applicabili agli organi responsabili per la risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo*) e 2001/310/CE del 4 aprile 2001 (*sui principi applicabili agli organi extragiudiziali che partecipano alla risoluzione consensuale delle controversie in materia di consumo*)<sup>10</sup>; - la direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell’8 giugno 2000 (*relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell’informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno (“Direttiva sul commercio elettronico”)*); - il «Libro Verde» del 2002 (*relativo ai modi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale* (COM (2002) 196 def.)); - le «linee guida» elaborate dal CEPEJ nel 2007; - la direttiva 2008/52/CE (*relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale*); - la risoluzione del Parlamento europeo 13 settembre 2011 (*sull’attuazione della direttiva sulla mediazione negli Stati membri, impatto della stessa sulla mediazione e sua adozione da parte dei tribunali*); - la direttiva 2013/11/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 maggio 2013 [*sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori, che modifica il regolamento (CE) n. 2006/2004 e la direttiva 2009/22/CE (Direttiva sull’ADR per i consumatori)*] e il complementare regolamento 2013/524/UE del 21 maggio 2013 (*relativo alla risoluzione delle controversie online dei consumatori e che modifica il regolamento (CE) n. 2006/2004 e la direttiva 2009/22/CE (regolamento sull’ODR per i consumatori)*]; - il Manuale europeo per lo sviluppo della legislazione nazionale sulla mediazione (CEPEJ(2019)9 EN\_Handbook) accompagnato dalle Linee guida sulla progettazione e il monitoraggio dei programmi di formazione dei mediatori (CEPEJ(2019)8 EN\_Guidelines mediation training schemes), approvato dalla Cepej il 14 giugno 2019.

9. Cfr. F.P. Luiso, *Giustizia alternativa o alternativa alla giustizia?*, in *Giusto processo civ.*, 2011, 325 ss.

10. Sulle quali, v. ampiamente S. Sticchi Damiani, *Le forme di risoluzione delle controversie alternative alla giurisdizione*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2003, 750 ss., nonché A.M. Appiano, *Le raccomandazioni CE sugli organismi per la conciliazione delle controversie di consumo*, in AA.VV., *La mediazione nelle liti civili e commerciali*, Milano, 2011, 133 ss.

I testi appena indicati definiscono un micro-mondo di principi e *ground rules* ben lontani da quelli processuali e, comunque, quand'anche ruotanti attorno a modelli aggiudicativi, non sono sempre applicabili con la medesima logica. Inoltre, essi danno la misura dell'impegno profuso per l'individuazione di linee di principio comuni sulla portata e sul funzionamento delle ADR, nonché, soprattutto, sulle garanzie.

### 3. IL FAVOR DEL LEGISLATORE ITALIANO E I "MODELLI" ITALIANI

L'ordinamento italiano offre una molteplicità di modelli conciliativi.

Tra quelli stragiudiziali il più rilevante ed applicato è senz'altro quello disciplinato dal d.lgs. 28/2010, emanato in attuazione della delega contenuta nell'art. 60 l. 69/2009, a sua volta attuativa della direttiva 2008/52/CE, relativo alla mediazione nelle controversie civili e commerciali aventi ad oggetto diritti disponibili. In precedenza, l'istituto della "mediazione" era riferito agli specifici ambiti familiare<sup>11</sup> e penale<sup>12</sup> e svolgeva prevalentemente una funzione sociale, non deflativa.

Attualmente lo strumento può essere attivato in quattro diversi modi: volontariamente, su ordine del giudice, in osservanza di un'apposita clausola contrattuale, in via obbligatoria quale condizione di procedibilità dell'azione giudiziale. In ogni caso, il procedimento si svolge fuori dal processo, innanzi ad un mediatore iscritto negli elenchi di un determinato organismo accreditato dal Ministero della giustizia<sup>13</sup>.

La conciliazione, secondo il d.lgs. 28/2010, rappresenta soltanto l'esito positivo del procedimento e coincide, quindi, con il raggiungimento e la formalizzazione di un accordo.

11. Sulla mediazione familiare e sulle connessioni, da un lato, con il processo civile e dall'altro, con il d.lgs. 28/2010, v. F. Tommaso, *Mediazione familiare e processo civile*, in *Famiglia e dir.*, 2012, 831; G. Impagnatiello, *La mediazione familiare nel tempo della «mediazione finalizzata alla conciliazione» civile e commerciale*, in *Famiglia e dir.*, 2011, 525. Più in generale, sulla mediazione familiare, v. V. Di Gregorio, *La mediazione familiare nel diritto di famiglia riformato*, in *Politica del diritto*, 2017, 603 ss.; D. Dadamo, *La mediazione familiare come metodo integrativo di risoluzione delle controversie*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 377; I. Papolizio, *La mediazione familiare in Italia*, Torino, 2007.
12. Cfr. D. Certosino, *Mediazione e giustizia penale*, Bari, 2015; V. Patanè, *Mediazione penale*, voce dell'*Encicl. dir.-Annali*, Milano, 2008, II, t. I, 572; G. Ramontano, *Mediazione e processo nel sistema penale*, in *Riv. pen.*, 2011, 255; M. Talani, *Riflessioni in tema di mediazione penale*, in *Riv. pen.*, 2010, 3; M. Colamussi-A. Mestitz, *Mediazione penale [aggiornamento-2010]*, voce del *Digesto pen.*, Torino, 547; P. Martucci, *Mediazione penale [voce nuova-2005]*, voce dell'*Encicl. giur. Treccani*, Roma, XIX; M. Menna, *Mediazione penale e modelli processuali*, in *Dir. pen. e proc.*, 2006, 269.
13. Per un'analisi degli aspetti relativi all'iscrizione nel registro (dall'individuazione dei soggetti, alla procedura richiesta per l'iscrizione, alla tenuta e revisione del registro, alle ipotesi in cui è possibile applicare sanzioni agli organismi iscritti), si rinvia a D. Dalfino, *Mediazione civile e commerciale*, in Commentario del codice di procedura civile, Roma, 2016, *sub art. 16*, 528 ss.

Tuttavia, ancora oggi è possibile annoverare numerosi tipi di conciliazione, più o meno procedimentalizzati, applicabili in altri e disparati contesti. Basti pensare al precedente più immediato, rappresentato dalla conciliazione in materia societaria, di cui agli abrogati art. 38 ss. d.lgs. 5/2003, sulla base dei quali sono state elaborate le attuali previsioni in materia di controllo e vigilanza sugli organismi di mediazione, incentivi, garanzie essenziali del procedimento<sup>14</sup>. E ancora possono menzionarsi il tentativo di conciliazione relativo alle controversie di lavoro, obbligatorio fino al 2010 e poi divenuto facoltativo (v. l. 183/2010); il tentativo di conciliazione in materia di subfornitura (art. 10 l. 192/1998), quello in materia di telecomunicazioni (art. 1, 11° comma, l. 249/1997 e successive modificazioni), quello relativo alle controversie agrarie (art. 46 l. 203/1982 e art. 11 d.lgs. 150/2011), quello in materia di certificazione dei contratti di lavoro (art. 80 d.lgs. 276/2003, e successive modificazioni), e così via<sup>15</sup>. Si consideri, inoltre, la procedura di conciliazione in materia di consumo di cui alla direttiva 11/2013/UE, recepita nel codice del consumo agli art. 141 ss., che pone delicati problemi di coordinamento con il d.lgs. 28/2010. Invece, una menzione a parte merita l'istituto della negoziazione assistita da uno o più avvocati di cui agli art. 3 ss. d.l. 132/2014, conv. con modif. in l. 162/2014, strutturalmente diverso (in quanto impostato secondo lo schema della negoziazione e, quindi, senza un terzo imparziale in funzione agevolativa), ma identico nelle finalità conciliative.

Uno degli aspetti più interessanti di questo vivido interesse per la conciliazione è rappresentato dal ruolo, sempre più spiccato, che il legislatore italiano riconosce al giudice nel percorso conciliativo e nella diffusione della «cultura» della risoluzione amichevole delle controversie. Al giudice si affida sempre più spesso il compito di ricercare un nuovo equilibrio tra i protagonisti del processo, che, lungi dall'avallare un approccio autoritaristico, ne predilige uno fondato sulla cooperazione, sulla “deformalizzazione della procedura” e sulla “contrattualizzazione”<sup>16</sup>.

Il suo potere di “intervento” nell’ambito del percorso conciliativo può essere esercitato secondo quattro varianti.

14. In generale, sulla conciliazione societaria, v. G. Miccolis, *La conciliazione e la disciplina del nuovo processo introdotto con il d.lgs. n. 5 del 2003*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, 97 ss.; Id., *Commento agli art. 38 e 39*, in *I procedimenti in materia commerciale*, a cura di G. Costantino, Padova, 2005, 832 ss.
15. V., ancora, gli art. 43, 44 e 45 l. 27 luglio 1978, n. 392, in materia di controversie per la determinazione dell'equo canone di locazione di immobili urbani ad uso abitazione, abrogate dalla l. 353/1990, su cui v. G. Costantino, *Regolamento di competenza e tentativo di conciliazione nelle controversie locative*, in *Giur. it.*, 1983, I, 1, 935; Id., *Controversie in materia di locazione di immobili urbani*, in *Nov.mo Digesto It.*, Appendice, II; Torino, 1981, 728 ss., spec. 750 ss. Successivamente, v. G. Trisorio Liuzzi, *Procedimenti in materia di locazione*, voce del *Digesto priv.*, sez. civ., XIV, Torino, 1996, 459 ss., spec. 478; Id., *Tutela giurisdizionale delle locazioni - sez. IV*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2005.
16. *Introduzione allo studio “Contractualisation and judicial process in Europe”* pubblicato nel 2009 dalla CEPEJ.



E', infatti, possibile distinguere tra:

a) conciliazione giudiziale in sede contenziosa (v. gli art. 185, 185 *bis*, 420, 1° comma, nonché 91, 1° comma, c.p.c.);

b) conciliazione giudiziale in sede non contenziosa (v. l'art. 322 c.p.c.);

c) conciliazione delegata (v. gli art. 198, 445 *bis*, 696 *bis* c.p.c., quest'ultimo anche rinvigorito a seguito della sua estensione al campo della responsabilità medica e sanitaria ad opera della l. 24/2017);

d) mediazione delegata (o demandata o "sollecitata") e, dopo il 2013, "disposta" o "ordinata" (v. l'art. 5, 2° comma, d.lgs. 28/2010).

Ciascuna di tali figure richiede l'applicazione di tecniche differenti, non soltanto perché diverso è il modo in cui si esplica il potere di "intervento" del giudice, ma anche per la diversità del contesto di riferimento, dell'approccio delle parti e della tipologia di controversia tipicamente risolvibile<sup>17</sup>.

### III. TRANSAZIONE E CONCILIAZIONE NEL SISTEMA DELINEATO DALLA L. 31/2019

Le nuove disposizioni in tema di soluzioni negoziali della lite introdotte dalla l. 31/2019, sotto forma di transazione o conciliazione, si distinguono a seconda dei soggetti che stipulano volta a volta l'accordo compositivo e della fase procedimentale in cui tale accordo può intervenire.

#### 4. IL QUADRO NORMATIVO DI RIFERIMENTO

In immediato rilievo vengono gli artt. 840 *quaterdecies* e 840 *bis*, ultimo comma, c.p.c. Tuttavia, occorre pure considerare, per un verso, le norme generali in tema di conciliazione giudiziale (artt. 185 e 185 *bis* c.p.c.), per un altro, le disposizioni del d.lgs. 28/2010 (artt. 5, comma 1 *bis* e 15), che disciplinano il coordinamento tra il procedimento di mediazione e l'azione di classe, sia pure nel testo, oramai abrogato, di cui all'art. 140 *bis* cod. cons.

Ciò premesso, vale la pena ricordare che in origine il codice del consumo, a proposito dell'azione di classe, regolamentava già una procedura conciliativa finalizzata alla determinazione delle somme dovute ai consumatori, che poteva essere instaurata dinanzi ad una apposita "camera di conciliazione" oppure presso un organismo di conciliazione previsto dall'art. 38 d.lgs. 5/2003. Questa procedura fu abolita dalla l. 99/2009, che si limitò a dettare gli effetti delle eventuali rinunce e transazioni tra le parti, nei confronti degli aderenti non consenzienti (art. 140 *bis*, 15° comma). Successivamente il d.l. n. 1 del 2012, conv. con modif. in l. n. 27 del 2012, ripristinò,

17. Cfr. D. Dalfino, *Mediazione civile e commerciale*, cit., sub art. 5, § 19.

sia pure con talune modifiche, la soluzione originaria, ferma restando la possibilità di riproporre l'azione in caso di mancato accordo<sup>18</sup>.

Le novità contenute nella l. 31/2019 sembrano oggi complicare alquanto le modalità attraverso le quali è possibile pervenire ad un accordo conciliativo e, peraltro, non paiono tali da assicurare efficacemente la definizione del contenzioso originato dalla condotta illecita plurioffensiva posta in essere dall'impresa<sup>19</sup>

In base al quadro normativo su menzionato, la lite può trovare soluzione negoziale nelle seguenti ipotesi:

a) stipulazione dell'accordo, "transattivo o conciliativo", sulla base della proposta formulata dal tribunale alle parti fino alla discussione orale della causa, ove possibile, avuto riguardo al valore della controversia e all'esistenza di questioni di facile e pronta soluzione di diritto (art. 840 *quaterdecies*, 1° comma, c.p.c.);

b) stipulazione, dopo la pronuncia della sentenza di cui all'art. 840 *sexies* c.p.c., di apposito accordo di natura transattiva tra il rappresentante comune degli aderenti, previa approvazione del giudice delegato, e l'impresa o l'ente gestore di servizi pubblici o di pubblica utilità, sulla base dello schema predisposto dal rappresentante nell'interesse degli stessi aderenti (art. 840 *quaterdecies*, 2° comma, c.p.c.); a tale accordo può aderire anche il ricorrente;

c) stipulazione dell'accordo conciliativo tra le parti in sede di mediazione ex d.lgs. 28/2010.

## 5. L'ACCORDO TRA RICORRENTE E CONVENUTO A SEGUITO DELLA PROPOSTA "TRANSATTIVA" O "CONCILIATIVA" DEL GIUDICE

La prima modalità compositiva della lite è evidentemente di tipo giudiziale, poiché scaturisce da una proposta del giudice, nonché endoprocessuale perché raggiunta nel corso del processo. Non è superfluo sottolineare che, in ogni caso, l'accordo ha natura negoziale in quanto atto di volontà delle parti, rispetto al quale il giudice non solo conserva posizione di terzietà e imparzialità, ma non è chiamato in alcun modo a partecipare.

La formulazione della proposta soggiace ai limiti individuati dalla legge.

Sul piano temporale, essa può intervenire solo a seguito della scadenza del termine per aderire, che a sua volta è fissato dalla ordinanza di ammissibilità della domanda

18. Cfr. A.D. De Santis, *La tutela giurisdizionale collettiva*, cit., 757 ss.; R. Donzelli, *Azione di classe risarcitoria*, in [www.treccani.it](http://www.treccani.it), § 5.7.; Id., *Commento all'art. 140 bis, VI, I profili processuali dell'azione di classe*, in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, a cura di De Cristofaro e Zaccaria, Padova, 2013, 1053 s.

19. Cfr. Giussani, *Azioni collettive risarcitorie nel processo civile*, Bologna, 2008, 87 ss.

emessa entro trenta giorni dalla prima udienza (art. 840 *ter*, 3° comma, c.p.c.)<sup>20</sup>. Prima di tale momento, infatti, non è possibile stabilire se vi sia una “classe” da tutelare, né il ricorrente gode di alcun potere rappresentativo di questa, né vi sono le condizioni per individuare quali soggetti possano farne parte<sup>21</sup>.

Il *dies ad quem*, invece, è individuato nella “discussione orale”, trenta giorni dopo la quale la sentenza deve essere depositata (art. 840 *ter*, 3° comma, c.p.c.). Ne consegue che la proposta può essere formulata anche dopo l’assunzione delle prove.

Sul piano dei criteri valutativi, la proposta deve tenere conto del valore della controversia e della esistenza di questioni di facile e pronta soluzione di diritto (viene da domandarsi perché non anche quelle di fatto). La norma (art. 840 *quaterdecies*, 1° comma, c.p.c.) riecheggia quella dell’art. 185 *bis* c.p.c., che pure ancora la proposta del giudice al previo vaglio di sussistenza di presupposti determinati<sup>22</sup>. L’analogia della fattispecie processuale consente, inoltre, di estendere anche alla sede del giudizio di classe la previsione secondo la quale l’esercizio del potere propositivo da parte del giudice non costituisce motivo di riconsunzione dello stesso (sebbene nei fatti, come si può immaginare, sia estremamente difficile formulare una proposta, transattiva o conciliativa<sup>23</sup>, senza correre il rischio di sbilanciarsi in favore dell’una o dell’altra parte, in ciò giocando un ruolo determinante la motivazione della ordinanza nella quale la proposta è contenuta)<sup>24</sup>.

Nell’ipotesi in parola, l’accordo viene eventualmente raggiunto tra attore e convenuto, perché ad essi è rivolta la proposta. Tuttavia, degli effetti di esso possono beneficiare anche coloro che abbiano deciso di aderire alla azione di classe, in quanto soggetti portatori di diritti individuali omogenei, dopo l’ordinanza di ammissibilità e fino alla sentenza di accoglimento.

L’accordo dovrebbe anche prevedere il compenso da corrispondere agli avvocati del ricorrente (o dei ricorrenti, ove sia stata disposta la riunione ai sensi dell’art. 840 *quater*, 1° comma, c.p.c.), sebbene non necessariamente nella misura di carattere

20. Salva la sospensione del giudizio quando sui fatti rilevanti ai fini del decidere è in corso un’istruttoria davanti a un’autorità indipendente ovvero un giudizio davanti al giudice amministrativo.

21. Cfr. anche R. Donzelli, *La conciliazione*, in *Le nuove forme di tutela collettiva* (l. 12 aprile 2019 n. 31), cit., 381 ss.

22. Ai sensi dell’art. 185 *bis* c.p.c.: «Il giudice, alla prima udienza, ovvero sino a quando è esaurita l’istruzione, formula alle parti ove possibile, avuto riguardo alla natura del giudizio, al valore della controversia e all’esistenza di questioni di facile e pronta soluzione di diritto, una proposta transattiva o conciliativa. La proposta di conciliazione non può costituire motivo di riconsunzione o astensione del giudice».

23. La proposta “transattiva” dovrebbe essere diversa da quella “conciliativa”. La prima, infatti, si basa sulla prospettazione di reciproche concessioni tra l’una e l’altra parte e comunque rispondere al contenuto tipico degli art. 1965 ss. c.c. La seconda, invece, presenta un contenuto atipico.

24. Cfr. D. Dalfino, *Mediazione civile e commerciale*, cit., sub art. 11.

premiata prevista dall'art. 840 *novies*, 6° comma, c.p.c. per il caso in cui la domanda sia accolta.

Tanto la proposta del giudice quanto l'accordo devono essere inseriti nell'area pubblica del portale dei servizi telematici di cui all'art. 840 *ter* c.p.c. e comunicati all'indirizzo di posta elettronica certificata ovvero al servizio elettronico di recapito certificato qualificato indicato da ciascun aderente. La pubblicazione della proposta è funzionale alla conoscenza anticipata del possibile contenuto dell'accordo; quella dell'accordo è volta a provocare la dichiarazione da parte di ciascun aderente di voler accedere all'accordo medesimo mediante dichiarazione inserita nel fascicolo informatico nel termine indicato dal giudice (art. 840 *quaterdecies*, 1° comma, c.p.c.).

La pubblicazione è rivolta solo a beneficio di coloro che abbiamo manifestato la volontà di aderire dopo l'ordinanza di ammissibilità dell'azione di classe. Sennonché, l'adesione conosce anche un'altra finestra temporale, che è collocata dopo la sentenza di accoglimento della domanda. Ne dovrebbe conseguire che, almeno in astratto, l'accordo stipulato in questa fase è ristretto a chi ha scommesso sul successo dell'azione di classe, aderendo prima della definizione del processo, quando ancora non è dato sapere quale ne sarà l'esito. Una simile previsione normativa è destinata a rivelarsi in concreto del tutto inefficace se rapportata alla esigenza del convenuto di raggiungere un *settlement* soddisfacente del più ampio numero di possibili interessati e, allo stesso tempo, ingiustificatamente discriminante rispetto alle ragioni di coloro che ancora non abbiano aderito (rinviando tale valutazione in base all'esito del processo). Sta di fatto che si è proposto in dottrina di attribuire al giudice il potere di fissare, con l'ordinanza con la quale viene disposta la pubblicazione della proposta, un ulteriore termine per aderire ai sensi dell'art. 840 *quinqüies* c.p.c.<sup>25</sup>

Onde evitare un'ulteriore occasione di disparità di trattamento rispetto all'ipotesi compositiva successiva alla sentenza di accoglimento, all'accordo in parola deve pure riconoscersi efficacia esecutiva.

## 6. L'ACCORDO TRANSATTIVO O CONCILIATIVO TRA LE (SOLE) PARTI

Dall'ipotesi appena esaminata va distinta quella disciplina dall'art. 840 *bis*, 6° comma, c.p.c., secondo cui «*Nel caso in cui, a seguito di accordi transattivi o conciliativi intercorsi tra le parti, vengano a mancare in tutto le parti ricorrenti, il tribunale assegna agli aderenti un termine, non inferiore a sessanta giorni e non superiore a novanta giorni, per la prosecuzione della causa, che deve avvenire con la costituzione in giudizio di almeno uno degli aderenti mediante il ministero di un difensore. Nel caso in cui, decorso inutilmente il termine di cui al primo periodo, non avvenga la prosecuzione del procedimento, il tribunale ne dichiara l'estinzione. A seguito dell'estinzione, resta*

25. R. Donzelli, *La conciliazione*, loc. cit.

*comunque salvo il diritto all'azione individuale dei soggetti aderenti oppure l'avvio di una nuova azione di classe».*

La norma si riferisce all'accordo transattivo o conciliativo intervenuto tra le sole parti in causa, avente ad oggetto il diritto individuale del solo ricorrente. Non si tratta, quindi, di una ipotesi di conciliazione a carattere collettivo, della quale possono beneficiare anche gli altri membri della classe<sup>26</sup>.

Peraltro, la norma è dettata in funzione della individuazione di un meccanismo *lato sensu* successorio per il caso in cui, a seguito della stipulazione dell'accordo, vengano meno, nel senso di perdita di interesse a coltivare il giudizio, il ricorrente o i ricorrenti. Meccanismo che, se non attivato, consente ai singoli aderenti precedentemente inerti di instaurare un processo per far valere il proprio diritto in via autonoma oppure di farsi promotori di una nuova azione di classe.

## **7. L'ACCORDO TRANSATTIVO TRA RAPPRESENTANTE COMUNE DEGLI ADERENTI E CONVENUTO DOPO LA SENTENZA DI ACCOGLIMENTO**

Anche dopo la pronuncia della sentenza di accoglimento può essere raggiunto un accordo, che questa volta la norma qualifica espressamente come avente "natura transattiva".

A questo proposito, il 2° comma dell'art. 840 *quaterdecies* c.p.c. stabilisce che il rappresentante comune (nominato dal tribunale con la sentenza stessa tra i soggetti aventi i requisiti per la nomina a curatore fallimentare: art. 840 *sexies*, 1° comma, lett. g), nell'interesse degli aderenti, può predisporre con l'impresa o con l'ente gestore di servizi pubblici o di pubblica utilità un apposito *schema*. Lo schema è inserito nell'area pubblica del portale dei servizi telematici di cui all'art. 840 *ter*, 2° comma, c.p.c. ed è comunicato all'indirizzo di posta elettronica certificata ovvero al servizio elettronico di recapito certificato qualificato indicato da ciascun aderente (v. il 3° comma dell'art. 840 *quaterdecies* c.p.c.).

Entro quindici giorni dalla comunicazione, ciascun aderente può inserire nel fascicolo informatico le proprie motivate contestazioni allo schema di accordo. Tali contestazioni possono riguardare la personale posizione dell'aderente, il riconoscimento della somma in una determinata misura o, in generale, la convenienza della soluzione negoziale prospettata<sup>27</sup>. Deve escludersi che esse possano determinare una diretta modificazione dell'accordo stesso, poiché al contrario servono ad esprimere solo la volontà di non accettare le condizioni ivi stabilite. Sicché, con le proprie contestazioni l'aderente attua una sorta di *opt out* rispetto alla soluzione concordata contenuta nello schema proposto<sup>28</sup>.

26. Cfr. D. Amadei, *La conciliazione collettiva nelle nuove azioni di classe ed inibitoria*, in *Giur. it.*, 2019.

27. R. Donzelli, *La conciliazione*, loc. cit.

28. D. Amadei, *La conciliazione collettiva nelle nuove azioni di classe ed inibitoria*, cit.

Invece, nei confronti degli aderenti che non formulino contestazioni, lo schema di accordo si considera non contestato (è quanto dispone, in modo quasi lapalissiano, il 4° comma dell’art. 840 *quaterdecies* c.p.c.) e, dunque, accettato.

L’accordo transattivo vero e proprio può essere stipulato soltanto dopo che il rappresentante comune abbia avuto l’autorizzazione – anch’essa soggetta a pubblicazione e comunicazione – da parte del giudice delegato, la quale deve intervenire entro trenta giorni dalla scadenza del termine previsto per la comunicazione dello schema, previa valutazione degli interessi degli aderenti (v. il 5° e il 6° comma dell’art. 840 *quaterdecies* c.p.c.). Con quest’ultima formula pare che il legislatore abbia voluto conferire al giudice il potere discrezionale di vagliare il merito dell’accordo e, dunque, la convenienza dello stesso per gli aderenti; il sindacato giudiziale, peraltro, deve considerarsi comprendere anche il profilo della regolarità formale.

Tuttavia, nonostante il rilascio dell’autorizzazione, l’accordo può non essere formalizzato se entro quindici giorni dalla comunicazione del provvedimento di autorizzazione stessa, l’aderente che aveva sollevato contestazioni rispetto allo schema di accordo, priva il rappresentante comune della facoltà di procedere in tal senso (v. il 7° comma dell’art. 840 *quaterdecies* c.p.c., che, però, disciplina una fattispecie diversa dalla revoca del rappresentante in ogni con decreto da parte del giudice ex art. 840 *sexies*, 6° comma, c.p.c.). Una sorta di “doppio veto” che l’aderente esprime dapprima sotto forma di “contestazione” e poi sotto forma di negazione al rappresentante comune del potere di stipula.

In mancanza di veti, l’accordo transattivo può essere concluso e sottoscritto dal convenuto e dal rappresentante comune, il quale è chiamato a certificare l’autografia di tali sottoscrizioni (inspiegabilmente, anche quella da egli stesso apposta!).

L’accordo costituisce titolo esecutivo e per l’iscrizione di ipoteca giudiziale e deve essere integralmente trascritto nel precetto ai sensi dell’art. 480, 2° comma, c.p.c., non diversamente da quanto prescritto per l’accordo di conciliazione raggiunto all’esito del procedimento di mediazione di cui al d.lgs. 28/2010 (v. l’8° comma dell’art. 840 *quaterdecies* c.p.c.). Trattandosi di conciliazione raggiunta nell’interesse degli aderenti e dal loro rappresentante comune, può ritenersi esperibile l’esecuzione forzata in forma collettiva (o concorsuale) di cui all’art. 840 *terdecies* c.p.c.

A beneficiare di questo accordo – in particolare della sua idoneità esecutiva e a costituire titolo per l’iscrizione di ipoteca giudiziale – può essere anche il ricorrente, il quale può esprimere la propria adesione entro il termine di quindici giorni di cui al 7° comma (v. il 9° comma dell’art. 840 *quaterdecies* c.p.c.)<sup>29</sup>.

29. Ai sensi del 10° comma dell’art. 840 *quaterdecies* c.p.c., “*Le disposizioni del presente articolo si applicano, in quanto compatibili, anche quando l’azione è promossa da un’organizzazione o un’associazione inserita nell’elenco di cui all’articolo 840-bis, secondo comma, e l’accordo può avere riguardo anche al risarcimento del danno o alle restituzioni in favore degli aderenti che abbiano accettato o non si siano opposti all’accordo medesimo*”.

## 8. LA CONCILIAZIONE NELL'AZIONE COLLETTIVA INIBITORIA

Un cenno all'azione collettiva inibitoria (art. 840 *sexiesdecies* c.p.c.) appare opportuno e alle opportunità conciliative attualmente disponibili.

In via del tutto preliminare, va ricordato che nell'impianto della riforma del 2019 essa assume carattere generale e si affianca a quella già regolata dall'art. 37 cod. cons. (monca, però, del riferimento ai contestualmente abrogati art. 139 e 140 cod. cons.)<sup>30</sup>, ma anche a quelle di cui agli art. 2601 c.c. e 28 St. lav., norme speciali espressamente fatte salve in quanto tali.

La legittimazione ad agire è attribuita a «chiunque abbia interesse» ad una pronuncia diretta non solo all'accertamento di una responsabilità, ma anche alla cessazione e al divieto di reiterazione di atti e comportamenti (o omissioni), posti in essere in pregiudizio di una pluralità di individui o enti. Il che non esclude che nel novero dei soggetti legittimati rientrino le organizzazioni o le associazioni senza scopo di lucro i cui obiettivi statuari comprendano la tutela degli interessi pregiudicati dalla condotta plurioffensiva, sempre che esse presentino il requisito della iscrizione nell'apposito elenco pubblico istituito presso il Ministero della giustizia.

E' previsto che il provvedimento di condanna inibitoria sia assistito dall'adozione di una misura coercitiva ex art 614 *bis* c.p.c., con l'importante novità che il tribunale può, su istanza di parte, emettere la misura «anche fuori dei casi ivi previsti» dalla norma citata. Il che sembra legittimarne l'applicazione anche a controversie, quelle di lavoro ex art. 409 c.p.c., rispetto alle quali la figura generale codicistica contempla una netta chiusura.<sup>31</sup>

Non del tutto chiare sono le ragioni per le quali il legislatore abbia optato per forme procedurali di tipo camerale ex art. 737 ss. c.p.c., in quanto compatibili, operando un'evidente distinzione rispetto a quelle assegnate all'azione di classe.

Ciò premesso, con specifico riferimento all'oggetto del presente intervento, va sottolineato che, una volta soppresso l'art. 140 cod. cons., è venuto meno il meccanismo di conciliazione ivi previsto per l'azione inibitoria collettiva<sup>32</sup>. L'art. 840 *sexiesdecies* c.p.c. non prevede alcunché al riguardo.

30. Cfr. D. Amadei, *L'azione collettiva inibitoria. Sistema, tutele ed attuazione*, Torino, 2018, nonché, in precedenza, A.D. De Santis, *La tutela giurisdizionale collettiva*, cit.

31. D. Dalfino, *Azione di classe*, loc. cit.

32. Ai sensi dell'art. 140, commi 2° a 6°, cod. cons., «Le associazioni di cui al comma 1, nonché i soggetti di cui all'art. 139, comma 2, possono attivare, prima del ricorso al giudice, la procedura di conciliazione dinanzi alla camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura competente per territorio, a norma dell'art. 2, comma 4, lett. a), della l. 29 dicembre 1993, n. 580, nonché agli altri organismi di composizione extragiudiziale per la composizione delle controversie in materia di consumo a norma dell'art. 141. La procedura è, in ogni caso, definita entro sessanta giorni. // Il processo verbale di conciliazione, sottoscritto dalle parti e dal rappresentante dell'organismo di composizione extragiudiziale adito, è depositato per l'omologazione nella cancelleria del tribunale del luogo nel quale

Questo non toglie che, per un verso, l'esigenza di addivenire a soluzioni negoziali sia particolarmente avvertita anche nel caso in cui sia richiesta una pronuncia di inibitoria di atti e comportamenti, posti in essere in pregiudizio di una pluralità di individui o enti, volta all'ottenimento di un ordine di cessazione o di un divieto di reiterazione della condotta omissiva o commissiva<sup>33</sup>; per un altro, la conciliazione sia sempre possibile utilizzando strumenti già esistenti.

Proprio con riferimento a quest'ultimo profilo, nulla esclude che il giudice in corso di causa eserciti i poteri di cui agli art. 185 e 185 *bis* c.p.c. oppure quelli di cui all'art. 5, 2° comma, d.lgs. 28/2010 (c.d. mediazione delegata). Invece, per l'applicazione dei meccanismi conciliativi previsti per l'azione di classe dall'art. 840 *quaterdecies* c.p.c., occorrerebbe una previa verifica di compatibilità. Il che non esclude che, in mancanza di previsioni espresse, rimarrebbe qualche dubbio sulla individuazione della precisa potenzialità esecutiva dell'eventuale accordo e sulla sua idoneità a costituire titolo per iscrivere ipoteca giudiziale<sup>34</sup>.

#### IV. MEDIAZIONE E AZIONE DI CLASSE

La previsione di specifici strumenti conciliativi non esclude di per sé che con riguardo alle controversie risarcitorie collettive si possa addivenire ad un accordo seguendo strade differenti. Una di queste potrebbe essere rappresentata dalla mediazione disciplinata dal d.lgs. 28/2010.

#### 9. IL MANCATO COORDINAMENTO TRA LA L. 31/2019 E IL D.LGS. 28/2010

In realtà, dall'esame dell'art. 840 *quaterdecies* c.p.c. emerge in tutta la sua problematicità un vero e proprio difetto di coordinamento con le disposizioni del d.lgs. 28/2010.

---

*si è svolto il procedimento di conciliazione. // Il tribunale, in composizione monocratica, accertata la regolarità formale del processo verbale, lo dichiara esecutivo con decreto. Il verbale di conciliazione omologato costituisce titolo esecutivo».* Se il tentativo di conciliazione era facoltativo, non lo era, invece, l'altra attività contemplata dall'art. 140 cod. cons., finalizzata anch'essa a comporre la lite, che funzionava come condizione di procedibilità e consisteva nella necessità che le associazioni inviassero una lettera raccomandata con avviso di ricevimento al soggetto da esse ritenuto responsabile, al fine di richiedere la cessazione del comportamento lesivo degli interessi dei consumatori e degli utenti e che attendessero quindici giorni almeno prima di proporre l'azione inibitoria. Cfr. A.D. De Santis, *La tutela giurisdizionale collettiva. Contributo allo studio della legittimazione ad agire e delle tecniche inibitorie e risarcitorie*, Napoli, 2013, 431 ss.

33. E' questo il contenuto dell'azione collettiva inibitoria disciplinata dall'art. 840 *sexiesdecies* c.p.c., che può essere proposta dalle organizzazioni o dalle associazioni senza scopo di lucro – i cui obiettivi statutari comprendano la tutela degli interessi pregiudicati dalla condotta plurioffensiva – iscritte nell'apposito elenco ministeriale, nei confronti di imprese o di enti gestori di servizi pubblici o di pubblica utilità relativamente ad atti e comportamenti posti in essere nello svolgimento delle loro rispettive attività.
34. Cfr. I. Pagni, in *Giur. it.*, 2019.



In particolare, l'art. 5, comma 1 *bis*, d.lgs. cit. stabilisce tuttora che la condizione di procedibilità ivi prevista, consistente nell'obbligatorio esperimento del procedimento di mediazione in via preliminare rispetto all'esercizio dell'azione giudiziale in una delle tredici materie ivi contemplate, «*non si applica alle azioni previste dagli articoli 37, 140 e 140-bis del codice del consumo di cui al decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, e successive modificazioni*». Gli art. 140 e 140 *bis* cod. cons. (ma non l'art. 37), però, sono stati abrogati dalla l. 31/2019 e la norma del d.lgs. 28 appena riportata non è stata corrispondentemente adeguata. La prima questione che si pone, dunque, è se, per effetto di tale abrogazione, sia stata estesa all'azione di classe la suddetta condizione di procedibilità.

Una questione per certi versi analoga si pone con riguardo a quanto disposto dall'art. 15, 1° comma, d.lgs. cit., secondo cui «*Quando è esercitata l'azione di classe prevista dall'articolo 140-bis del codice del consumo, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, e successive modificazioni, la conciliazione, intervenuta dopo la scadenza del termine per l'adesione, ha effetto anche nei confronti degli aderenti che vi abbiano espressamente consentito*». Anche l'art. 140 *bis*, 15° comma, cod. cons. conteneva il principio di non assoggettamento degli aderenti dissenzienti rispetto all'intesa *inter alios*<sup>35</sup>. Una volta abrogata la norma del codice del consumo senza alcun adeguamento dell'art. 15 d.lgs. 28 cit., non è chiaro se l'accordo di conciliazione raggiunto in sede di mediazione possa esplicare effetti *ultra partes* in mancanza di un esplicito consenso.

A ben vedere, il problema dovrebbe porsi ancora più a monte. Ci si dovrebbe chiedere, infatti, se in base al combinato disposto degli art. 840 *quaterdecies* c.p.c. e 5, comma 1 *bis*, possa ancora affermarsi la compatibilità tra azione di classe e procedimento di mediazione.

Elementi di diritto positivo in senso ostativo non ve ne sono. Sarebbe arbitrario dedurre l'incompatibilità dalla semplice constatazione del difetto di coordinamento tra l. 31/2019 e d.lgs. 28/2010, che, come tale, potrebbe essere frutto di una semplice svista del legislatore. E sarebbe anche arbitrario, molto probabilmente, fare leva solo sul mancato adeguamento degli art. 5, comma 1 *bis* e 15 d.lgs. 28 cit., che invece continuano a riferirsi a norme abrogate.

Per risolvere il problema pare utile fare un passo indietro.

Nella Relazione illustrativa del d.lgs. 28 cit. si legge che l'esclusione della mediazione quale "filtro" di accesso alla giurisdizione nelle controversie collettive di tipo risarcitorio oppure inibitorio, «*nasce o dall'esistenza di un'autonoma condizione di procedibilità*» oppure «*dalla constatazione che non è concepibile una mediazione*

35. «*Le rinunce e le transazioni intervenute tra le parti non pregiudicano i diritti degli aderenti che non vi hanno espressamente consentito. Gli stessi diritti sono fatti salvi anche nei casi di estinzione del giudizio o di chiusura anticipata del processo*».

*nell'azione di classe fino a quando quest'ultima non ha assunto i connotati che permetterebbero una mediazione allargata al maggior numero dei membri della collettività danneggiata, fino dunque alla scadenza del termine per le adesioni».*

Con specifico riferimento all'azione di classe, nel vigore dell'art. 140 *bis* cod. cons., sino a che non fosse scaduto il termine per effettuare l'adesione all'azione da parte dei consumatori e utenti titolari dei diritti che si assumono violati dalla condotta plurioffensiva, non sarebbe stato possibile stabilire l'esatta quantificazione del danno complessivo, non conoscendosi, infatti, il numero esatto di coloro che avrebbero avanzato la propria pretesa attraverso l'adesione stessa. Un'ipotetica istanza di mediazione proposta prima di questo momento, avrebbe rischiato di non sortire alcun effetto, perché, in ogni caso, si sarebbe dovuto attendere la definizione del numero degli aderenti, il provvedimento di inclusione o esclusione dalla classe e la loro eventuale manifestazione di volontà di accedere alla mediazione.

Dal quadro normativo precedente, comunque, non emergeva di per sé alcuna incompatibilità *ex se* tra l'azione risarcitoria e la mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali, dovendosi soltanto escludere l'obbligatorietà dell'esperimento di quest'ultima prima dell'esercizio dell'azione risarcitoria<sup>36</sup> e tenere ferme la possibilità di raggiungere un accordo (anche sotto forma di transazione) di conciliazione dopo la scadenza del termine per aderire e la necessità del consenso degli aderenti.

Senonché, il concreto svolgimento del procedimento di mediazione con riferimento all'azione di classe poteva porre ulteriori questioni.

In primo e più importante luogo, occorre stabilire se al procedimento potessero partecipare tutti gli aderenti all'azione ovvero se questo dovesse ritenersi ristretto al proponente e all'impresa.

Sul piano teorico, la soluzione dipendeva principalmente dalla natura che si intendeva riconoscere al rapporto sussistente tra proponente e aderente, se esso

36. Se era posto fuori gioco il modello della mediazione obbligatoria, non significava che non si potesse far ricorso a quello della mediazione volontaria. In altri termini, nessuna norma impediva alle parti di instaurare liberamente il procedimento in via preventiva. Indubbiamente, sul piano concreto, un'iniziativa del genere non avrebbe avuto un'effettiva utilità, soprattutto per l'impresa, posto che sarebbe stato preciso interesse di quest'ultima intavolare una mediazione il più allargata possibile, onde addivenire a un accordo tendenzialmente "tombale" (idoneo, cioè, ad assorbire il maggior numero di pretese risarcitorie). Una conciliazione raggiunta in via preventiva avrebbe esplicato effetti nei confronti del solo proponente e dell'impresa, conservando, quindi, carattere individuale; sebbene non si potesse certo escludere l'interesse dell'impresa ad accordarsi il più presto possibile con il proponente, anche al solo fine di "disinnescare" l'azione di classe prima ancora che questa fosse dichiarata ammissibile e si aprisse la fase delle adesioni. Cfr. D. Dalfno, *Mediazione civile e commerciale*, cit., *sub art. 5 e 15*.

Allo stesso modo, non vi era alcuna astratta incompatibilità con il modello della mediazione "da clausola", di cui all'art. 5, 5° comma, d.lgs. 28 cit. e con quello della mediazione c.d. "disposta" dal giudice, di cui all'art. 5, 2° comma, d.lgs. 28 cit.

comprendesse o no di per sé il potere di promuovere un’iniziativa stragiudiziale a fini conciliativi. Nel primo caso, *nulla quaestio*, poiché il proponente sarebbe stato senz’altro legittimato a depositare l’istanza; nel secondo, invece, non avrebbe potuto farlo se non previa acquisizione del relativo potere.

In secondo luogo, la partecipazione attiva al procedimento da parte degli aderenti avrebbe potuto comportare problemi di gestibilità del conflitto da parte del mediatore. Ciò avrebbe reso opportuno far sì che il primo incontro e le sessioni di ascolto si svolgessero tra il solo proponente, munito del relativo potere, e l’impresa.

In terzo luogo e coerentemente, ai fini della formulazione della proposta conciliativa, la richiesta «concorde» delle parti (v. art. 11 d.lgs. 28 cit.) avrebbe dovuto essere riferita alla volontà del proponente e dell’impresa, non potendo prendere parte al procedimento gli aderenti all’azione di classe. Allo stesso modo, la comunicazione per iscritto della proposta conciliativa avrebbe dovuto essere effettuata al solo proponente e non agli aderenti.

Ciò ricordato, con riguardo alle norme attualmente in vigore (artt. 5, comma 1 *bis* e 15 d.lgs. 28 cit. e art. 840 *quaterdecies* c.p.c.) è possibile in astratto sostenere le seguenti due soluzioni interpretative contrastanti:

a) il rinvio all’art. 140 *bis* cod. cons. deve ritenersi sostituito automaticamente da quello agli art. 840 *bis* ss. c.p.c.; in questo caso, si dovrebbero pazientemente ricostruire i rapporti tra l’invariata disciplina del procedimento di mediazione e quella del tutto innovata dell’azione di classe;

b) l’abrogazione dell’art. 140 *bis* cod. cons. ha determinato la sopravvenuta incompatibilità tra procedimento di mediazione e azione di classe.

In favore di quest’ultima tesi si è espressa una parte della dottrina<sup>37</sup>, la quale ha osservato la mediazione può avere ad oggetto soltanto diritti disponibili e mira ad evitare il giudizio. Esclusa senz’altro l’applicabilità del “filtro” di procedibilità per ragioni non molto diverse da quelle che già sono state messe in evidenza con riguardo alla vecchia disciplina, questa dottrina sostiene che l’azione di classe «nel suo profilo strettamente rimediabile, denota quel carattere indisponibile – o semidisponibile» – come emerge dall’art. 840 *quaterdecies* c.p.c., «che attribuisce al giudice un ruolo di garanzia degli interessi degli aderenti» – che porta ad escludere la compatibilità con la mediazione anche in corso di causa sotto forma di mediazione delegata e anche su base volontaristica.

Orbene, questa tesi non può essere condivisa, perché poggia su un’eccessiva enfattizzazione del momento pubblicistico dell’azione di classe, che, invero, appare alquanto sfumato.

37. R. Donzelli, *La conciliazione*, loc. cit.

In particolare, dedurre l'indisponibilità o semi-indisponibilità del rimedio dal potere del giudice di formulare una proposta conciliativa o transattiva prima della definizione del processo e dal potere sempre attribuito al giudice di approvare, nell'interesse degli aderenti, l'accordo raggiunto dopo la sentenza di accoglimento tra rappresentante comune e impresa convenuta, sembra eccessivo. I diritti individuali omogenei fatti valere costituiscono pur sempre l'oggetto del processo (quando questo non è limitato all'accertamento della responsabilità dell'impresa convenuta) e di questi diritti si dispone proprio attraverso gli accordi compositivi disciplinati dall'art. 840 *quaterdecies* c.p.c.

L'intervento del giudice, invece, è volto a garantire che non si attuino forme di squilibrio o asimmetrie tra le parti in sede negoziale e, perciò, presenta i tratti di un intervento di "giustizia contrattuale" nel primo senso innanzi riferito, vale a dire di giustizia *nel* o *del* contratto, effettuato *ex ante*.

L'accento, in materia conciliativa, va posto quindi proprio sull'oggetto dell'atto di disposizione, dal che deriva che nessuna incompatibilità teorica sussiste tra procedimento di mediazione e azione di classe. Piuttosto, vale la pena sottolineare che i difetti di coordinamento e di adeguamento normativo segnalati meriterebbero un secondo e più accurato provvedimento del legislatore atto a dirimere le questioni, che, si ribadisce, sembrano destinate ad affannare gli interpreti soprattutto sul piano pratico.



# Civil Procedure Review

AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

## 3

### A civil law for the age of precedents? A look into Brazilian adjudication

---

**Pedro Henrique Reschke**

Professor of Civil Procedure at Faculdade CESUSC, in Florianópolis, SC, Brazil. Master of Laws at Universidade Federal de Santa Catarina, Brazil..

[phreschke@gmail.com](mailto:phreschke@gmail.com)

**Abstract:** This paper is an attempt to understand why Brazilian legal theorists, specially civil procedure scholars, have suddenly become to talk so much about precedent. It is also an attempt to see whether their studies are theoretically sound. First, I try to identify what is the problem that precedent is seen as the solution to. Next, I talk about how Brazil developed its own model of precedent, and then compare it to the theory of precedent as it developed in common law systems, concluding that the Brazilian system still has a lot to learn before being able to create a proper, fair and democratic system of legal precedent.

**Keywords:** Jurisprudence. Civil Procedure. Brazilian law. Precedent. *Súmulas*.

**Summary:** 1. Introduction. 2. Adjudication in Brazil and what, if anything, is wrong with it 3. Brazil's very own model of precedent 4. Precedent in Brazil vs. precedent in Anglo-Saxon jurisdictions 5. Can law create a culture of precedent? 6. Bibliography.

## 1. INTRODUCTION

The doctrine of precedent (or something very similar) has taken Brazilian legal theory by storm. In a country marked by the very serious issue of fragmentation and unpredictability of its judicial decisions, scholars have turned to precedent as the one logical solution. Inspired by such studies, lawmakers have seen fit to operate this change through statutory reform. Coming after a number of such reforms, the 2015 Civil Procedure Code<sup>1</sup> grants binding authority to a specific set of decisions, something that has been largely hailed as good thing.

This paper follows a three-part structure. Beginning with a general picture of adjudication in Brazil, I attempt to pinpoint the reasons that led the legal community to turn to this theory of precedent. One of the main problems with the Brazilian Judiciary is its inability to solve cases in quick and just manners – and by “just”, I specifically mean “with equality between different cases”. This notion of substantial equality, the idea that like cases should be dealt with not only by the application of the same statutes but by actually being treated alike by the Judiciary, is one that has great appeal for the contemporaneous Brazilian legal thinker, specifically students and professors of civil procedure. In order to achieve this, legal thought has turned to the common law and what its scholars have written about precedent.

The second part follows the reforms in the Constitution and in statutes that have brought the binding authority of judicial decisions to the spotlight, specifically the culmination of these legal reforms, the CPC/15. Despite it being currently very fashionable to say that precedent is a foreign and new idea in the Brazilian legal system, one quickly dissipates that idea when studying legal history. Not only has Brazil been worrying about precedent for a long time, the country has actually developed a very specific way of having past cases influence present ones – a system of *súmulas* and other types of rules laid down by previous judges. If the Brazilian system of precedent has any one defining characteristic, it is this tendency to have the precedent judge enunciate a general and abstract rule that takes the form of something similar to a statute; these rules are then binding based solely on the fact that they were created by a previous court. Based on Dworkin’s view of “plain-fact positivism”, I call this the *plain-fact view of precedent*.

In the last segment, I try to understand if those statutory reforms are an adequate way to create a “culture of precedent”, from the point of view of legal theory and legal reasoning. The conclusion, I fear, won’t be too optimistic. For the reasons that will soon become clear, I do not believe such a systemic reform can be brought about through simple statutory reforms – and, in the end, those reforms might be aggravating rather than solving the problem.

---

1. From here on out, referred to only as the CPC/2015.

## 2. ADJUDICATION IN BRAZIL AND WHAT, IF ANYTHING, IS WRONG WITH IT

The task of analyzing adjudication in Brazil, in any capacity, is overwhelming. It is not my intention to create a definitive guide, or even to thoroughly study the most influential academic theories. I am concerned about adjudication in practice, an honest attempt do capture how judges decide cases, and its consequences to building a theory of judicial precedent that fits Brazilian reality.

Considering Brazil is firmly rooted on a civil law background, it is only natural that legal positivism is greatly influential. In this we are greatly inspired by the works of Kelsen – not by a substantial reading of his pure theory of law, but by the basic notion of formal validity contained therein. To Kelsen, the notion of legal validity is connected to the existence of specific historical facts that are objectively verifiable. It is as strictly *formal* notion of validity that has nothing to do with the contents of the norms, and everything to do with their structure and their place within the legal system<sup>2</sup>. Law is ultimately a system of written norms backed by the threat of coercion. The code's legitimacy stems from the democratic procedure that precedes it.<sup>3</sup> This is the basic framework for the teaching of legal theory in most Brazilian law schools.

In this sense, the ruling theory of law, in the eyes of the average Brazilian jurist, is very close to what Dworkin called the plain-fact view of law, wherein “the law is only a matter of what legal institutions, like legislatures and city councils and courts, have decided in the past”.<sup>4</sup> The main difference, of course, is that courts are *generally* not seen as legal institutions in this sense, because their decisions are seen not as creators of law, but as mere interpretations of a pre-existing law, derived from legislatures, city councils and such. So far, this is fitting with generalized descriptions of a “pure” civil law system, where judges have no creative power and the Legislative is the sole creator of the law, by the means of written statutes.

This is very basic description, of course, that fails to grasp the complexity of the Brazilian legal system. Things are seldom so simple in practice, since written statutes can't possibly solve every case in a preemptive fashion, and so a fair amount of room is left, during adjudication of concrete cases, for judges to develop solutions that don't immediately follow from the statutes. While this is an undeniable truth, legal academia has only recently begun to delve deeper into its consequences for jurisprudence.

Indeed, saying judges can create the law is not an easily acceptable idea in Brazilian legal theory, in no small amount because it so deeply influenced by the ideals of the French Revolution, the historical inspiration of most civil law countries (though Kelsen

2. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. 7ª ed., pp. 11-16.

3. For a complete description of Kelsen's view of a legal system, and to understand how this superficial view is not a fair description of its intricacies, see RAZ, Joseph. *O conceito de sistema jurídico: uma introdução à teoria dos sistemas jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

4. DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. Oregon, USA: Hart Publishing, 1986, pp. 6-7.

himself would take issue with this, for even his pure theory of law recognizes that the judicial decision is itself a new norm, created by the judge through an act of will<sup>5</sup>). Law, or so goes the traditional continental view, should come from Parliament alone, since legitimate, democratic norms stem from the people. A judge should be nothing other than the “mouth of the law”. In this light, traditional legal process theory defines adjudication (*jurisdição*, in Portuguese) as the function of the State through which it settles disputes by replacing the will of the parties with its own, thus pacifying conflict. This pacification is achieved through a declaration of the “concrete will” of the law, contained in the normative text<sup>6</sup>. A simple logical syllogism involving the abstract norms and the specific facts of the case in dispute is enough to describe adjudication.

Of course, academic legal theory has recognized, decades ago, that law and adjudication are *not* this simple; but this view still holds a staggeringly high level of credibility within general legal thought. This means that the most recent advances in legal theory have been largely ignored by judicial practice (except when such theories are convenient, that is, when they allow a judge to take a small detour from the solution prescribed by written law and decide cases in his own preferred manner). And how can this excessively simplified notion of legal validity and judicial adjudication have survived in light of the plain, simple, unavoidable fact that code law is never unequivocal? What feature of adjudication, as seen in the real world, can be used to circumvent the realization that judges *do* create law and that hard cases<sup>7</sup> are an everyday occurrence? This is, in fact, one of the biggest concerns about legal positivism itself<sup>8</sup>, but it is of great relevance in Brazil specifically, because of the peculiar way in which this problem was dealt with throughout the years.

Brazilian legal practice came up with a very questionable solution to the problems contained in this plain-fact view of law: absolute, uncontrolled judicial discretion. Judges merely declare the intent of the law, but it falls within their authority to interpret *what* that intent is. As long as a judge can point out which legal rule is nominally being applied, he can decide any particular case however he sees fit, because such rules are open to interpretation, and the Judiciary has the last say in just what the correct interpretation is. Any interpretation of a legal rule is valid, as long as it is a “reasonable” (of course, it is also up to the Judiciary to say what is a “reasonable” interpretation). If statutes are being nominally applied, the matter of *how* they are being applied, under this train of thought, is of little consequence. Judges are free to interpret and apply

5. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. 7ª ed., p. 394.
6. GRINOVER, Ada Pellegrini, et al. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2010, 26<sup>th</sup> ed, p. 147.
7. I understand hard cases as did Dworkin, manifesting themselves “when a particular lawsuit cannot be brought under a clear rule of law, laid down by some institution in advance” (DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. New York: Bloomsbury, 1977, p. 105 – digital edition).
8. SHAPIRO, Scott J. *Legality*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2011, pp. 237-240.



statutes as they see fit, according to nothing but his own personal understanding. It is judicial discretion taken to its extremes.

This idea has been called the “principle of the judge’s free conviction”, meaning the end goal of parties in a lawsuit should be to convince the judge that the solution they propose is the best, and nothing else. It should be said, though, that “free conviction” is an idea that had its meaning warped. It originally meant that parties are free to use any means of evidence available in order to settle controverted matters of fact before the judge, and nothing else. It wasn’t until later on that it got distorted into meaning judges can adjudicate however they see fit.

It is most curious that, overall, the common-sense view Brazilian legal system fails to grasp (or, even worse, *refuses* to grasp) how this idea is intrinsically incompatible with the plain-fact positivist view of adjudication. There are several reasons for this selective blindness, and they all deserve to be studied separately. It is undeniable, though, that this lack of concern for the intricacies of fairness and equality in adjudication is, in large part, a symptom of the baffling number of lawsuits presented before the Judiciary every year, and its systemic incapability of dealing with them. This structural problem is an important point, one which this article will come back to later on.

In this context, previous judicial decisions offer nothing but guidance for the well-meaning, a glimpse of how previous judges have interpreted the code in the past. Indeed, previous decisions hold no authority over how the code should be interpreted now, since any judge feels free to do it in his own way. Their authority, if any, is *persuasive* at best, but even that is left to the judge’s discretion<sup>9</sup>. The rationale doesn’t even go as far as saying that previous judges have been wrong or misguided in their views, having failed to extract the “true” meaning of the text. The precedent judge’s opinion is taken as just another possible, equally reasonable reading of what the law is, with which the current judge simply disagrees. This is not surprising – after all, even the legal code itself falters before judicial discretion.

Such an individualistic view of adjudication is completely incompatible with *stare decisis* and hierarchical precedent. Judges are free to change their minds, and the court structure only means that higher courts will reform the decisions of subordinate judges (appeals are generalized and happen in almost every case). Hence the current state of Brazilian legal system: every judge is an island, every case is decided from scratch, with no regard to historical context or previous decisions. Citizens cannot expect like cases to be decided alike, and the Judiciary is not held accountable to rules issued in previous judicial opinions. This is the problem that jurists currently face and struggle to deal with. It seems natural, in a way, that such a scenario would be followed by attempts to develop a strong culture of precedent. If disagreement runs amok, the strengthening of the hierarchical structure of the Judiciary is the most plausible answer.

9. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. 4ª ed.

In very general lines, this brief exposition might help understand why everybody is suddenly talking about precedent. The next section of the paper will delve a bit deeper into how Brazil has tried to instill among lawyers, judges and scholars the idea that like cases should, indeed, be decided alike.

### 3. BRAZIL'S VERY OWN MODEL OF PRECEDENT

This fragmentation is, by and large, the biggest challenge faced by current Brazilian legal theory. Here I enter into the paper's second section, where I look into the constitutional and statutory reforms that grant binding authority to some judicial decisions. There is a very simple rationale behind them. Since divergent opinions are out of control, what Brazil needs is some kind of centralized authority to tell judges how to decide cases. Common law theory seems an easy way out: if it is the reliance on the code that got us this far, then it is time we looked for the solution somewhere else: *stare decisis* (or something very similar).

Indeed, the idea that Brazil should adopt the doctrine of *stare decisis* is not new. Legal reforms have been attempted but had little success throughout the years. The earliest of those reforms that still holds influence today dates back to the sixties, when the Supreme Federal Court (STF) created the *súmula*<sup>10</sup>, which works in the following way. The court interprets its own cases and extracts a general rule from them, which is then written down in an abstract and general fashion, completely detached from the cases themselves – just like a written statute, then. The *súmula* is this general, abstract rule, generally not longer than a single, short phrase. In its inception, the point of the *súmula* was mostly organizational, a helpful way to catalogue the court's position in relevant points of law, directing the interpreter to the cases. As time went by, the idea of the *súmula* as a helpful organizational tool dissipated. The rules they contained grew a life of their own and became completely detached from the cases. Lawyers and judges began referring to the *súmulas* themselves, instead of the cases that originated them. They became, for all intents and purposes, statutes – except for the fact that they are issued by the Judiciary, and the existence of a lot of uncertainty regarding just how much future judges are bound by them.

*Súmulas* became an entrenched feature of the Brazilian legal scenario – and the non-argumentative way in which it influences future judges became the norm for further statutory and constitutional reform, as we shall see. In more recent years, the first relevant reform came in the mid-2000s, in the form of the 45<sup>th</sup> Constitutional Amendment, that created the “binding *súmula*”, limited to constitutional matters, and binding to every branch of the Judiciary and Executive powers. The same Amendment brought “general repercussion” as a prerequisite for appeals presented before the

---

10. There is a language barrier here, which is why the word was left in Portuguese. Nothing in common law countries comes close to the *súmula*, as will become clear.

STF, inspired by the American idea of having the Supreme Court grant certiorari as a prerequisite for hearing a case. All of these changes signal an understanding of the STF's role as being closely tied to bringing uniformity to the application of law throughout the country, establishing precedents that should orient future decisions in every lower court.

But the main reform was not a constitutional one. The CPC/2015 is the clearest attempt so far to set up a system of binding precedents that limit judicial discretion.

The code does this in two ways. First, some sections tell judges how they should decide cases. For example, Article 489, first paragraph, enumerates specific kinds of decision that are considered null, for a lack of proper exposition of the judicial opinion, such as decisions that ignores some of the arguments brought forth by the parties, and decisions that base themselves on precedent or *súmula* without properly drawing analogies between the facts of the precedent cases and the case in dispute. Indeed, it is a constitutional right in Brazil that the judicial opinion behind any judicial or administrative decision should be properly expressed, or else the decision is null (article 93, IX, of the Brazilian Constitution). In the same vein, article 926 of the CPC/15 prescribes that a court's body of decisions (its *jurisprudência*, a term that means something very different than what "jurisprudence" means in English) should be kept with "stability, integrity and coherence".

Reforms of this first kind are well intentioned. There is a clear attempt to create legislative barriers to the aforementioned "principle of the judge's free conviction" by creating argumentative onuses to the judge. However, they fall prey to a trap. The same Judiciary that is required to conduct in the manner prescribed by the rules is responsible for making sure those rules are followed. So, the judge who says if a judicial opinion is properly exposed or not is the very same one who solved the dispute in the first place. There is no one to guard the guardians. Schauer's study on how and why judges themselves should obey the law is very relevant to understand this point – in no small amount because of his observation that "official obedience to the law, absent the threat of formal legal sanctions, may well be less than is commonly assumed"<sup>11</sup>.

Also, expressions like *integrity*, *stability* and *coherence* might mean something to legal theory – and even then, they a pretty vague expressions that might mean different things to different people – but in the real world they are dependent on being properly enforced by the Judiciary. It is pretty hard, in this sense, to identify with any objectivity whether any single court's body of decisions is indeed "stable" or "coherent", whatever those expressions might mean. This seems an underlying risk of turning theoretical concepts into written law, where their meaning is always dependent on real world applications, with all its imperfections. In the end, then, this

---

11. SCHAUER, Frederick. *The force of law*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2015, digital edition, pp. 87-92.

first kind of legal reform falls prey to the very sting of unlimited judicial discretion that it wishes to fight.

The second way that the code has attempted to create a system of precedent is much more objective. Article 927 enumerates specific types of judicial decision and *súmulas* that courts should see as *formally* binding. There is no room for doubt here: judges *have* to decide in the manner prescribed by those precedents and *súmulas*, because the law says so.

In addition, there are also a number of mechanisms that are designed to produce binding rules, like the *incidente de resolução de demandas repetitivas* (“motion for the resolution of repetitive claims”). Described in Articles 976 to 987, this motion is a specific kind of legal procedure that is designed, from the start, to solve several similar claims at the same time, while setting binding precedent for similar claims in the future. A court chooses one of many similar cases and solves it, immediately setting an abstract rule (referred to by the law as a “legal thesis”) that is supposed to be applied to all similar situations, both past and present. This judgment can be provoked by any one party, or even by the judge himself. Once the court lays down this thesis, it is immediately and irrevocably binding, unless the court itself decides to overrule it.

Of course, this brings one back to the same problem laid above – the law says judges should follow these decisions and *súmulas*, but who is to say judges will really follow them? In other words, how is this objectively identifiable kind of precedent any better than the wider duty of deciding with stability, coherence and integrity?

If anything, it is simply *easier* to enforce. One might have trouble identifying whether any given decision respects the principle of integrity, but the task of comparing the decision given to the instant case with, say, a legal thesis set during the judgment of an *incidente de resolução de demandas repetitivas*, is significantly simpler. Indeed, because Article 927 allows for a kind of mechanical application of precedent that, in the eyes of Brazilian courts – especially the ones higher up in the hierarchy – really help to reduce the amount of lawsuits. From a somewhat utilitarianist perspective, there is actual incentive for higher courts to enforce Article 927, since it means that matter settled in those decisions will actually bind courts for good, ending several different lawsuits at one time. This is quite different from the abstract, almost philosophical concepts contained in Articles 489, first paragraph, and Article 926. In this manner, a judge who refuses to comply with formally binding precedent should pretty soon find all of his decisions being overturned by higher courts, which works as an incentive to stop struggling and simply accept the authority of the binding precedent.

Indeed, the concern with using precedent as a way to settle repetitive legal issues is perhaps the single most important characteristic of this system of precedent, perhaps because the multiplication of lawsuits is one of the most alarming problems of the Brazilian judiciary in the twenty-first century. So, to make this system work, the code has set a number of other tools that serve to effectively stop legal issues that have already been decided from ever reaching courts again: summary judgments, setting fines for

parties who choose to litigate against binding precedent, and even the limitation of the right to appeals (something that goes against the hierarchical nature of civil law courts, where appeals are a general, almost universal feature of any lawsuit).

So, basically, the CPC/15's "system" of precedent works as follows: if the higher courts decide an issue of law under one of the hypotheses set by Article 927, that decision is binding, and should be automatically applied to similar cases in the future. It doesn't matter if the decision is one of first impression, or how evolved is the legal discussion around the topic; courts are expected to settle controverted points of law as quickly as possible. The precedent rule is immediately identified as such by the precedent court, knowing full well that the solution given to the case at hand will solve all similar cases in the future, and there shouldn't be any room for doubt or interpretation of said rule.

Indeed, not only has the CPC/15 instituted the obligation for courts to follow precedent, it has also built several procedural rules around it, all of them based on the idea that cases dealing with matters already settled in previous decisions should be settled briefly, with as little steps as possible. This is the practical side of precedent, which allows one to finally understand why all of these reforms have been left to procedural law instead of, say, a Constitutional reform: forcing judges to abide by past decisions is a way to deal with the pathological expansion of lawsuits within the Judiciary.

It is a very mechanical way to deal with precedent. The code seems to concern itself more about consistency in specific issues of law, the ones that cause the biggest proliferation of lawsuits, than about a communal sense of integrity and *stare decisis* (though the code seems to hope to counterbalance this mechanical attitude with the interpretive and argumentative behavior that is demanded by Articles 489 and 926, mentioned above).

Hence the impression that previous decisions are not a way to achieve cohesive and systemic legal reasoning, but a mere *judgment technique*, a way to deal with repetitive claims through mechanisms that allow a superior court to settle an issue of law with an authority so universally binding that it stops similar cases from ever reaching courts again. It is no coincidence that these reforms come from the Civil Procedure Code, of all places – after all, the doctrine of precedent, in all of its complexity, can hardly be considered a merely procedural problem. All in all, the new procedural rules seem to concern themselves a lot more with the resolution of the underlying problem of the Judiciary, by forcibly reducing the number of lawsuits, instead of the proper administration of justice in particular cases, and the evolution of law through legal debate.

When the Judiciary's biggest concern is the number of lawsuits, justice becomes a matter of quantity and not of quality – hence why theoretical disagreement about the law, the kind that normally allows the law to grow and evolve, have suddenly become the villain. Indeed, in this mechanical system, little or no attention is given

to two sides of the practice of precedent: the creation of precedential rules, and the application of said rules to future cases.

If the responsibility of interpreting a case and the reasons of principle that justify it lies solely in the precedent court, how should judges go about creating these rules, in order to keep them legitimate and not contradictory to statutory law? Surely, the creative power of the judges is not unlimited even in common law systems, but doubly so in the civil law, where there is no pure “common law” environment where law is purely precedent-based.

Sadly, it is not uncommon to see judges create *súmulas* or rules written with a level of generality and abstraction that goes way beyond the scope of the case at hand, at openly ignores or even contradicts preexisting law. When setting a rule based on what was decided in a specific case, it is to be expected that the rule should be analyzed in accordance to the circumstances of the case itself, since a court can’t possibly identify all the future applications of said rule. While this might seem obvious to a common lawyer – which is why comparing cases is such a basic feature of common law legal education – it is not how *súmulas* work; once proclaimed, they become autonomous from the cases that originated them.

Legal practice shows that referring to a *súmula* while mentioning the circumstances of the originating cases is an astoundingly rare practice, be it in documents written by lawyers or judges, be it during legal education. Once a superior court says something, it is taken as the absolute, unquestionable truth – a matter that is settled and no longer open for discussion, a sort of “official” appeals to authority. So, the creation of the *súmula* – which should, all in all, be an expression of the *ratio decidendi* of the legal decision – is a largely uncontrolled process. While adjudication in itself is (generally, and at least in theory) an activity that happens within the boundaries set by written statutes, the process of writing the rule (the *súmula*, or the case’s headnote) is one that the precedent court undertakes with absolute discretion. A closer look at the cases that led to the creation of the rule might reveal that it is way over-inclusive, or even openly contradicts applicable statutory law.

As for the practice of *interpreting* those decisions and *súmulas*, this is also seen as a non-issue: it is seen as just a matter of reading the rule and applying it to the case at hand, as if the existence of a *súmula* or binding decision mean that the applicable law can be identified easily, simply by referring to the rule itself. The rule is binding because of the authority, granted by law, to the court that proclaimed it. The reasons of principle that lie underneath said rules are irrelevant; even worse, the case from which the rule came from is also irrelevant. The rule detaches itself from the case where it came from, and it works, for all intents and purposes, as a statute. It is precedent with all of the authority, but none of the reasoning.

Legal scholars might draw a parallel between this method of working with precedential rules, and the “semantic sting” that affects legal positivists, as described by Ronald Dworkin. Indeed, drawing an analogy Dworkin’s terminology, it is fair to

say that Brazil has adopted a sort of “plain-fact view” of precedent, where previous decisions are valid and applicable to cases not because of the general reasons of principle behind them, but because the CPC/15 grants them binding force. That is to say, decisions are not binding in themselves, but as rules laid down by previous courts. Hence a decision constitutes precedent to a future case not because its material facts are similar, and not because the reasons adopted in the previous case are logically compatible with the case at hand, but because there is a past political decision (the CPC/15) saying that it should count as precedent.

#### 4. PRECEDENT IN BRAZIL VS. PRECEDENT IN ANGLO-SAXON JURISDICTIONS

The number of competing views on what precedent is and how it works is just as big as the number of people that have thought about it. Even among common lawyers, the nature of this phenomenon called precedent is controversial – Larry Alexander said, in 1989, that “our theoretical understanding of the practice [of precedent] is still at a very primitive stage”<sup>12</sup>, and it doesn’t look as if that field has been the target of any paradigmatic shift in the few decades since that sentence was written. It is certainly shocking, then, that Brazil has taken to common law theory as enough to explain the phenomenon of precedent in a civil law context, when it hardly seems mature enough to explain its own origins. There is an underlying disharmony between the quoted texts, developed by Anglo-American authors in a common law environment, and Brazilian laws about precedent, as described in the last section.

A great number of scholars might be offended by that last paragraph, so some clarification is in order. What I am saying is not that the concept of precedent is organically incompatible with a civil law system. One of the basic expectations of anyone who is capable of reasoning, be it legal reasoning or not, is that of coherence – that is, that reasons, once stated as applicable to one situation, should naturally be applicable to other, similar cases. Schauer’s basic example is that of a person who states their reasoning for carrying an umbrella as being caused by a particularly bad weather forecast that morning. It is to be expected, then, that this person will *always* carry an umbrella in days with similarly bad weather, because reasons are over-inclusive; they fit more than one individual case<sup>13</sup>. If this is expected of any given person, it is a basic requirement of the Judiciary, whose whole function – assigned by the Constitution, one might point out – is to apply the law equally to every citizen.

In this sense, there is nothing that differentiates civil law and common law jurisdictions, even if this is where general legal thought seems to be headed – a Minister of the STF (a position analogous to that of a Supreme Court Justice) recently

12. ALEXANDER, Larry. Constrained by precedent. In: *Southern California Law Review*, v. 63:1, 1989, p. 1.

13. SCHAUER, Frederick. *Playing by the rules: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life*. New York: Oxford University Press, 1991, p. 176.

said Brazil is “walking in large strides towards the common law” because of the new Civil Procedure Code<sup>14</sup>. The reasoning behind this seems to be that any attempt to increase the authority of courts represents one step closer to the common law, but this is frankly not true. Brazilians are not any more tolerant of illicit discrimination between citizens that Americans are, even if it does happen more often in civil law courts. In programming jargon, one would say that this inequality is a bug, not a feature.

What I am saying, though, is that legal reform is creating a specifically Brazilian system of precedent, built around pre-constructed legal rules and the granting of legislative authority to the upper levels of the Judiciary, not magically transforming Brazil into a common law system. This is where the paradox lies: by quoting and referencing authors that are talking about something completely different, legal scholars seem to legitimize these specifically Brazilian reforms. It works in the common law so it should work here, is how the logic goes, even if it does not work like that in the common law at all.

That last affirmation is not self-evident – or, at least, it doesn’t seem to be self-evident to the better part of Brazilian legal scholars, who tend to view these reforms as something that is, indeed, building a genuine theory of precedent in Brazil, just like in common law countries. In this final section of the paper, I intend to do the opposite: instead of using common law theory to explain these legal reforms, I will contrast them common law theory and the Brazilian practice, pointing out just what are the main differences, and if such reforms would actually allow one to claim Brazil has adopted a “culture” of precedent.

While several competing views of the practice of precedent could be mentioned – say, how Hart says precedent is binding if it fits the criteria set forth by the rule of recognition<sup>15</sup>, or how Dworkin points out the respect for precedent as a necessary part of legal practice, based not only on the requirement of consistency (deciding like cases alike) but on the larger value of integrity<sup>16</sup> – there are two specific theories that deserve a closer look, because of how appropriately they seem to describe the Brazilian model of precedent. I am referring to Frederick Schauer’s conception of precedent as a practice closely tied to giving reasons, and to Larry Alexander’s three models of dealing with precedent, specially what he calls the rule model of precedent.

Schauer’s view of precedent is based on his study of rules and reasons, according to which precedent is a necessary consequence of the practice of giving reasons, and

---

14. CONSULTOR Jurídico. “*Caminhamos a passos largos para o common law*”, afirma Teori Zavascki., 10/11/2015. Available in: <http://www.conjur.com.br/2015-nov-10/caminhamos-passos-largos-common-law-teori-zavascki>.

15. HART, HLA. *O conceito de direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2007, 5ª ed., pp. 16-17.

16. DWORKIN, Ronald. *Law’s empire*. Oregon, USA: Hart Publishing, 1986, pp. 228-232.



holding courts to their own words in the future<sup>17</sup>. Hence, if a judge decides a case in a given way, people naturally expect the same reasons to be applied to similar cases in the future, because there is no substantial difference between litigants in both cases, and they should be treated in the same fashion. Precedent is closely tied to the fact that the reasons given in a judicial opinion are necessarily broader than the rule applied to the particular case; and there is no way to properly identify just what those reasons are other than to pay attention to what a court actually *says* about what it is deciding. In this sense, Schauer is greatly critical of the basic idea that the holding of a case can be derived by looking at nothing but the facts and the conclusion; the stated judicial opinion is fundamental in understanding what factors were important to reach the conclusion.<sup>18</sup> And isn't this just what a Brazilian court does when deciding a case and proclaiming a general rule, in the form of a *súmula*, headnote or abstract "legal thesis"? I believe there are substantial differences that will be addressed shortly.

The other Anglo-American description of precedent that seems to adequately explain Brazil's concept of precedent is Larry Alexander's, who describes two different, competing views of precedent, that he calls the "natural" model and the "rule" model. In the natural model, legal reasoning happens in a moral and empirical level. Precedent is not authoritative in any sense beyond basic expectations of consistency, and can be easily overruled if the court concludes that deciding the instant case in a way that contradicts the precedent case would be morally better than respecting what has been previously decided just for the sake of consistency – that is, reliance in previous decisions is a moral value in itself, and doesn't take any pre-given precedence over other possible reasons for deciding (though Alexander denies the value of equal treatment as being morally important in itself – but that is a discussion for another time and place)<sup>19</sup>. The natural model is absolutely incompatible with a civil law system, for its morally guided analysis has no place for the authority that follows from written statutes.

Meanwhile, in the rule model of precedent, past decisions are afforded a more authoritative position. This is Alexander's preferred model. *"In this model, prior judicial rules operate as serious rules, preempting the question whether the reasons for the rule justify the outcome it prescribes in a particular case"*<sup>20</sup>. That is, it makes little difference if the judge believes the previous case was decided incorrectly or if there are stronger moral reasons for not applying the rule than applying it. A judge should apply precedent because it is precedent, a rule that carries intrinsic authority,

17. SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Massachusetts, USA: Cambridge University Press, 2009, pp. 175-176.

18. SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Massachusetts, USA: Cambridge University Press, 2009, p. 55.

19. ALEXANDER, Larry; SHERWIN, Emily. *Demystifying legal reasoning*. New York: Cambridge University Press, 2008. p. 42-50.

20. ALEXANDER, Larry; SHERWIN, Emily. *Demystifying legal reasoning*. New York: Cambridge University Press, 2008. p. 53.

stemming from the fact that it is derived by a superior court. Unlike the natural model of precedent, this one seems highly applicable to the civil law system at first glance – the concept of *súmulas*, for example, seems to be comprised of this basic concept of a rule-model of precedent, only taken to its extreme: if the precedent acts as a rule, it's to be expected that this rule should be made as clear as possible, and nothing could be clearer than it being announced as a rule by the court itself, hence dealing with the problem of cases with no discernible rules.

Indeed, there is some truth to this – indeed there are convergence points between common law reasoning and civil law reasoning, since they are both about settling legal matters, and they both share some basic features of human reasoning. While it might seem that I have been proven wrong, that I managed to find a common law theory that does adequately explain the Brazilian system of precedent, it is necessary to point out what was left unspoken: that, ultimately, both Schauer's and Alexander's rule-based views of the practice of precedent are unfitting to the Brazilian reality because they were developed in a common law environment, where judicial law-making powers are nothing out of the ordinary.

A civil law system works differently, though – and this is a subtlety that often seems to pass unnoticed by several Brazilian authors when writing about precedent, and when using common law theories to explain (and even to legitimize) the Brazilian system of precedent. Talking about judge-made law is still something new – and it seems only natural that the new phenomenon will be examined and interpreted in the light of the *status quo*. So the conclusion comes naturally: since the law comes from the statutes, then judge-made law necessarily means judge-made statutes. And from them on it's easy to see how the collective unconscious of Brazil's legal minds developed something like the *súmula*, which is not judge-made law, but, in every fashion, a *judge-made statute*, to the point that most cases where *súmulas* are discussed focus not on the cases that originated the precedential rules, but on the wording and interpretation of the *súmula* itself. That is what happens when syncretism between the two systems happens without control, and without proper criteria.

The writer who came the closest to reaching this same conclusion was Larry Alexander, who dedicated an Appendix to his 1989 article *Constrained by precedent*<sup>21</sup> solely to discuss precedential constraint under a scenario where the court is limited by a written statutory or constitutional norm. Even then, Alexander pointed out that the American “*statutory/constitutional regime is an impure one*”, something that doesn't ring so true to the ears of civil lawyers, who are used to a “pure” statutory system. But even here, even when reading the works of an author who openly defends “*that precedent rules are best conceptualized as judicial statutes, with all that implies for*

---

21. ALEXANDER, Larry. Constrained by precedent. *Southern California Law Review*, v. 63:1, 1989. p. 57-59.

*their identification and interpretation*<sup>22</sup>, it is necessary to point out how different both systems are in their conceptions of what the law is and where it comes from. So when Schauer or Alexander point out that is always better for the precedent court to clearly promulgate the rule that derives from the case, they take into account that said rule will always be interpreted in light of the case where it came from. That observation is often taken for granted and not stated out loud because it literally goes without saying for a common lawyer – but not so much for a civil lawyer, to whom the most basic legal operation is the interpretation of abstract statutes, not concrete cases<sup>23</sup>.

Indeed, however diverse all of the theories about precedent may be, there is one fundamental, underlying truth to all of them: precedent, no matter how one chooses to look at it, is an argumentative phenomenon. It is not surprising that it should be so, considering the practice of precedent is one that grew organically within the heart of the common law system – so even the most rule-based description of precedent always takes the cases into account. Schauer and Alexander might be both right when proclaiming the advantages of having the precedent court to promulgate a clear rule, but that doesn't stop the instant court from having to identify similarities between cases, to establish the applicability of said rule. The link between instant case and precedent case is one that has to be built and shown through discourse. In fact, one of the greatest difficulties faced by common law scholars and professionals dealing with precedent lies in determining just what it is that makes two cases materially alike<sup>24</sup>. The practice of precedent has everything to do with the *reasons* given to decide one case, and the expectations that subsequent cases should be resolved in the same manner, and with the values of consistency in how cases are decided and of treating different people in similar situations with the same consideration, or however one chooses to look at it. This, it seems, is the underlining idea of *stare decisis*. Even analogical reasoning, at its core, is tied to the idea that reasons given in the past should be given again in similar cases, because they are *universal* reasons.

It should be commonsense that reasons are universal and, once stated, should apply to more than one particular case. Indeed, this is a basic premise in most studies written in common law countries – a starting point, but something that seldom needs to be argued in itself. This basic expectation that a court be coherent with itself<sup>25</sup> is the underlying notion behind *stare decisis* and treating like cases alike. It gets complicated

22. ALEXANDER, Larry. Constrained by precedent. *Southern California Law Review*, v. 63:1, 1989. p. 60.

23. Which is why the opening scene of the 1973 movie *The Paper Chase*, where a Harvard Law professor menacingly asks his students to “recite the facts of *Hawkins vs. McGee*”, seems so quaint to civil lawyers, to whom learning to interpret cases and recite facts is not something expected from first-year Law students.

24. DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. New York: Cambridge University Press, 2008. p. 15.

25. SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Massachusetts, USA: Cambridge University Press, 2009, p. 177.

further on, of course, when understanding the specific workings of precedent and its specific tools in each legal tradition; but this basic principle is *universal*. As stated above, there is nothing peculiar about the civil law that makes people *less* expectant of coherence from the Judiciary. In this sense, learning how to deal with previous decisions and their influence in new cases is to be expected of lawyers, judges and legal scholars in any legal system around the world<sup>26</sup>. Obvious as this may seem, it is still something that needs pointing out in Brazil’s current reality, where precedent gets routinely referred to as a specific feature of the common law.

There is, of course, structural difference in *how* precedent works in Anglo-American and continental law. Indeed, this is unavoidable, since precedent in civil law countries is irrevocably tied to a statutory framework, while precedent, in common law countries, is bound only by the principles set forth by other cases. Damaška points out that civil law courts, being used to thinking of legal reasoning as deductive reasoning that starts from an abstract proposition and creates the individual rule of the case, tend to expect precedent to give “a rulelike pronouncement of higher authority, the facts of the case stripped to their shadows”, while common law courts seek symmetry between the *material facts* of the different cases<sup>27</sup>. Jan Komárek, adopting a very similar basic distinction, correctly points out that there is nothing inherently superior about either way of understanding precedents (the case-bound and the legislative model, he calls them), as long as the differences in method between both are properly understood<sup>28</sup>. They are right, of course. It is absurd, even silly, to suggest that Brazil – or any civil law country, for that matter – should turn into common law countries, or adopt something akin to a pure common law jurisdiction, in order to achieve equality before the law.

Anywhere in the world, people should legitimately expect to see like cases treated in similar fashion by courts, be it the case-bound or the legislative model. Precedent is part of legal reasoning because holding people true to their word is a basic feature of human discourse. So Brazil *can* develop a culture of reasoning with precedent. *Should*, actually. Lawyers should pay attention not only to *what* was decided by a previous court (even if that is a very important aspect of the practice of precedent, as described by Alexander and Schauer), but also about *why* the court got to that decision. But the CPC/15 seems to be going the opposite way, towards a non-argumentative system of precedent, focused not on cases but on *súmulas* and headnotes. Controverted issues of law are settled with a level of immutability that is unseen even on early 20<sup>th</sup> Century House of Lords. However false it might be to say that the common law *works itself pure*, no system of precedent should stop the law from keeping up with the times.

26. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2013. pp. 103-114.

27. DAMAŠKA, Mirjan. *The faces of justice and state authority: a comparative approach to the legal process*. New Haven, USA: Yale University Press, 1986. pp. 33-34.

28. KOMÁREK, Jan. Reasoning with previous decisions: beyond the doctrine of precedent. In: *American Journal of Comparative Law*, n. 8/2012. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2150133>.

This is a kind of change that can only be accomplished through gradual discussion, through *promoting* divergence of judicial opinion rather than having judges apply pre-built answers to complex legal problems; this kind of evolution is very peculiar to case-based reasoning<sup>29</sup>.

The concept of precedent that is set forth by the code – an abstract rule, set forth by a court, designed to reduce the number of lawsuits by killing discussion about controverted grounds of law – is incompatible with the idea of properly reasoned judicial opinions. Precedent can't be mechanical *and* argumentative at the same time. When this two aspects clash, only the first one is actually enforced. While common law jurisprudence struggles to find a theory about law that fits and justifies the practice of precedent<sup>30</sup>, Brazilian civil procedure law is going about it the other way around, attempting to use the force of law to bend the practice so it fits the theory. This seems to be a recurrent theme when contrasting the common law and civil law. For example, Guido Calabresi wrote "A common law for the age of statutes" (the work that inspired the title of this paper) as a *reaction* to the statutorification of a previously precedent-based system<sup>31</sup>. Brazil gets it backwards: instead of using legal theory to explain the phenomenon of judicial precedent, Brazilian lawmakers try to *create* this phenomenon, based on its perception of what legal theory says it *should* be.

All of this is not to say that law can't be used as the starting point for a bigger, widespread cultural change. Perhaps I am being too much of a pessimist; perhaps the law *can* cause change in the legal practice, and consequently in legal reasoning. In this sense, the binding decisions listed in Article 927 of the CPC/15 might end up being a starting point in affirming the values of *integrity, stability and coherence* contained in Article 926, thus representing the first step towards a major revolution in Brazilian adjudication, where decisions are always accompanied by the proper reasons, and citizens can expected to be treated with equality by the Judiciary. Several authors see these reforms with this positive outlook, expecting – or hoping, at least – to see some change in the near future<sup>32</sup>.

29. SCHAUER, Frederick. *Playing by the rules: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life*. New York: Oxford University Press, 1991. pp. 174-181.

30. LAMOND, Grant. Do precedents create rules? *Legal theory*, n. 11, pp. 1-2, 2005.

31. CALABRESI, Guido. *A common law for the age of statutes*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1982

32. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa; DERZI, Misabel de Abreu Machado. O efeito vinculante e o princípio da motivação das decisões judiciais: em que sentido pode haver precedentes vinculantes no direito brasileiro? In: CAMARGO, Luiz Henrique Volpe, et al. (org.). *Novas tendências do processo civil*. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 360.

## 5. CAN LAW CREATE A CULTURE OF PRECEDENT?

Identifying and solving problems that are deeply entrenched within a legal system is no easy task, nor is it one that can be dealt with through any simple or quick means. This is the case with the fragmentation of judicial decisions, and consequent lack of security and predictability, that currently characterizes the Brazilian legal system. Such a multifaceted problem carries no one-note solution, and with this paper I intended to show why turning to precedent as the definitive solution to all problems is, ultimately, innocuous, while also pointing out that learning to properly utilize precedent is a necessary aspect of legal reasoning, one which could use some fine tuning in Brazil's Judiciary.

This is where common law theory comes in, and where syncretism between both systems feels welcome. It is desirable, indeed, that Anglo-American jurisprudence be read and understood among civil lawyers, because of the experience that can be derived from a system where the respect for precedent grew organically. Even if the nature of precedent is controversial in common law countries, there is still no better place to study and learn legal reasoning involving past decisions.

However, there is a thin line between recognizing the importance of precedent and judicial coherence, while still addressing it as part of a whole, and treating precedent as the one and only solution to every legal issue. Choosing the latter is especially grievous when it is done in the authoritative fashion that is drawn by Brazil's statute-driven system of precedent; and it is particularly alarming to see Anglo-American legal theory being used as a way to explain and justify this system of precedent that, all things considered, has little to do with how precedent works in common law countries, for it fails to grasp the subtle but important difference between judge-made law and *judge-promulgated statutes*. Recognizing judges have law-making powers does not mean granting courts absolute statute-creating powers, since they are not a democratically installed Legislature. In this way, common law legal is utilized in an instrumental fashion, seeking not to understand and improve but rather to justify and legitimize the Brazilian "system" of precedent.

The fragmentation of judicial decisions is not the *cause* of all problems with the Brazilian judiciary. It is, actually, a symptom of a larger issue: the general distaste for proper legal reasoning, often hand-waved away in favor of adopting the judge's own sense of justice, even in cases where written statute clearly applies and should limit judicial discretion. This is what needs to change, but that is also where one is faced with the very uncomfortable truth that there is no easy answer on how to do it.

Sure, the CPC/15 *talks* about the judge's duty to work with proper legal reasoning and to maintain structural integrity and coherence in judicial decisions, but, as was said before, these are non-enforceable rules. Statutory reforms alone might *help* change this scenario, but Brazil needs deeper change to address the (apparently insurmountable) deficit in proper, good faith legal reasoning. This can't be corrected through legal reform alone, and there's no guarantee that the CPC/15 is even on the right track.

Montesquieu might lie centuries behind, but there is still something to be said for the separation of powers. The Judiciary should still be acting on a case-by-case basis, with proper motivation, while leaving general, policy-based, rules to the lawmakers. This does not mean civil law theory should step back into the seventeenth century, but it does mean that recognizing judicial law-making authority does not grant courts the freedom to legislate in whichever sense they see fit, since this authority is ultimately still derived from the court's primary function, which is that of adjudication, that is, settling concrete cases. And judge-made law, in this sense, is not something that the civil law is impermeable to, because it derives from the basic expectation of consistency.

The law can't force judges and lawyers to reason with good faith and candor. There are no easy answers to complex problems. It is essential that studies on jurisprudence and legal theory be brought back to the Brazilian law school menu. Rebuilding faith on the Judiciary might simply be a task best left to legal reasoning itself. And it is about time that Brazilian legal reasoning learned to defend itself.

## 6. BIBLIOGRAPHY

- ALEXANDER, Larry. Constrained by precedent. In: *Southern California Law Review*, v. 63:1, 1989. pp. 1-64.
- \_\_\_\_\_; SHERWIN, Emily. *Demystifying legal reasoning*. New York: Cambridge University Press, 2008.
- BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2013.
- \_\_\_\_\_; DERZI, Misabel de Abreu Machado. O efeito vinculante e o princípio da motivação das decisões judiciais: em que sentido pode haver precedentes vinculantes no direito brasileiro? In: CAMARGO, Luiz Henrique Volpe, et. al (org.). *Novas tendências do processo civil*. Salvador: JusPodivm, 2013, pp. 331-360.
- CALABRESI, Guido. *A common law for the age of statutes*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1982.
- CONSULTOR Jurídico. "Caminhamos a passos largos para o common law", afirma Teori Zavascki, 10/11/2015. Available in: <<http://www.conjur.com.br/2015-nov-10/caminhamos-passos-largos-common-law-teori-zavascki>>.
- DAMAŠKA, Mirjan. *The faces of justice and state authority: a comparative approach to the legal process*. New Haven, USA: Yale University Press, 1986.
- DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. New York: Cambridge University Press, 2008.
- DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. New York: Bloomsbury, 1977, digital edition.
- \_\_\_\_\_. *Law's empire*. Oregon, USA: Hart Publishing, 1986.
- GRAU, Eros. *Por que tenho medo dos juízes*. São Paulo: Malheiros, 2014, 6<sup>th</sup> ed.
- GRINOVER, Ada Pellegrini, et al. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2010, 26<sup>th</sup> ed.
- HART, HLA. *O conceito de direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2007, 5<sup>a</sup> ed.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. 7<sup>a</sup> ed.
- KOMÁREK, Jan. Reasoning with previous decisions: beyond the doctrine of precedent. In: *American Journal of Comparative Law*, n. 8, 2012. Disponível em: < <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2150133>>. Acesso em 22 ago. 2016.

- LAMOND, Grant. Do precedents create rules? *Legal theory*, n. 11, pp. 1-26, 2005.
- MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. 4ª ed.
- RAZ, Joseph. *O conceito de sistema jurídico: uma introdução à teoria dos sistemas jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2012.
- SCHAUER, Frederick. *Playing by the rules: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life*. New York: Oxford University Press, 1991.
- \_\_\_\_\_. *The force of law*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2015, digital edition.
- \_\_\_\_\_. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Cambridge, Massachusetts: Cambridge University Press, 2009.
- SHAPIRO, Scott J. *Legality*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2011.





## Nuove tendenze del diritto processuale italiano

New trends in italian procedural law

**Giorgio Constantino**

Professor at Università Degli Studi Roma Tre, Italy.

**Abstract:** This short research analyses the new trends in Italian Procedural Law. First, it is important to notice the different rules of procedural law and the numerous acts that have been approved in the last century. Then, it will be analyzed the structure of procedures in which parties have the opportunity to bring every sort of evidence to court. Finally, we will evaluate the different objectives of enforcement proceedings.

**Summary:** 1. Introduzione. Le regole del processo e la frenesia legislativa – 2. L'esigenza della predeterminazione delle regole del processo – 3. La struttura dei processi a cognizione piena – 4. La funzione dei processi esecutivi; – 5. Conclusioni.

### 1. INTRODUZIONE. LE REGOLE DEL PROCESSO E LA FRENESIA LEGISLATIVA

#### 1.1. Il processo civile, in Italia, non gode di buona salute.

L'orgoglio di trovarsi qui nel ricordo di Enrico Tullio Liebman e di Ada Pellegrini a dare conto della delle tendenze del diritto italiano deve misurarsi con la frenesia legislativa, con l'ansia del potere politico di perseguire obiettivi di immagine, più che l'efficienza della giustizia civile.

Dopo aver dedicato attenzione alle questioni relative alla legittimazione ad agire e a contraddire e ai giudizi con pluralità di parti, alle controversie localizie e

alla esecuzione forzata, per circa dieci anni ho curato la *Rassegna di legislazione per la Rivista di diritto processuale*. Poi mi sono arreso ed ho orientato gli interessi di ricerca ai rischi di sommarizzazione della tutela di cognizione, alle impugnazioni, alla giurisdizione e alle procedure concorsuali.

È opportuno ricordare che, nel testo del codice convivono norme del 1940-42, del 1950, del 1973, del 1984, del 1990, del 1995, del 1998, del 2001, del 2005, del 2006, del 2008, del 2009, del 2010, del 2011, del 2012, del 2014, del 2015, del 2016 e del 2017, e che, quindi, attualmente, il codice è l'insieme di tessere di un mosaico, le figure del quale l'interprete è chiamato ad individuare<sup>1</sup>.

1. Il codice di procedura civile, approvato con il r.d. 28 ottobre 1940, n. 1443, infatti, è stato modificato già il r.d. 18 dicembre 1941, n. 1368, che introdusse norme non meramente di attuazione, ma integrative della disciplina processuale. Ed altre non secondarie modifiche sono contenute nel r.d. 20 aprile 1942, n. 504, emanato un giorno prima l'entrata in vigore.

La l. 14 luglio 1950, n. 581, e il d.P.R. 17 ottobre 1950, n. 857, noti come la «Novella del 1950», contengono la prima, radicale riforma del codice.

La l. 11 agosto 1973, n. 533, nota come la «Novella del 1973» ha riformato il processo del lavoro, sul quale, dopo una sterminata serie di interventi legislativi, sono intervenute la l. 4 novembre 2010, n. 183, e la l. 28 giugno 2012, n. 92, fino al c.d. *job's act*, avviato con la l. 10 dicembre 2014, n. 183, ed attuato con il dd.lgs. 4 marzo 2015, n. 23, 15 giugno 2015, n. 80 e n. 81, 14 settembre 2015, n. 148, n. 149, n. 150, n. 151.

La l. 30 luglio 1984 n. 399, tentò di rivitalizzare il giudice conciliatore, sostituito, con la l. l. 21 novembre 1991 n. 374, dal giudice di pace.

La l. 13 aprile 1988, n. 117, novellata dalla l. 27 febbraio 2015, n. 18, ha regolato la responsabilità civile dei magistrati.

La «Novella del 1990» è contenuta nella l. 26 novembre 1990, n. 353, e nella l. 21 novembre 1991, n. 374, modificate ed integrate dai dd.l. 16 dicembre 1993, n. 521, 14 febbraio 1994, n. 105, 14 aprile 1994, n. 235, 18 giugno 1994, n. 380, 8 agosto 1994, n. 493, non convertiti in legge, e dal d.l. 7 ottobre 1994, n. 571, quest'ultimo convertito in l. 6 dicembre 1994, n. 673, nonché dai dd.l. 21 aprile 1995, n. 121, 21 giugno 1995, n. 238, 9 agosto 1995, n. 347, non convertiti in legge, e dal d.l. 18 ottobre 1995, n. 432, convertito in l. 20 dicembre 1995, n. 534.

In attuazione della legge delega prevista dalla l. 16 luglio 1997, n. 254, il d.lgs. 19 febbraio 1998, n. 51, ha soppresso l'ufficio del pretore ed ha istituito il giudice unico di primo grado.

La l. 24 marzo 2001, n. 89, (ancora novellata dall'art. 1, comma 777, l. 28 dicembre 2015, n. 208) ha regolato l'equo indennizzo per durata irragionevole del processo, attribuendo la relativa competenza alla corte di appello, quale giudice di unico grado; ha anche modificato la disciplina del procedimento innanzi alla Corte di cassazione, oggetto di ulteriori successive riforme. L'art. 55, co. 1, lett. c-f), d.l. 22 giugno 2012, n. 83, conv. in l. 7 agosto 2012, n. 134, ha modificato gli artt. 3 ss. l. 24 marzo 2001, n. 89; ha previsto un procedimento di ingiunzione attribuito, per quanto riguarda la fase sommaria, al presidente della corte d'appello competente ai sensi dell'art. 11 c.p.p. o, comunque, ad un giudice monocratico. La legge segna i confini dell'equa riparazione sulla traccia segnata dalla giurisprudenza della Cassazione e di quella della CEDU.

Il d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, ha introdotto il «processo commerciale», poi abrogato dall'art. 54, co. 4, l. 18 giugno 2009, n. 69.

Diverse disposizioni riguardano il processo civile telematico (PCT).

Il primo regolamento sull'uso «di strumenti informatici e telematici nel processo civile» è stato emanato con il d.m. 13 febbraio 2001, n. 123; con d.p.c.m. 1 aprile 2008 e con il d.p.c.m. 13 novembre

## Una delle più impegnative, seppur fastidiose, attività, infatti, consiste nel tentare

2014, sono state dettate le regole tecniche in riferimento al «Codice della amministrazione digitale»; l'art. 51 d.l. 25 giugno 2008, conv. in l. 6 agosto 2008, n. 133, ha introdotto le notifiche in forma telematica secondo le tecniche previste per il PCT: la posta elettronica certificata (PEC), infine, è indicata quale strumento unico per le comunicazioni anche nel processo civile telematico (PCT). L'art. 4 d.l. 29 dicembre 2009, conv. in l. 22 febbraio 2010, n. 24, ha esteso agli uffici giudiziari da individuare con disposizioni di produzione secondaria quanto stabilito dall'art. 51 d.l. 25 giugno 2008, conv. in l. 6 agosto 2008, n. 133; ha aggiunto l'art. 149 *bis* c.p.c., sulle notificazioni per posta elettronica certificata (PEC); il co. 3 *bis* ha modificato l'art. 16 r.d.l. 27 novembre 1933, n. 1578 (già modificato dall'art. 51 d.l. 25 giugno 2008, conv. in l. 6 agosto 2008, n. 133) ed ha stabilito che negli albi degli avvocati «è indicato, oltre al codice fiscale, l'indirizzo di posta elettronica certificata». L'art. 2 d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, conv. con l. 17 dicembre 2012, n. 221, ha istituito «l'Anagrafe nazionale della popolazione residente (ANPR)»; l'art. 4 il «domicilio digitale»; l'art. 5 «il pubblico elenco denominato Indice nazionale degli indirizzi di posta elettronica certificata (INI-PEC) delle imprese e dei professionisti». Un ulteriore impulso alla applicazione del PCT è stato dato dal d.l. 24 giugno 2014, n. 90, conv. in l. 11 agosto 2014, n. 114, in base al quale il processo telematico è diventato la regola generale. Con il decreto del 19 gennaio 2016, è stata prevista la notifica telematica degli atti e dei provvedimenti nel giudizio di Cassazione; questo è rimasto l'unico processo che si svolge in forma cartacea.

I limiti internazionali della giurisdizione sono regolati dalla l. 31 maggio 1995, n. 218, nonché da numerose convenzioni internazionali.

Il Reg. UE n. 1215/2012 del 12 dicembre 2012 regola la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale. Ha sostituito il Reg. CE n. 44/2001. Prevede, tra l'altro, l'abolizione di ogni passaggio intermedio per il riconoscimento dell'esecuzione dei provvedimenti, l'estensione dei criteri di giurisdizione alle controversie nelle quali siano coinvolti soggetti estranei alla UE, il rafforzamento del principio di effettività, il miglioramento dei rapporti concernenti le discipline sull'arbitrato, un generale migliore coordinamento dei procedimenti innanzi ai giudici degli stati membri, il miglioramento dell'accesso alla giustizia per particolari specie di controversie e il chiarimento delle condizioni per la circolazione dei provvedimenti cautelari nello spazio giuridico europeo.

Il Reg. CE n. 1393/2007 del 13 novembre 2007 regola le notificazioni e le comunicazioni; il Reg. CE n. 1896/2006 del 12 dicembre 2006 ha istituito un procedimento europeo d'ingiunzione di pagamento; il Reg. CE n. 805/2004 del 21 aprile 2004, ha istituito il titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati; il Reg. CE n. 1346/2000 del 22 maggio 2000 regola le procedure di insolvenza transfrontaliere; il Reg. CE n. 2201/2003 del 27 novembre 2003 regola la competenza, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale; il Reg. CE n. 1259/2010 del 20 dicembre 2010 attua «cooperazione rafforzata» in materia di divorzio e di separazione personale dei coniugi.

Tra il 2005 e il 2006, sulla giustizia civile italiana si è scatenato uno *tsunami* di riforme. L'ondata riformatrice è stata avviata dal d.l. 14 marzo 2005, n. 35, convertito in l. 14 maggio 2005, n. 80, al quale hanno fatto seguito la l. 28 dicembre 2005, n. 263, il d.l. 30 dicembre 2005, n. 271, non convertito in legge, il d.l. 30 dicembre 2005, n. 273, convertito in l. 23 febbraio 2006, n. 51, e la l. 28 febbraio 2006, n. 52.

Il d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, ha riformato la disciplina dell'arbitrato e il procedimento innanzi alla Corte di cassazione.

Lo *tsunami* è stato, in parte «corretto» dalla l. 18 giugno 2009, n. 69, che costituisce un'ulteriore, rilevante «Novella».

Il d.lgs. 1 settembre 2011, n. 150, ha attuato la delega sulla «riduzione e semplificazione dei procedimenti civili di cognizione» di cui all'art. 54 l. 18 giugno 2009, n. 69.

## di risolvere le numerose questioni di coordinamento tra disposizioni ispirate a diverse

Il capo I contiene le disposizioni generali, tra le quali l'art. 4 sul mutamento di rito e l'art. 5 sulla «sospensione dell'efficacia esecutiva del provvedimento impugnato»; nel capo II sono comprese le controversie regolate dal rito del lavoro di cui agli artt. 414 ss. c.p.c.; nel capo III quelle regolate dal procedimento sommario di cognizione di cui agli artt. 702 *bis* ss. c.p.c.; nel capo IV quelle regolate dal processo ordinario di cognizione di cui agli artt. 163 ss. c.p.c.; il capo V contiene le abrogazioni e le modifiche delle disposizioni anteriori.

Appare opportuno ricordare che, al di fuori delle ipotesi menzionate nel capo III del d.lgs. 1 settembre 2011, n. 150, l'utilizzazione del procedimento sommario di cognizione di cui agli artt. 702 *bis* ss. c.p.c., è rimessa alla scelta della parte o al potere discrezionale del giudice: ai sensi dell'art. 702 *bis* ss., comma 1, c.p.c., infatti, «la domanda può essere proposta» e, ai sensi dell'art. 183 *bis*, c.p.c. (aggiunto dall'art. 14 d.l. 12 settembre 2014, n. 132, conv. in l. 10 novembre 2014, n. 162), «il giudice ... può disporre». Il procedimento sommario di cognizione di cui agli artt. 702 *bis* ss. c.p.c. costituisce, invece, l'unica forma di tutela esperibile in ciascuna delle fattispecie indicate nel capo III del d.lgs. 1 settembre 2011, n. 150.

Anche la legge sulla responsabilità medica (l. 8 marzo 2017, n. 24) ha imposto il procedimento sommario di cui agli artt. 702 *bis* ss. c.p.c.

Con la l. 25 luglio 2005, n. 150, è stata approvata la riforma dell'ordinamento giudiziario, attuata con diversi decreti legislativi, modificati dalla l. 24 ottobre 2006, n. 269, e dalla l. 30 luglio 2007, n. 111: il d.lgs. 16 gennaio 2006, n. 20, regola il conferimento degli incarichi direttivi; il d.lgs. 23 gennaio 2006, n. 24, ha modificato l'organico della Corte di cassazione; il d.lgs. 27 gennaio 2006, n. 25, novellato dal d.lgs. 28 febbraio 2008, n. 35, ha istituito il Consiglio direttivo della Corte di cassazione ed ha riformato i consigli giudiziari; il d.lgs. 30 gennaio 2006, n. 26, riguarda la Scuola della magistratura e il tirocinio degli uditori giudiziari; il d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 35, regola la pubblicità degli incarichi extragiudiziari; il d.lgs. 20 febbraio 2006, n. 106, detta l'organizzazione degli uffici del pubblico ministero; il d.lgs. 23 febbraio 2006, n. 109, contiene le disposizioni sulla disciplina dei magistrati; il d.lgs. 5 aprile 2006, n. 160, regola l'accesso in magistratura e la carriera dei magistrati; il d.lgs. 25 luglio 2006, n. 240, contiene le regole sulla dirigenza degli uffici e sul decentramento del Ministero della giustizia. Sopravvive, tuttavia, il r.d. 30 gennaio 1941, n. 12, che contiene numerose disposizioni anche di immediata rilevanza processuale.

Con il d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, conv. con l. 24 marzo 2012, n. 27, sono state istituite le «sezioni specializzate in materia di impresa». La istituzione di questi uffici, operativi dal 20 settembre 2012, è stata disposta «senza oneri aggiuntivi per il bilancio dello Stato né incrementi di dotazioni organiche», indipendentemente da ogni valutazione sul tessuto economico e sui flussi di contenzioso, ma anche, banalmente, dal numero dei tribunali del distretto o della regione. Le sezioni specializzate sono mere articolazioni degli uffici presso i quali sono istituite e dovrebbero essere composte da «magistrati dotati di specifiche competenze». La portata precettiva della previsione sembra ridursi alla applicazione della regola per la quale la funzione sviluppa l'organo; in sede di prima applicazione, il significato della generica espressione legislativa è stato affidato alla organizzazione di ciascun ufficio.

L'art. 1, co. 1 - 5, d.l. 13 agosto 2011, n. 138, conv. in l. 14 settembre 2011, n. 148, ha realizzato la revisione delle circoscrizioni giudiziarie: i dd.lgs. 7 settembre 2012, n. 155, e n. 156, hanno soppresso 33 tribunali, 220 sezioni distaccate di tribunale e 667 uffici del giudice di pace. La riforma ha superato il vaglio di costituzionalità in riferimento alle diverse questioni da più parti sollevate. Attualmente, i tribunali, senza sezioni distaccate, sono 135 e gli uffici del giudice di pace 179.

Il d.l. 17 febbraio 2017, n. 13, convertito dalla l. 13 aprile 2017, n. 46, ha istituito le «Sezioni specializzate in materia di immigrazione, protezione internazionale e libera circolazione dei cittadini dell'UE»; con la modifica dell'art. 35 *bis* d.lgs. 28 gennaio 2008, n. 25, ha previsto l'applicazione del rito camerale, in luogo del procedimento sommario di cognizione. La l. 7 aprile 2017, n. 7, ha introdotto «misure di protezione dei minori stranieri non accompagnati».

*rationes*, nel tentativo di costruire un sistema, che certamente, per quanto riguarda la vigente normativa codicistica, non è un dato immanente.

Contro l'alluvione legislativa si sono espressi, con appelli rimasti inascoltati, l'Associazione italiana tra gli studiosi del processo civile, l'Associazione Nazionale Magistrati, il Consiglio Nazionale Forense, l'Unione Camere Civili ed altri organismi rappresentativi della Avvocatura.

I tentativi di porre mano ad una riforma complessiva, riscrivendo interamente il codice di rito non hanno avuto alcun esito. Basti ricordare il «Progetto Liebman» (in *35° Quaderno dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile*, Milano, 1979), il «Progetto Tarzia» (in *Giur. it.*, 1988, IV, 257); il «Progetto Vaccarella», oggetto del d.d.l. C/XIV/4573; il «Progetto Proto Pisani» (in *Foro it.*, 2009, V, 1); il «Progetto Vaccarella», consegnato al ministro Severino il 1 dicembre 2013.

Questi progetti, tuttavia, avevano per oggetto soltanto la normativa codicistica.

Nessuno di essi ha proposto di inserire nel futuro codice, come si è fatto altrove, tutta la normativa sulla tutela giurisdizionale civile, ormai sparsa in un diluvio di leggi speciali.

In questa direzione era la *Relazione* presentata nella IX Legislatura, alla Commissione Giustizia del Senato dal sen. Nicolò Lipari, in *Giust. civ.*, 1985, II, p. 520 ss., e in *Riv. trim.dir.proc.civ.*, 1986, p. 318 ss.

Ogni riforma, tuttavia, non può prescindere dal contesto normativo.

Né può prescindere dai contributi della giurisprudenza, che, a sua volta, risente della elaborazione teorica.

**1.2.** È acceso ed intenso il dibattito sulle fonti e, in particolare, sulle regole del processo.

Il d.lgs. 13 luglio 2017, n. 116, ha riformato la magistratura onoraria. La nuova disciplina della competenza entrerà in vigore il 31 ottobre 2021; alcune disposizioni il 31 ottobre 2025.

L'art. 54 d.l. 22 giugno 2012, n. 83, conv. in l. 7 agosto 2012, n. 134, ha riformato la disciplina dell'appello e della cassazione.

Altre, non secondarie, modifiche della disciplina processuale sono contenute nel d.l. 21 giugno 2013, n. 69, conv. in l. 9 agosto 2013, n. 98.

Il d.l. 26 giugno 2014, n. 92, convertito dalla l. 11 agosto 2014, n. 117 ha aggiunto alla l. 26 luglio 1975, n. 354, l'art. 35 *ter* ed ha introdotto un nuovo procedimento a tutela dei detenuti.

Sono stati, quindi, emanati il d.l. 24 giugno 2014, n. 90, conv. in l. 11 agosto 1990, n. 114, intitolato «Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari»; il d.l. 12 settembre 2014, n. 132, conv. in l. 10 novembre 2014, n. 162, intitolato «Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile».

Disposizioni di rilevanza processuale sono contenute nelle leggi di stabilità: l. 23 dicembre 2014, n. 190, e l. 28 dicembre 2015, n. 208; nonché nei c.d. decreti «mille proroghe»: d.l. 31 dicembre 2014, n. 192, conv. in l. 27 febbraio 2015, n. 11, e d.l. 30 dicembre 2015, n. 210, conv. in l. 25 febbraio 2016, n. 21.

La disciplina del procedimento di legittimità, di cui agli artt. 360 ss. c.p.c., è stata ancora riformata dal d.l. 31 agosto 2016, n. 168, convertito con modificazioni dalla l. 25 ottobre 2016, n. 197; in particolare dall'art. 1 *bis*, aggiunto con la legge di conversione.

La legge 22 maggio 2017, n. 81, in tema di lavoro autonomo, ha modificato gli artt. 409 e 634 c.p.c.

Queste sono state oggetto di analisi nel corso del XXXI Congresso A.I.S.P.C., a Padova, il 29 e 30 settembre 2017.

La pluralità delle fonti e la realizzazione di un sistema multilivello orientano l'attenzione, in generale, sulle fonti del diritto. Questo dibattito tuttavia non sempre tiene in debito conto l'insegnamento di un altro grande Maestro, che pure ha lasciato il Suo segno in questa parte del mondo; prescinde dalla distinzione tra «norma» e «testo» di Tullio Ascarelli, per il quale, appunto, la «norma» costituisce il risultato della interpretazione del «testo» delle disposizioni.

Ciascuna e tutte le disposizioni processuali debbono essere conformi agli artt. 3, 24 e 111 Cost., all'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (richiamata dal Trattato sull'Unione Europea) e all'art. 6 della Convenzione sulla salvaguardia dei diritti fondamentali dell'uomo (CEDU). La conformità delle disposizioni processuali alla Costituzione, al diritto dell'Unione Europea e alla Convenzione sui diritti dell'uomo è garantita, rispettivamente, dalla Corte costituzionale, dalla Corte di giustizia (Corte UE) e dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU).

Ne consegue che, almeno sulla carta, questo è il migliore dei mondi possibili, perché non è mai esistito, nella storia dell'umanità, un momento nel quale fosse riconosciuto a tutti, cittadini e non cittadini, senza distinzione di sesso, razza, religione o altro, il diritto alla tutela effettiva e ad un processo giusto, ad ottenere «tutto quello e proprio quello che si avrebbe diritto a conseguire alla stregua del diritto sostanziale» (G. Chiovenda).

In questo contesto, non è necessario il richiamo di Antigone alle «leggi non scritte». È la rivincita di Creonte. Se il mugnaio di *Saint Souci* poteva sperare che vi fossero giudici a Berlino, oggi chiunque non solo gode delle garanzie appena indicate, ma, se queste sono negate anche dal legislatore nazionale, può trovare tutela a palazzo della Consulta, alla Corte del Lussemburgo ed alla Corte di Strasburgo.

Se si volge lo sguardo al passato, questa constatazione può generare soddisfazione e gratitudine per il patrimonio di valori che le generazioni precedenti hanno trasmesso. Se si volge lo sguardo al presente, essa può generare sconforto, perché l'esperienza mette in evidenza le profonde contraddizioni tra i principii ed i valori formalmente riconosciuti e la realtà effettuale. Se si volge lo sguardo al futuro, tuttavia, può stimolare l'impegno a contribuire al superamento di queste contraddizioni.

**1.3.** Nella corrente XVIII Legislatura, dopo la riforma delle procedure concorsuali<sup>2</sup> e della tutela collettiva<sup>3</sup>, un'ulteriore proposta di riforma del processo civile è stata

2. La riforma delle procedure concorsuali è stata attuata con la legge delega 19 ottobre 2017, n. 155, seguita dal d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14; dovrebbe entrare in vigore nell'agosto 2020. La riforma del fallimento, regolato dal r.d. 16 marzo 1942, n. 267, e delle altre procedure concorsuali era stata avviata con il d.l. 14 marzo 2005, n. 35, convertito con l. 14 maggio 2005, n. 80. Sono sopravvenuti il d.l. 30 dicembre 2005, n. 273, convertito con l. 23 febbraio 2006, n. 51. La riforma è stata, quindi, attuata con il d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 6, seguito dal decreto «correttivo» 12 settembre 2007, n. 169. A quest'ultimo hanno fatto seguito il d.l. 29 novembre 2008, n. 185, convertito con l. 28 gennaio 2009, n. 2, il d.l. 31 maggio 2010, n. 78, convertito con l. 30 luglio 2010, n. 122, la l. 18 giugno 2009, n. 69, il d.l. 22 giugno 2012, n. 83, convertito con l. 7 agosto 2012, n. 134; il d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito con l. 17 dicembre 2012, n. 221, il d.l. 21 giugno 2013, n. 69, convertito con l. 9 agosto 2013, n. 98, il d.l. 23 dicembre 2013, n. 145, convertito con l. 21 febbraio 2014, n. 4, il d.l. 27

annunciata dal Ministro della giustizia già dall'estate del 2018, ma non è stata ancora formalmente presentata. L'intervento annunciato appare motivato, ancora una volta, da ragioni di mera immagine e, quindi, diretto soprattutto allo sviluppo dell'editoria giuridica e del turismo processuale.

La proposta induce a ribadire le perplessità già manifestate in riferimento ad interventi sulla disciplina processuale, che ignorano le esigenze strutturali della giustizia civile. Se il processo civile funziona in modo accettabile in alcune sedi e non in altre, appare ragionevole dubitare che la causa della inefficienza risieda nella normativa del processo e ritenere, invece, che sia necessario considerare i flussi di contenzioso ed assumere, in relazione a questi, provvedimenti conseguenti.

Essa induce anche e soprattutto a ribadire la necessità di una preventiva opera di «pulizia» complessiva della disciplina del processo, per eliminare le contraddizioni e le incrostazioni, determinate dalla frenesia legislativa.

**1.4.** Non sembra, tuttavia, che le calamità che affliggono il processo civile italiano assumano rilevanza in questa sede.

Nonostante la frenesia legislativa, grazie alla buona volontà degli studiosi e degli operatori, la giustizia civile in Italia, almeno in alcune sedi, funziona.

---

giugno 2015, n. 83, convertito in l. 6 agosto 2015, n. 132, il d.l. 3 maggio 2016, n. 116, convertito in l. 30 giugno 2016, n. 119, il d.l. 22 ottobre 2016, n. 193, conv. in l. 1 dicembre 2016, n. 225.

3. La l. 12 aprile 2019, n. 31, ha aggiunto, alla fine del codice, la nuova disciplina della tutela collettiva. Entrerà in vigore tra un anno.

La tutela collettiva è prevista per le «*associazioni di promozione sociale*» dall'art. 27 l. 7 dicembre 2000, n. 383, e, per le associazioni di imprenditori, dall'art. 2601 c.c. e dall'art. 8 d.lgs. 9 ottobre 2001, n. 231, nonché dall'art. 4 l. 11 novembre 2011, n. 180. E' anche prevista per gli organismi locali dei sindacati maggiormente rappresentativi a tutela della libertà e della attività sindacale dall'art. 28 l. 20 maggio 1970, n. 300; per le associazioni a tutela dell'ozono stratosferico dall'art. 14 l. 28 dicembre 1993, n. 549, e a tutela dell'ambiente, ai sensi dell'art. 310 del codice dell'ambiente di cui al d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152; contro le discriminazioni razziali ed etniche dagli artt. 4 e 5 d.lgs. 9 luglio 2003, n. 215, contro quelle in danno dei disabili dagli artt. 3 e 4 l. 1 marzo 2006, n. 67, contro quelle sessuali nei luoghi di lavoro, ai sensi dell'art. 37 d.lgs. 11 aprile 2006, n. 198, regolate, quanto al rito applicabile, dall'art. 28 d.lgs. 1 settembre 2011, n. 150. L'inibitoria a tutela dei consumatori è regolata dall'art. 140 del codice del consumo di cui al d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206, al quale rinviano gli artt. 37 e 67 *noviesdecies* dello stesso codice, nonché l'art. 32 *bis* d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58. La legittimazione delle associazioni è anche prevista dagli artt. 1 ss. d.lgs. 20 dicembre 2009, n. 198, «*per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici*».

La tutela collettiva risarcitoria è disciplinata dall'art. 140 *bis* dello stesso codice del consumo, nel testo modificato dall'art. 49, co. 1, l. 23 luglio 2009, n. 99; è in vigore dal 1 gennaio 2010, ai sensi dell'art. 23, co. 16, d.l. 1 luglio 2009, n. 78, convertito in l. 3 agosto 2009, n. 102; si applica «*agli illeciti compiuti successivamente alla data di entrata in vigore*», ai sensi dell'art. 49, co. 2, l. 23 luglio 2009, n. 99. Ai sensi dell'art. 6 d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, conv. in l. 24 marzo 2012, n. 27, in luogo della previsione per la quale i diritti al risarcimento dei danni devono essere «*identici*», si è stabilito che devono essere «*omogenei*».

Può, allora essere utile, nel ricordo dei Maestri e degli insegnamenti trasmessi, ricordare alcuni punti fermi che dovrebbero essere tenuti presente anche dall'improvvido legislatore in riferimento alla struttura del processo di cognizione e alla funzione di quello di esecuzione e ad indicare alcuni obiettivi che appaiono meritevoli di essere perseguiti.

## **2. L'ESIGENZA DELLA PREDETERMINAZIONE DELLE REGOLE DEL PROCESSO**

**2.1.** Le regole del processo sono considerate un elemento essenziale del «giusto processo».

L'art. 111, comma 1, Cost. (novellato dalla legge costituzionale 23 novembre 1999, n. 2) stabilisce che «la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge».

La previsione di regole del processo predeterminate e preventivamente conosciute o conoscibili dagli utenti costituisce la *ratio* dei processi a cognizione ed a contraddittorio pieni.

È diffusa l'opinione secondo la quale la previsione di forme più rapide e più semplici per l'attuazione del contraddittorio e per la cognizione del giudice non dovrebbe escludere la possibilità di accedere ad un processo «regolato dalla legge», ma l'accelerazione dei processi non può dipendere dall'estro del giudice. L'uguaglianza delle parti e degli utenti della giustizia civile presuppone regole uniformi e predeterminate; chi invoca giustizia ha il diritto di conoscere preventivamente le regole del gioco.

Appare, pertanto, doveroso reagire ai tentativi diretti a far sì che la tutela dei diritti sia attuata mediante un processo privo di regole, semmai qualificando ipocritamente le relative ipotesi come cognizione piena in considerazione della idoneità al giudicato dei provvedimenti conclusivi.

Già nella Relazione al codice del 1940, si era messo in evidenza (§ 15) che «la chiarezza e la lealtà dei dibattiti sarebbe messa in pericolo se le parti e i loro patroni non potessero conoscere in anticipo con sicurezza quale sarà lo svolgimento del processo che si inizia; e troppo pericoloso sarebbe consentire alla discrezione del giudice la soppressione di qualsiasi forma di procedimento, perfino di quelle che sono state considerate in ogni tempo come garanzia essenziale o insopprimibile d'ogni giudizio».

Tradizionalmente si ritiene che i procedimenti sommari abbiano la funzione di ripartire diversamente l'onere di sopportare i tempi ed i costi del processo ordinario: normalmente tale onere incombe a chi lamenta la lesione di un diritto; l'anticipazione della tutela fa sì che esso ricada sull'altra parte. Ma, in riferimento alla frenesia legislativa, questa spiegazione non si manifesta rispondente alla realtà.

Numerose controversie, infatti, sono interamente affidate all'esercizio dei poteri discrezionali del giudice, mediante l'attribuzione a questo del potere di regolare il



processo «nel modo che ritiene più opportuno»<sup>4</sup>. Più numerose sono le controversie regolate dal rito camerale: ai diversi procedimenti camerali in materia di famiglia e di tutela dei minori ed a quelli nell'ambito delle procedure concorsuali, si aggiungono quelli in tema di immigrazione. Ai sensi degli artt. 737 ss. c.p.c., il procedimento in camera di consiglio è introdotto con ricorso, il giudice può assumere informazioni e si conclude con decreto. Questa evanescente disciplina deve essere riempita di contenuti dall'interprete.

Nonostante quanto previsto dall'art. 111, comma 1, Cost., in tutte queste ipotesi, la regolazione del processo è affidata alla discrezione del giudicante, senza alcuna possibilità di accedere ad un modello processuale con regole predeterminate, come avviene nelle altre ipotesi in cui è prevista la cognizione sommaria.

Anche nel procedimento arbitrale, l'attribuzione al giudicante del potere discrezionale di regolare il processo è rimessa alla scelta delle parti, che, consapevolmente, ai sensi dell'art. 816 *bis* c.p.c., possono omettere di stabilire «le norme che gli arbitri debbono osservare nel procedimento» e, quindi, possono consapevolmente affidare agli arbitri la «facoltà di regolare lo svolgimento del giudizio ... nel modo che ritengono più opportuno». Nell'arbitrato amministrato, ai sensi dell'art. 832 c.p.c., le regole del processo sono quelle del regolamento arbitrale.

Nelle ipotesi nelle quali è imposto il procedimento sommario di cognizione di cui agli artt. 702 *bis* c.p.c. o è previsto il procedimento camerale di cui agli artt. 737 ss. c.p.c. in materie contenziose, invece, la trattazione del processo è affidata all'estro del giudicante. Questi è tenuto comunque ad osservare le garanzie fondamentali, ma può farlo secondo la propria interpretazione; in assenza di regole predeterminate, non sono censurabili, o lo sono a maglie larghissime, gli *errores in procedendo*.

4. Il procedimento sommario di cognizione, oltre che per scelta delle parti o del giudice nelle cause attribuite alla competenza del tribunale in formazione monocratica e regolate dal rito ordinario, ai sensi degli artt. 702 *bis*, comma 1, e 183 *bis* c.p.c., infatti, si applica alle controversie «di risarcimento del danno derivante da responsabilità sanitaria», ai sensi dell'art. 8, co. 3, l. 8 marzo 2017, n. 24; e si applica quale unica forma di tutela, senza possibilità di conversione del rito, alle controversie in materia di liquidazione degli onorari e dei diritti di avvocato, ai sensi dell'art. 14, d.lgs. 1.9.2011, n. 150; all'opposizione al decreto di pagamento di spese di giustizia, ai sensi dell'art. 15 dello stesso decreto e, quindi, anche all'opposizione avverso i decreti di rigetto e di inammissibilità delle istanze di ammissione al patrocinio a spese dello Stato, nonché a quelle avverso i decreti di revoca; a diverse controversie in materia di immigrazione, specificatamente indicate dagli artt. 16, 17, 18 e 19 *bis* dello stesso decreto; all'opposizione alla convalida del trattamento sanitario obbligatorio ai sensi dell'art. 21; a diverse controversie elettorali menzionate negli artt. 22, 23 e 24; alle controversie sulla illecita diffusione del contenuto di intercettazioni telefoniche ai sensi dell'art. 25 dello stesso decreto; all'impugnazione dei provvedimenti disciplinari a carico dei notai e dei giornalisti ai sensi degli artt. 26 e 27; alle controversie in tema di discriminazioni ai sensi dell'art. 28; all'opposizione alla stima nelle espropriazioni per pubblica utilità ai sensi dell'art. 29; alle controversie in materia di attuazione di sentenze e provvedimenti stranieri di giurisdizione volontaria e contestazione del riconoscimento, ai sensi dell'art. 30.

In considerazione di ciò, in alcuni uffici giudiziari, la materia è oggetto di linee guida o di protocolli; l'efficacia vincolante di queste disposizioni di *soft law* è oggetto di attenzione. Dove sono state emanate o concordate, esse garantiscono almeno la trasparenza e la preventiva conoscenza delle regole del gioco.

In questa prospettiva, non appare meritevole di essere condivisa la qualificazione di tali ipotesi come casi di cognizione piena, confondendo il dover essere con l'essere ovvero affermare l'inammissibilità di deroghe al diritto alla prova ovvero la limitazione degli spazi per l'esercizio dei diritti di azione e di difesa. Lo svolgimento del processo, pur destinato a concludersi con un provvedimento idoneo al giudicato, è comunque affidato all'estro del giudicante, senza possibilità di accesso ad un modello con regole predeterminate, nell'ambito del quale può essere contestata e censurata la violazione delle norme processuali.

**2.2.** Queste scelte legislative sono state ritenute legittime dal Giudice delle leggi e questo indirizzo è stato condiviso dalla Corte di cassazione<sup>5</sup>.

L'una e l'altra Corte, tuttavia, nel dichiarare inammissibili, infondate o manifestamente infondate le questioni di legittimità costituzionale, spesso non hanno mancato di richiamare all'osservanza delle garanzie fondamentali del processo, ma si tratta di mere esortazioni, con un'efficacia minore delle sentenze interpretative di rigetto.

- 
5. Basti ricordare, a mero titolo esemplificativo, giacché si tratta di affermazioni ricorrenti, che, per Corte cost. 2. Luglio 1970, n. 142, «il giudizio conclusivo non può essere basato su supposizioni o su congetture»; Corte cost. 30 gennaio 2002, n. 1 (in *Foro it.*, 2003, I, 423), ha ritenuto inammissibile la questione sottoposta al suo esame, «in considerazione del potere del giudice di interpretare la normativa impugnata in senso conforme a Costituzione», ed ha aggiunto che, «quanto alle eventuali prassi distorsive, esse si risolverebbero in errori cui rimedierebbe in sede di reclamo il controllo dei provvedimenti emessi in prima istanza»; ugualmente Corte cost. 23 gennaio 2013, n. 10 (in *Giur. cost.*, 2013, 239), ha concluso per l'inammissibilità, perché «il giudice remittente non si è fatto carico di individuare una possibile interpretazione delle norme censurate idonea a superare i dubbi di costituzionalità». A sua volta, Cass., sez. un., 19 giugno 1996, n. 5629 (in *Foro it.*, 1996, I, 3070), ha ricordato che «una parte della dottrina processualcivilistica è saldamente attestata nel ritenere la legittimità del procedimento ordinario utilizzato anche per rapporti non contenziosi, ma dubita della legittimità del procedimento camerale (o volontario) avente ad oggetto controversie su diritti o addirittura su *status*»; ma ha ribadito che «il ricorso al procedimento camerale anche in tema di tutela giurisdizionale di diritti soggettivi o di *status* non impedisce l'osservanza del diritto di difesa e non preclude la possibilità che la relativa disciplina si conformi alle speciali caratteristiche della struttura dei singoli procedimenti, purché siano assicurati la garanzia del contraddittorio e l'esperibilità di ogni mezzo di prova, in modo da consentire alle parti di far valere tutte le loro ragioni»; e che «la recente produzione normativa ... non toglie che ... lo stesso legislatore ordinario debba rispettare quel minimo di garanzie procedurali in funzione della struttura del rapporto in contestazione»; Cass., sez. un., 28 luglio 2004, n. 14200 (*id.*, 2005, I, 777), per la quale «la giurisdizione camerale ... si è gradualmente trasformata ... in un contenitore neutro ... la celerità e la semplicità di forme non possono mai pregiudicare, i diritti delle parti; in particolare, il diritto alla prova e la facoltà di prova, per la cui tutela giurisdizionale soccorrono, salvo specifiche disposizioni di legge, i principi che regolano il processo a cognizione piena».

Nuovi orizzonti in relazione alla sindacabilità vuoi della previsione di modelli processuali deformalizzati, vuoi della individuazione dei soggetti che possono goderne o che debbano subirle sono stati aperti da Corte cost. 19 aprile 2018, n. 77, nella parte in cui ha ritenuto sindacabile la discrezionalità del legislatore ordinario nel dettare norme processuali e, in particolare, nel regolamentare le spese di lite.

In questo senso, peraltro, non mancano, pur sporadici, precedenti<sup>6</sup>.

La speranza di applicare le regole del «giusto processo» alle frenetiche e talvolta contraddittorie riforme della disciplina processuale, può essere frustrata da un recupero del *self restraint* della Corte, contro il quale appare doveroso impegnarsi, affinché trovino applicazione anche nelle controversie attualmente affidate all'estro del giudicante i principii del giusto processo, che deve essere «regolato dalla legge» e deve garantire il «contraddittorio delle parti, in condizioni di parità, davanti ad un giudice terzo ed imparziale».

**2.3.** Il menu fisso della tutela giurisdizionale dei diritti comprende la tutela a contraddittorio e a cognizione pieni, la tutela cautelare e gli strumenti di realizzazione coattiva dei diritti. Appare anche doverosa la previsione dell'arbitrato. È utile, ma non

6. Nel dichiarare infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 665 c.p.c., Corte cost. 14 giugno 1973, n. 94, non si è fermata alla discrezionalità del legislatore, ma ha richiamato l'istituto della condanna con riserva delle eccezioni: ha ritenuto ragionevole l'anticipazione della formazione di un titolo esecutivo a favore del locatore, perché questi dispone di una prova scritta del diritto al rilascio. Con una decisione additiva, Corte cost. 4 maggio 1984, n. 137 (in *Foro it.*, 1984, I, 1775), ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 648 c.p.c. nella parte in cui escludeva la discrezionalità del giudice dell'opposizione a decreto ingiuntivo, se il creditore opposto avesse offerto cauzione. In considerazione della assenza di rimedi contro l'uno e contro l'altro provvedimento, queste pronunce sono prive di rilevanza pratica. Esse indicano, tuttavia, un criterio di giudizio, pretermesso dalla prevalente giurisprudenza costituzionale. In altre ipotesi la Corte è entrata nel merito delle scelte processuali con pronunce espressamente additive: Corte cost. 28 novembre 1986, n. 250 (*id.*, 1987, I, 1), e Corte cost. 6 giugno 1989, n. 317 (*id.*, 1989, I, 2388), hanno integrato le previsioni di cui all'art. 292 c.p.c., per quanto riguarda gli atti da notificare al contumace. Corte cost. 29 giugno 1995, n. 285 (*id.*, 1995, I, 2323), 20 marzo 1998, n. 69 (*id.*, 1998, I, 1352), e 18 giugno 2003, n. 211 (*id.*, 2003, I, 2217), hanno imposto l'osservanza dell'«ordine cronologico delle fatture» ovvero dei pagamenti quale presupposto per la impignorabilità dei crediti delle pubbliche amministrazioni. In relazione alla terzietà ed indipendenza del giudice, oggetto della Raccomandazione CM / Rec (2010) 12 (<https://bit.ly/2KEcx7y>), il Giudice delle leggi, con la decisione 15 ottobre 1999, n. 387, non ha ritenuto necessaria l'estensione al processo civile della nozione di «incompatibilità» prevista dall'art. 34 c.p.p., ma, in base ad una interpretazione estensiva dell'art. 51, n. 4, c.p.c., ha ritenuto «non arbitraria la diversa scelta di garantire la imparzialità-terzietà del giudice nel processo civile solo attraverso gli istituti dell'astensione e ricusazione» e, ancora, con una pronuncia interpretativa di rigetto ma additiva, ha rinviato ai meccanismi tabellari. In linea con questa decisione, il legislatore ha applicato la regola prevista dall'art. 669 *terdecies*, co. 2, c.p.c. per il reclamo cautelare, alle opposizioni agli atti esecutivi, con l'art. 186 *bis* disp. att. c.p.c., nonché ai reclami contro i provvedimenti del giudice delegato al fallimento ed ai giudizi da quest'ultimo autorizzati, con l'art. 25, co. 2, l.f. Sennonché le indicazioni di questa pronuncia e l'adesione ad essa del legislatore sono state smentite da Corte cost. 13 maggio 2015, n. 78, in relazione all'opposizione nel procedimento speciale per i licenziamenti.

è necessaria, la previsione della tutela sommaria non cautelare. Ma quest'ultima non può essere sostitutiva della cognizione piena.

In relazione alle tutele di cognizione, dunque, si può ritenere che la tendenza del diritto italiano è nel senso di garantire la predeterminazione delle regole del processo, contro la frenesia legislativa, diretta, invece, alla sommarizzazione e alla frammentazione dei riti, nella consapevolezza che la pluralità dei modelli processuali favorisce gli esercizi di tetrapiloctemia, ma non garantisce l'efficienza della giustizia.

Una prossima occasione di dibattito e di approfondimento di questo primo fondamentale aspetto è prevista per il 17 dicembre 2019, in occasione della XXXI *Giornata di studio della Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile*, con i contributi di Michele Taruffo, di Paolo Biavati, di Antonio Carratta, di Marco De Cristofaro, e di Stefania Pellegrini.

### **3. LA STRUTTURA DEI PROCESSI A COGNIZIONE PIENA**

**3.1.** Se il processo «giusto» deve essere regolato dalla legge, appare utile considerare la struttura dei processi regolati a contraddittorio e a cognizione pieni.

Ogni processo di cognizione, quale che sia la disciplina, si snoda attraverso una serie di passaggi obbligati, che non possono essere pretermessi. La normativa può fissare diversi tempi e scadenze, può concentrare o diluire le diverse attività; non può ignorarle.

In primo luogo, sono necessarie alcune verifiche formali.

Quanto previsto dall'art. 183, comma 1, c.p.c. nel processo ordinario di cognizione riflette esigenze generali, operanti in tutti i processi. In ogni processo, anche in quelli cautelari e nei procedimenti camerale, il giudice è tenuto a verificare la regolarità del contraddittorio e, se occorre, a disporre l'integrazione, a rilevare la nullità degli atti introduttivi, ad ordinare la regolarizzazione della costituzione in giudizio e a dichiarare la contumacia delle parti non costituite.

Compite queste attività, che non richiedono un autonomo e specifico *spatium deliberandi*, il passaggio successivo consiste nella definizione del *thema decidendum*, ossia nella individuazione dei fatti rilevanti ai fini del decidere, ovvero dei termini della controversia.

Tale attività presuppone la tradizionale opera di ricognizione della fattispecie.

A seconda del rapporto dedotto in giudizio o della pretesa fatta valere, tale attività può essere più o meno complessa, perché implica una analisi degli elementi costitutivi del diritto dedotto in giudizio. Si tratta, comunque, di un'attività fisiologica, diretta a scomporre la fattispecie per individuarne i singoli elementi costitutivi.

Un primo momento valutativo è, quindi, possibile già in base alla mera prospettazione dell'attore; indipendentemente dalla strategia difensiva del convenuto,

il giudice è tenuto a verificare la sufficienza o l'idoneità dei fatti costitutivi allegati dall'attore a fondare la pretesa dedotta in giudizio.

Le strategie di difesa del convenuto possono consistere nella negazione dei fatti costitutivi allegati dall'attore ovvero nella contestazione della idoneità di essi a fondare il diritto fatto valere; nella allegazione di fatti estintivi, modificativi ed impeditivi e nella proposizione di domande riconvenzionali.

La prima attività consiste nelle mere difese ed assume rilevanza, in relazione alle conseguenze collegate alla inosservanza dell'onere di contestazione, soprattutto in riferimento alla pianificazione della istruzione probatoria.

La seconda implica la allegazione di fatti estintivi, modificativi o impeditivi: talvolta è sufficiente l'allegazione del fatto, altre volte occorre una espressa dichiarazione di volontà di avvalersene, cosicché soltanto la parte, non anche il giudice, può rilevarli.

Il terzo momento valutativo, relativo alla idoneità dei fatti costitutivi a fondare il diritto affermato e alla rilevanza dei fatti estintivi, modificativi ed impeditivi, è quello più complesso e delicato nella gestione delle attività processuali e nella direzione del processo.

L'attività istruttoria è meramente eventuale: è possibile omettere l'accertamento dei fatti costitutivi, allorché questi non siano comunque idonei a costituire fondamento del diritto o allorché sussistano fatti estintivi, modificativi ed impeditivi, non contestati o di facile accertamento.

Costituisce principio generale, espressione di un orientamento consolidato, quello per il quale il Giudice deve dare la precedenza alla «ragione più liquida», cioè a quella che consenta la più rapida conclusione della vicenda processuale, anche in deroga all'ordine logico delle questioni.

La giurisprudenza afferma senza contrasti che, in applicazione del principio della «ragione più liquida», la causa può essere decisa sulla base della questione ritenuta di più agevole soluzione, anche se logicamente subordinata, senza che sia necessario esaminare previamente le altre: in questo senso, tra le ultime, è Cass. 21 novembre 2018, n. 30100, per la quale «in applicazione del principio processuale della “ragione più liquida” - desumibile dagli artt. 24 e 111 Cost. (Sez. Un, Sentenza 8 maggio 2014 n. 9936) deve esaminarsi anzitutto il motivo di ricorso suscettibile di assicurare la definizione del giudizio».

Questo orientamento fa assurgere a principio generale la regola espressa dall'art. 187, commi 2 e 3, c.p.c., per il quale il giudice, se ritiene presumibilmente fondata una questione pregiudiziale di rito avente carattere impediente ovvero una questione preliminare di merito avente carattere assorbente, dichiara la causa matura per la decisione e il processo viene definito prima di esaminare il merito della controversia.

Nello stabilire se la causa sia matura per la decisione prima dell'accertamento dei fatti costitutivi controversi e indipendentemente dai risultati della istruzione probatoria ad essi relativa, il giudice è tenuto ad una prognosi della presumibile ed apparente

infondatezza della domanda o della fondatezza delle eccezioni proposte, ossia della presumibile ed apparente insussistenza dei fatti costitutivi o della loro inidoneità a fondare il diritto affermato e della presumibile ed apparente sussistenza dei fatti estintivi, impeditivi e modificativi allegati dal convenuto e, quindi, della sufficienza di questi ultimi a fondare il rigetto della domanda, indipendentemente dall'accertamento dei fatti costitutivi.

L'esperienza, tuttavia, indica che, sovente, tali possibilità non vengono colte.

Non sono infrequenti i casi in cui, nonostante la manifesta infondatezza della domanda o la manifesta fondatezza delle eccezioni proposte dal convenuto, il processo prosegue per l'accertamento dei fatti costitutivi e addirittura si apra e si svolga l'istruzione probatoria su tali fatti e, al momento della decisione, tale attività si riveli affatto inutile.

La possibilità di definire immediatamente le controversie nelle quali si pongano questioni preliminari di rito aventi carattere impediente, di rigettare subito le domande manifestamente infondate, di evitare l'accertamento dei fatti costitutivi in presenza di questioni preliminari di merito aventi carattere assorbente, costituisce un potere-dovere del giudicante in ciascun modello processuale.

L'attenzione tradizionalmente dedicata alla fase introduttiva dei processi di cognizione riflette l'esigenza di realizzare un effetto deflattivo, definendo le controversie *in limine litis*, anche mediante la rinuncia a resistere ad una pretesa manifestamente fondata ovvero a coltivare una pretesa presumibilmente infondata o, comunque, mediante una conciliazione.

Quest'ultima appare più probabile, se l'esito è prevedibile, ma, se l'esito è incerto, il processo sarà coltivato fino all'esaurimento di ogni possibilità.

**3.2.** Non essendo possibile incidere sui flussi in entrata, l'impegno riformatore si è orientato su quelli in uscita, in base all'ovvio presupposto che è più semplice definire una causa correttamente impostata, piuttosto che cercarne il bandolo in un fascicolo farraginoso.

La disciplina dei processi a cognizione piena ha avuto diverse varianti: dal «*procedimento sommario*» del 1901, al codice del 1940, alle Novelle del 1950, del 1973, del 1990/1995 e del 2005/2006.

Il codice del 1940, nel suo testo originario, imponeva uno sbarramento alla prima udienza, ma consentiva la costituzione del convenuto in quella occasione, cosicché quel sistema non avrebbe mai potuto funzionare, essendo evidentemente necessario concedere all'attore uno *spatium temporis* per replicare alle difese del convenuto e a quest'ultimo un ulteriore termine per definire la propria posizione.

Con la Novella del 1950, le preclusioni furono previste in riferimento alla udienza di precisazione delle conclusioni, senza alcuna distinzione tra attività diretta alla individuazione del *thema decidendum* e attività istruttoria, cosicché questa aveva un oggetto obiettivamente incerto e, sovente, si rivelava inutile.

Uno dei punti fermi dell'ampio dibattito sull'argomento, che precedette la riforma del 1990/1995, riguardava appunto la necessità di prevedere uno scambio di scritture preparatorie della trattazione orale della causa, anche semplicemente mediante la previsione della obbligatorietà della costituzione anticipata delle parti rispetto all'udienza: «ciò che conta veramente non è tanto l'accelerazione "in assoluto", quanto il fatto che il processo, magari a costo di una pausa iniziale, sia posto in condizioni di non partire col "piede sbagliato" di una udienza di mero rinvio» (così la *Risoluzione sul tema "misure per l'accelerazione dei tempi della giustizia civile", con riferimento al d.d.l. governativo presentato sull'argomento nella decorsa legislatura e in vista di eventuali iniziative*, approvata dal C.S.M. il 18 maggio 1988, in *Foro it.*, 1988, V, 249 ss.).

Con le modifiche del 1995, è stata introdotta l'udienza di prima comparizione di cui all'art. 180 c.p.c.

Ai problemi ed alle questioni suscitati da quella modifica ha tentato di porre rimedio la riforma del 2005/2006, che ha sostituito alla uggiosa cadenza 180-183-184 quella, altrettanto uggiosa, di 30+30+20.

**3.3.** La tendenza più recente, come si è rilevato, è nel senso di rinunciare alla regolazione del processo e di attribuire ai giudici il potere di regolarne l'andamento «nel modo che ritengono più opportuno».

Senonché il processo «giusto», ai sensi dell'art. 111 Cost., è quello «regolato dalla legge».

La distinzione tra controversie semplici e complesse ovvero tra controversie in puro diritto o meramente documentali e controversie la cui definizione dipende da una consulenza tecnica o che implicano una articolata fase istruttoria, richiama esperienze maturate in ordinamenti diversi da quello italiano. Richiama anche risalenti esperienze realizzate in alcuni tribunali italiani, nei quali le cause erano divise in tre gruppi: quelle di puro diritto o documentali, quelle la cui definizione dipendeva da una consulenza tecnica e quelle che richiedevano prove costituenti; le prime erano indirizzate alla immediata decisione; nelle seconde, oggetto della discussione nella prima udienza, era la determinazione dei quesiti da sottoporre al consulente e si rinviava la compiuta definizione del *thema decidendum* all'esito della consulenza; soltanto nelle terze si fissavano termini per la articolazione dei mezzi istruttori non richiesti negli atti introduttivi.

Già nella relazione del 1940, si era rilevato che «il codice si è ispirato al principio della adattabilità (o, come anche autorevolmente fu detto, della elasticità) del procedimento: ad ogni tappa del loro *iter* processuale le parti e il giudice trovano dinanzi a sé, proposte dalla legge alla loro scelta, molteplici strade e sta a loro scegliere, secondo i bisogni del caso, la via più lunga o le scorciatoie [...] la legge, invece di costruirlo tutto d'un pezzo, lo ha costruito come un congegno composto di pezzi smontabili e tra loro variamente combinabili, che sta alla sensibilità delle parti e alla saggezza del giudice rimontare caso per caso nel modo più conforme ai fini sostanziali della giustizia [...] il giudice istruttore deve per prima cosa eliminare dalla discussione il troppo e il vano, e

se non riesce a conciliare le parti su tutti i punti, ridurre la controversia a quelle poche questioni essenziali che hanno veramente bisogno di esser decise».

Nella richiamata *Risoluzione sul tema “misure per l’accelerazione dei tempi della giustizia civile”*, i passaggi erano così indicati: «1) per l’attore, allegazione nell’atto introduttivo, a pena di decadenza, dei fatti storici posti a fondamento della domanda; 2) per il convenuto, allegazione nella comparsa di risposta, a pena di decadenza, dei fatti storici modificativi, impeditivi ed estintivi; e, sempre a pena di decadenza, proposizione delle eccezioni in senso stretto di merito e di rito, nonché proposizione di domande riconvenzionali; 3) costituzione del convenuto anticipata rispetto all’udienza, pena la decadenza di cui al punto 2); 4) in prima udienza, possibilità per l’attore di allegazione di fatti storici nuovi correlati alle domande ed eccezioni del convenuto e per entrambe le parti, previa autorizzazione del giudice, possibilità, ferme le allegazioni dei fatti storici, di modificare le domande, eccezioni e conclusioni formali; 5) termini perentori, correlati alla data della seconda udienza, fissata dal giudice, per la produzione e richiesta dei mezzi di prova, nonché ulteriori termini perentori (sempre correlati come momento, alla seconda udienza) per la formazione di prova contraria alla prova altrui; 6) discussione e decisione, nella seconda udienza, sull’ammissibilità e rilevanza dei mezzi di prova richiesti; 7) nel caso in cui vengano disposti d’ufficio mezzi di prova, concessione di un termine alle parti per dedurre le prove che si rendono in relazione a ciò, necessarie; 8) possibilità di superare in corso di causa le preclusioni maturate (sia in punto di allegazioni e di eccezioni che in in punto di prove) soltanto per motivato provvedimento del giudice, che accerti la forza maggiore o il fatto dell’avversario; 9) adeguamento della tecnica degli interventi e delle chiamate alla struttura della fase introduttiva del giudizio, come sopra delineata».

**3.4.** Con le precisazioni prima indicate, questo è il modello adottato dal processo ordinario di cognizione, ma, in una serie di controversie ritenute più semplici<sup>7</sup>, l’operatività delle preclusioni è anticipata al momento della costituzione in giudizio e al deposito degli atti introduttivi.

Non è chiaramente prevista e costituisce oggetto di dibattito la possibilità che la controversia sia definita alla prima udienza, in assenza di questioni formali che ne impongano il rinvio, ovvero nel caso in cui l’attività istruttoria non sia stata chiesta o se

---

7. Si tratta delle controversie di lavoro di cui all’art. 409 c.p.c., di quelle previdenziali di cui all’art. 442 c.p.c., di quelle locative di cui all’art. 447 *bis* c.p.c., di quelle agrarie di cui all’art. 11 d.lgs. 1 settembre 2011, n. 150, delle opposizioni ad ordinanza-ingiunzione di cui all’art. 6 dello stesso decreto, al verbale di accertamento di violazione del codice della strada di cui all’art. 7 dello stesso decreto, a sanzione amministrativa in materia di stupefacenti di cui all’art. 8 dello stesso decreto, ai provvedimenti di recupero di aiuti di Stato di cui all’art. 9 dello stesso decreto, delle controversie in materia di applicazione delle disposizioni del codice in materia di protezione dei dati personali di cui all’art. 10 dello stesso decreto, nel testo novellato dall’art. 17 d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101, delle impugnazioni dei provvedimenti in materia di registro dei protesti, di cui all’art. 12 d.lgs. 1 settembre 2011, n. 150, dell’opposizione ai provvedimenti in materia di riabilitazione del debitore protestato di cui all’art. 13 di questo stesso decreto.



si manifesti superflua, anche in considerazione di questioni pregiudiziali di rito aventi carattere impediente o di questioni preliminari di merito aventi carattere assorbente.

Appare, tuttavia, ragionevole ritenere che, se non occorre assumere prove costituende, vuoi perché non richieste, vuoi perché ritenute inammissibili o irrilevanti, il processo può essere definito già nella prima udienza, come prevedono, sulla carta, il primo periodo dell'art. 183, comma 7, e l'art. 420 c.p.c., al fine di evitare il rischio che, che sia disposto sempre, senza alcuna valutazione preventiva, lo scambio di memoria integrative, e sia ancora riprodotta la sequenza 180-183-184 ovvero quella 30+30+20, ovvero ancora quella memoria+memoria, in base all'art. 420, comma 6, c.p.c.

Piuttosto che rinunciare a regolare lo svolgimento del processo e, in particolare, la fase introduttiva, appare, dunque, doveroso continuare ad operare al fine di sventare la prassi di non consultare il fascicolo, di limitarsi a fissare termini per memorie integrative degli atti introduttivi, di ammettere ogni attività richiesta e di riservarsi una lettura degli atti soltanto al momento della decisione, che, in questo modo, diventa, come sovente si ripete, il collo di bottiglia.

**3.5.** In relazione ai processi a contraddittorio e a cognizione pieni, dunque, la tendenza del diritto italiano, dunque, è, da tempo, nel senso di favorire l'immediata determinazione del *thema decidendum*, lasciando spazio alla dibattito sul conflitto di interessi sostanziali, che è l'unico che interessa gli utenti del processo.

Sulla determinazione delle forme e dei termini, in base ai quali ciò possa o debba avvenire, il dibattito è aperto.

Un'ultima occasione di vivace confronto su questi temi si è avuta il 27 e il 28 settembre 2019, a Messina, nel XXXII Convegno Nazionale della Associazione Italiana tra gli Studiosi del Processo Civile (AISPC) su «*Lo statuto del giudice e l'accertamento dei fatti*»: sulle relazioni di Angelo Castagnola, di Roberto Martino, di Giuseppe Miccolis e di Renato Rordorf si è aperto un vivace dibattito, al quale ha fatto seguito la tavola rotonda, con i contributi di Carmine Punzi, di Salvatore Boccagna, di Marco Gradi, di Luca Passanante e di Roberto Poli.

## 4. LA FUNZIONE DEI PROCESSI ESECUTIVI

**4.1.** In relazione alla esecuzione forzata, appare opportuno ribadire che il processo esecutivo, *et quidem* i processi di espropriazione, costituiscono esercizio di giurisdizione.

Non possono avere cittadinanza le ricorrenti suggestioni alla degiurisdizionalizzazione della espropriazione. Le notizie relative all'affidamento alla malavita dell'attività di recupero crediti da parte di imprese indicano i rischi sottesi a questa prospettiva.

La realizzazione coattiva dei crediti è un'attività riservata allo Stato nell'esercizio della giurisdizione.

Essa deve godere, e non può non, tutte le garanzie della giurisdizione.

Costituisce esercizio di sovranità nella piena osservanza delle previsioni legali, ai sensi degli artt. 1 e 101, commi 1 e 2, Cost, e deve essere esercitata attraverso un percorso che deve essere «giusto», ai sensi degli artt. 24 e 111 Cost.

Anche qualora si volesse prescindere dalle disposizioni costituzionali, peraltro, costituisce principio elementare dello Stato di diritto che l'uso della forza è riservato allo Stato.

Già nella Relazione al codice del 1865, infatti, si rilevava che «la esecuzione forzata è tra le parti più rilevanti della legislazione, perché presenta difficoltà gravi sia d'ordine privato e pubblico, sia d'ordine economico. Assicurare, da una parte, il diritto del creditore; mantenere dall'altra, il rispetto dovuto alla condizione e agli interessi del debitore; regolare l'uso della forza, sì che diventi ausiliatrice e compimento del diritto; conciliare le garentie del credito e le garentie della proprietà, rendendo armonico il loro concorso a costituire e svolgere la pubblica ricchezza: tali sono i precipui problemi a sciogliere».

Per la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU), «l'esecuzione di un giudizio deve essere considerato come facente parte integrante del processo ai sensi dell'articolo 6 [...]. Dato che l'esecuzione è la seconda fase della procedura di merito, il diritto rivendicato non trova la sua realizzazione effettiva che nel momento dell'esecuzione»: così CEDU, 21 dicembre 2010, Gaglione, <http://bit.ly/V558jg>.

Non può, pertanto, essere condiviso il brocardo per il quale *jurisdictio in sola notione consistit*.

In Italia, residui di un antico passato sopravvivono nell'art. 475, comma 3, c.p.c., per il quale la spedizione del titolo esecutivo implica l'apposizione della formula: «Comandiamo a tutti gli ufficiali giudiziari che ne siano richiesti e a chiunque spetti, di mettere a esecuzione il presente titolo, al pubblico ministero di darvi assistenza, e a tutti gli ufficiali della forza pubblica di concorrervi quando ne siano legalmente richiesti»<sup>8</sup>.

8. La previsione non riesce applicabile agli atti amministrativi, dotati di autonoma efficacia esecutiva, nonché agli atti ed ai provvedimenti formati in altri paesi della Unione Europea, pure dotati di autonoma efficacia esecutiva. In relazione ai primi, l'art. 229 d.lgs. 19 febbraio 1998, n. 51, dispone che «il potere del pretore di rendere esecutivi atti emanati da autorità amministrative è soppresso e gli atti sono esecutivi di diritto»; inoltre, per i crediti che possono realizzati mediante ruolo, le disposizioni che attribuiscono efficacia esecutiva ad atti e provvedimenti delle pubbliche amministrazioni si prestano ad essere lette nel senso che quei documenti consentono la formazione dei ruoli. In relazione ai secondi, l'art. 256 del Trattato sull'Unione europea, dispone che «le decisioni del Consiglio o della Commissione che importano, a carico di persone che non siano gli Stati, un obbligo pecuniario costituiscono titolo esecutivo; e tanto il Reg. CE 21 aprile 2004, n. 805, quanto il Reg. UE 12 dicembre 2012, n. 1215, attribuiscono immediata efficacia esecutiva agli atti ed ai provvedimenti espressamente menzionati. Cosicché l'esercizio dell'azione esecutiva in base agli uni e agli altri non richiede che sull'atto o sul provvedimento sia apposta la formula esecutiva di cui all'art. 475, co. 3, c.p.c.

La mancanza di quest'ultima, quando prevista determina una «irregolarità» del titolo esecutivo, denunciabile con l'opposizione agli atti esecutivi, ai sensi dell'art. 617 c.p.c., ma si è giustamente ritenuto che, «in base ai principi di economia processuale, di ragionevole durata del processo e di interesse ad agire, il debitore opponente non può limitarsi, pena l'inammissibilità dell'opposizione, a dedurre l'irregolarità formale in sé considerata, ma ha l'onere di indicare quale concreto pregiudizio ai diritti tutelati dal regolare svolgimento del processo esecutivo essa abbia cagionato» (così Cass. 12 febbraio 2019, n. 3967). Poiché appare improbabile che la mancata apposizione della formula prevista dall'art. 475 c.p.c. sia fonte di uno specifico pregiudizio per l'esecutato e poiché è comunque difficile dimostrarne l'esistenza, si può prendere atto della pratica irrilevanza della formula esecutiva, residuo di un antico passato, e ribadire che *jurisdictio non in sola notione consistit*.

**4.2.** La realizzazione coattiva dei crediti, quale esercizio di giurisdizione, si attua attraverso un processo. Questo, a sua volta, è instaurato mediante l'esercizio dell'azione.

Elementi dell'azione sono le parti, le ragioni, ovvero la *causa petendi*, e l'oggetto, ovvero il *petitum*.

L'oggetto mediato dell'azione esecutiva per espropriazione consiste nella soddisfazione del credito. Questo è il «bene della vita», al quale tende chi la esercita.

L'oggetto immediato ovvero il provvedimento richiesto mediante l'esercizio dell'azione esecutiva, tuttavia, ai sensi dell'art. 2910, comma 1, c.c., consiste nella trasformazione in danaro dei beni del debitore: «Il creditore, per conseguire quanto gli è dovuto, può fare espropriare i beni del debitore, secondo le regole stabilite dal codice di procedura civile».

L'oggetto immediato dell'azione esecutiva non può consistere nella soddisfazione del credito, perché questa deve fare i conti con il principio della *par condicio creditorum*, per il quale, ai sensi degli artt. 2740 e 2741 c.c., il patrimonio del debitore è a garanzia di tutti i creditori e questi possono soddisfarsi nel rispetto delle cause di prelazione, che sono l'unico criterio per determinarne l'uguaglianza o la disuguaglianza.

Il diritto al concorso, nel rispetto delle cause di prelazione, esclude che alcuno possa soddisfare coattivamente il proprio credito, al di fuori delle regole del processo: le eccezioni, infatti, riguardano i crediti collocati al di sopra di tutti gli altri, come quelli del creditore pignoratizio e di quelli titolari di privilegi speciali mobiliari, ai sensi dell'art. 2797 c.c. e dall'art. 53 l.f., nonché dall'art. 152 c.c.i. di cui al d.lgs. 12 febbraio 2019, n. 14. Questa è la *ratio* della previsione per la quale l'art. 669 *duodecies* c.p.c. stabilisce che «l'attuazione delle misure cautelari aventi ad oggetto somme di denaro avviene nelle forme degli artt. 491 e seguenti in quanto compatibili».

Il processo esecutivo per espropriazione è unitario; comincia con il pignoramento, ai sensi dell'art. 491 c.p.c. e si conclude, se tutto va bene, con la distribuzione del ricavato. Nonostante quanto previsto dall'art. 2910, comma 1, c.c., si può ritenere, quindi, che l'oggetto immediato dell'azione esecutiva consista non soltanto nella

trasformazione in danaro dei beni del debitore, ma anche nella partecipazione alla, eventuale, distribuzione della somma ricavata.

Le ragioni dell'azione esecutiva ovvero la *causa petendi* si esauriscono nel possesso di un titolo esecutivo, che è considerato, ai sensi dell'art. 474 c.p.c., condizione necessaria e sufficiente per l'esercizio dell'azione.

Da tempo, ormai, si è preso atto che le «parti», come tali legittimate all'esercizio dell'opposizione alla esecuzione e dell'opposizione agli atti esecutivi, ai sensi degli artt. 615 e 617 c.p.c., non sono soltanto i soggetti nominativamente indicati nel titolo esecutivo, i «successori», menzionati nell'art. 475, comma 2, c.p.c. e gli «eredi», considerati nell'art. 477, comma 1, c.p.c. La legittimazione alla proposizione delle opposizioni è stata riconosciuta anche a coloro nella sfera giuridica dei quali si manifestano gli effetti esecutivi.

**4.3.** L'azione esecutiva, gli elementi della quale sono stati sinteticamente ricordati, come quello di ogni azione, è esercitata in un processo.

Il processo esecutivo, ai sensi dell'art. 484, comma 1, c.p.c., è diretto da un giudice.

A questo, l'art. 175 c.p.c., espressamente richiamato, attribuisce «tutti i poteri intesi al più sollecito e leale svolgimento del procedimento».

L'attribuzione al giudice del potere di direzione del processo trova la sua *ratio* nella varietà di percorsi previsti per il processo esecutivo.

Quest'ultimo è un binario con molti scambi.

L'esercizio dei poteri del giudice è successivo nei procedimenti speciali, nei quali la disciplina non presenta variabili, e consiste nel controllo della osservanza delle previsioni legali. Nella riscossione coattiva, che, ai sensi degli artt. 45 ss. d.P.R. 29 settembre 1973, n. 602, è un binario senza scambi, il giudice ha il compito di verificare *ex post* il rispetto della legge.

Il processo ordinario di espropriazione immobiliare comincia con il pignoramento.

Depositati gli atti nella cancelleria del giudice dell'esecuzione, questi viene designato ed è formato il fascicolo d'ufficio.

Il giudice dell'esecuzione, ai sensi dell'art. 559 c.p.c., può sostituire il debitore quale custode dell'immobile pignorato. Ai sensi dell'art. 560 c.p.c., vuoi nel testo anteriore, vuoi in quello novellato dall'art. 4, comma 2, d.l. 14 dicembre 2018, n. 135, conv. in l. 11 febbraio 2019, n. 12, può disporre, in base ai requisiti e alle condizioni previsti dai diversi testi della disposizione, la liberazione dell'immobile. Presentata l'istanza di vendita e la documentazione ipocatastale o la certificazione notarile, ai sensi dell'art. 567 c.p.c., il giudice dell'esecuzione, ai sensi dell'art. 569, comma 1, c.p.c., nomina un esperto e ne determina i compiti ai sensi dell'art. 173 *bis* disp. att. c.p.c.

All'udienza fissata per la vendita, si aprono diverse possibilità.

Il giudice dell'esecuzione, infatti, ai sensi dell'art. 569, comma 4, c.p.c., dispone la vendita con modalità telematiche «salvo che sia pregiudizievole per gli interessi dei creditori o per il sollecito svolgimento della procedura»; ai sensi del comma 3 dello

stesso articolo, dispone la vendita con incanto, soltanto «quando ritiene probabile che la vendita con tale modalità possa aver luogo ad un prezzo superiore della metà rispetto al valore del bene»; ai sensi dell'art. 591 *bis*, commi 1 e 2, c.p.c., delega ad un professionista «il compimento delle operazioni di vendita», a meno che «ravvisi l'esigenza di procedere direttamente ... a tutela degli interessi delle parti».

La vendita dell'immobile, quindi, può avvenire in forma telematica o digitale, senza incanto o con incanto; ad essa può provvedere direttamente il giudice o può delegarne il compimento ad un professionista.

La disciplina positiva orienta verso la vendita delegata, senza incanto e telematica; quest'ultima, a sua volta, può essere asincrona, sincrona e sincrona mista, ma non sono escluse, in base ai presupposti e alle condizioni specificatamente indicati, diverse soluzioni. La scelta, in ogni caso, deve essere motivata, ed è sindacabile, nel merito, in sede di opposizione agli atti esecutivi.

La trasformazione in danaro dei beni del debitore, che l'art. 2910, comma 1, c.c. indica quale oggetto immediato dell'azione esecutiva per espropriazione, è un'attività giurisdizionale, ma è, allo stesso tempo, una attività economica, che implica una professionalità imprenditoriale ai sensi degli artt. 2082 e 2195 c.c.

L'esercizio di un'attività di impresa implica la flessibilità delle scelte e la variabilità di esse in funzione dell'adozione di quella più conveniente.

Il legislatore del 1940 aveva dichiarato di essere consapevole di queste esigenze.

Nella Relazione (§ 31), infatti, si era affermato : «Come il giudice istruttore nel processo di cognizione, così il *giudice dell'esecuzione* (art. 484) sta al centro del processo esecutivo, per dirigere, coordinare, stimolare le attività degli interessi che vi partecipano. [...] Il nuovo Codice, ammettendo accanto alla vendita all'incanto [...] la vendita degli immobili senza incanto (art. 570 e segg.) ed ammettendo altresì in certi casi l'assegnazione al creditore dei beni pignorati (art. 505), ha cercato di dare al processo esecutivo quella scioltezza e quella adattabilità di forme che permetterà, secondo le circostanze, di trovare nella espropriazione quello stesso rendimento economico che potrebbe essere raggiunto sul mercato attraverso le intese tra privati. La diretta ingerenza che il giudice dell'esecuzione avrà nelle trattative, la possibilità che egli avrà di mettere a profitto in ogni momento la consulenza degli interessati e la loro esperienza pratica di affari, faranno sì che questi nuovi mezzi di liquidazione ora adottati dal Codice possano essere messi in opera col massimo dei vantaggi e senza gli inconvenienti ai quali potrebbero dar luogo se non si svolgessero con appropriate cautele e sotto il controllo dell'autorità. [...] L'ordinamento delle vendite giudiziali anziché a favorire l'interesse del creditore o quello contrapposto del debitore, deve sopra tutto tener presente le supreme esigenze della pubblica economia, la quale, mentre da un lato considera la perfezione dei meccanismi esecutivi come una garanzia del credito e come un motivo per accrescere la fiducia nelle contrattazioni, dall'altro non potrebbe tollerare un sistema di espropriazione che pur di arrivare a soddisfare

il creditore disperdesse i beni espropriati e distruggesse i cespiti della ricchezza nazionale».

L'esperienza ha dimostrato che l'applicazione della disciplina non è stata conforme alle aspirazioni del legislatore del 1940.

Nella maggior parte dei casi, il giudice dell'esecuzione non ha diretto, coordinato e stimolato le attività degli interessati: non ha utilizzato la scioltezza e la adattabilità di forme che avrebbero permesso di trovare nella espropriazione quello stesso rendimento economico che potrebbe essere raggiunto sul mercato attraverso le intese tra privati; i nuovi mezzi di liquidazione non sono stati messi in opera col massimo dei vantaggi.

Il giudice dell'esecuzione non ha, per lo più, svolto un'attività di impresa per trasformare in danaro i beni del debitore.

Alcuni giudici, tuttavia, lo hanno fatto.

Quei modelli sono stati recepiti dal legislatore e sono stati imposti come preferenziali.

La sostituzione del debitore quale custode dell'immobile è stata imposta quale regola. È stata prevista, in base a presupposti parzialmente diversi, la liberazione dell'immobile. Sono stati predeterminati i criteri di nomina dei professionisti delegati, che possono coincidere con gli esperti nominati prima della vendita, e ne sono stati specificati i compiti. Si è stabilito che la vendita forzata immobiliare, di regola, deve svolgersi senza incanto, che deve essere delegata, che deve svolgersi in forma telematica.

Nelle procedure concorsuali, volontarie e giudiziali, la scelta del percorso è interamente affidata alla discrezionalità degli organi liquidatori. La disciplina positiva si limita a prevedere l'uso di «procedure competitive». Sono, infatti, in questo senso l'art. 107, comma 1, l.f. e l'art. 216, comma 2, c.c.i., l'art. 14 *novies* l. 27 gennaio 2012, n. 3, nonché l'art. 60, comma 2, del codice antimafia di cui al d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159.

**4.4.** Il sistema che faticosamente emerge dalle ripetute ondate delle frenetiche riforme legislative suscita ragionevoli dubbi sulla efficienza del processo espropriativo immobiliare secondo gli auspici del legislatore del 1940.

Può essere, allora, utile considerare in una diversa prospettiva le questioni relative al processo di espropriazione e, in particolare, a quello di espropriazione degli immobili.

Sul piano positivo, l'obiettivo del processo esecutivo consiste nella realizzazione del credito. Questo risultato è perseguito mediante la trasformazione in danaro dei beni del debitore.

Quest'ultimo, in base al titolo esecutivo, è obbligato al pagamento. Ogni questione relativa all'esistenza o all'ammontare del credito e della corrispondente obbligazione è estranea al processo esecutivo. L'aggettivo «certo» di cui all'art. 474 c.p.c. è applicato a titoli esecutivi che implicano accertamenti di diversa intensità. La portata precettiva

di esso consiste nel precludere al giudice dell'esecuzione e agli organi del processo esecutivo ogni valutazione sull'esistenza del diritto di credito. Nell'ambito del processo esecutivo è comunque «certo» il diritto risultante dal titolo, vuoi nel caso in cui questo sia una sentenza passata in giudicato, vuoi in quello in cui sia un decreto ingiuntivo provvisoriamente esecutivo o una scrittura privata.

Nell'ambito del processo esecutivo, gli interessi del creditore, o dei creditori, e del debitore coincidono o dovrebbero coincidere. Tutti hanno interesse a che i beni siano trasformati in danaro nel modo più vantaggioso, perché i creditori possono così sperare nella soddisfazione del proprio credito e il debitore di liberarsi dell'obbligazione. Appare contrario agli interessi di tutti la svendita dei beni a prezzo vile, perché i creditori non ottengono quanto loro dovuto e il debitore si trova privato dei beni ed ancora obbligato al pagamento.

Eppure sovente è quello che succede. Si considera fisiologico che un primo bando non abbia offerenti e che debba essere ripetuto ad un prezzo più basso. Il che induce a sospettare che quel bando non fosse corretto e, comunque, a dubitare della efficienza del processo esecutivo.

Nell'ambito di una attività commerciale, un'offerta che non trova compratori e che deve essere più volte ripetute non è una buona offerta.

Appare ragionevole ritenere che vi sia qualcosa che non funziona.

Si ritiene che gli utenti del processo esecutivo siano prevalentemente le banche. Ma, nell'ambito dei processi esecutivi, gli utenti sono prevalentemente le società cessionarie dei crediti ai sensi dell'art. 58 del testo unico bancario (t.u.b.) di cui al d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385, perché la ristrutturazione del sistema bancario ha consentito alle banche di liberarsi dei crediti «in sofferenza» e di distinguere l'attività diretta alla raccolta del risparmio e alla erogazione dei finanziamenti da quella diretta al recupero dei crediti.

Quest'ultima non è più, ormai, un'attività bancaria. È esercitata da imprese che si dedicano esclusivamente ad essa. E sovente svolgono anche attività di intermediazione immobiliare. Hanno acquistato i crediti per un valore inferiore al loro importo e sono interessate all'acquisizione degli immobili per rivenderli sul mercato.

Nell'ambito delle procedure concorsuali, sono favorite, sia dalla legislazione vigente sia dal codice della crisi d'impresa, le soluzioni concordate della crisi rispetto al fallimento o alla liquidazione giudiziale o controllata, ma i principali interlocutori nelle prime non sono più le banche che hanno erogato i finanziamenti, ma le società cessionarie dei crediti, che non hanno alcun potere di concedere finanziamenti. I dati statistici indicano una rilevante sproporzione tra concordati liquidatori e concordati in continuità, ed una più rilevante sproporzione tra concordati chiesti e concordati eseguiti; il rapporto tra i primi ed i secondi si aggira tra il 10-20% e il 90-80%. E non rileva, in questa proporzione, quella tra i concordati chiesti e quelli omologati, che è intorno al 70%. Ciò che occorre considerare è il risultato finale, non la speranza dei creditori.

Non appare, allora, infondato il sospetto che l'interesse dei principali utenti del processo esecutivo non consista nella liquidazione dei beni al maggior prezzo.

Sull'opposto versante, i debitori delle banche e dei cessionari dei crediti di queste ultime sono soggetti che hanno ricevuto finanziamenti superiori alle proprie possibilità e che non sono stati in grado di trasformare in danaro i propri beni prima che fossero aggrediti con il pignoramento.

Tra gli attori di questa complessa vicenda, non possono essere pretermessi i professionisti delegati e le società che gestiscono le vendite telematiche.

La diffusione della delega ha fatto emergere una classe trasversale di professionisti, dediti ad una attività diversa da quelle tradizionali dei notai, degli avvocati e dei dottori commercialisti ed ha aperto un nuovo mercato informatico.

I conflitti più aspri si manifestano sulla sospensione, non dell'esecuzione, ma dell'efficacia esecutiva del titolo. Iniziato il processo esecutivo, il debitore ha solitamente perduto ogni possibilità di ricevere credito.

Se si considera il processo esecutivo, non solo quello singolare, in una prospettiva diversa da quella deducibile dalla analisi dei dati positivi e dalle intenzioni espresse dal legislatore, la situazione si presta ad essere assimilata alla cattura di una preda nella foresta. Una volta azzannata con il pignoramento, il conflitto riguarda la spartizione delle spoglie e la vittima non manifesta alcun interesse a questo aspetto.

**4.5.** Il contemperamento degli interessi in gioco, di quelli deducibili dalla disciplina positiva e di quelli inespressi ma comunque presenti nel processo esecutivo, dovrebbe essere compiuto dal giudice.

Senonché, tranne alcuni casi, assunti a modello come prassi virtuose, il giudice dell'esecuzione non ha né una formazione, né un interesse per lo svolgimento di un'attività di impresa diretta alla trasformazione in danaro dei beni pignorati.

La risposta del sistema alla inerzia dei giudici dell'esecuzione ad assumere il ruolo e le funzioni già enunciate nella relazione al codice di rito, è stata nel senso della produzione di disposizioni di produzione secondaria, di linee guida, di circolari, di protocolli.

La diffusione del processo civile telematico ed il ruolo assunto dalle società che curano la gestione delle vendite ha determinato l'accoglimento di prassi applicative uniformi, almeno all'interno di ciascun ufficio. Nei siti internet di ciascun tribunale sono reperibili i moduli delle ordinanze di vendita telematiche, senza incanto, con la delega al professionista.

Il Consiglio Superiore della Magistratura ha elaborato «Linee guida» sulle esecuzioni immobiliari. A queste ultime, sono anche allegati modelli di provvedimenti relativi a ciascuna fase del processo esecutivo (<https://bit.ly/2ujcXu3>). L'Associazione Bancaria Italiana, a sua volta, ha elaborato le linee guida per la valutazione degli immobili (<https://bit.ly/2KLqXYs>). Ciò che qualche anno addietro era considerato un



attentato alla indipendenza ed alla autonomia della magistratura, oggi non ha suscitato reazioni aprioristicamente negative, ma un dibattito sui contenuti.

I giudici dell'esecuzione più sensibili hanno elaborato modelli di provvedimenti più avanzati di quelli proposti dall'organo di autogoverno.

Nonostante l'ampio ventaglio di possibilità offerte dalla disciplina positiva al giudice dell'esecuzione in funzione dell'esercizio di «tutti i poteri intesi al più sollecito e leale svolgimento del procedimento», l'ordinanza di vendita che il legislatore ha considerato il passaggio centrale del processo esecutivo, da un provvedimento da confezionare su misura, in relazione alla qualità dell'immobile e delle parti, è diventata *prêt-à-porter*.

Disporre la vendita non significa più stabilire il percorso più adatto al caso concreto, ma compilare un modulo. Questo contiene la designazione del professionista delegato, la determinazione dei suoi compiti e le modalità della vendita. Questa, a sua volta, è senza incanto, delegata, telematica e sincrona mista.

Nello stesso senso sono orientate le sezioni fallimentari, che pure hanno predisposto modelli delle «procedure competitive».

Nella parte del corso di diritto processuale civile dedicata alla esecuzione forzata, pertanto, alle fonti normative sono aggiunte le Linee guida del Consiglio Superiore della Magistratura e i modelli di ordinanze di vendita. Ormai questi modelli sono la disciplina del processo di espropriazione.

In relazione alle forme di realizzazione coattiva dei diritti e, in particolare, dei diritti di credito, dunque, la tendenza del diritto italiano è nel senso di conciliare l'esercizio della giurisdizione con quello di un'attività economica, diretta alla trasformazione in danaro dei beni e alla distribuzione del ricavato.

**4.6.** In riferimento ai processi esecutivi per espropriazione è più difficile individuare la tendenza del diritto italiano, perché, accanto ai soggetti formalmente coinvolti nello svolgimento del processo, creditori e debitore, ve ne sono altri. L'interesse dei primi dovrebbe coincidere e consiste nella migliore realizzazione del ricavato. Quelli degli altri soggetti sono eterogenei, ma incidono sul funzionamento dei processi esecutivi: le banche, le società cessionarie dei crediti, le società immobiliari, i custodi, i professionisti delegati, le società che gestiscono i *software* sono portatori di interessi che non sempre coincidono con quelli dei creditori e del debitore.

Un importante contributo alla composizione di questi interessi è stato fornito dalla Corte di cassazione e, in particolare, dalla terza sezione, con il «*Progetto esecuzioni*».

Il progetto prevede «l'individuazione e lo spoglio – da parte di un gruppo di lavoro – delle controversie che presentano particolare rilevanza nomofilattica; la selezione delle questioni a) per i loro profili sistematici, b) per le contrastanti interpretazioni nella giurisprudenza di merito o di legittimità c) per l'applicabilità di rilevanti novità normative, d) per l'immediato impatto sulle procedure esecutive pendenti; l'assegnazione dei ricorsi così selezionati ad un apposito collegio, composto da consiglieri specializzati

nella materia dell'esecuzione forzata, la sollecita fissazione dell'udienza di discussione e l'espressa enunciazione dei principi di diritto nelle sentenze».

Il dibattito ed il confronto, che si sono sviluppati in riferimento a questa iniziativa, consentono, in riferimento a ciascuna delle questioni esaminate, la emersione e la esplicitazione degli interessi in gioco e, quindi, dei giudizi di valore sottesi alla difesa di ciascuno di essi.

L'iniziativa della terza sezione costituisce un modello di trasparenza per la individuazione delle tendenze della evoluzione dell'ordinamento.

Essa meriterebbe di essere esportata in altri settori della esperienza giuridica.

In relazione ai processi esecutivi, se non appare possibile indicare una univoca linea di tendenza del diritto italiano è possibile, tuttavia, indicare la trasparenza delle scelte e la determinazione degli interessi meritevoli di tutela attraverso il confronto come l'obiettivo che merita di essere difeso e perseguito, sulla traccia segnata dalla iniziativa appena indicata.

## 5. CONCLUSIONI

Nell'espletamento del gravoso, e prestigioso, impegno di indicare le «Nuove tendenze del diritto italiano», l'attenzione è stata orientata sull'esigenza della predeterminazione delle regole del processo, su quella di favorire la determinazione *in limine litis* del *thema decidendum* e del *thema probandum*, nonché su quella di trasparenza nell'affrontare e risolvere le questioni relative alla realizzazione coattiva dei diritti.

Nel Discorso inaugurale del Congresso internazionale di diritto processuale civile, tenutosi a Firenze il 30 settembre 1950 (ripubblicato con tutte le opere da *RomaTrePress*), Piero Calamandrei, tra l'altro ha rilevato che i processualciviliisti coltivano «una disciplina che, secondo l'animo con cui si considera, può essere la più gretta e la più sorda oppure la più vicina allo spirito [...] lo studio del diritto processuale civile è quello che più da vicino ci permette di avvicinarci a cogliere [...] il palpito della giustizia».

Nel ricordo dei principii e dei valori trasmessi dalle generazioni che ci hanno preceduto e che hanno utilmente fecondato questa terra lontana, l'attenzione è stata orientata su alcuni aspetti che consentono di cogliere il «palpito della giustizia», pur nella consapevolezza che gli obiettivi indicati possono essere illusori, «come succede a chi, camminando sulla riva del mare, non trova mai termine al suo cammino, perché dietro ogni sabbiosa quinta di dune, a cui voleva giungere, altre ampie distese lo attraggono più avanti verso altre dune» (Th. Mann).



# Civil Procedure Review

AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

## 5

### O regime jurídico das provas digitais no Direito brasileiro

---

The discipline of digital evidence in Brazilian Law

**João Paulo Lordelo Guimarães Tavares**

PhD in Law (Federal University of Bahia). Federal Prosecutor, Brazil.

**RESUMO:** O presente artigo tem por objetivo descrever o panorama geral da disciplina das provas digitais no Direito brasileiro. Inicialmente, são explicados os conceitos fundamentais para a compreensão do tema, relativos ao funcionamento das tecnologias de conexão à internet e acesso às aplicações disponíveis. Essa explicação envolve, entre outros, conceitos disciplinados pelo Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014), a exemplo do endereço de protocolo de internet (endereço IP), provedores de conexão e de acesso a aplicações de internet. Em seguida, é descrito o regime processual estabelecido pela mencionada lei, para então ser proposta uma metodologia básica de identificação de usuários a partir da coleta de dados de conexão ou acesso. Também são estabelecidas distinções processuais relevantes, em especial entre as medidas de busca e apreensão virtual e de interceptação de fluxo de dados. Ao final, são feitas considerações acerca da cadeia de custódia da prova, perícia e *hashing*, bem como da preservação de conteúdo.

**Palavras-Chave:** Direito probatório. Provas digitais. Marco Civil da Internet. Provedores de conexão. Provedores de aplicações de internet.

**ABSTRACT:** This article aims to describe the general panorama of the discipline of digital evidence in Brazilian law. Initially, the fundamental concepts for understanding the theme, about the functioning of Internet connection technologies and access to available applications, are explained. This explanation involves, among others, concepts disciplined by the Law 12.965/2014, such as the concept of internet protocol address (IP address), connection providers and internet applications providers. Then, the procedural regime established by the aforementioned legal statute is described, so that a basic methodology for identifying users from the collection of connection or access data is proposed. Relevant procedural distinctions are also defined, in particular between search and seizure measures and interception of data flow. By the end, considerations are made about the chain of custody of evidence, expertise and hashing, as well as the preservation of content.

**KEY-WORDS:** Evidence law. Digital evidence. Civil Framework of the Internet. Connection providers. Internet application providers.

**SUMÁRIO** - 1. Introdução - 2. Conceitos fundamentais – 2.1 Endereço de protocolo de internet (endereço IP), *domain names* e DNS – 2.2 Provedores de conexão à internet – 2.3 Provedores de aplicações de internet – 2.4 Servidores proxy, VPN e rede TOR – 3. O regime processual estabelecido pelo Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014) – 4. Metodologia básica para a identificação de usuários a partir da coleta de dados de conexão ou acesso – 5. Busca e apreensão virtual x interceptação de fluxo de dados: distinções necessárias – 6. Busca e apreensão de dispositivos informáticos ou telemáticos, cadeia de custódia da prova, perícia e *hashing* – 7. Pedidos de preservação de conteúdo – 8. Conclusão.

## 1. INTRODUÇÃO

A cada dia, cresce o uso de evidências digitais no Brasil. O que antes parecia se limitar aos processos penais – especialmente para fins de comprovação de crimes como o de divulgação de pornografia infantil pela internet, previsto no art. 241-A da Lei n. 8.069/1990 – passou a fazer parte também de processos cíveis.

Isso se deve, especialmente, ao crescente acesso à internet pela população brasileira, bem como à popularização das redes sociais, ferramentas que acabaram produzindo efeitos relevantes em campos como o da responsabilidade civil e o do processo eleitoral.

Lamentavelmente, diferentemente do que se observa na experiência estrangeira, a doutrina brasileira parece não se atentar ao tema, sendo raros os trabalhos voltados a uma descrição mínima do estado da arte no país.

Partindo dessa percepção, o presente artigo tem por objetivo descrever o panorama geral da disciplina das provas digitais no Direito brasileiro.

Inicialmente, são explicados os conceitos fundamentais para a compreensão do tema, relativos ao funcionamento das tecnologias de conexão à internet e acesso às aplicações disponíveis. Essa explicação envolve, entre outros, conceitos disciplinados pelo Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014), a exemplo do endereço de protocolo de internet (endereço IP), provedores de conexão e de acesso a aplicações de internet.

Em seguida, é descrito o regime processual estabelecido pela mencionada lei, para então ser proposta uma metodologia básica de identificação de usuários a partir da coleta de dados de conexão ou acesso.

Também são estabelecidas distinções processuais relevantes, em especial entre as medidas de busca e apreensão virtual e de interceptação de fluxo de dados.

Ao final, são feitas considerações acerca da cadeia de custódia da prova, perícia e *hashing*, bem como da preservação de conteúdo, ferramenta que tem se revelado essencial para a conservação das provas.

## 2. CONCEITOS FUNDAMENTAIS

Para que se possa conhecer a disciplina da produção de *provas digitais*, é necessária a prévia compreensão a respeito de alguns conceitos fundamentais, relativos ao funcionamento das tecnologias de conexão à internet e acesso às aplicações disponíveis.

O objetivo dos tópicos seguintes é o de, pressupondo-se o alheamento dos juristas em geral em relação a tais temas, desenvolvê-los de forma acessível e objetiva, focando em seus aspectos mais relevantes para fins probatórios.

### 2.1. Endereço de protocolo de internet (endereço IP), *domain names* e DNS

O conceito de endereço de protocolo de internet (endereço IP) é certamente o elemento nuclear para a compreensão do funcionamento da internet. Isso porque ela consiste num sistema global de redes de computadores conectados a partir de protocolos de comunicação padronizados que utilizam tais endereços como “caminhos” ou “rotas” de interconectividade<sup>1</sup>.

Toda pessoa conectada à internet o faz sob um endereço IP numérico. Esse número não é infinito. Cada endereço é distribuído pela *Internet Assigned Numbers Authority* (IANA), organização mundial sediada na Califórnia<sup>2</sup>, encarregada de supervisionar e

1. HARGREAVES, Stuart; LOKMAN, Tsui. IP Addresses as Personal Data Under Hong Kong’s Privacy Law: An Introduction to the Access My Info HK Project. *Journal of Law, Information & Science*, 2017, Vol. 25, p. 68-83, 16p. Borgesius, Frederik Zuiderveen. The Breyer Case of the Court of Justice of the European Union: IP Addresses and the Personal Data Definition. *European Data Protection Law Review (EDPL)*, 2017, Vol. 3, p. 130-137.
2. McGillivray, Kevin. Give it away now? Renewal of the IANA functions contract and its role in internet governance. *International Journal of Law & Information Technology*. Spring 2014, Vol. 22, p. 3-26. Cf. [<http://www.iana.org>].

atribuir IPs aos provedores de conexão de internet, possibilitando a atribuição aos seus usuários. Desde 1998, a IANA consiste em um departamento da *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN)*<sup>3</sup>, entidade sem fins lucrativos responsável pelo desenvolvimento de políticas voltadas ao funcionamento e expansão da internet em todo o mundo<sup>4</sup>.

Atualmente, as versões dos endereços de protocolo de internet utilizados são duas. A mais comum ainda é o IPv4, que utiliza endereços de 32 bits, limitando a sua atribuição para até 4.294.967.296 (2<sup>32</sup>) endereços. O IPv4 utiliza quatro campos para definir o endereço IP (ex.: 225.109.4.98). A acelerada expansão da internet conduziu à necessidade de aumento dos números de protocolo de internet existentes, o que resultou na criação do IPv6, versão mais atual e com capacidade consideravelmente superior.

Cada vez que alguém se conecta à internet, o provedor de conexão atribui a ela um determinado endereço de IP. Normalmente, a cada conexão é atribuído um número de endereço distinto (endereço de IP dinâmico<sup>5</sup>), muito embora seja permitido aos provedores de internet atribuir endereços fixos aos seus usuários. Além disso, o normal é que cada endereço seja designado para apenas uma pessoa, permitindo o registro individualizado da sua atuação na internet.

Apesar de a designação de endereços IPs pela IANA ser individual para cada servidor, é possível que um determinado usuário se utilize de uma ferramenta chamada *Network Address Translation (NAT)*, conhecida também como *masquerading*, em sua rede privada<sup>6</sup>. A título de exemplo, se alguém utiliza um roteador *wireless* em casa, muito embora esse roteador utilize um único endereço IP para se conectar à internet, ele distribui, para cada usuário doméstico, um número interno, conhecido como “IP privado” (ex.: 192.168.0.0/16). Esses números internos não são roteados na internet (e por isso, podem coincidir em casas diversas), mas apenas o número do endereço IP do roteador. Isso faz com que todos os usuários, ao final, se conectem à internet por um mesmo endereço IP público, embora por meio de portas lógicas distintas.

Situações assim dificultam a individualização de determinada conduta praticada na internet, para fins probatórios. Imagine-se um indivíduo que se conecta à rede *wireless* de um bar e pratica um delito por meio do seu celular. Como identificá-lo? Essa tarefa exige uma verificação mais acurada, a partir da análise dos registros de conexão que permanecem dentro do roteador (*logs*).

3. Saliba, Aziz Tuffi; Bahia, Amael Notini Moreira. A jurisdição da ICANN: desafios atuais e perspectivas futuras. *Revista de Direito Internacional*; 2019, Vol. 16, p. 335-345. Cf. [<http://icann.org>].
4. Mueller, Milton. Detaching Internet Governance from the State: Globalizing the IANA. *Georgetown Journal of International Affairs*, Vol. 15, 2014, p. 35-44.
5. EL KHOURY, Alessandro. Dynamic IP Addresses Can be Personal Data, Sometimes. A Story of Binary Relations and Schrödinger’s Cat. *European Journal of Risk Regulation*, 2017, Vol. 8, p, 191-197.
6. Wing, Dan. Network Address Translation. *IEEE Internet Computing*. Jul/Aug 2010, Vol. 14, p. 66-70.

Por fim, é preciso esclarecer o conceito de nome de domínio (*domain name*). Cuida-se de uma forma de se conferir uma aparência mais compreensiva a um endereço IP. Toda vez que um usuário de internet digita em um navegador de internet (*internet browser*) um determinado endereço de registro (ex.: *www.joaolordelo.com*), esse endereço consiste num *domain name* que uma empresa de registros – chamada *Registrar* – alienou a alguém – chamado *Registrant*. Esses nomes de domínio facilitam a navegação pela internet e também se sujeitam ao controle da IANA. Cada vez que alguém adentra um *website*, o Sistema de Nomes de Domínio (*Domain Name System* – DNS) faz a associação entre o domínio e o respectivo endereço IP a ele atribuído, permitindo a conexão. Cada equipamento que hospeda um determinado *website* possui o seu endereço IP, que é alcançado pelo protocolo de conexão por meio do *domain name*.

## 2.2. Provedores de conexão à internet

Conforme disposto no art. 5º, V, do Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014), entende-se por conexão à internet “a habilitação de um terminal para envio e recebimento de pacotes de dados pela internet, mediante a atribuição ou autenticação de um endereço IP”. Os provedores de conexão, como o próprio nome sugere, são pessoas que prestam o serviço de habilitar os seus usuários ao acesso à internet. Quando algum consumidor paga uma determinada quantia para uma companhia habilitar o seu *smartphone*, possibilitando sua conexão à internet, essa companhia é um provedor de conexão.

Na forma do art. 13 da Lei n. 12.965/2014, na provisão de conexão à internet, cabe ao administrador de sistema autônomo respectivo o dever de manter os registros de conexão, sob sigilo, em ambiente controlado e de segurança, pelo prazo de 1 (um) ano, nos termos do regulamento. Essa responsabilidade não poderá ser transferida a terceiros (§ 1º).

Os registros de conexão conservam dados como o endereço IP atribuído ao usuário, a data e o horário da conexão, a duração da designação e o número da conta do usuário. O descumprimento das regras relativas à conservação desses dados poderá sujeitar o provedor a sanções que variam desde a advertência até a proibição de exercício de atividades (art. 12, I a IV).

É importante notar que, em respeito à intimidade e à privacidade dos usuários, aos provedores de conexão é vedado guardar os registros de acesso a aplicações de internet – a exemplo do acesso a um determinado *website* ou rede social –, devendo se limitar aos dados de conexão (art. 14). Em outras palavras, os provedores de conexão não podem monitorar, muito menos registrar informações relativas aos *websites* e aplicativos acessados pelos seus usuários.

### 2.3. Provedores de aplicações de internet

A Lei n. 12.965/2014 conceitua as aplicações de internet de forma ampla, compreendidas como “o conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet” (art. 5º, VII). Após uma determinada pessoa se conectar à internet, o caminho natural consiste no acesso a determinadas aplicações, a exemplo de *websites*, redes sociais (*Twitter, Instagram, Facebook* etc.), ferramentas de comunicação instantânea (*Whatsapp, Telegram, Skype, Hangouts* etc.), caixas de mensagens de e-mail (*Hotmail, Gmail, Yahoo* etc.), buscadores (*Google, Yahoo, Bing* etc.), entre outras. Todas essas aplicações são mantidas por provedores específicos (ex.: o Google é o provedor da aplicação Gmail), que se ocupa de ofertar funcionalidades ao acesso à internet.

Vê-se, assim, que os provedores de aplicação, ao contrário dos provedores de conexão, não se ocupam do serviço de habilitação de um usuário para o acesso à internet, mas sim de ofertar funcionalidades variadas, gratuitas ou onerosas, que imprimem maior utilidade à rede mundial de computadores.

Na forma do art. 15 da Lei n. 12.965/2014, o provedor de aplicações de internet constituído na forma de pessoa jurídica e que exerça essa atividade de forma organizada, profissionalmente e com fins econômicos deverá manter os respectivos registros de acesso a aplicações de internet, sob sigilo, em ambiente controlado e de segurança, pelo prazo de 6 (seis) meses, nos termos do regulamento. Em termos mais simples, se alguém acessa o seu e-mail particular mantido pelo provedor Google (Gmail) em um determinado dia, num determinado horário, esse provedor possui a obrigação de guardar os dados desse acesso (endereço IP, data, horário e dados cadastrais) por pelo menos 6 (seis) meses. Igualmente, se alguém publica algo na rede social *Twitter*, os dados relativos a essa publicação devem permanecer guardados.

### 2.4. Servidores proxy, VPN e rede TOR

O uso de *proxies* e VPNs tem sido cada vez mais frequente por pessoas que buscam maior privacidade na internet mediante a ocultação do endereço IP. Até mesmo usuários comuns têm utilizado tais ferramentas, cuja compreensão é também necessária para fins de coleta de evidências digitais<sup>7</sup>.

Um *proxy* consiste em um servidor que atua como intermediário – um verdadeiro “representante” – de um determinado usuário de internet, emprestando-lhe o seu endereço IP. A título de exemplo, um usuário brasileiro conectado à internet por meio do endereço IP 200.200.200.1 pode se utilizar de um servidor de *proxy* chinês com endereço IP diverso para acessar variadas aplicações na internet. Em tal caso, ao solicitar o acesso a um provedor de aplicação como uma rede social (*Twitter, Facebook,*

7. Morris, Antonio. How to surf privately (& watch O/S TV). *APC (Bauer Media Group)*, Jun. 2010, Vol. 30, p. 84-84.



*Instagram* etc.), o usuário enviará esse pedido ao servidor *proxy*, conectando-se a ele. O *proxy*, por seu turno, fará a conexão com a rede social. Consequentemente, o tráfego de dados com o endereço IP da rede social será feito por um IP diverso (o endereço distribuído a um servidor *proxy* chinês), que encaminhará esses dados ao usuário brasileiro.

Em razão disso, no exemplo citado, os dados de conexão armazenados pelo provedor de aplicação não serão aqueles do usuário brasileiro, mas sim do servidor *proxy*. Assim, a identificação do usuário dependerá de uma prévia investigação a respeito do serviço de *proxy* oferecido, pode ser feito por meio do banco de dados existente em locais como a empresa *Domains by proxy8*, ou por medidas de cooperação internacional voltadas à coleta dos dados de conexão do servidor *proxy* estrangeiro.

De forma similar, uma *virtual private network* (VPN) também permite a ocultação do endereço IP de um determinado usuário, mas com algumas diferenças relevantes. De início, as VPNs conseguem redirecionar todo o tráfego de um terminal<sup>9</sup> – um computador, um *smartphone* etc. Um *proxy*, por outro lado, é utilizado em um aplicativo que permita conexão com a internet, a exemplo de um navegador ou mesmo um jogo, não sendo possível configurar todas as conexões de um computador ou roteador. Além disso, as VPNs submetem o tráfego de dados a um processo de criptografia, que pode ser traduzido como uma espécie de “envelopamento das informações e seu tráfego por um túnel totalmente seguro que interliga seu computador a uma rede remota”<sup>10</sup>. Por consequência desse procedimento, as VPNs costumam reduzir bastante a velocidade da navegação do usuário<sup>11</sup>.

Por fim, o *The Onion Router* (TOR) consiste em uma aplicação de internet que oculta a identidade do seu usuário, através não apenas da criptografia dos dados de tráfego, mas também pelo seu direcionamento por variados servidores operados por voluntários. Há aqui uma sobreposição de servidores que repassam os dados, o que gera uma espécie de “criptografia multicamadas”.

Apesar da complexidade dessas ferramentas, é possível a obtenção de dados de conexão de usuários que se utilizam de *proxy*, VPN ou TOR<sup>12</sup>, o que demanda atuações

8. Cf. [<https://www.domainsbyproxy.com/AboutUs.aspx>].

9. Brandt, Andrew. Easy VPNs Secure Wi-Fi at Home and on the Road. *PCWorld*. Abr. 2005, Vol. 23, p. 40-40.

10. Cf. [<https://canaltech.com.br/seguranca/afinal-de-contas-qual-a-diferenca-entre-proxy-e-vpn-62225/>].

11. Bandler, John. Network Cybersecurity in Your Home and Office. *GPSolo*, Mar/abr. 2018, Vol. 35, p. 52-55.

12. Chakravarty, Sambuddho; Portokalidis, Georgios; Polychronakis, Michalis; Keromytis, Angelos. Detection and analysis of eavesdropping in anonymous communication networks. *International Journal of Information Security*, Jun. 2015, Vol. 14, p. 205-220.

de órgãos especializados em combate a crimes cibernéticos (FBI, Ministério Público, Polícia Federal etc.).

### **3. O REGIME PROCESSUAL ESTABELECIDO PELO MARCO CIVIL DA INTERNET (LEI N. 12.965/2014)**

Como expressamente anunciado em seu art. 1º, o Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014) tem por objetivo estabelecer princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil, além de determinar as diretrizes para atuação da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios em relação à matéria.

Entre os princípios elencados no art. 3º do diploma legal, destacam-se, para fins probatórios, a “proteção da privacidade” (inciso II) e a “proteção dos dados pessoais” (inciso III). Em decorrência desses dois princípios, o art. 7º estabelece, entre outros direitos dos usuários, a “inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, salvo por ordem judicial, na forma da lei” (inciso II), a “inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial” (inciso III), bem como o “não fornecimento a terceiros de seus dados pessoais, inclusive registros de conexão, e de acesso a aplicações de internet, salvo mediante consentimento livre, expresso e informado ou nas hipóteses previstas em lei;” (inciso VII).

Em reforço à disciplina estabelecida em seus dispositivos inaugurais, o art. 22 assegura genericamente à “parte interessada”, com o propósito de formar conjunto probatório em processo judicial cível ou penal, em caráter incidental ou autônomo, a possibilidade de requerer ao juiz que ordene ao responsável pela guarda o fornecimento de registros de conexão ou de registros de acesso a aplicações de internet<sup>13</sup>.

Para tanto, o seu parágrafo único estabelece três requisitos, sob pena de inadmissibilidade do requerimento: a) fundados indícios da ocorrência do ilícito; b) justificativa motivada da utilidade dos registros solicitados para fins de investigação ou instrução probatória; e c) período ao qual se referem os registros.

É importante atentar, porém, a duas sutilezas.

A primeira delas consiste na compreensão de que o requerimento a que alude o art. 22 da Lei n. 12.965/2014 pode assumir duas naturezas bastantes distintas.

De um lado, é possível que ele se resuma a um pedido de quebra de dados informáticos ou telemáticos já armazenados em provedores de conexão, a exemplo um requerimento voltado ao conhecimento do endereço IP, dia e hora que um determinado usuário acessou a internet ou usou determinado aplicativo.

---

13. Nesse sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça: “O Marco Civil da Internet afirma a obrigatoriedade de ordem judicial para que os provedores de acesso e de aplicação apresentem dados considerados pessoais e sigilosos a interessados. Trata-se de a proteção necessária e esperada à privacidade e à intimidade dos usuários de aplicações da internet” (REsp 1782212/SP, Terceira Turma, Relatora: Min. Nancy Andrighi, DJe 7.11.2019).

De outro lado, é possível que o pedido consista na interceptação do fluxo de dados, mediante o monitoramento do fluxo de dados de conexão ou de acesso de um determinado usuário, caso em que são atraídos os requisitos adicionais relativos à interceptação de comunicações telefônicas, por força do que dispõe o art. 1º, parágrafo único, da Lei n. 9.296/1996, que regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição da República. Conforme estabelece o aludido diploma, essa medida somente pode ser determinada para fins de investigação de infração de natureza criminal punida com reclusão.

Outra diferença, conforme precedente do Superior Tribunal de Justiça, reside no requisito da indicação, no requerimento, do “período ao qual se referem os registros” (art. 22, parágrafo único, III). No julgamento do RHC n. 117.680/PR, o tribunal compreendeu que essa exigência somente se faz para a interceptação de fluxos de dados requisitados a provedores de aplicações de internet<sup>14</sup>. Isso se deve ao acentuado caráter interventivo, na medida em que a interceptação do fluxo de dados – a exemplo do acesso contínuo à caixa de e-mail ou das conversas em um determinado aplicativo de *chat* – não diz respeito a dados estáticos, interferindo diretamente na liberdade de comunicação em si, a merecer limitação temporal.

No particular, entende-se que o aludido precedente, embora com a melhor das intenções, chegou a uma conclusão equivocada. Em realidade, a partir das premissas elencadas, o resultado deveria ser o inverso: a necessidade de indicação de um lapso temporal preciso para o acesso a dados estáticos, algo que, para a interceptação do fluxo de dados, parece ilógico, na medida em que o objetivo da interceptação consiste na obtenção de informações *futuras* relativas a ilícitos penais.

De um lado, não é razoável permitir-se o acesso ilimitado a todos os dados telemáticos ou informáticos estáticos relativos a um determinado usuário, sob pena de exposição de dados temporalmente muito distantes dos fatos cuja comprovação se busca. De outro lado, na interceptação do fluxo de dados, é suficiente o estabelecimento de um lapso temporal para fins de análise da necessidade de prorrogações, tal como ocorre na disciplina que a Lei n. 9.296/1996 estabeleceu para a interceptação telefônica.

Há ainda uma segunda sutileza.

Embora o Marco Civil da Internet discipline a guarda e a exibição de dados de conexão – no caso dos provedores de conexão (art. 13, § 5º) – e de acesso – no caso dos provedores de aplicações de internet (art. 15, § 1º) –, existem outros dados igualmente relevantes, que podem ser fornecidos especialmente pelos provedores de aplicações de internet.

Cuida-se de dados que, embora também possam ser compreendidos, genericamente, como dados telemáticos – no caso de aplicação para *smartphone* –

14. RHC 11780/PR, Sexta Turma, Relator: Min. Nefi Cordeiro, DJe 14.2.2020.

ou informáticos – se utilizado outro tipo de terminal –, não dizem respeito apenas à conexão à internet ou acesso a uma determinada aplicação.

Curiosamente, o Marco Civil da Internet não parece se preocupar com essas informações, concentrando-se a Lei n. 12.965/2014 em disciplinar dados pessoais relativos à conexão à internet – a exemplo do endereço IP, data e hora do acesso, além da porta lógica, no caso do uso de ferramenta NAT<sup>15</sup> – e de acesso às aplicações – notadamente endereço IP, data, hora e duração do acesso. O que dizer de dados como as informações cadastrais em uma determinada rede social ou até mesmo o conteúdo de mensagens privadas de *chat* ou de e-mail? Certamente, não se trata de dados de conexão ou de acesso, mas são igualmente relevantes para fins probatórios.

No que diz respeito aos dados cadastrais, a lei confere uma proteção menor ao seu acesso, sendo permitida, por exemplo, a requisição direta por membros do Ministério Público ou por autoridades policiais, desde que limitados a informações referentes à qualificação pessoal, filiação e o endereço do usuário (art. 10-A, § 1º, II, c/c arts. 15 a 17 da Lei n. 12.850/2013). No caso de particulares ou outros órgãos públicos, a requisição desses dados dependerá de prévia autorização judicial.

Por seu turno, o acesso ao conteúdo de documentos e conversas armazenados em aplicativos – a exemplo de mensagens de e-mail, mensagens de aplicativos de comunicação instantânea, documentos e conteúdos armazenados na nuvem, dados de localização, dados relativos à utilização de aplicações de serviços de transporte (*Uber*, 99POP etc.), entre outros – deve sempre ser objeto de requerimento judicial prévio, da mesma forma que ocorre com documentos físicos ou correspondências obtidos por meio de busca e apreensão. E mais: na hipótese de interceptação do fluxo desses dados, ou seja, quando o que se deseja é o acesso simultâneo aos dados produzidos, será aplicado o regime das interceptações telefônicas (art. 1º, parágrafo único, da Lei n. 9.296/1996).

#### 4. METODOLOGIA BÁSICA PARA A PRODUÇÃO DA PROVA DIGITAL

Um questionamento comum, frequentemente formulado por profissionais não especializados em evidências digitais, consiste em saber a forma de identificação de usuários a partir de um acesso a uma aplicação. Imagine-se que um determinado usuário anônimo de uma rede social publique uma mensagem ofensiva a alguém. Para

---

15. Segundo precedente do Superior Tribunal de Justiça, “Pelo cotejamento dos diversos dispositivos do Marco Civil da Internet mencionados acima, em especial o art. 10, caput e § 1º, percebe-se que é inegável a existência do dever de guarda e fornecimento das informações relacionadas à porta lógica de origem. 9. Apenas com a porta lógica de origem é possível fazer restabelecer a univocidade dos números IP na internet e, assim, é dado essencial para o correto funcionamento da rede e de seus agentes operando sobre ela. Portanto, sua guarda é fundamental para a preservação de possíveis interesses legítimos a serem protegidos em lides judiciais ou em investigações criminais” (REsp 1777769/SP, Terceira Turma, Relatora: Min. Nancy Andrighi, Dje 8.11.2019).

além da comprovação da existência da mensagem, como identificar esse usuário? De igual modo, como proceder no caso de a prova de um determinado fato consistir em uma mensagem de e-mail enviada por um usuário?

Firmadas as premissas anteriores, é importante saber, em termos pragmáticos, a forma de postulação de acesso aos dados pessoais e aos documentos eletrônicos.

Em processos cíveis, o procedimento adotado será o da produção antecipada de provas, que, na disciplina do novo Código de Processo Civil, poderá ser proposta mesmo sem razões cautelares, bastando que o “prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação” (art. 381, III, do CPC).

Se o que se objetiva é a *identificação* de usuários responsáveis por determinada conduta praticada por intermédio de provedores de aplicações de internet – a exemplo do envio de mensagem de e-mail, publicações de imagens, mensagens em redes sociais, áudios, páginas etc. –, o primeiro passo consiste em saber o endereço IP que foi utilizado para a concretização dessa conduta. Isso porque, como já referido, o tráfego de dados entre um determinado usuário e um provedor de aplicações ocorre por intermédio de um endereço IP que lhe foi distribuído por um provedor de conexão à internet.

Assim, nesse caso, a postulação deve seguir o seguinte roteiro: a) requerimento de quebra do sigilo de dados informáticos, de modo que o provedor de aplicações (*Twitter, Facebook, Google* etc.) exiba o endereço IP utilizado para a publicação de determinada mensagem, informando-se as suas circunstâncias (usuário, dia e hora); b) requerimento de quebra de sigilo de dados pessoais, para que esse mesmo provedor de aplicações forneça as informações utilizadas pelo usuário para abrir a sua conta. No caso de mensagens de e-mail, o destinatário da mensagem, ao recebê-la, já é informado também sobre o endereço IP do usuário que a enviou, tornando-se desnecessário o primeiro requerimento.

Com frequência, os dados pessoais informados por ocasião do cadastro (nome, endereço etc.) são falsos. Nesse caso, será necessário passar para um segundo passo, consistente na identificação do provedor de conexão a partir do endereço IP informado pelo provedor de aplicações. Essa identificação não é difícil, na medida em que cada endereço é distribuído pela *Internet Assigned Numbers Authority* (IANA). Para tanto, basta inserir o número do endereço IP em uma ferramenta *Whois*<sup>16</sup>, o que pode ser feito pelo próprio requerente.

Existem diversos *websites* que permitem o acesso gratuito ao *Whois*, a exemplo daqueles que podem ser acessados pelos endereços <http://registro.br> (para endereços nacionais) e <http://www.whois.net>. Outros são pagos, ofertando informações mais

---

16. Elliott, Kathryn. The Who, What, Where, When, and Why of WHOIS: Privacy and Accuracy Concerns of the WHOIS Database. *SMU Science and Technology Law Review*, Vol. 12, 2009, p. 141-172. Cf. também Sobek, Jeffrey Stephen. Balancing Individual Privacy Rights and the Rights of Trademark Owners in Access to the WHOIS. *John Marshall Law Review*, Vol. 38, 2004, p. 357-380.

detalhadas. O *Whois* informa, entre outros, os seguintes dados, que são relevantes para a identificação do usuário: a) o local do endereço IP (país, geralmente); b) *Host name*; c) *Whois server* (mantenedor do IP); d) *IP range* (bloco de números IP que o provedor de conexão possui) etc.<sup>17</sup>

Identificado o provedor de conexão (Claro, Vivo, Velox, NET etc.), o terceiro passo consistirá no requerimento de quebra de sigilo de dados, possibilitando-se o acesso às informações cadastrais do usuário junto a essas empresas. Esse último passo dispensará a mediação judicial, na hipótese de o requerente ser o Ministério Público ou autoridade policial, por força do que dispõe a Lei n. 12.850/2013 (art. 10-A, § 1º, II, c/c arts. 15 a 17). Ainda que essas informações sejam falsas, é possível identificá-lo por metodologias empregadas a partir dos dados relativos à forma de pagamento do serviço.

Por outro lado, se o que se quer é a *obtenção de um documento virtual* – a exemplo do acesso à caixa de e-mail de um determinado usuário em um período específico, o acesso aos documentos armazenados em uma conta na “nuvem”, o histórico de buscas de um determinado buscador, o histórico de localização ou de uso de aplicações de transporte, entre outros –, o prévio conhecimento do endereço IP do usuário pode ser desnecessário. Para tanto, será suficiente a indicação de informações como o endereço de e-mail, nome ou número de identificação do perfil nas redes sociais.

## 5. BUSCA E APREENSÃO VIRTUAL X INTERCEPTAÇÃO DE FLUXO DE DADOS: DISTINÇÕES NECESSÁRIAS

No clássico precedente formado por ocasião do julgamento do RE 418416/SC, o Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento no sentido de que “a proteção a que se refere o art. 5º, XII, da Constituição, é da comunicação ‘de dados’ e não dos ‘dados em si mesmos’, ainda quando armazenados em computador”<sup>18</sup>. Naquela oportunidade, foi feita uma clara distinção entre a obtenção de dados informáticos “estáticos” – ex.: mensagens de e-mail e documentos armazenados em um dispositivo – e a comunicação (“fluxo”) de dados.

No primeiro caso, os dados já existem e estão armazenados em algum local, que pode ser um terminal do usuário (*smartphone*, computador etc.) ou um servidor (caixa de e-mail, *iCloud*, *Google Drive* etc.). O que temos aqui são dados estáticos que podem ser objeto de um pedido judicial de busca e apreensão “física” – no caso de celulares, computadores etc. – ou busca e apreensão “virtual” (quebra de sigilo telemático/informático).

17. Aaron, Tara M. Availability of WHOIS Information after the GDPR - Is It Time to Panic. *The Trademark Reporter*, Vol. 108, 2018, p. 1.129-1.142.

18. RE 418416/SC, Tribunal Pleno, Relator: Min. Sepúlveda Pertence, j. 10.5.2006. cf. voto no MS 21.729, Pleno, 5.10.95, red. Néri da Silveira - RTJ 179/225, 270.

Situação diversa consiste na interceptação de fluxos de dados, medida que, por força do art. 5º, XII, da Constituição da República, regulamentado pelo art. 1º, parágrafo único, da Lei n. 9.296/1996, somente pode ser judicialmente deferida para fins de investigação criminal ou instrução processual relativa a crime punido com reclusão. Assim, não é possível formular, em processos de natureza cível, pedidos de interceptação de mensagens em aplicativos de *chat* ou de e-mail, nem mesmo o acesso à senha do usuário em aplicativos dessa natureza, o que permitiria o monitoramento da comunicação.

É permitido, porém, o empréstimo de prova produzida por meio de interceptação do fluxo de dados, em processo ou investigação criminal, para processos cíveis e até mesmo processos administrativos, conforme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal<sup>19</sup> e do Superior Tribunal de Justiça<sup>20</sup>.

## **6. BUSCA E APREENSÃO DE DISPOSITIVOS INFORMÁTICOS OU TELEMÁTICOS, CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA, PERÍCIA E HASHING**

Em processos cíveis ou criminais, é comum a formulação de pedidos de busca e apreensão de dispositivos informáticos (computadores, *laptops* etc.) ou telemáticos (*smartphones*) para fins de obtenção de provas.

Questão relevante consiste em saber se, apreendido o dispositivo, seria necessária a formulação de novo pedido, voltado à extração do conteúdo já armazenado. Quanto a isso, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é sólida no sentido de que, se ocorreu a busca e apreensão da base física dos aparelhos de telefone celular, ante a relevância para as investigações, “não há óbice para se adentrar ao seu conteúdo já armazenado, porquanto necessário ao deslinde do feito, sendo prescindível nova autorização judicial para análise e utilização dos dados neles armazenados”<sup>21</sup>.

Por outro lado, o STJ considera ilícito o acesso aos dados do celular extraídos do aparelho celular apreendido em flagrante delito, “quando ausente de ordem judicial para tanto, ao entendimento de que, no acesso aos dados do aparelho, se tem a devassa de dados particulares, com violação à intimidade do agente”<sup>22</sup>.

Apreendido o dispositivo mediante ordem judicial, a atividade pericial exige cuidados relativos à *cadeia de custódia* da prova, assim compreendido “o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte” (art. 158-A do CPP).

19. RMS 36434 AgR/DF, Primeira Turma, Relator: Min. Alexandre de Moraes, DJe 11.10.2019; RMS 30295 AgR/DF, Primeira Turma, Relatora: Min. Rosa Weber, DJe 12.2.2019.

20. MS 24031/DF, Primeira Seção, Relatora: Ministra Regina Helena da Costa, DJe 16.10.2019.

21. HC 372.762/MG, Quinta Turma, Relator: Ministro Felix Fischer, DJe 16.10.2017.

22. AgRg no HC 542940/SP, Sexta Turma, Relator: Nefi Cordeiro, DJe 10.3.2020.

Um método valioso para a sua preservação consiste no uso de ferramentas de *hashing*. Cuida-se de operação realizada por meio de aplicativo que cria um código único (*hash*) para quaisquer dados que sejam nele inseridos, tornando-se extremamente relevante para fins de preservação da integridade de uma evidência digital coletada. A título de exemplo, ao se utilizar o aplicativo de *hashing* no conteúdo de um disco rígido (HD) externo ou no conteúdo armazenado por um aparelho celular, será gerado um número de *hash* único. Se um único arquivo daquela base de dados for modificado, o número *hash* será diverso. Assim, qualquer alteração no conteúdo poderá ser identificada pela comparação entre o número *hash* inicial e o número após a suposta alteração, tornando-se inservível a prova<sup>23</sup>.

## 7. PEDIDOS DE PRESERVAÇÃO DE CONTEÚDO

O Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014) também disciplina um instrumento bastante utilizado na experiência estrangeira, consistente nas requisições de preservação de conteúdo. A sua relevância decorre não apenas da limitação temporal que a legislação estabelece para a guarda dos dados de conexão e acesso, mas, sobretudo, da facilidade com que os usuários de aplicações de Internet podem excluir o registro de dados, especialmente após a edição da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei n. 13.709/2018).

Na forma do art. 13, § 2º, e art. 15, § 2º, do Marco Civil da Internet, a autoridade policial ou administrativa ou o Ministério Público poderão “requerer” cautelarmente que os registros de conexão ou os registros de acesso a aplicações de Internet sejam guardados por prazo superior ao previsto na lei (um ano, para os registros de conexão; seis meses, para os de acesso a aplicações).

Apesar da literalidade do texto legal, compreendemos que a regra em questão não trata propriamente de um *requerimento*, mas sim de uma verdadeira *requisição*, com conteúdo de ordem direta aos provedores de conexão e de aplicação, como a experiência estrangeira ensina. Isso porque, à luz do que dispõem o art. 13, § 3º, e o art. 15, § 2º, a autoridade “requerente” terá o prazo de 60 (sessenta) dias, contados a partir do “requerimento”, para ingressar com o pedido de autorização judicial de acesso aos registros previstos no *caput*. Se acaso fosse necessária a prévia autorização judicial para a mera preservação de dados, essa ferramenta careceria de utilidade, na medida em que o lapso temporal entre o requerimento e o deferimento judicial a tornaria inócua. Além disso, bastaria o requerimento judicial de acesso imediato aos dados, não havendo utilidade em primeiramente se pedir judicialmente a sua preservação.

---

23. Truong, Tri. Hashing in the Cloud: The Private Search Defense Is Active and Potent. *MU Law Review*, Vol. 72, p. 343-350; Branham, Rebekah. Hash it out: fourth amendment protection of electronically stored child exploitation. *Akron Law Review*, 2019, Vol. 53, p. 217-244.



Em atenção à disciplina legal, diversos provedores de aplicações de Internet já estabeleceram ferramentas automatizadas de preservação de conteúdo, acessíveis em *websites* específicos. É o caso do *Facebook*, rede social que desenvolveu uma plataforma específica, denominada *Facebook Records* (<https://www.facebook.com/records/login/>), destinada a “solicitações online para autoridades de aplicação da lei”.

Embora a *preservação* do conteúdo seja alcançada extrajudicialmente, o seu *acesso* depende de prévia autorização judicial. Excepcionalmente, a experiência revela que os provedores de aplicações de Internet disponibilizam diretamente dados de acesso e até mesmo conteúdos privados, em hipóteses como as de flagrantes de crimes ou de indícios de planejamento de suicídios de usuários.

## 8. CONCLUSÃO

O regime jurídico da produção de provas digitais ainda é pouco conhecido pelos profissionais do Direito, sendo raras as produções acadêmicas sobre esse tema no Brasil.

Analisando-se o exposto, foi possível perceber que essa disciplina demanda uma prévia compreensão concernente a conceitos fundamentais, relativos ao funcionamento das tecnologias de conexão à Internet e acesso às aplicações disponíveis. Essa compreensão envolve os conceitos disciplinados pelo Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014), a exemplo do endereço de protocolo de Internet (endereço IP), provedores de conexão e de acesso a aplicações de Internet, além de outros, como os de *domain name*, *DNS*, *hashing*, *VTN*, *proxy* etc.

Firmadas tais premissas, o regime geral de produção de provas digitais foi descrito por meio da análise da mencionada lei, que estabelece obrigações específicas para os provedores, além de prever a necessidade de prévia autorização judicial para a coleta dos dados de conexão e de acesso por eles armazenados.

A análise desse regime permitiu a construção de uma proposta metodológica básica de identificação de usuários a partir do exame dos dados de conexão e de acesso, possibilitando ainda a realização de distinções processuais relevantes, em especial entre as medidas de busca e apreensão virtual (quebra de sigilo de dados) e de interceptação de fluxo de dados.

## REFERÊNCIAS

- AARON, Tara M. Availability of WHOIS Information after the GDPR - Is It Time to Panic. *The Trademark Reporter*, Vol. 108, 2018, p. 1.129-1.142.
- BANDLER, John. Network Cybersecurity in Your Home and Office. *GPSolo*, Mar/Apr 2018, Vol. 35, p. 52-55.
- BORGESIU, Frederik Zuiderveen. The Breyer Case of the Court of Justice of the European Union: IP Addresses and the Personal Data Definition. *European Data Protection Law Review (EDPL)*, 2017, Vol. 3, p. 130-137.
- BRANDT, Andrew. Easy VPNs Secure Wi-Fi at Home and on the Road. *PCWorld*. Apr2005, Vol. 23, p. 40-40.

- BRANHAM, Rebekah. Hash it out: fourth amendment protection of electronically stored child exploitation. *Akron Law Review*, 2019, Vol. 53, p. 217-244.
- CHAKRAVARTY, Sambuddho; Portokalidis, Georgios; Polychronakis, Michalis; Keromytis, Angelos. Detection and analysis of eavesdropping in anonymous communication networks. *International Journal of Information Security*, Jun. 2015, Vol. 14, p. 205-220.
- EL KHOURY, Alessandro. Dynamic IP Addresses Can be Personal Data, Sometimes. A Story of Binary Relations and Schrödinger's Cat. *European Journal of Risk Regulation*, 2017, Vol. 8, p. 191-197.
- ELLIOTT, Kathryn. The Who, What, Where, When, and Why of WHOIS: Privacy and Accuracy Concerns of the WHOIS Database. *SMU Science and Technology Law Review*, Vol. 12, 2009, p. 141-172.
- HARGREAVES, Stuart; LOKMAN, Tsui. IP Addresses as Personal Data Under Hong Kong's Privacy Law: An Introduction to the Access My Info HK Project. *Journal of Law, Information & Science*, 2017, Vol. 25, p. 68-83.
- MCGILLIVRAY, Kevin. Give it away now? Renewal of the IANA functions contract and its role in internet governance. *International Journal of Law & Information Technology*. Spring 2014, Vol. 22, p. 3-26.
- MORRIS, Antonio. How to surf privately (& watch O/S TV). *APC (Bauer Media Group)*, Jun. 2010, Vol. 30, p. 84-84.
- MUELLER, Milton. Detaching Internet Governance from the State: Globalizing the IANA. *Georgetown Journal of International Affairs*, Vol. 15, 2014, p. 35-44.
- SALIBA, Aziz Tuffi; Bahia, Amael Notini Moreira. A jurisdição da ICANN: desafios atuais e perspectivas futuras. *Revista de Direito Internacional*; 2019, Vol. 16, p. 335-345.
- SOBEK, Jeffrey Stephen. Balancing Individual Privacy Rights and the Rights of Trademark Owners in Access to the WHOIS. *John Marshall Law Review*, Vol. 38, 2004, p. 357-380.
- TRUONG, Tri. Hashing in the Cloud: The Private Search Defense Is Active and Potent. *MU Law Review*, Vol. 72, p. 343-350.
- WING, Dan. Network Address Translation. *IEEE Internet Computing*. Jul/Aug 2010, Vol. 14, p. 66-70.



Civil Procedure Review  
AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

6

Efeito devolutivo e erro no julgamento  
colegiado dos recursos

---

Devolutive effect and mistake  
in panel deliberation of appeals

**Lucas Buril de Macêdo**

Ph.D. University of São Paulo (USP). M.Sc. Federal University of Pernambuco (UFPE), Brazil.

**Resumo:** O texto trata do efeito devolutivo, com enfoque no tratamento que a dogmática brasileira lhe concedeu, incompatível com a forma como opera. Critica-se o gigantismo conceitual do efeito devolutivo. Em seguida, busca-se demonstrar que o problema conceitual enseja um problema operacional, o que pode significar erros graves no julgamento dos recursos.

**Palavras-chave:** Efeito devolutivo; Julgamento colegiado; Recursos.

**Abstract:** The text is about the devolutive effect, focusing on the treatment that the Brazilian dogmatics granted to it, incompatible with the way it operates. The conceptual gigantism of the devolutive effect is criticized. Following, it tries to demonstrate that the conceptual problem gives rise to an operational problem, which can mean serious errors in the judgment of appeals

**Keywords:** Devolutive effect; Panel deliberation; Appeals.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. O que é e como funciona o efeito devolutivo? 3. Primeira crítica ao efeito devolutivo: gigantismo conceitual. 4. Segue: gigantismo conceitual e relação com o mérito. 5. O nível discursivo recursal e o efeito devolutivo. 6. O problema causado na deliberação colegiada decorrente da soma do efeito devolutivo com o ônus de impugnação específica. 7. Conclusões

## 1. INTRODUÇÃO

O raciocínio humano tende à simplificação. Sob certo viés, podemos afirmar que funcionamos como uma máquina eficiente, e não faria sentido despender grande quantidade de energia para tomar toda e qualquer decisão, inclusive as simples e mundanas. Reservarmos o melhor desempenho para aquilo que efetivamente nos exige.

Assim, tendemos a repetir, acriticamente, decisões que já foram tomadas a partir de alguma ponderação. Preservamos o esforço para as decisões que carecem dele. Aquilo que já foi resolvido, não precisa ser reexaminado. Tenha-se, por exemplo, a decisão do caminho de retorno do trabalho para casa: depois de elegê-lo e praticá-lo algumas vezes, nós já o fazemos meio que automaticamente.

Algo semelhante aconteceu com a Teoria Geral dos Recursos.

Depois de ter sido pensada por grandes juristas, sobretudo por José Carlos Barbosa Moreira, parece que a TGR passou a ser repetida acriticamente, sem muitas contribuições originais. As linhas traçadas passaram a ser, como dificilmente se vê no processo civil, bastante homogêneas e, embora as obras sobre recursos em espécie sejam muitas, não se encontram muitos volumes que se dediquem à teoria dos recursos.

Neste texto, pretendemos retomar a reflexão sobre a Teoria Geral dos Recursos, a partir de uma crítica pontual ao efeito devolutivo, demonstrando como a crítica de ordem conceitual repercute na mecânica dos recursos cíveis, revelando uma verdadeira e grave falha analítica na deliberação colegiada.

## 2. O QUE É E COMO FUNCIONA O EFEITO DEVOLUTIVO?

O efeito devolutivo é conceituado como aquele responsável por entregar a matéria decidida ao órgão judicial *ad quem*, isto é, àquele competente para revisar as decisões do órgão que proferiu a decisão recorrida.<sup>1</sup> A possibilidade de análise

---

1. “*Devolver* significa, no glossário da técnica recursal, *transferir*: quando um recurso é interposto, o julgamento da causa ou de uma demanda incidente é devolvido ao órgão superior, ou transferido a ele o poder de julgar. A interposição recursal tem, portanto, a eficácia de incluir concretamente na competência do tribunal a causa ou o incidente em que o recurso houver sido interposto” (DINAMARCO, Cândido Rangel. Os efeitos dos recursos. *Nova era do processo civil*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 123-124).

da matéria, portanto, dá-se pela produção do efeito devolutivo: há devolução sempre que se transfere ao órgão *ad quem* algo do que fora submetido ao órgão *a quo*.<sup>2</sup> Há, também, quem vá além e atribua ao efeito devolutivo a eficácia de determinar a competência do tribunal superior.<sup>3</sup>

A ideia de devolução é antiga. Ela tem nascedouro na estrutura judicante romana, e advém da concepção de que todo o poder jurisdicional é do imperador que, por exigências práticas, delega este poder aos juízes, que o exercem em seu nome. O recurso, ao levar a matéria decidida ao imperador, devolveria a ele a jurisdição delegada. Por isso, efeito devolutivo.<sup>4</sup> Note-se, no entanto, que a noção de “efeito devolutivo” como empregada hoje assumiu outras feições, diferentes daquelas constituídas por sua matriz histórica – precisamente, não se pode defender, já há algum tempo, que o poder jurisdicional é devolvido a quem realmente o detém, trata-se apenas de competências diversas para tomadas de decisões específicas.<sup>5</sup>

2. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 260. De modo semelhante, atribui ao efeito devolutivo “o conhecimento da causa”, mas exige, para sua presença, “órgão diferente daquele que proferiu a decisão”: LIMA, Alcides de Mendonça. *Introdução aos recursos cíveis*. 2ª ed. São Paulo: RT, 1976, p. 285-286. Igualmente, diz-se que, “por ele, enquanto perde a jurisdição o juiz que prolatou o julgado recorrido, adquire-a o juiz de grau superior, cujo pronunciamento se solicita”, sem distinção de recursos em que é aplicável: FAGUNDES, Miguel Seabra. *Dos recursos ordinários em matéria civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1946, p. 184. No mesmo sentido: BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016, v. XX, p. 24. Igualmente, na doutrina estrangeira: VESCOVI, Enrique. *Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica*. Buenos Aires: Depalma, 1988, p. 55. Vale destacar que a exposição toma por conta o efeito devolutivo no direito brasileiro. As suas configurações podem variar. Sobre isso, sinteticamente, conferir: MACHADO GUIMARÃES, Luiz. Efeito devolutivo da apelação. *Estudos de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Editora Jurídica e Universitária, 1969, p. 220-223. Vale também a consulta a APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *A apelação e seus efeitos*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 91-95.
3. BUZAID, Alfredo. Ensaio para uma revisão do sistema de recursos no Código de Processo Civil. *Estudos de direito*. São Paulo: Saraiva, 1972, p. 102. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Sobre os limites objetivos da apelação civil*. São Paulo, 1986, p. 5.
4. ORESTANO, Riccardo. *L'appello civile in diritto romano*. 2ª ed. Torino: Giappichelli, 1966, p. 395.
5. Nesse sentido, fala-se em substituição da terminologia, por exemplo, por “efeito de transferência”, cf. MENDONÇA LIMA, Alcides. *Introdução aos recursos cíveis*, cit., p. 287. Não se concorda com propostas deste tipo, uma vez que o conceito atual já é consagrado doutrinariamente, nada obstante a expressão não represente literalmente o fenômeno, trata-se de conceito jurídico que não revela maiores problemas, sendo apropriadamente compreendido pelos seus utentes. A substituição terminológica pode causar mais problemas e não se presta a nenhuma solução prática. Afora isso, trata-se de expressão empregada na legislação (art. 1.013 do CPC), o que torna qualquer discussão a respeito infrutífera de *lege lata*.

Por outro lado, há quem veja no termo um sentido etimologicamente exato, embora não seja o seu sentido no português. Vale transcrever a interessante percepção: “Cabe precisar que por medio de impugnación devolutivo no debe entenderse – como podría erróneamente inducirnos a pensar el significado del adjetivo ‘devolutivo’ en idioma castellano – la ‘restitución’ del poder sobre el asunto del juez ‘inferior’ al juez ‘superior’, que es como lo suelen entender muchos autores, en particular los españoles, sino en el significado del verbo latino-medieval *devolvere*, que significa tanto como

Assim sendo, é comum ver na doutrina a afirmação de que o efeito devolutivo é comum a todos os recursos;<sup>6</sup> mais ainda, afirma-se que “é da essência do recurso provocar o reexame da causa – e isso que caracteriza a devolução”,<sup>7</sup> e que, portanto, “o efeito natural de todo e qualquer recurso é o *devolutivo*”.<sup>8</sup> Ainda, afirma-se que “sem esse elemento, ao menos virtualmente, não há recurso”.<sup>9</sup> Todo recurso possui efeito devolutivo, independentemente de qual seja a espécie recursal e de qualquer condição, ele produz a devolução, que é sua eficácia mínima.<sup>10</sup>

Há quem vá além: a noção de efeito devolutivo é tão importante para o funcionamento da dogmática processual dos recursos, que há manifestação doutrinária relevante, cunhada por Flávio Cheim Jorge, que, inclusive, defende tratar-se o efeito devolutivo do único efeito realmente atribuível aos recursos, sendo todos os demais efeitos meros aspectos ou reflexos seus.<sup>11</sup>

Da mesma forma que a propositura da demanda permite a decisão sobre a *res in iudicium deducta*, a interposição do recurso, por atuação de seu efeito devolutivo, autoriza o tribunal a exercer o seu poder jurisdicional: “Quem recorre exige a prestação jurisdicional em novo curso”.<sup>12</sup> Fala-se, nesse sentido, que o efeito devolutivo causa “a restauração do poder jurisdicional já exercido na decisão e a sua consequente investidura no órgão competente” para julgar o recurso interposto.<sup>13</sup> Seria este efeito

---

‘destinar’, ‘pasar’, ‘trasmitir’, ‘encomendar’, ‘atribuir’, significado que se mantiene en otros idiomas neolatinos distintos del español y portugués (como en el italiano y en el francés)” (DEHO, Eugenia Ariano. *Impugnaciones procesales*. Breño: Instituto Pacifico, 2015, p. 40).

6. “Inexiste, portanto, recurso totalmente desprovido de efeito devolutivo” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 260).
7. DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. 13ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 142. Igualmente: “Um dos efeitos dos recursos é o de propiciar o reexame de decisões judiciais. Esse efeito que possibilita novo julgamento de determinadas matérias é denominado *efeito devolutivo*” (BARIONI, Rodrigo. *Efeito devolutivo da apelação*. São Paulo: RT, 2007, p. 34).
8. NERY JR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 6ª ed. São Paulo: RT, 2004, p. 431.
9. LIMA, Alcides de Mendonça. *Introdução aos recursos cíveis*, cit., p. 290.
10. Isso, todavia, não é admitido de maneira absoluta pela doutrina. Há quem enxergue a devolutividade de modo mais restrito, especialmente na doutrina estrangeira. Neste sentido: “I mezzi di impugnazione devolutivi sono principalmente diretti a rilevare errori, *in procedendo* o *in iudicando*, del primo giudice; ciò che pone l’esigenza che la cognizione del conflitto sia devoluta ad un giudice diverso e superiore. Per contro, mezzi di impugnazione non devolutivi sono diretti alla rimozione di un pregiudizio derivante dalla decisione impugnata principalmente sulla base di elementi o nuovi o ignoti al giudice che ha emessa la decisione impugnata: donde l’inutilità dell’intervento di un giudice diverso e superiore, non essendovi da sindacare alcun errore commesso dal giudice che ha pronunziata la decisione impugnata” (PROVINCIALI, Renzo. *Delle impugnazioni in generale*. Napoli: Morano, 1962, p. 41).
11. JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 7ª ed. São Paulo: RT, 2015, p. 335-336.
12. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, tomo VII, p. 25.
13. GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, v. 3, p. 53.

o que “transfere ao tribunal superior a cognição de toda a demanda”.<sup>14</sup> Em célebre lição, o efeito devolutivo é a passagem da causa, decidida pelo juiz inferior, à plena cognição do juiz superior.<sup>15</sup>

Indica-se, nessa linha, uma forte ligação do efeito devolutivo com o princípio dispositivo, ao estipular precisamente quais decisões, em sentido estrito, tomadas pelo órgão julgante *a quo* podem ser revisadas pelo tribunal *ad quem* – *tantum devolutum quantum appellatum*.<sup>16</sup>

O efeito devolutivo, portanto, é o que define o que deverá ser julgado pelo órgão competente para decidir o recurso.<sup>17</sup> Para esquadrihar isso, utiliza-se a imagem de dois campos de devolução: a extensão e a profundidade. “Delimitar a extensão do efeito devolutivo é precisar *o que* se submete, por força do recurso, ao julgamento do órgão *ad quem*; medir-lhe a profundidade é determinar *com que material* há de trabalhar o órgão *ad quem* para julgar”.<sup>18</sup> De todo modo, cumpre destacar que a diferenciação é didático-funcional, ambos os aspectos do efeito devolutivo estarão sempre presentes.<sup>19</sup>

A extensão do efeito devolutivo está ligada às decisões substancialmente tomadas, isto é, ao dispositivo e seus capítulos decisórios que são impugnados, e que, por isso, deverão ser revistos, seja para mantê-los ou para reformá-los. Assim, o recurso que devolve todos os capítulos da decisão é um recurso total, enquanto aquele voltado para apenas parte dos capítulos decisórios é um recurso parcial – nessa hipótese, os capítulos não recorridos transitam em julgado.<sup>20</sup> O recurso estabelece o *objeto litigioso* recursal, isto é, fixa o que será propriamente objeto de decisão em grau recursal, e este limite não pode ser ultrapassado sob pena de se configurar uma decisão *ultra petita*; igualmente, não é dado ao órgão *ad quem* limitar-se a decidir menos do que foi pedido em recurso, hipótese em que seria *infra petita*, ou diferentemente do que

14. MACHADO GUIMARÃES, Luiz. Efeito devolutivo da apelação. *Estudos de direito processual civil*. Rio de Janeiro-São Paulo: Jurídica e Universitária, 1969, p. 220.

15. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Appunti sulle impugnazioni*. Milano: La Goliardica, 1959, p. 22.

16. NERY JR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 6ª ed. São Paulo: RT, 2004, p. 428-429.

17. Há, no entanto, pequenas divergências no conceito de efeito devolutivo, especialmente quanto a sua vinculação ao que é efetivamente impugnado ou ao que é cognoscível automaticamente, mesmo que não haja impugnação, ou, ainda, se abrange ambos os sentidos. A visão mais genérica de efeito devolutivo é a que prevalece no direito brasileiro. Há, também, discordância sobre a presença do efeito devolutivo nos casos em que o recurso não provoca a alteração do órgão julgante. Sobre os dissensos em torno do efeito devolutivo, conferir: BARIONI, Rodrigo. *Efeito devolutivo da apelação*, cit., p. 35-43.

18. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 429.

19. SILVA, Márcio Henriques Mendes da. Tentativa de sistematização do efeito devolutivo dos recursos. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*. Nelson Nery e Teresa Arruda Alvim (coord.). São Paulo: RT, 2007, v. 11, p. 208.

20. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos de sentença*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 98-100 e 105-108.

foi pedido, o que lhe caracterizaria como *extra petita*. Evidentemente, não se pode, em recurso, decidir mais do que seria possível decidir perante o juízo *a quo*.<sup>21</sup> Nesse sentido é que se aplica o adágio *tantum devolutum quantum appellatum*.<sup>22</sup> O efeito devolutivo em sua extensão, ou em sentido *horizontal*, determina a área a ser coberta pelo julgamento do tribunal.<sup>23</sup>

A profundidade é o que define as questões<sup>24</sup> passíveis de serem conhecidas e resolvidas na decisão do recurso, podendo englobar as questões resolvidas na decisão recorrida e as trazidas pelas partes em suas razões, e poderá ser maior ou menor de acordo com a espécie recursal.<sup>25</sup> O efeito devolutivo em sua profundidade relaciona-se com a motivação da decisão, elevando ao órgão *ad quem* questões de fato e de direito suscitadas pelas partes ou apreciadas *ex officio*. Esta faceta do efeito devolutivo também pode autorizar o órgão julgante a que incumbe decidir o recurso que avalie questões que foram suscitadas e não foram resolvidas e, até mesmo, questões que não foram sequer levantadas pelas partes ou que o foram apenas em grau recursal.<sup>26</sup> Há, enfim, uma orientação *vertical*, isto é, a definição das matérias em que pode o órgão *ad quem* ingressar para decidir o que lhe foi devolvido horizontalmente.<sup>27</sup>

Parcela da doutrina menciona o efeito translativo como o responsável pela viabilidade de o órgão judicial responsável por decidir o recurso ir além dos limites

21. DINAMARCO, Cândido Rangel. Os efeitos dos recursos, cit., p. 127. Contrariamente: “Excepciona o princípio de que o apelo não exibirá extensão maior do que a atividade cognitiva do primeiro grau a suscitação de questões novas, alegando e provando o recorrente que deixou de fazê-lo, anteriormente, por motivo de força maior. A rigor, o assunto é estranho ao efeito devolutivo, que cuida da transferência de material cognitivo do órgão *a quo* para o *ad quem*” (ASSIS, Araken de. Efeito devolutivo da apelação. *Doutrina e prática do processo civil contemporâneo*. São Paulo: RT, 2001, p. 371).
22. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Sobre os limites objetivos da apelação civil*. São Paulo, 1986, p. 93.
23. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 429.
24. Mais tecnicamente, “pontos e questões”, pois também os argumentos não controvertidos podem ser conhecidos no juízo recursal: SILVA, Márcio Henriques Mendes da. Tentativa de sistematização do efeito devolutivo dos recursos, v. 11, cit., p. 215.
25. DINAMARCO, Cândido Rangel. Os efeitos dos recursos, cit., p. 131. Também nesse sentido, é interessante a seguinte perspectiva: “Na *motivação*, tudo se passa como se as afirmações tivessem de ser feitas de novo, rebatendo a resolução judicial, exceto quanto à *apelação*, porque os autos todos, todo o alegado e provado, sobem à instância superior, adquirindo a sentença, pendente o recurso, *transparência que não apresenta nos outros meios de impugnativa*” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, t. VII, p. 94-95).
26. ASSIS, Araken de. Efeito devolutivo da apelação. *Doutrina e prática do processo civil contemporâneo*. São Paulo: RT, 2001, p. 382-385.
27. Note-se que é “importante que a abordagem da extensão seja feita anteriormente, porque a profundidade somente é verificada após a fixação da extensão. Isto é, delimitada a matéria a ser julgada, avalia-se em seguida o material que poderá ser utilizado pelo magistrado no julgamento do recurso” (JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*, cit., p. 368).



delineados no recurso, especialmente quando se tratar de matéria de ordem pública. Nesta concepção, vê-se o efeito devolutivo relacionado com o “princípio” dispositivo, enquanto o efeito translativo seria uma manifestação da inquisitorialidade processual, permitindo o ingresso da decisão recursal em uma série de questões não suscitadas nas razões recursais ou na resposta ao recurso, ou, até mesmo, em algumas hipóteses, é-lhe autorizado decidir questões principais que não foram objeto de pedido.<sup>28</sup> Já outra parcela da doutrina entende mais adequado abordar o tema a partir da noção de profundidade do efeito devolutivo, deixando de lado o conceito de efeito translativo, o que parece ser a visão mais adequada.<sup>29</sup>

Seja como for, atualmente, na Teoria Geral dos Recursos, o efeito devolutivo acabou assumindo uma dimensão agigantada: basicamente, toda a decisão de mérito em um recurso é fruto do efeito devolutivo. Há devolução, conforme se entende atualmente, ainda que o órgão competente para decidir o recurso seja o mesmo que prolatou a decisão. Inclusive quando o órgão *ad quem* resolve questões que não foram sequer suscitadas na discussão perante o órgão *a quo*, ele assim o faz por força do efeito devolutivo. Até mesmo o *ius novorum* no recurso, entende-se atualmente, é uma dimensão do efeito devolutivo. Este efeito dos recursos, pode-se afirmar enfim, está diretamente ligado ao poder decisório do órgão judicial responsável por julgar o recurso, logo, qualquer matéria a que lhe é permitido o ingresso advém da atuação deste efeito.<sup>30</sup>

28. Tese defendida principalmente por NERY JR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*, cit., p. 482-488. A tese encontrou larga acolhida na doutrina brasileira, podendo-se inclusive afirmar se tratar de posição dominante entre os processualistas atuais. Todavia, como bem percebe Barbosa Moreira, o efeito devolutivo, ao menos no sentido empregado classicamente, tem justamente o papel de explicar o alcance pelo órgão julgador de matérias não expressamente impugnadas: “Percebe-se a afinidade entre essa segunda concepção e a sustentada por certos autores italianos, em cujo entendimento se deve excluir do âmbito do efeito devolutivo aquilo que as partes, de maneira voluntária e expressa, levam à revisão do juízo superior, e confinar-lhe a atuação às questões que este, *automaticamente* – isto é, independentemente de tal iniciativa –, fica investido do poder de reapreciar, ao julgar o recurso. O mecanismo do efeito devolutivo só seria necessário para explicar a atividade cognitiva em nível mais alto com referência à matéria que *não* seja objeto de suscitação especificada pelos litigantes” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, V, cit., p. 260). Nesse sentido: “Portanto, pode-se dizer que a apelação implica a indicação e a limitação do que será objeto do novo julgamento, e o efeito devolutivo, como efeito que é, permite a transferência de toda a matéria relativa a tal objeto. São conceitos e funções complementares, que não se confundem e nem se esvaziam reciprocamente” (APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *A apelação e seus efeitos*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 114).
29. “A peculiaridade de o tribunal conhecer de questões que não foram impugnadas pelo recorrente decorre da característica que o efeito devolutivo possui quando manifestado nos recursos no que tange à sua profundidade, a qual tem o condão de levar a conhecimento do órgão julgador todas as questões e fundamentos, mesmo que não impugnados pelo recorrente” (JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*, cit., p. 341-342). No mesmo sentido: GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*, v. 3, cit., p. 54-55.
30. “Sejam matérias decididas ou não em primeiro grau, sejam alegações de fato ou de direito já apresentadas ou inéditas, sua formulação perante o juízo recursal atualiza o efeito devolutivo e se

### 3. PRIMEIRA CRÍTICA AO EFEITO DEVOLUTIVO: GIGANTISMO CONCEITUAL

Quanto mais genérico e abrangente um conceito, menor é sua capacidade de descrever fenômenos. O que ganha em conteúdo, perde em precisão e utilidade. Não se pode pretender descrever coisas distintas com a mesma ferramenta conceitual, sob pena de gerar imprecisão e confusão: perde-se qualidade justamente na função do conceito, que é servir de adequada representação linguística para o fenômeno que busca designar. Quando ele, o conceito, perde sua capacidade de referenciar o fenômeno, esvai-se também sua utilidade, tornando-o uma má ferramenta.<sup>31</sup>

O conceito que se espalha e passa a abranger mais fenômenos, distintos entre si, é como uma miopia: a visão já não consegue precisar bem o que se está enxergando à frente, e a falta de nitidez torna inseguro o seu usuário, colocando-o normalmente em busca de outras ferramentas que lhe permitam ver bem e, assim, evitar percalços. E quanto mais obscura a visão, mais se assemelha a uma cegueira; exatamente como o conceito que abraça vários e distintos fenômenos, a ponto de não fazer ver bem nenhum deles.

*O efeito devolutivo, especialmente no direito brasileiro, assumiu um caráter totalizante, capaz de abarcar e de justificar todo o exame empreendido em sede recursal. Os usos doutrinários do efeito devolutivo são larguíssimos: o efeito devolutivo explica o reexame da causa; explica, até mesmo, o exame de questões que não foram conhecidas pelo juízo a quo, mas que eram cognoscíveis (art. 1.013, §§ 1º e 2º); é o que explica até a análise do ius novorum. O efeito devolutivo é utilizado para esclarecer o porquê de as questões impugnadas, incidentais ou principais, serem resolvidas ou decididas em grau recursal. Igualmente, e até de modo paradoxal, é também o efeito devolutivo que se utiliza para explicar o motivo de questões não impugnadas serem analisadas no procedimento recursal.*

Há de se convir que “essa noção ampla de efeito devolutivo praticamente o esvazia de conteúdo”.<sup>32</sup> Mas a falta de precisão do conceito de efeito devolutivo não é o único problema causado por seu gigantismo.

Sob outro aspecto, a hipertrofia do efeito devolutivo como categoria processual gerou um problema de esquizofrenia conceitual: ora o efeito devolutivo é uma marca da dispositividade, pois *tantum devolutum quantum appellatum*, servindo para denotar

---

presta às funções primordiais do recurso de apelação: permitir a crítica à sentença, possibilitar um novo julgamento do conflito ou servir à manutenção da regularidade formal do processo” (ELIAS, Carlos Eduardo Stefen. *Apelação – Os limites objetivos do efeito devolutivo*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 17).

31. Os conceitos jurídicos são necessários “à constituição e ao conhecimento do direito”, sem os quais seria impossível dispor os fenômenos jurídicos em estruturas lógicas aptas à construção de soluções a partir das hipóteses, cf. VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo*. São Paulo: Noeses, 2010, p. 29-31.
32. CINTRA, Antonio Carlos Araújo. *Sobre os limites objetivos da apelação*, cit., p. 5.

que são os capítulos da decisão efetivamente impugnados que são devolvidos; ora o efeito devolutivo é um forte corolário do princípio inquisitivo, servindo de justificativa para a cognição e a resolução, pelo órgão judicial, de questões que não foram suscitadas no recurso. O conceito não pode “servir a dois mestres”, especialmente quando são perfeitos opostos, verdadeiros nêmeses na estruturação do procedimento e dos poderes dos sujeitos processuais. O efeito devolutivo não pode ser, ao menos não consistentemente, fruto do princípio inquisitivo e do dispositivo.<sup>33</sup>

Esse agigantamento conceitual do efeito devolutivo está diretamente vinculado à quase supressão da noção de impugnação, esta, sim, verdadeiramente ligada à manifestação de vontade e ao princípio dispositivo.

Para bem perceber a situação, é fundamental lançar olhares sobre as matérias decididas em grau recursal e as razões que as levam a serem decididas.

As matérias objeto do juízo recursal podem ser divididas em dois grupos, de acordo com a causa autorizativa de seu exame no recurso: algumas questões podem e devem ser decididas porque a parte as colocou à decisão do órgão judicial, serão decididas porque assim se *demandou*; por sua vez, outras questões serão decididas porque *o órgão judicial tem o poder de resolvê-las*, isto é, mesmo sem existir demanda ou requerimento das partes – independentemente da *vontade* delas –, é possível a decisão dessas questões porque a lei atribuiu poder decisório sobre elas.

No primeiro caso, há *impugnação*. A *demanda recursal* é o *ato jurídico* que gera o dever de resolução da questão. Há atribuição de larga importância à *vontade*. Fala-se em impugnação em senso próprio, em observância à sua origem etimológica: *impugnare*. Tem importância tanto o momento inicial de negação, que se volta contra a decisão recorrida, quanto a noção de “pugnar” como combate e exigência.<sup>34</sup> Soma-se o ataque ao pleito pela eliminação de uma realidade desfavorável, concretizada na decisão contra a qual se lamenta a injustiça ou invalidade.<sup>35</sup>

No segundo caso, há *devolução*. A *possibilidade* de resolver questões não impugnadas decorre do *ato-fato* da interposição do recurso, diante da *previsão em norma jurídica* de autoridade do órgão judicial para resolvê-las. Há, na situação, irrelevância da *vontade*. Basta haver a impugnação de determinado capítulo decisório

33. Com muita perspicácia, ao tratar da apelação, percebeu-se que: “Extraí-la do princípio dispositivo criou problema grave onde o princípio dispositivo e o inquisitivo se combinam”. Portanto, já apontou, ainda que de maneira rápida e sucinta, a problemática aqui desvelada: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, tomo VII, p. 171.

34. STANKIEWICS, Antoni. *Comentario exegético al Código de Derecho Canónico*. 3ª ed. Navarra: Universidad de Navarra, 2001, v. IV/2, p. 1613.

35. PUNZI, Carmine. *Il processo civile – sistema e problematiche*. 2ª ed. Torino: Giappichelli, 2010, p. 351.

que outros capítulos e questões, mesmo que não tenham sido suscitados pela parte, podem ser resolvidos pelo órgão judicial ao ensejo de decidir o recurso.

Ao se atribuir larga importância à *causa de pedir* e ao *pedido recursal*, tem-se um sistema que reputa relevante o respeito à vontade e à autodeterminação das partes. Todavia, quando se dá amplo campo de atuação ao efeito devolutivo, decresce-se correlatamente a relevância da vontade, ganhando espaço a autoridade judicial e a busca oficial por justiça.

Quanto maior a amplitude concedida ao efeito devolutivo, compreendido como a devolução automática de questões ao órgão judicante superior, menor é o terreno que se concede para a vontade e a autodeterminação das partes. A força e a amplitude do efeito devolutivo definem a capacidade dos sujeitos processuais parciais de determinarem a cognição e a decisão de questões pelo juízo recursal.<sup>36</sup>

Cada sistema jurídico, portanto, modula a estruturação do objeto do recurso a partir da escolha entre opções que privilegiam a vontade e a participação, que se tornam elementos eficientes para a restrição do poder decisório, ou optam por prescindir de elementos volitivos em prol de maior controle, autoridade e busca por justiça.

Esta última é a opção feita pelo sistema recursal brasileiro, que ganhou elevado prestígio doutrinário, provavelmente de modo inconsciente.

De todo modo, a despeito do juízo de valor que se possa fazer acerca da escolha normativa feita no Brasil, do ponto de vista da ciência do processo, parece que é necessário realizar uma maior e melhor depuração conceitual. O efeito devolutivo não pode ser, ao mesmo tempo, manifestação da vontade das partes e da autoridade judicial, não há como representar a efetiva impugnação de questões e a irrelevância da impugnação, e é impossível que tenha simultaneamente a natureza de ato jurídico e seu efeito e a de ato-fato e seu efeito.

O problema conceitual é tão agudo que se referir apenas a “efeito devolutivo”, sem distinguir se no sentido horizontal ou vertical, é insuficiente para a adequada comunicação – quem escuta a mensagem pode pensar duas coisas completamente diversas. Não é sensato que a dogmática processual baseie relevante parte das construções de Teoria Geral dos Recursos sobre um conceito erodido de significado e inquinado de contrariedades.

#### **4. SEGUE: GIGANTISMO CONCEITUAL E RELAÇÃO COM O MÉRITO**

Outro problema, porém de ordem mais técnica, é que a doutrina simplesmente repete de maneira incessante que o efeito devolutivo é o efeito mínimo de qualquer

---

36. VERDE, Giovanni. *Diritto processuale civile*. 5ª ed. Aggiornamento a cura di Ferruccio Auletta, Gian Paolo Califano, Giuseppe della Pietra, Nicola Rascio. Bologna: Zanichelli, 2017, v. II, p. 212.

recurso e que, por isso, todo recurso interposto gera *sempre* devolução. Diz-se, enfim, que, no mínimo, o recurso devolverá as questões para análise do órgão julgante *ad quem*.

Essa perspectiva do efeito devolutivo, agigantada, não é consistente com a descrição que se faz de sua função. Descrição, diga-se de passagem, com a qual a doutrina é concorde. O propósito, aqui, não é revelar algo que a doutrina deixou de enxergar, mas apenas demonstrar que a importância genérica do efeito devolutivo não condiz com a sua operação específica.

Não é *todo* recurso que gera o efeito devolutivo, necessariamente. Também não é “o efeito mínimo” dos recursos, já que muitos podem deixar de produzi-lo: embora o efeito devolutivo seja tradicional nos recursos, não é um atributo inseparável deles.<sup>37</sup> Isso por uma razão simples: o efeito devolutivo decorre da admissão do recurso.<sup>38</sup>

Ora, como a devolução enseja que as questões analisadas pelo juízo *a quo* sejam analisadas pelo juízo recursal, isto é, a *transferência* do mérito e da relação processual desenvolvida até então, é evidente que o efeito devolutivo incide sobre a análise do mérito recursal. É na resolução do mérito do recurso que as questões processuais ou relativas ao direito substancial versadas no primeiro grau serão examinadas. O mérito do recurso, que pode versar sobre o mérito do processo ou sobre questões ligadas ao processo em si, é que funciona a partir da devolução.<sup>39</sup>

Antes de chegar a elas, no entanto, é fundamental que o recurso seja admitido.<sup>40</sup>

As questões de admissibilidade do recurso são indiferentes ao efeito devolutivo. Não há qualquer sentido em dizer que, para analisar a admissibilidade de um recurso, seria necessário o efeito devolutivo. A admissibilidade do recurso decorre dele próprio, como ato jurídico processual, levando em consideração a forma, contexto e condições de seu exercício. Não se *devolvem* as questões ligadas à admissibilidade recursal, até porque são questões que surgem apenas com a interposição do recurso, são exclusivas do juízo recursal – seja ele provisório ou definitivo, independentemente do órgão que o exerça.

Quando um tribunal deixa de conhecer o recurso, porque não houve preparo ou porque ele não atacou todos os fundamentos da decisão impugnada, o efeito

37. PROVINCIALI, Renzo. *Delle impugnazioni in generale*. Napoli: Morano, 1962, p. 42.

38. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O juízo de admissibilidade no sistema de recursos civis*. Rio de Janeiro: Borsó, 1968, p. 32.

39. “Vencida a barreira constituída pelo conjunto das condições de admissibilidade, abre-se ao órgão *ad quem* o mérito da apelação. A essa possibilidade de apreciar o pedido formulado no recurso (art. 1.010, V), em razão da respectiva admissibilidade, calha designar de efeito devolutivo” (ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 9ª ed. São Paulo: RT, 2017, p. 518). Aponta nesse sentido, porém mais timidamente: BARIONI, Rodrigo. *Efeito devolutivo da apelação*. São Paulo: RT, 2007, p. 31-32.

40. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O que significa “não conhecer” de um recurso? *Temas de direito processual (Sexta Série)*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 125-126.

devolutivo é totalmente irrelevante. Ele não se produziu. O tribunal conheceu do ato recursal em si, porém não das questões ligadas ao processo ou à *res in iudicium deducta* analisadas pelo juízo *a quo*. Não há, definitivamente, que se falar em efeito devolutivo quando o recurso esbarra no juízo negativo de admissibilidade.

Ocorre que, especialmente no direito brasileiro, o efeito devolutivo assumiu uma importância desproporcional em relação ao seu verdadeiro significado, injustificadamente. Como a devolução imbrica-se com a transferência de questões relacionadas ao objeto do processo, não é acertado generalizar sua aplicação em qualquer recurso e, muito menos, como algo natural ou necessário à interposição do recurso. Historicamente, inclusive, não se outorgou essa importância ao efeito devolutivo, já que se destacava que o efeito suspensivo era produzido por qualquer recurso, enquanto o devolutivo apenas pelos recursos efetivamente recebidos.<sup>41</sup>

Desse modo, há grave equívoco na concepção do efeito devolutivo como inerente aos recursos cíveis: a sua produção dá-se a partir do ingresso no mérito. Apenas há que se falar em devolução quando o tribunal passa a examinar questões de mérito, isto é, após superar, mesmo que provisoriamente, o juízo de admissibilidade.

Note-se que essas noções não são refutadas pela doutrina, especialmente ao tratar da admissibilidade dos recursos. O problema é que, a mesma doutrina, quando analisa de modo genérico o efeito devolutivo, costuma indicar que se trata de efeito essencial, efeito mínimo, que é produzido por todos os recursos, etc. Essa perspectiva é que deve ser corrigida.

Assim, é incorreta a lição doutrinária que torna essencial a qualquer recurso o efeito devolutivo. Não há devolução no total dos recursos. Há devolução unicamente se se supera a admissibilidade do recurso. São os recursos admissíveis que devolvem as questões de mérito e processuais examinadas na instância inferior.

O efeito de quase todo recurso, mesmo dos inadmissíveis, com exceção dos recursos intempestivos, é o efeito obstativo, que impede a preclusão (ou o trânsito em julgado). Todo recurso estende a relação processual, mesmo os intempestivos, diante da relação processual recursal decorrente de seu exercício. Esse efeito, realmente, não se pode afastar de qualquer ato processual que se conceba como efetivo recurso.<sup>42</sup>

---

41. “Tuttavia – a differenza degli effetti sospensivi, che come abbiám visto si producevano in ogni caso, immediatamente, pel fatto stesso della domanda d’appello e almeno sino a quando sarebbe venuto in chiaro se questa fosse *recepta vel non* –, l’effetto devolutivo si produceva invece solo in caso di *appellatio recepta*” (ORESTANO, Riccardo. *L’appello civile in diritto romano*. 2ª ed. Torino: Giappichelli, 1966, p. 409).

42. Percebeu se tratar de efeito essencial: ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 9ª ed. São Paulo: RT, 2017, p. 278-279.

## 5. O NÍVEL DISCURSIVO RECURSAL E O EFEITO DEVOLUTIVO

O efeito devolutivo tem como referência, sempre, os limites objetivos da demanda originária. O conceito foi cunhado e é trabalhado para designar as questões de mérito do processo em primeiro grau que são entregues à decisão pelo recurso. A visão tradicional do efeito devolutivo, que foi positivada no direito brasileiro quanto à apelação, é a de que basta delimitar o capítulo da decisão impugnada (extensão) que, havendo clareza quanto à parcela da decisão que a parte lamenta, todas as questões a ela pertinentes, da demanda ou da defesa, que se encontrem deduzidas em primeiro grau, e mesmo aquelas questões que não foram abordadas na sentença, assim como as questões cognoscíveis de ofício, serão conhecidas pelo tribunal (profundidade).

O efeito devolutivo serve de ponte para transportar as questões pertinentes ao processo de primeiro grau ao processo de segundo grau.<sup>43</sup>

Ao se perguntar o que está abarcado pela profundidade do efeito devolutivo, a resposta, de modo inevitável, recairá sobre as questões que circundaram a tomada de decisão no primeiro grau. Devolve-se tudo.<sup>44</sup> Essa é a raiz histórica deste conceito e sua vocação funcional, que é preservada, em parte significativa, no seu perfil de direito positivo.

Assim, a percepção do efeito devolutivo liga-se à renovação do curso da mesma causa e, mais do que ao direito à correção de erros, ao direito a uma nova decisão de mérito.<sup>45</sup> Isso é algo que fica mais claro ao se observar a sua raiz histórica: no direito romano pós-clássico, no medievo e até mesmo nas Ordenações, a apelação, que era o recurso por excelência, impugnava apenas a injustiça da sentença, isto é, os *errores in iudicando*. As invalidades processuais, causadas por *errores in procedendo*, tornavam nula a sentença – vício este que tinha um significado específico, mais ligado à inexistência, como concebida hoje –, que poderia ser atacada a qualquer tempo, no direito comum, pela chamada *querela nullitatis*.<sup>46</sup> Nessa época, portanto, era

43. “Vigeva, infatti, sai pure con certe limitazioni, il principio dell’effetto *devolutivo* dell’appello, che comportava, appunto, la piena cognizione del giudice superiore sulle domande decise in primo grado” (DENTI, Vittorio. *La giustizia civile*. 2ª ed. Bologna: Il Mulino, 2004, p. 180-181).

44. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil, VII*, cit., p. 142.

45. CALAMANDREI, Piero. Appello. *Opere giuridiche*. Napoli: Morano, 1979, v. VIII, p. 445.

46. “*Sententia nulla* in origine equivale a sentenza inesistente (*nec ulla sententia*) e così radicalmente inefficace e, come tale, suscettibile di venire accertata in ogni momento ed in qualunque sede giudiziale od extragiudiziale, senza che all’inizio fosse, a tal riguardo, predisposto alcun rimedio specifico. Successivamente, emerse uno strumento, quello della *actio nullitatis sententiae*, azione, in origine di primo grado, che, in seguito, per ragioni di certezza dei rapporti giuridici, venne assoggettata (dalle legislazioni statutarie dei comuni italiani) ad un termine seppur lungo *per quasi tutte* le nullità, rese così suscettibili di sanatoria: è questa la fase storica della c.d. *querela nullitatis*, ormai impugnazione anch’essa, ma riservata alle invalidità dovute a violazioni di norme processuali” (CONSOLO, Claudio. *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*. 3ª ed. Milano: CEDAM, 2012, c. 1, item 2.2 – versão digital).

importantíssimo diferenciar os vícios da sentença: se de injustiça ou mérito, ou se de legalidade ou processo.<sup>47</sup> Essa diferença impactava diretamente no meio para atacá-la: o apelo ou a impugnação para reconhecimento de nulidade, respectivamente. É só modernamente que o apelo vem a se tornar o remédio para atacar as sentenças injustas e nulas.<sup>48</sup>

Nos sistemas jurídicos contemporâneos, quase todos os vícios que tornam a sentença nula foram absorvidos como causas para sua impugnação, em vez de servirem eficazmente como uma causa para uma ação de nulidade.<sup>49</sup> *Com a evolução do direito processual e o avanço e melhor estruturação do direito recursal, as ações de declaração (ou decretação) de nulidade tornaram-se demandas recursais.*<sup>50</sup>

Hoje, portanto, os *errores in procedendo*, assim como desde a origem ocorre com os *errores in iudicando*, servem de causa para o recurso.<sup>51</sup>

Essa origem histórica é sensível, ainda, no tratamento dos recursos cíveis, apesar de atualmente a natureza do vício da decisão ser irrelevante para a definição do cabimento do meio de impugnação. É que o efeito devolutivo está atrelado à *injustiça*

47. Essa divisão, no entanto, recebeu importantíssima crítica, à qual se adere: “Ma vi è una ragione molto più profonda ed importante, che induce al rigetto della riferita costruzione teorica. Al di sotto di essa, invero, circola l’idea, più o meno esplicitamente espressa, che possa darsi una sentenza *giusta* nel contenuto (quindi sostanzialmente conforme al diritto) anche se viziata processualmente, quindi *nulla*. Riappare così la scissione, da noi sempre avversata, tra diritto sostanziale e processo strumentalmente inteso, figlia della angusta ed insufficiente concezione normativistica del diritto, per cui la giustizia della sentenza sarebbe qualcosa di avulso e staccato dal processo giurisdizionale, che ha condotto alla sua emanazione. Anche se la legge del processo venga violata, infine e ciò malgrado il giudizio può essere nella sostanza giuridicamente corretto; da qui breve è il passo per l’ulteriore illazione: si può giungere alla ‘giustizia’ indipendentemente dalla regolarità formale del processo”.

“Detto questo, basta davvero poco per dimostrare tutta la erroneità e pericolosità della esposta concezione, poiché, come costantemente avvertito, non è assolutamente lecito né possibile astrarre le sentenze dal modo, in cui si perviene alla loro formazione ed emanazione. La sentenza è egualmente ingiusta e viziata tanto se venga violata la norma processuale, quanto se venga violata la norma sostanziale, e ciò non tanto e non solo perché la violazione della prima costituirebbe un sintomo della eventuale violazione anche della seconda, ma per la più essenziale ragione che al di fuori della legge del processo non esiste un giudizio, ma un atto di arbitrio, e l’arbitrio, qualunque sia il suo contenuto sostanziale, è la massima espressione dell’ingiustizia” (MONTELEONE, Girolamo. *Diritto processuale civile*. 8ª ed. Milano: CEDAM, 2018, volume II, p. 568).

48. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Appunti sulle impugnazioni*. Milano: La Goliardica, 1959, p. 2-3. Ver, sobre essa transformação: CONSOLO, Claudio. *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, cit., c. 1, item 2.3.

49. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, V, cit., p. 230-232.

50. “A apelação do direito brasileiro contém a impugnativa da injustiça e a querela de nulidade, apagada, afinal, a distinção romana entre meio contra a injustiça e impugnabilidade, sem prazo, da *inexistência*” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*, VII, cit., p. 154).

51. Chega-se a defender, inclusive, que a distinção se tornou obsoleta e legalmente irrelevante: PINTO, Rui. *O recurso civil. Uma teoria geral*. Lisboa: AAFDL, 2017, p. 81-82. Em sentido contrário: CONSOLO, Claudio. *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, cit., c. 1, item 2.4.



da decisão, o que é natural, já que surgiu justamente para explicar o remédio contra ela. Na verdade, é preciso colocar a questão no seu devido enquadramento: é que a injustiça, no passado, não era, propriamente, um vício da sentença, isto é, não se fazia uma conexão entre a injustiça da sentença e a sua ilegalidade, aquela não era vista como um tipo desta. Como bem percebeu Cerino-Canova, a ilegalidade era uma característica dos *errores in procedendo*, enquanto a injustiça advinha de uma exigência pré-legislativa, pelo que o recurso não teria por suposto um vício, mas o direito a um segundo grau de jurisdição.<sup>52</sup>

Logo, a concepção original do recurso e do efeito devolutivo está ligada à discussão do mérito do processo, não aos vícios processuais. O recurso e o efeito devolutivo que o acompanha surgem para viabilizar uma segunda decisão sobre a mesma demanda.<sup>53</sup>

Apenas essa guinada histórica já tornaria o efeito devolutivo, como concebido em sua origem, um conceito parcialmente antiquado para descrever os limites objetivos do recurso. Aquele que se dedica à leitura do que se diz ser o efeito devolutivo com os *errores in procedendo* em mente, percebe com facilidade como o conceito, mesmo hoje, ainda remanesce atrelado aos *errores in iudicando*.

Mas não é apenas isso.

Como o efeito devolutivo corporifica a noção de reexame da decisão, as razões deduzidas pelas partes para impugnar a decisão tornam-se mercedoras de pouco prestígio. Uma vez que o efeito devolutivo já preenche o juízo recursal com todo o material para decidir a demanda original, é pouco relevante, ou até mesmo irrelevante, aquilo que o recorrente traz em suas razões como crítica específica.<sup>54</sup> Não é à toa que, por muito tempo, tinha-se a juntada de razões do recurso como algo meramente facultativo e, ainda hoje, existem precedentes judiciais que admitem recursos em que se procede com a mera reprodução de razões anteriores à decisão impugnada.<sup>55</sup> Como a profundidade do efeito devolutivo permite a cognição de *todas as questões*,

52. CERINO-CANOVA, Augusto. *Le impugnazioni civili – struttura e funzione*. Padova: CEDAM, 1973, p. 26-33.

53. Essa característica é tão notável que, observando o c.p.c. italiano, chegou-se à conclusão de que a quase totalidade dos dispositivos referem-se ao apelo contra injustiça, existindo apenas dois para regradar, de modo insuficiente, a função do recurso de apelação de combater invalidades: LUISO, Francesco Paolo. Invalidità della sentenza e mezzi di gravame. *Rivista di diritto processuale*. Padova: CEDAM, v. LXIV, n. 1, 2009, p. 15-16. Também destaca a incompletude do regramento, embora de maneira mais particular: LIEBMAN, Enrico Tullio. Le nullità processuali e il giudizio di impugnazione. *Rivista di diritto processuale*. Padova: CEDAM, v. XXV, n. 1, 1970, p. 201-205.

54. PUNZI, Carmine. *Il processo civile – sistema e problematiche*, II, cit., p. 435.

55. Defendia a correção desse entendimento: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*, VII, cit., p. 165. Em sentido contrário, acertadamente: “Em princípio, a diretriz significa que o recurso dotado de motivação *per relationem*, no qual o recorrente se reporta a alegações expendidas anteriormente à emanção do ato impugnado, é inadmissível. A remissão a peças anteriores, a exemplo da contestação ou das razões finais, revela-se insuficiente” (ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 9ª ed. São Paulo: RT, 2017, p. 256). Também contrariamente a essa

coloca-se o julgador do segundo grau na posição do julgador de primeiro grau, para que profira a decisão como entende que deveria ter sido proferida.

A valorização da vontade e a racionalização do processo, assim como o contributo de teorias argumentativas, fortaleceram a *dialecricidade*, que exige do recurso mais do que a mera impugnação genérica. A concepção participativa do processo exige o assim chamado *contraditório substancial* e, na esfera recursal, reclama a efetiva descrição do erro cometido na decisão ou na condução do procedimento para sua prolação, bem como a justificação da reforma pretendida, tornando-se necessário que o recorrente elucide porque o entendimento judicial ou o procedimento contraria norma jurídica, e também que exponha o que, no seu entendimento, deveria ter sido feito.

A parte exerce um controle racional sobre a atividade jurisdicional, no qual precisa se desincumbir do seu *ônus de argumentar*: apontamento de uma conduta ou omissão judicial relevante; indicação da norma que exigia atuação diversa; descrição da correta forma de atuação, conforme o ordenamento jurídico. Esse *iter* argumentativo é essencial para que se considere uma impugnação efetivamente fundamentada, de modo a estabelecer a exigida dialeticidade com o ato judicial atacado (art. 932, III, do CPC).

No entanto, o efeito devolutivo não auxilia a chegar nessa especificidade argumentativa. Pelo contrário, ele é um *desestímulo* à dialeticidade.<sup>56</sup> Realmente, em sistemas em que se adota a devolução automática, chega-se a afirmar que é natural não exigir a motivação do recurso, já que ele ocasiona o julgamento da mesma demanda em nova fase.<sup>57</sup>

O efeito devolutivo previsto no direito brasileiro enseja o reexame livre, pleno e direto do objeto do processo, de modo que o recurso não é muito mais que uma ponte que permite ao juízo recursal alcançar a demanda originária para julgá-la novamente. No juízo recursal, norteador pelo amplíssimo efeito devolutivo, não se exige que se proceda com a declaração de erros da decisão impugnada e com a reparação de tais erros, mas se permite à Corte responsável por julgar o recurso alcançar a sua própria conclusão a partir da apreciação dos dados fornecidos pela demanda originária e pela atuação subsequente das partes.<sup>58</sup>

---

possibilidade: FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2001, v. 7, p. 95.

56. “Eis um paradoxo: o órgão recursal não está vinculado à motivação do recurso, mas, ao mesmo tempo, tem-se que a motivação é importante para compreender a extensão do pedido recursal” (ELIAS, Carlos Eduardo Stefen. *Apelação – Os limites objetivos do efeito devolutivo*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 39).
57. COSTA, Agustín. *El recurso ordinario de apelación en el proceso civil*. Buenos Aires: Asociación de Abogados de Buenos Aires, 1950, p. 45.
58. “Il diritto di appello non è dato, dunque, in quanto la sentenza appellata sia difettosa, ma in quanto la sentenza appellata è di primo grado; esso non è il diritto a ottenere una sentenza più favorevole di quella appellata, ma il diritto a ottenere dal giudice superiore una nuova sentenza di merito (che

Desse modo, o sistema processual, a partir do efeito devolutivo, emite um comando no sentido de ignorar as razões recursais. Isso porque há uma diferença no nível argumentativo do recurso em relação à demanda original.

A motivação do recurso e o seu pedido prestam-se ao *exame crítico da decisão*, que pressupõe a análise de *erros jurídicos cometidos na decisão* – erros esses que podem ser na valoração da prova, certamente regulada juridicamente. A causa do recurso é, enfim, mais *específica*. O sistema jurídico, ao exigir a motivação específica do recurso, impulsiona para que a decisão seja proferida levando em consideração essa motivação; afinal, não faria sentido exigir a dedução de razões críticas específicas na impugnação da decisão como um mero requisito de estilo.<sup>59</sup>

Por outro lado, a demanda originária põe-se sem constrictões, porquanto sua relação é direta com o direito material afirmado, com os relatos fáticos das partes e com as provas produzidas. Ao analisar a demanda e as exceções deduzidas, o juiz constrói a solução a partir dos elementos do processo e do ordenamento jurídico. Examina as causas de pedir, os argumentos fáticos, provas e argumentos jurídicos utilizados, bem como as exceções, e chega à sua conclusão quanto à *res in iudicium deducta*. O efeito devolutivo permite que o tribunal simplesmente profira nova decisão sobre a demanda originária, ou parte dela, quando a devolução for parcial.

É por isso que a doutrina afirma, em sistemas em que o efeito devolutivo é intenso, que o objeto de cognição do juízo de segundo grau é “diretamente a controvérsia já decidida”, e não tanto a sentença impugnada ou os reclamos feitos pela parte recorrente.<sup>60</sup> Como já se viu, a doutrina defende que o efeito devolutivo, sobretudo na apelação, enseja um reexame da relação jurídica material: transportam-se as questões relativas à causa para o tribunal. A causa tem um novo curso no tribunal. Se é assim, o efeito devolutivo torna o nível argumentativo do recurso, que é o da crítica à decisão, um esforço pouco relevante, pois ele mesmo transfere a causa ao juízo recursal.<sup>61</sup>

Com efeito, há uma diferença que não se pode ignorar entre o exame da causa (ou o reexame dela) e o exame de críticas à decisão, ou, mais especificamente: uma

---

può anche avere lo stesso contenuto della prima). Oggetto del giudizio di appello non è la sentenza del primo giudice, ma direttamente il rapporto controverso” (CALAMANDREI, Piero. *Appello. Opere giuridiche*, cit., v. VIII, p. 445).

59. CAPORUSSO, Simona. *La “consumazione” del potere d’impugnazione*. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 2011, p. 159.
60. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Appunti sulle impugnazioni*. Milano: La Goliardica, 1959, p. 19. No mesmo sentido, destacando “a radical diversidade” entre as razões do recurso e as da demanda: POLI, Roberto. *I limiti oggettivi delle impugnazioni ordinarie*. Padova: CEDAM, 2002, p. 443.
61. Veja-se, por exemplo, que se fala que, nos recursos, “através de tôdas as fases por que passa o feito, ela – a relação jurídica processual – permanece una: conduz a um provimento substancialmente uno do órgão judicante, a qualidade jurídica das partes é sempre a mesma, a causa de pedir (para o autor ou para o réu) é a mesma, o objeto do pedido é o mesmo” (FAGUNDES, Miguel Seabra. *Dos recursos ordinários em matéria civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1946, p. 204-205).

coisa é o julgamento, e outra é o metajulgamento.<sup>62</sup> Uma coisa é decidir sobre o objeto do processo ou sobre a admissibilidade do processo; coisa diversa é decidir sobre correção da decisão proferida na instância inferior: aqui, trata-se de decisão que examina a correção de decisão. Por isso se afirma com razão que a valorização dos motivos específicos do recurso resulta diretamente na perda de importância do efeito devolutivo.<sup>63</sup>

Eis o paradoxo: o efeito devolutivo promove uma nova decisão da demanda originária e a fundamentação específica do recurso impulsiona para a decisão da demanda recursal.

Numa imagem: em regra, o efeito devolutivo provoca um retrocesso do juiz de segundo grau para a posição em que se encontrava o juiz de primeiro grau, a fim de que este profira a decisão que entenda ser correta na posição daquele; por outro lado, o ônus de impugnar especificamente promove o progresso da posição: o juiz de segundo grau avança no procedimento a partir da decisão impugnada e das críticas contra ela para decidir se o recorrente tem direito ou não ao reparo ou desfazimento da decisão.

Isso é bem percebido por Consolo, que, ao analisar a obsolescência da divisão entre *meios de gravame* e *meios de impugnação*, destaca que, embora a repartição não sirva mais para representar o direito positivo italiano, tem uma função didática: demonstra que, quanto mais forte e intenso o efeito devolutivo, por permitir uma livre análise do material conhecido em primeiro grau, menos importante é a definição das críticas à decisão pela parte.<sup>64</sup> O contrário, evidentemente, ocorreria nos meios de impugnação em sentido estrito.<sup>65</sup>

Realmente, por meio de uma atuação particularmente intensa do efeito devolutivo, que ainda se vê no direito brasileiro, ignoram-se as razões específicas do recurso para que se torne possível retornar às questões como foram deduzidas em primeiro grau. A devolução de questões discutidas e resolvidas ou não, e até mesmo das questões que não chegaram a ser suscitadas, torna o parâmetro para decisão em grau recursal o mesmo do primeiro grau, o que elimina a importância do discurso crítico próprio do grau recursal.<sup>66</sup> Note-se que o recurso é linguagem que, como tal, avalia a linguagem

62. TESHEINER, José Maria Rosa. Em tempo de reformas – o reexame das decisões judiciais. *Meios de impugnação ao julgado civil* – Estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira. Adroaldo Furtado Fabrício (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 385.

63. PUNZI, Carmine. *Il processo civile – sistema e problematiche*. 2ª ed. Torino: Giappichelli, 2010, v. II, p. 407-408.

64. CONSOLO, Claudio. *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, cit., c. 1, item 2.4.

65. “Diverso è il problema nelle impugnazioni in senso stretto, in cui al giudice vengono sottoposti dei vizi da cui la sentenza impugnata è (asseritamente) inficiata; per cui la volontà della parte ha un rilievo minore, in quanto l’ambito della cognizione del giudice è in misura maggiore preindividuato” (LUISO, Francesco Paolo. *Diritto processuale civile*, II, cit., p. 383).

66. “Se o órgão recursal não está vinculado às razões trazidas nas razões da apelação, podendo assim perquirir outros pontos controvertidos resolvidos na sentença, não é de se imaginar que, para

no processo de primeiro grau; metalinguagem, portanto. Em síntese, *pode-se concluir que a dialeticidade do recurso levaria a um julgamento sobre o acerto ou o equivoco do julgamento, enquanto o efeito devolutivo leva a um rejuízo*.

Desse modo, ao se trabalhar com efeito devolutivo, enseja-se a quebra da especificidade desse nível argumentativo, o que sujeita o julgamento recursal a uma séria problemática, decorrente dessa desorganização normativa. Trata-se, enfim, de um conceito totalmente inadequado para representar uma estruturação do procedimento recursal que valorize e respeite a dialeticidade entre ato decisório e impugnação.

## 6. O PROBLEMA CAUSADO NA DELIBERAÇÃO COLEGIADA DECORRENTE DA SOMA DO EFEITO DEVOLUTIVO COM O ÔNUS DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA

Aqui, a pretensão é demonstrar que a má elaboração teórica do efeito devolutivo, de caráter conceitual e que acabou sendo absorvida no direito positivo (itens 3 e 4), gera, além do problema conceitual em si, uma grave incapacidade representativa, que simplesmente não consegue alcançar a especificidade da demanda recursal (item 4). Isso faz com que a argumentação acerca das ilicitudes da decisão seja, senão uma fração invisível ou obscura da argumentação jurídica, ignorada na tomada de decisão.

Agora, chega-se na ponta final da crítica. A primeira crítica leva à segunda, que, por sua vez, desemboca em grave problema prático. Há uma continuidade lógica entre a primeira, a segunda e a terceira crítica: a falha conceitual leva a um problema operacional que arrebenta na prática jurídica. Especificamente, o problema em destaque torna possíveis julgamentos com resultados equivocados, mediante a soma de votos heterogêneos, isto é, o agrupamento de manifestações de juízes que não coincidem.<sup>67</sup> Tudo isso legitimado pela operacionalidade do efeito devolutivo.

O efeito devolutivo não serve para fornecer de modo preciso os limites da prestação jurisdicional recursal. Insista-se, a própria ideia de efeito devolutivo foi construída sob a concepção de que os segundos limites são desnecessários: a demanda original é a barreira que o julgamento não pode deixar de observar, sendo que o efeito devolutivo faz a causa subir ao órgão judicial *ad quem*.<sup>68</sup> Os limites objetivos

---

aquelas razões trazidas, o recorrente deva detalhar minuciosamente os porquês do erro na solução que lhe foi dada pela sentença” (ELIAS, Carlos Eduardo Stefen. *Apelação – Os limites objetivos do efeito devolutivo*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 41).

67. Destacando, em outro contexto, o problema da soma de votos heterogêneos, inclusive por ferir o princípio matemático de que não se somam qualidades distintas: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O que significa “não conhecer” de um recurso? *Temas de direito processual (Sexta Série)*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 130.
68. “Si parla d’effetto devolutivo per indicare che l’interposizione dell’appello fa passare nel giudice di secondo grado la cognizione piena e immediata della controversia già decisa dal primo giudice” (CALAMANDREI, Piero. *Appello. Opere giuridiche*, cit., v. VIII, p. 447).

eram aqueles postos pela demanda, nada tendo a ver com o exercício do recurso, que simplesmente provoca o reexame dela.<sup>69</sup> Por que, então, construir outro muro, quando se via claramente aquele anterior posto com firmeza?

A noção de recurso como entrega da causa à autoridade judicante superior se erodiu muito, a ponto de não mais representar o ato de impugnação em nenhum sistema de direito ocidental. Vê-se, ao contrário, um movimento no processo no sentido de valorizar a vontade, que, no sistema recursal, é corporificada pelas razões do recurso. Por isso as crescentes exigências de sua fundamentação (art. 932, III, do CPC). Todavia, o âmbito de devolução só sofre recorte volitivo no sentido horizontal, vez que a extensão dos capítulos devolvidos é que pode ser controlada pelo *pedido recursal*. Quanto aos fundamentos da decisão, às causas e exceções deduzidas, às questões suscitadas, “é amplíssima, em profundidade, a devolução”.<sup>70</sup>

É na fundamentação do recurso, em suas razões, que se aponta o ilícito cometido pela decisão, seja ele de cunho processual ou substancial. A *causa petendi* recursal é composta pelos vários *errores in procedendo* e *in iudicando* capazes de, autonomamente, sustentar um *petitum* recursal (pretensões recursais). É possível, inclusive, que vários dos erros apontados confluem para o mesmo resultado que se pretende com a prestação jurisdicional, seja esse a reforma ou a anulação da sentença.

A opção pela irrestrita profundidade do efeito devolutivo, no entanto, torna diminuta a relevância das causas de pedir recursais: *todas* as questões conhecidas, assim como aquelas que *poderiam ter sido conhecidas*, são *devolvidas* para o órgão judicial.<sup>71</sup> Isso se torna sensível nos recursos em que se pretende a reforma de uma decisão de mérito e é gritante no caso da apelação. Permite-se a fuga da *causa impugnandi*, o que estimula um efetivo *rejudgamento*.

Assim, *o trabalho do tribunal tende a ignorar o recurso como ato crítico específico em dialeticidade com a decisão, uma vez que o próprio sistema recursal insta-o a voltar suas atenções para a justiça da decisão, de maneira global, o que significa o reexame*

69. Nesse sentido, divide em duas possibilidades de objeto da cognição na decisão do segundo grau: a controvérsia já decidida ou o exame da exatidão da sentença: CONSOLLO, Claudio. *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, cit., c. 2, item 1.3. O processualista italiano, antes da reforma de 2012, entendia que no direito italiano vigia como objeto do apelo a controvérsia já decidida. Tomando isso em consideração, o mesmo se pode dizer sobre o direito brasileiro, em que a decisão da apelação é mais ampla do que no sistema recursal italiano pós-1990.

70. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, V, cit., p. 445.

71. Nesse sentido, assim como agora ocorre aqui, afirmou-se quanto ao sistema italiano então em transição: “oggetto del giudizio d’appello rimaneva pur sempre il rapporto sostanziale controverso, devoluto al giudice superiore attraverso i motivi specifici di impugnazione i quali, a differenza dei motivi di ricorso per cassazione, costituivano solo lo strumento tecnico-processuale per individuare la parte del rapporto sostanziale e le questioni su cui il secondo giudice era nuovamente chiamato a pronunciarsi” (TEODOLDI, Alberto. I motivi specifici e le nuove prove in appello dopo la novella ‘iconoclastica’ del 2012. *Rivista di diritto processuale*. Padova: CEDAM, v. LXVIII, n. 1, 2013, p. 148).

*da demanda e das exceções já deduzidas.* Resultado: não examina a sentença à luz da crítica do recorrente; julga, pela segunda vez, a *res in iudicium deducta*.<sup>72</sup>

Essa opção não ocorre impunemente: *ao se ignorar analiticamente o objeto do recurso, causa-se uma total confusão no seu julgamento, que é capaz de revelar decisões totalmente infiéis ao resultado da deliberação.*

Perceba-se: seria possível dialogar no nível de causa de pedir recursal, especialmente no suposto erro judicial, proporcionando a gravitação do contraditório em grau recursal e da sua respectiva decisão em torno da existência ou não dos erros indicados e de possíveis causas para proferir decisão noutro sentido. Porém, o sistema processual, ao estabelecer o amplíssimo efeito devolutivo, com a transferência de *todas as questões relativas à causa* para o juízo recursal, estimula o aplicador a *desconsiderar o nível de argumentação específico do recurso*. Ao invés de trabalhar com a suscitada causa do equívoco como parâmetro para o resultado e tomá-la como procedente ou não, mediante a devolução o tribunal pode retomar a análise da própria demanda originária e proferir um julgamento.<sup>73</sup>

Isso significa que a operação com efeito devolutivo, sobretudo nas impugnações contra o mérito, ao menos do modo como desenhada no direito positivo brasileiro, sujeita a deliberação colegiada ao desencontro.

Perceba que cada um dos erros judiciais suficientes para a reforma é uma causa para o recurso e fundamenta uma pretensão recursal autônoma. A parte que cumula erros judiciais autônomos e suficientes para a reforma está cumulando pretensões recursais. Cada pretensão recursal, individualizada por sua causa, poderia ou não ter

72. “Se o autor invocara dois fundamentos para o pedido, e o juiz o julgou procedente apenas por um deles, silenciando sobre o outro, ou repetindo-o, a apelação do réu, que pleiteia a declaração da improcedência, basta para devolver ao tribunal o conhecimento de ambos os fundamentos; caso, a seu ver, o pedido mereça acolhida justamente pelo segundo fundamento, e não pelo primeiro, o tribunal deve negar provimento ao recurso, ‘confirmando’ a sentença na respectiva conclusão, mediante correção dos motivos. Se o juiz julgou improcedente o pedido, examinando só o fundamento *a*, e omitindo-se quanto ao fundamento *b*, a apelação *do autor* permite ao tribunal julgar procedente o pedido, sendo o caso, quer pelo fundamento *a*, quer pelo fundamento *b*” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, V, cit., p. 445-446).

73. Nesse sentido, embora Barbosa Moreira a princípio discordasse do que ora se defende, acabava por notar e até defender posições nesse sentido – tem de se reconhecer, em contradição. O processualista, ao comparar a apelação com a rescisória, reconhece a distinção entre ambos os remédios: “O tribunal não verifica, *primeiro*, se o apelante, em razão do erro apontado, tem direito à cassação da sentença e à subsequente emissão de outro (e diverso) pronunciamento. Pronuncia-se, logo, sobre a matéria versada no recurso; e a sua decisão *substitui* a inferior (art. 512), tenha ou não conteúdo diferente” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, V, cit., p. 458). Adiante, com base nisso, conclui: “Quer isso dizer que a finalidade de controle é atingida *por meio do rejuízo*. Para saber se a apelação é ou não fundada – ou, o que é o mesmo, se a sentença decidiu mal ou bem –, examina o órgão superior a própria causa, ou antes os aspectos dela que o recurso lhe devolve”. Como se vê, ele acaba percebendo que o que ocorre é um *rejuízo*, embora insista na ideia, demonstrada incompatível, de que se trata de um *controle*.

sido deduzida ou poderia ter sido objeto de um só ato recursal, formalmente falando. A parte pode deduzir a apelação só com o fundamento autônomo e suficiente para a reforma “X”, ou com o fundamento autônomo e suficiente “Y”, ou pode interpor o apelo com os fundamentos autônomos e suficientes “X”, “Y” e “Z”. São pretensões recursais cumuladas em um único recurso.

Na hipótese de cumulação de pretensões recursais, mesmo que todas as três causas para recorrer levem à reforma da decisão, não há um único pedido de reforma, mas três diversas pretensões recursais, que são identificadas por suas diversas *causae appellandi*. Julgá-las indiscriminadamente é equívoco manifesto. Ocorre que o efeito devolutivo “mascara” as pretensões recursais ao entregar para decisão do tribunal todas as questões, escondendo que, na realidade, são vários recursos a serem decididos, substancialmente.<sup>74</sup>

Desse modo, em vez de os desembargadores votarem acerca de possíveis *erros in iudicando*, de modo compartimentalizado, votam sobre a justiça da decisão, de modo genérico, o que pode acarretar um total desacerto na contagem dos votos, nos quais se computa o resultado. Assim, em vez de se computar os votos de acordo com a presença ou não de um erro na decisão, computa-se a partir da solução que se entende justa de acordo com a *causa petendi*.

Um exemplo pode ser esclarecedor: enquanto o recorrente pode ter se limitado a suscitar equívoco na interpretação da lei aplicável para a reforma da sentença, é possível que o relator vote pela reforma da sentença por ter como equivocada a solução de uma determinada questão fática. Outro julgador, dentro da mesma *causa petendi* e da mesma questão jurídica, pode votar pelo provimento do recurso com base na aplicabilidade de um precedente judicial. O terceiro julgador pode entender que a mesma causa de pedir e respectivo pedido deveriam ter sido acolhidos por conta da razão exposta no recurso: a interpretação dada ao dispositivo legal foi equivocada. Como a votação se dá em desatenção aos *fundamentos do recurso*, mas em atenção à *demanda originária*, o resultado dessa votação seria o provimento do recurso à unanimidade, com a conseqüente reforma da sentença.<sup>75</sup>

74. O fenômeno é mais grave, porém similar ao que ocorre com a cumulação de causas de pedir. Sobre esse último problema: “Ninguém duvidaria de que, se Tício *primeiro* intenta, sem êxito, despejar Caio, alegando que este infringira o contrato de locação, e formula *depois* o mesmo pedido, afirmando necessitar do prédio para seu próprio uso, são *duas*, e perfeitamente *diferenciadas*, as ações propostas. Mas, se Tício opta por fazer valer simultaneamente, num único processo, ambos os fundamentos, a visão do observador não raro se turva, e ele supõe contemplar, em vez de duas ações cumuladas, uma só ação de despejo” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Julgamento colegiado e pluralidade de causas de pedir. Temas de direito processual (Terceira Série)*. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 132).

75. O raciocínio comum na doutrina é o que segue: “Antes de tudo, fique claro que há nítida diferenciação conceitual entre fundamentos da decisão e decisão propriamente dita, não só para fins de isolamento dos limites objetivos da coisa julgada material, como também para compreensão da diferença entre jurisprudência e precedentes. Pode haver uma deliberação em que compõe, pelo seu resultado, o



Isso porque, embora por motivos diferentes, os julgadores entenderam que a *causa de pedir* estivesse correta. No entanto, eles discordaram quanto ao erro judicial. Pode ser que, caso fosse levado em conta cada erro judicial, especificamente, o resultado fosse outro. É possível que a maioria do colegiado reputasse correta a leitura que foi dada ao dispositivo legal. É possível, também, que a maioria do colegiado entendesse que a questão fática foi corretamente solucionada à luz das provas dos autos. Finalmente, pode ser que, se a questão tivesse sido devidamente deliberada, o colegiado reputasse, por maioria, inaplicável o precedente. É notável que, se a maioria do órgão julgador tivesse deliberado a partir das *causae appellandi*, ao invés de julgar o recurso como se estivessem decidindo a demanda originária, o resultado não teria sido a reforma por unanimidade, mas exatamente o oposto do alcançado: a manutenção, por maioria, da sentença.

O problema ganha contornos não apenas nos estritos limites da proposta de uma Ciência Processual Civil mais consistente e coerente consigo mesma, mas também revela importantes consequências práticas, já que a causa de pedir do recurso é capaz de mudar totalmente a sorte que merecerá uma *demanda recursal* de acordo com a forma como ela é encarada.

De um lado, se se perspectiva o recurso a partir da lente da demanda originária, fica bem claro que o resultado pode ser bem diverso daquele em que o recurso é visto a partir de seu próprio objeto. Decidir de acordo com a causa de pedir da demanda não é o mesmo que decidir acerca de possíveis erros judiciais cometidos na decisão impugnada, ou seja, é bem diferente de decidir com base na causa de pedir do recurso. E isso enseja uma questão de justiça.

É que, como se viu, uma parte poderá ser manifestamente lesada com o desprezo da analítica do objeto do recurso. É possível, primeiro, que as questões deixem de ser efetivamente discutidas para a tomada de decisão, e, simplesmente, o julgador eleja o argumento que lhe parece mais importante e encampe-o como razão de

---

grupo de casos da jurisprudência, mas, diante da falta de acordo entre os magistrados votantes quanto aos fundamentos, não pode ser considerado um precedente. *A votação decomposta de cada questão no julgamento do recurso de apelação, por exemplo, onde agora haverá várias questões anteriores à sentença que podem ser suscitadas com preliminar das razões quanto das contrarrazões de recurso, não necessariamente deve ter o mesmo fundamento para fins de identificação das razões de decidir*, pois, como se sabe, os Tribunais de Apelação (TJs e TRFs) são constitucionalmente considerados como Cortes de Justiça, ficando reservada a função de Cortes de Precedentes somente aos Tribunais Superiores, no âmbito dos recursos que lá são manejados, razão pela qual é *desinfluyente que, nas Cortes de Justiça, haja uma maioria com fundamentos diversos, desde que cheguem à mesma decisão para fins de definição do quórum vencedor a que se refere o art. 941 do CPC/15*” (MARANHÃO, Clayton. Da ordem dos processos nos tribunais. *Aspectos polêmicos dos recursos cíveis e assuntos afins*. São Paulo: RT, 2017, v. 13, p. 91). Mais à frente, diferencia: “*Todavia, quaisquer dessas situações não se confundem com o problema que pode surgir no julgamento colegiado quando há pluralidade de causas de pedir, hipótese em que se recomenda o julgamento destacado de cada uma delas, sendo certo que uma vez que haja divergência na fundamentação, mas convergência na decisão, cabe declaração de voto vencedor*” (p. 93).

decidir – o que não é nada demais, por si só –, *sem submetê-lo ao colegiado* – o que é gravíssimo. No final das contas, quando se reduz o nível crítico do recurso ao nível da causa originária, ocorre isto: permite-se que as questões particulares dos erros judiciais deixem de ser objeto de votação.

Problema similar foi percebido por Barbosa Moreira, ao examinar decisões colegiadas nas demandas em que há cumulação de causas. O mestre carioca percebeu que é possível o erro técnico de contagem de votos quando as causas de pedir da demanda original não são levadas em conta na deliberação colegiada:<sup>76</sup>

Suponhamos, *v.g.*, que se esteja apreciando, em grau de apelação, hipótese em que o autor pede a anulação do ato jurídico, por três fundamentos diferentes (*a*, *b* e *c*). Dos três votantes, o primeiro reconhece apenas o fundamento *a*, mas rejeita os fundamentos *b* e *c*, enquanto o segundo só reconhece o fundamento *b*, rejeitando *a* e *c*, e o terceiro unicamente reconhece o fundamento *c*, rejeitando *a* e *b*. É certo que todos os juízes se pronunciaram no sentido de anular-se o ato; cada qual o fez, entretanto, com referência a uma ação distinta. Se somarmos o voto do primeiro quanto à ação *a*, o do segundo quanto à ação *b* e o do terceiro quanto à ação *c*, chegaremos à conclusão de que o pedido foi julgado procedente por unanimidade; será, porém, uma conclusão absolutamente falsa, porque se terão somado quantidades heterogêneas.

O resultado, como bem se compreende, não deve ser diverso do que se obteria se as três ações tivessem curso em processos separados. Consiste o procedimento correto, portanto, em apurar separadamente os votos sobre cada uma delas. Assim, na ação *a*, o pedido de anulação foi rejeitado por maioria, contra o voto do primeiro juiz; deu-se o mesmo na ação *b*, contra o voto do segundo juiz; e ainda o mesmo ocorreu na ação *c*, contra o voto do terceiro juiz. Quer dizer: em nenhuma das três se julgou procedente o pedido de anulação, e o ato impugnado permanece de pé. Para que se anule o ato, é indispensável que haja maioria (ou unanimidade) de votos favoráveis ao autor pelo menos em relação a uma das causas de pedir – vale dizer: pelo menos em relação a uma das ações.

Porém, não basta compartimentalizar as demandas originais; as demandas recursais devem ser compartimentalizadas também. O problema se duplica em relação às demandas recursais. Barbosa Moreira percebeu o problema mediante a visão do efeito devolutivo amplíssimo, mas não conseguiu ver que é possível distinguir mais do que apenas demandas originais.<sup>77</sup> Isso não é fiel ao fenômeno: o julgamento do recurso deve levar em conta a impugnação específica ou a cumulação de impugnações. O que se falou sobre a demanda original deve ser, por rigor analítico, replicado na demanda

76. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Julgamento colegiado e pluralidade de causas de pedir. *Temas de direito processual (Terceira Série)*. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 132-133.

77. O próprio autor deixa isso claro: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Julgamento colegiado e pluralidade de causas de pedir, *cit.*, p. 133-134.

recursal: existindo mais de uma pretensão recursal, diferenciáveis pela causa para recorrer, elas devem ser votadas separadamente, ou falha a técnica colegiada, o que pode ensejar erro gravíssimo na contagem dos votos.

Note-se que a linguagem mais específica do recurso é substituída pela mais abrangente da causa originária. Assim, em vez de votar se houve erro judicial por conta da solução equivocada dos fatos, decorrente da desconsideração da prova pericial produzida, simplesmente se decide acerca do direito ou não à indenização baseada em danos decorrentes de um mal funcionamento de máquina. Do mesmo modo, em vez de se resolver quanto à aplicabilidade ou não, por extensão proveniente de uma distinção ampliativa, de um precedente judicial, que seria capaz de alterar a solução do caso, resolve-se quanto à existência ou não da relação jurídica. A diferença entre o nível argumentativo do recurso e o da demanda é que o desta é mais genérico, enquanto o daquele, diante da decisão judicial impugnada, é específico.

Some-se a isso que nem sempre os julgadores estarão em sintonia quanto ao nível argumentativo. Mesmo se levarem em consideração a crítica à decisão impugnada, podem simplesmente ignorar as diversas pretensões recursais, votando o resultado do recurso sem perceber que são, substancialmente, vários recursos entabulados no mesmo ato impugnatório formal.

Ao se permitir o retorno ao patamar mais genérico de argumentação, acaba-se por, observando-se os votos no nível mais específico dos recursos, gerar dois graves problemas, que se põem em sucessão (o primeiro é causa do segundo): *i)* passa a ser viável prescindir da votação quanto aos erros da decisão; *ii)* passa a ser possível que votos que são substancialmente distintos, observados no nível de especificidade da crítica à decisão, sejam somados para que se chegue ao mesmo resultado.<sup>78</sup>

## 7. CONCLUSÕES

O efeito devolutivo assumiu uma dimensão conceitual, na Ciência Processual e no Direito Processual brasileiros, que não tem predecessor histórico ou análogo em

---

78. O problema aqui identificado é bem distinto daquele levantado por Marinoni, no exame da inadequação da deliberação dos tribunais em relação ao sistema de precedentes, em que propõe “a solução da *ratio decidendi*”, em vez da “solução do caso”, e com enfoque específico nos recursos especial e extraordinário, como campos mais apropriados para a formação de precedentes, cf. MARINONI, Luiz Guilherme. Julgamento colegiado e precedente. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, v. 264, 2017, p. 357-394. O importante problema indicado pelo processualista paranaense também foi examinado no seguinte texto, em que propõe soluções interpretativas: MARINONI, Luiz Guilherme. Precedente, decisão majoritária e pluralidade de fundamentos – Um sério problema no direito estadunidense. *Revista de Processo Comparado*. São Paulo: RT, v. 5, 2017, p. 83-106. De maneira mais abrangente, conferir ainda: MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas cortes supremas*. São Paulo: RT, 2015. A questão destacada aqui é relativa a todos os recursos, e especialmente aos ordinários, e não possui direta associação com o problema dos precedentes judiciais, mas com a correção analítica dos julgamentos colegiados.

sistema estrangeiro. Entre nós, o efeito devolutivo tornou-se o grande conceito para a Teoria Geral dos Recursos, e assume uma função primordial nos recursos ordinários.

Nesse texto, demonstrou-se que esse fenômeno, primeiramente, revela-se teoricamente inconsistente, seja porque o conceito de efeito devolutivo é um conceito ruim, já que não explica especificamente um fenômeno, mas dois, totalmente distintos, seja porque tem relação com o mérito do recurso, e não com a sua admissibilidade e apenas parcialmente com a admissibilidade da demanda.

Demonstrou-se, também, que o problema não fica enclausurado no nível conceitual. Ao contrário, ele se espalha na dimensão operacional do efeito devolutivo, criando uma dificuldade normativa: o sistema processual indica a impugnação específica, mas adota o amplíssimo efeito devolutivo, que insta o órgão julgador a redecidir a demanda.

Finalmente, tudo isso leva a um problema prático, relacionado à contagem de votos. O efeito devolutivo e seu contraste com a impugnação específica, somados à tradicional regra de contagem de votos no colegiado de acordo com o resultado, ensejam que seja prescindida a causa de pedir do recurso, o que pode significar a soma de votos que tratam de pretensões recursais distintas. Isso ocorrendo, tem-se a gravíssima injustiça do resultado, que não representa efetivamente a decisão.

Faz-se necessário, portanto, repensar o efeito devolutivo e a analítica do julgamento colegiado. Por ora, bastam as reflexões desse texto. Essa outra empresa, mais complexa, tentamos desenvolver noutra sede.<sup>79</sup>

## REFERÊNCIAS

- APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *A apelação e seus efeitos*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 9ª ed. São Paulo: RT, 2017.
- ASSIS, Araken de. Efeito devolutivo da apelação. *Doutrina e prática do processo civil contemporâneo*. São Paulo: RT, 2001.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O que significa “não conhecer” de um recurso? *Temas de direito processual (Sexta Série)*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Julgamento colegiado e pluralidade de causas de pedir. *Temas de direito processual (Terceira Série)*. São Paulo: Saraiva, 1984.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O juízo de admissibilidade no sistema de recursos civis*. Rio de Janeiro: Borsói, 1968.
- BARIONI, Rodrigo. *Efeito devolutivo da apelação*. São Paulo: RT, 2007.
- BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, v. XX, 2016.

79. MACÊDO, Lucas Buriel de. *Objeto dos recursos cíveis*. Salvador: Juspodivm, 2019.

- BUZAID, Alfredo. Ensaio para uma revisão do sistema de recursos no Código de Processo Civil. *Estudos de direito*. São Paulo: Saraiva, 1972.
- CALAMANDREI, Piero. Appello. *Opere giuridiche*. Napoli: Morano, v. VIII, 1979.
- CAPORUSSO, Simona. *La “consumazione” del potere d’impugnazione*. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 2011.
- CERINO-CANOVA, Augusto. *Le impugnazioni civili – struttura e funzione*. Padova: CEDAM, 1973.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Sobre os limites objetivos da apelação civil*. São Paulo, 1986.
- CONSOLO, Claudio. *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*. 3ª ed. Milano: CEDAM, 2012.
- COSTA, Agustin. *El recurso ordinario de apelación en el proceso civil*. Buenos Aires: Asociacion de Abogados de Buenos Aires, 1950.
- DEHO, Eugenia Ariano. *Impugnaciones procesales*. Breño: Instituto Pacifico, 2015.
- DENTI, Vittorio. *La giustizia civile*. 2ª ed. Bologna: Il Mulino, 2004.
- DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. 13ª ed. Salvador: Juspodivm, v. 3, 2016.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos de sentença*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Os efeitos dos recursos. Nova era do processo civil*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- ELIAS, Carlos Eduardo Stafen. *Apelação – Os limites objetivos do efeito devolutivo*. São Paulo: Atlas, 2010.
- FAGUNDES, Miguel Seabra. *Dos recursos ordinários em matéria civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1946.
- FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, v. 7, 2001.
- GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, v. III, 2015.
- JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 7ª ed. São Paulo: RT, 2015.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. Le nullità processuali e il giudizio di impugnazione. *Rivista di diritto processuale*. Padova: CEDAM, v. XXV, n. 1, 1970.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Appunti sulle impugnazioni*. Milano: La Goliardica, 1959.
- LIMA, Alcides de Mendonça. *Introdução aos recursos cíveis*. 2ª ed. São Paulo: RT, 1976.
- LUISO, Francesco Paolo. Invalidità della sentenza e mezzi di gravame. *Rivista di diritto processuale*. Padova: CEDAM, v. LXIV, n. 1, 2009.
- MACÊDO, Lucas Buriel de. *Objeto dos recursos cíveis*. Salvador: Juspodivm, 2019.
- MACHADO GUIMARÃES, Luiz. Efeito devolutivo da apelação. *Estudos de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Editora Jurídica e Universitária, 1969.
- MARANHÃO, Clayton. Da ordem dos processos nos tribunais. *Aspectos polêmicos dos recursos cíveis e assuntos afins*. São Paulo: RT, v.13, 2017.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Julgamento colegiado e precedente. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, v. 264, 2017.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Precedente, decisão majoritária e pluralidade de fundamentos – Um sério problema no direito estadunidense. *Revista de Processo Comparado*. São Paulo: RT, v. 5, 2017.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas cortes supremas*. São Paulo: RT, 2015.
- MONTELEONE, Girolamo. *Diritto processuale civile*. 8ª ed. Milano: CEDAM, v. II, 2018.
- NERY JR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 6ª ed. São Paulo: RT, 2004.
- ORESTANO, Riccardo. *L’appello civile in diritto romano*. 2ª ed. Torino: Giappichelli, 1966.

- PINTO, Rui. *O recurso civil. Uma teoria geral*. Lisboa: AAFDL, 2017.
- POLI, Roberto. *I limiti oggettivi delle impugnazioni ordinarie*. Padova: CEDAM, 2002.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, tomo VII, 1999.
- PROVINCIALI, Renzo. *Delle impugnazioni in generale*. Napoli: Morano, 1962.
- PUNZI, Carmine. *Il processo civile – sistema e problematiche*. 2ª ed. Torino: Giappichelli, 2010.
- SILVA, Márcio Henriques Mendes da. Tentativa de sistematização do efeito devolutivo dos recursos. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*. Nelson Nery e Teresa Arruda Alvim (coord.). São Paulo: RT, v. 11, 2007.
- STANKIEWICS, Antoni. *Comentario exegético al Código de Derecho Canónico*. 3ª ed. Navarra: Universidad de Navarra, v. IV/2, 2001.
- TEODOLDI, Alberto. I motivi specifici e le nuove prove in appello dopo la novella ‘iconoclastica’ del 2012. *Rivista di diritto processuale*. Padova: CEDAM, v. LXVIII, n. 1, 2013.
- TESHEINER, José Maria Rosa. Em tempo de reformas – o reexame das decisões judiciais. *Meios de impugnação ao julgado civil – Estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. Adroaldo Furtado Fabrício (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- VERDE, Giovanni. *Diritto processuale civile*. 5ª ed. Aggiornamento a cura di Ferruccio Auletta, Gian Paolo Califano, Giuseppe della Pietra, Nicola Rascio. Bologna: Zanichelli, v. II, 2017.
- VESCOVI, Enrique. *Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica*. Buenos Aires: Depalma, 1988.
- VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo*. São Paulo: Noeses, 2010.