



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 Maouene (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)

Rodrigo Reis Mazzei – UFES
Marcelo Mazzola – doutorando/UERJ
Hermes Zaneti Júnior - UFES
João Paulo Lordelo – doutor/UFBA
Fernanda Vogt – mestra/UERJ
Juliana Melazzi – graduada/UERJ
Rodrigo Fux – doutorando/UERJ
Pedro Rocha – mestre/UERJ



Civil Procedure Review
AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

Civil Procedure Review

2021

 EDITORA
*Jus*PODIVM
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

Angelo Danilo De Santis

Professor at the University of Roma Tre, Italy.

Antonio Cabral

Professor at the University of Rio de Janeiro State, Brazil.

Cesar Henrique Kluge

Attending a Master of Law at the Catholic University of Brasília.

Federal Labour Prosecutor.

Edilson Vitorelli

Professor at Presbyterian Mackenzie University, Brazil. Federal Prosecutor.

Eduardo Oteiza

President of the International Association of Procedural Law.

Professor at the University of La Plata, Argentina.

Federico D. Sedlacek

Professor of Civil Procedural Law

at National University of Litoral, Argentina.

Jorge A. Rojas

Professor at the University of Buenos Aires, Argentina.

President of the Argentine Association of Procedural Law.

María Victoria Mosmann

Professor at the Universidad Católica de Salta.

Judge in first instance in Salta, Argentina.

Tamyres Tavares de Lucena

Master of Laws and PhD. candidate at the Federal University of Pernambuco, Brazil.



• 1

Superendividamento em tempos de pandemia: qual o papel do Judiciário na tutela do devedor superendividado de boa-fé?..... 11

The insolvent debtor in a pandemic world: what the Brazilian Courts can do to help solve this crisis?

Tamyres Tavares de Lucena

1. A pandemia e seus efeitos no mercado de consumo.....	12
2. O tratamento legal do superendividamento no Brasil.....	15
3. O superendividamento no mundo pós-pandemia: controle da boa-fé e estímulo à solução conciliatória.....	22
3.1. Controle da boa-fé nas relações contratuais.....	24
3.2. Fomento à resolução consensual dos conflitos.....	31
4. Conclusão.....	37
5. Referências.....	38

• 2

O processo estrutural no âmbito do sistema interamericano. Reflexões a partir do caso Cuscul Pivalar e outros vs. Guatemala 41

Structural Litigation at the Interamerican System.

Notes from the Cuscul Pivalar and other v. Guatemala case

Cesar Henrique Kluge, Edilson Vitorelli

1. Introdução.....	43
2. Sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: um panorama.....	44
3. O processo interamericano.....	47

3.1. O processo perante a Comissão Interamericana.....	49
3.2. O processo perante a Corte Interamericana	50
4. Caso Cuscul Pivaral e outros vs. Guatemala	54
5. Processo estrutural.....	57
5.1. Origem	57
5.2. Conceito.....	58
5.3. Características.....	60
6. O caso Cuscul Pivaral e o processo estrutural: a teoria na prática.....	63
7. Conclusão.....	66
Referências bibliográficas.....	66

• 3

Da instrumentalidade à materialização do processo: as relações contemporâneas entre direito material e direito processual 69

From a purely instrumental function to the substantivisation of civil procedure: the contemporary links between substantive law and procedural law

Antonio Cabral

1. Introdução.....	71
2. A relação instrumental entre direito e processo em Cândido Dinamarco.....	71
3. As relações entre direito e processo. Esboço do percurso histórico desde a emancipação do direito processual até o instrumentalismo do final do séc.XX.....	74
3.1. Primeira fratura: da autonomia do direito processual ao afastamento exacerbado do direito material.....	75
3.2. Segunda fratura: a relação necessária entre jurisdição e processo	81
3.3. Terceira fratura: secundariedade das normas processuais e a exclusividade das normas materiais na regulação de conduta fora do Judiciário.....	84
3.4. Conclusão parcial	86
4. Fenômenos que parecem indicar a inflexão de algumas das premissas da instrumentalidade do processo	86
4.1. Convenções das partes sobre o processo e o procedimento. As interações pré-judiciais e os negócios jurídicos prévios como rearranjo das relações entre direito e processo. Normas processuais como regulação primária de conduta.....	87
4.2. O futuro da autotutela e a autoexecutoriedade dos contratos: caminhamos rumo à autossatisfação dos direitos e a uma progressiva desnecessidade da atividade jurisdicional executiva?	89
5. Perspectivas para o futuro: rumo a uma materialização do processo e relações de convergência coaxial entre direito e processo.....	95
6. Referências	98

• 4

Los acuerdos procesales 103

The procedural agreements

Jorge A. Rojas

• 5

Certiorari, trascendencia y doctrina del precedente en Argentina 109

Certiorari, significance and doctrine of the precedent in Argentina

Federico D. Sedlacek

1. Introducción.....	111
2. Primer intento de definición de la trascendencia: por su (in) dependencia de la gravedad institucional.....	113
3. Segundo intento de definir la trascendencia: finalidad y motivos de su incorporación.....	117
4. Tercer intento de definición de la trascendencia: por la fuente para su consideración. El <i>Writ of Certiorari</i> en el Derecho norteamericano.....	119
4.1. La Regla 10 y los criterios para la determinación de la trascendencia.....	120
5. Cuarto intento de definición de la trascendencia: parámetros ¿definidos? por la CSJN.....	122
6. La necesidad y conveniencia de tratar los supuestos del Art. 280 en forma conjunta. La trascendencia en su faz dinámica. El precedente como herramienta esencial.....	123
7. La trascendencia en el Proyecto de CPCCN del Programa Justicia 2020.....	126
8. Reflexiones finales.....	130

• 6

Buona fede processuale nel diritto italiano..... 133

Good faith in Italian Procedural Law

Angelo Danilo De Santis

1. Premessa.....	133
2. La buona fede e il dovere di lealtà e probità.....	136
3. La misura dell'onere di verità e completezza nel processo civile.....	141
3.1. L'origine del dovere di verità e completezza.....	143
4. Il frazionamento del credito a partire da Cass. 23726/2007.....	151
5. La chiave sanzionatoria.....	152

• 7

Tutela judicial efectiva: Principio y derecho 157**Effective judicial protection: principle and rule***Eduardo Oteiza, María Victoria Mosmann*

I.	Una deuda pendiente. Normas procesales para un Estado Democrático.....	158
II.	La tutela judicial efectiva en el Proyecto de Código Procesal Civil. Principio y derecho.	162
1.	La interpretación de las normas y la efectividad de los derechos (eje objetivo).....	164
2.	Igualdad real de las partes (eje subjetivo).....	165
III.	Tutela Judicial Efectiva: configuración.....	167
IV.	La Agenda 2030 y la consolidación de la evolución del objeto de protección de la tutela judicial efectiva.....	170
V.	Síntesis Conclusiva.....	171



Civil Procedure Review
AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

1

Superendividamento em tempos de pandemia: qual o papel do Judiciário na tutela do devedor superendividado de boa-fé?

The insolvent debtor in a pandemic world:
what the Brazilian Courts can do to help solve this crisis?

Tamyres Tavares de Lucena

Master of Laws and PhD.

Candidate at the Federal University of Pernambuco, Brazil.

Resumo: O texto aborda o problema do superendividamento no Brasil e como deverá proceder o poder Judiciário na tutela do devedor superendividado de boa-fé, em um contexto pós-pandemia.

Palavras-Chave: Superendividamento; boa-fé objetiva; autocomposição, mediação; conciliação.

Abstract: The article analyses the problematic situation of the insolvent debtor and the ways this problem can be handled by the Brazilian Courts in a context of pandemic crises.

Keywords: insolvency, good faith, settlement agreement, *fresh start*; mediation.

Sumário: 1. A pandemia e seus efeitos no mercado de consumo; 2. O tratamento legal do superendividamento no Brasil; 3. O superendividamento no mundo pós-pandemia: controle da boa-fé e estímulo à solução conciliatória; 3.1. Controle da boa-fé nas relações contratuais; 3.2. Fomento à resolução consensual dos conflitos; 4. Conclusão; 5. Referências.

1. A PANDEMIA E SEUS EFEITOS NO MERCADO DE CONSUMO

O surto pandêmico da COVID-19, doença provocada pelo novo coronavírus (Sars-Cov-2), pegou o mundo de surpresa, alterando drasticamente as relações sociais, pois a ausência de uma vacina, ou de um tratamento eficaz, forçou governos, em escala global, a implementar drásticas medidas de isolamento social, na tentativa de frear a propagação da doença e o aumento do número de óbitos, desse modo provocando o fechamento de parte do setor produtivo, do comércio físico e a paralisação de serviços não essenciais.

Essa súbita imposição de isolamento social fez com que, ao lado das discussões acerca das políticas de saúde para combate da pandemia, também ingressasse na pauta do debate público o medo de uma recessão econômica global de efeitos devastadores, notadamente para países de economia periférica como o Brasil, em razão da abrupta queda no consumo, como consequência do fechamento forçado de parcela considerável do setor de produção e do comércio de bens e serviços.

Não se trata de um receio descabido, pois é notável como as políticas de crescimento econômico, nos últimos anos, privilegiaram medidas de franco estímulo ao consumo, com maior oferta de crédito e desoneração da cadeia produtiva, para facilitar a aquisição de bens e produtos pelo consumidor final, com destaque para a introdução em nosso sistema, pela Lei nº 10.820/2003, da modalidade de crédito consignado, permitindo a trabalhadores vinculados a determinados sindicatos, a servidores públicos e aposentados o acesso ao crédito bancário a taxas de juros proporcionalmente mais baixas.¹ No Brasil, em especial, observou-se com entusiasmo o surgimento de uma “nova classe média”, isto é, a ascensão de uma camada da população de baixa renda,

1. A concessão de crédito no Brasil, de um modo geral, foi bastante impulsionada no período do governo Lula, em especial entre os anos de 2004 e 2008, tendo sido inicialmente capitaneado pelos bancos privados, tanto para pessoas físicas, como jurídicas. Com a crise no setor financeiro de 2008, o estímulo na concessão de crédito passou a ser impulsionado também pelos bancos públicos, com a finalidade de sustentar a oferta de crédito. Assim, o volume de crédito, que representava 26% do produto interno bruto (PIB), em dezembro de 2002, atingiu 45,2% do PIB, em dezembro de 2010. A introdução do crédito consignado, em especial, alterou o perfil do crédito pessoal, provocando a redução do custo dos empréstimos caracterizados como crédito pessoal à pessoa física e, simultaneamente, propiciando um aumento do prazo para pagamento, processo que possibilitou uma redução expressiva do valor das prestações e, portanto, do comprometimento da renda dos

que passou a ter acesso a produtos e serviços que antes somente eram acessíveis a castas sociais mais privilegiadas, fenômeno este estimulado pela maior oferta de crédito ao consumidor.

Embora crises no setor econômico tenham afetado a consolidação dessa tendência, trata-se de um dado apto a demonstrar como o estímulo ao consumo foi por um tempo atrelado à ideia de desenvolvimento econômico e social e, decerto, não faltam exemplos de como o consumismo desenfreado atualmente impacta não apenas a economia, mas inclusive a forma como as pessoas se relacionam e constroem seu senso de identidade.

Com efeito, a atual sociedade de *hiperconsumo* é resultante de um longo processo histórico, iniciado no período de transição para o século XX, em que houve o desenvolvimento do sistema de produção em massa, ensejando o aumento da quantidade de bens duráveis e não duráveis colocados à venda, com custos mais reduzidos, desse modo facilitando a aquisição destes bens por uma parcela maior da sociedade. Assim, os produtos antes vendidos a granel, passaram a ser comercializados sob marcante padronização, impulsionando o fortalecimento das *marcas*, a partir de crescentes investimentos em publicidade. O impacto publicitário das marcas passou, então, a influenciar os hábitos de compra do consumidor moderno, que deixara de adquirir uma mera coisa, para comprar uma *assinatura*.²

O capitalismo de consumo sustenta-se, portanto, no tripé: *produção em massa, marca e publicidade*, elementos cujo impacto foram se intensificando no tempo até o advento da nossa atual sociedade de *hiperconsumo*, em que há um franco estímulo do consumo pautado na emoção, como busca de satisfação social, mercantilizando-se inclusive as sensações.³ A capacidade de consumo passa a definir o indivíduo, mais até do que sua profissão ou força de trabalho, configurando-se como uma forte linguagem social.⁴

O crédito figura como um dos sustentáculos dessa cultura do consumismo, criando-se uma economia do endividamento, pois faz com que não se precise poupar para adquirir de imediato o objeto do consumo.⁵ Sob esse mote, priorizam-se as compras

tomadores de crédito (MORA, Mônica. *A evolução do crédito no Brasil entre 2003 e 2010*. Brasília: Rio de Janeiro: Ipea, 1990, p. 6-18).

2. FACHIN, Luiz Edson. Reflexões Sobre Risco e Hiperconsumo. In: GONÇALVES, Andressa Jarletti; XAVIER, Luciana Pedrosa (Orgs.). *Repensando o Direito do Consumidor III – 25 anos de CDC: conquistas e desafios*. Curitiba: OABPR, 2015, p. 26-28.
3. FACHIN, Luiz Edson. Reflexões Sobre Risco e Hiperconsumo...cit., p. 28-29.
4. BIONI, Bruno Ricardo. Superendividamento: um fenômeno socioeconômico decorrente da difusão do consumo e a sua análise à luz das evoluções legislativas americanas e francesas frente ao pl 283/2012. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 99/2015, Maio - Jun / 2015, p. 371 - 408 (versão eletrônica).
5. BIONI, Bruno Ricardo. Superendividamento: um fenômeno socioeconômico decorrente... cit. p. 371 – 408.

a crédito, ao invés das práticas de “poupança” e do pagamento à vista, tendência que pode levar ao superendividamento, quando somada à falta de planejamento e gestão do orçamento familiar.⁶ No Brasil, esse risco agrava-se em razão do flagrante déficit informacional dos consumidores, cuja parcela significativa desconhece seus direitos básicos, como quais são os serviços essenciais gratuitos das contas correntes, ou quanto se paga de juros nos empréstimos.⁷

O superendividamento – tema que será objeto deste estudo – enquadra-se nesse contexto, justamente por ser uma das indesejadas facetas desta sociedade de hiperconsumo, tratando-se de um fenômeno complexo, para o qual concorrem não apenas as evidentes causas econômicas, mas também fatores de ordem psicológica, bastante explorados pela publicidade, além de estar o fenômeno do superendividamento conectado com outros sérios problemas sociais, como o citado déficit educacional de parte da população, carente de noções básicas de planejamento financeiro.

Com a irrupção da pandemia da COVID-19, a tendência é que o superendividamento, que antes já era considerado um fator de exclusão social, agora passe a se tornar um problema ainda mais relevante, pois a desaceleração da economia, como decorrência do prolongado isolamento social, tende a aumentar sobremaneira os níveis de endividamento da população.

Em dezembro de 2019 – poucos meses antes de decretado o estado de calamidade pública pelo Senado Federal, em razão da pandemia (DL nº 06/2020) – a Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo (CNC) apurou que 65,6% das famílias brasileiras encontravam-se endividadas, cumulando débitos referentes a cartão de crédito, cheque especial, cheque pré-datado, crédito consignado, crédito pessoal, carnê de loja, prestação de carro e prestação da casa.⁸ Já o percentual de superendividados alcançava o percentual de 15% da população brasileira, ou aproximadamente 30 milhões de pessoas, as quais contrataram dívidas que superaram o seu patrimônio, de acordo com pesquisa realizada pelo Instituto de Defesa do Consumidor (Idec), para agosto desse mesmo ano.⁹

6. SILVA, Leandro Carvalho dos Santos. O superendividamento na sociedade de consumo: a necessidade da aprovação do Projeto de Lei n. 3.515/2015. In: CLAUDIO LAMACHIA; MARIÉ MIRANDA; CLAUDIA LIMA MARQUES. (Org.). *Estudos de Direito do Consumidor*. 1ª ed. Brasília: OAB Editora, 2018, v. 1, p. 373-388.
7. OLIVEIRA, Andressa Jarletti Gonçalves. Superendividamento: prevenção, riscos e o PLS 283/2012. In: GONÇALVES, Andressa Jarletti; XAVIER, Luciana Pedrosa (Orgs.). *Repensando o Direito do Consumidor III – 25 anos de CDC: conquistas e desafios*. Curitiba: OABPR, 2015, p. 43.
8. <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2020-01/percentual-de-familias-endividadas-chega-656-em-dezembro-diz-cnc> e <https://valor.globo.com/brasil/noticia/2019/08/05/endividamento-das-familias-e-o-maior-em-3-anos.ghtml>. Acessados em 14 de julho de 2020.
9. <https://idec.org.br/idec-na-imprensa/superendividados-30-milhoes-ja-nao-podem-mais-pagar-suas-dividas>. Acessado em 14 de julho de 2020.

Em caráter emergencial, foram editadas medidas para lidar com os efeitos econômicos da pandemia, como a flexibilização de regras trabalhistas, para possibilitar suspensão de contrato e redução de jornada e salário de trabalhadores com carteira assinada (MP 927/2020); bem como o pagamento de um auxílio emergencial para trabalhadores informais, desempregados e pequenos empreendedores (MP 937/2020), além da edição de regras especiais para o setor de aviação e turismo, um dos mais prejudicados pela crise, facilitando a remarcação de voos, estadias e eventos culturais (MP 925/2020; MP 948/2020). Todavia, tais medidas somente trouxeram soluções provisórias, e até mesmo de eficácia questionável, para problemas de ordem econômica que tendem a perdurar, em longo prazo.

Logo, por mais que ainda seja incerta a configuração do mundo pós-pandemia, é de se esperar que os elevados índices de endividamento e superendividamento da população sofram aumento, assim como a taxa de inadimplência, como um reflexo imediato da atual crise de liquidez e acesso ao consumo, situação que certamente dará ensejo a demandas revisionais que tornarão o Judiciário um dos centros de solução e manejo dos efeitos econômicos do surto pandêmico.

Portanto, faz-se necessário investigar qual o papel que os órgãos jurisdicionais poderão exercer na tutela do devedor superendividado em nosso país, considerando-se tanto as possibilidades, como também os limites da intervenção do Judiciário nesse tema.

2. O TRATAMENTO LEGAL DO SUPERENDIVIDAMENTO NO BRASIL

Antes de se adentrar nos pormenores do papel do Judiciário na tutela do devedor superendividado no mundo pós-pandemia, é necessário que se exponha como até então vinha sendo tratado o tema do superendividamento pelo nosso Direito.

De forma bastante simplificada, o fenômeno do superendividamento pode ser explicado como a situação de impossibilidade manifesta de o devedor pagar suas dívidas, sem prejudicar sua subsistência. Trata-se de uma situação duradoura ou estrutural, que não se confunde com o mero incumprimento episódico de obrigações.¹⁰ Ou seja, nem todo inadimplemento é decorrente de superendividamento, por ser esta uma situação que tende a se perpetuar, com potencial de provocar a total ruína financeira do devedor, caso não seja devidamente tutelada.

É possível que a problemática situação de superendividamento afete tanto pessoas naturais, como pessoas jurídicas, porém, as consequências não serão as mesmas nos dois casos, pois se admite que, em face de uma situação de inviabilidade econômica extrema, a pessoa jurídica tenha o seu patrimônio totalmente liquidado, sendo extinta após concluído o processo de falência. Evidentemente, a pessoa natural

10. SCHMIDT NETO, André Perin. Superendividamento do consumidor: conceito, pressupostos e classificação. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 71/2009, p. 9–3, Jul - Set (versão eletrônica).

não poderá ser “extinta”, tal qual uma pessoa jurídica, ou de qualquer outro modo excluída das relações sociais, em decorrência de suas dívidas, notadamente por força do princípio da dignidade da pessoa humana, razão pela qual o enfrentamento das consequências nefastas do superendividamento, atualmente, centra-se na figura do devedor pessoa natural.

Assim, Cláudia Lima Marques define o superendividamento como “*um estado da pessoa física leiga (o não profissional ou o não empresário, que pode falir)*”, que contraiu o crédito de boa-fé, mas que passou a não mais poder pagar todas as suas dívidas, atuais e futuras, com sua renda e patrimônio, sem que tenha que fazer um esforço por longos anos. Esta civilista também restringe a tutela do superendividamento para as dívidas de consumo, excluindo as provenientes do Fisco, oriundas de delitos e da obrigação de prestar alimentos.¹¹ Apesar do caráter restritivo, tal definição tem a vantagem de focar a tutela do superendividamento nas dívidas do consumidor de boa-fé, que por sua especial vulnerabilidade, de fato, requer um tratamento diferenciado.

O grande desafio nesse caso é, justamente, encontrar soluções para o tratamento do superendividamento, que não envolvam a total marginalização de indivíduos na sociedade, garantindo-lhes o acesso a um mínimo existencial, sem por outro lado prejudicar demasiadamente a parte credora.

Atentos a esta problemática, alguns países editaram leis específicas para tutelar o devedor superendividado, sendo os principais exemplos os Estados Unidos e a França.

O sistema norte-americano, conhecido pela nomenclatura de *fresh start*, apesar de não prever fase conciliatória entre devedor e credores, permite que, paralelamente à liquidação do seu patrimônio, o devedor obtenha o perdão de suas dívidas ou que, alternativamente, possa gozar de um plano de pagamento em curto prazo, possibilitando a quitação total dos débitos, mesmo que o devedor não tenha conseguido satisfazer todas as suas obrigações pendentes.¹² Já o sistema francês (art. L. 311-1 a L.311-37, Code de la Consommation) destaca-se por prever ferramentas preventivas ao superendividamento, estabelecendo regras rígidas acerca da publicidade para concessão de crédito, impondo rigoroso dever de informação para o fornecedor, que deverá esclarecer o consumidor, previamente, de forma clara e simplificada, acerca de todo o custo global da operação (principal, juros, taxas etc.), além de também ser obrigado a fornecer uma oferta prévia, que deverá ser apresentada por escrito e de forma individualizada ao consumidor, permanecendo válida por um período de 15 a 30 dias, a depender do tipo de crédito contratado, desse modo concedendo ao consumidor tempo para refletir sobre a conveniência (ou não) da contratação, desestimulando contratações de crédito por impulso. Caso tais obrigações não sejam observadas

-
11. MARQUES, Cláudia Lima. Algumas perguntas e respostas sobre prevenção e tratamento do superendividamento dos consumidores pessoas físicas. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 75/2010, p. 9-42, Jul-Set/2010 (versão eletrônica).
 12. BIONI, Bruno Ricardo. Superendividamento: um fenômeno socioeconômico...cit.

pelo fornecedor, a lei francesa prevê como penalidades o pagamento de uma multa de 1.800 euros ao profissional que não entregar a oferta escrita (art. L.311-34), bem como a perda do direito aos juros, ficando o consumidor obrigado a pagar apenas o valor principal da dívida, sem acréscimos (art. L.311-33).¹³

Observando-se a legislação estrangeira em destaque, é possível perceber que ambos os sistemas conferem facilidades para o devedor superendividado, cada qual a sua maneira, preocupando-se mais o sistema norte-americano em garantir o rápido reingresso do devedor no mercado consumidor, liquidando prontamente suas obrigações, com o perdão de parte das dívidas; ao passo que o sistema francês é mais voltado para o combate ao superendividamento, de forma preventiva, aplicando sanções para o fornecedor do crédito que não atue de forma responsável, além de possibilitar a postergação do pagamento das dívidas cumuladas por meio de um plano que pode ser cumprido em até cinco anos.¹⁴

Em verdade, não apenas a França, mas todos os estados-membros da União Europeia devem regular estritamente o contrato de crédito aos consumidores, transpondo para seus ordenamentos as regras dispostas na Diretiva 2008/48/CE, de 23.04.2008, que trata do assunto. O Brasil, no entanto, apesar de estar inserido em um contexto até mais grave de superendividamento da população, ainda não dispõe de mecanismos legais específicos para lidar com esse problema.¹⁵

Embora exista um procedimento para execução de devedor insolvente em nosso sistema (art. 1.052, CPC/2015; arts. 748-753, CPC/73), tal providência não tem se mostrado uma ferramenta eficiente para tutelar o devedor superendividado, pois tal procedimento meramente organiza um regime concursal de credores, de forma pouco flexível. Ademais, com o reconhecimento da insolvência, o devedor perde o direito de administrar os seus bens e de dispor deles, até a liquidação total da massa, sem qualquer concessão para facilitar sua pronta recuperação (como suspensão provisória das execuções, prorrogação dos pagamentos, parcelamento das dívidas etc.). Esse procedimento também não comporta qualquer instrumento de prevenção ao superendividamento, tampouco havendo previsão de cautelas para garantir o mínimo existencial do devedor, bem como sua reinserção no mercado após a recuperação financeira.

É perceptível, nesse ponto, a diferença de tratamento conferido às pessoas jurídicas, que em situações de superendividamento podem se utilizar da *recuperação judicial*, que possibilita a execução planejada das obrigações da empresa devedora, que ademais poderá dar continuidade às suas atividades produtivas enquanto o plano de recuperação estiver sendo cumprido, havendo ainda a suspensão do curso da prescrição

13. OLIVEIRA, Andressa Jarletti Gonçalves. Superendividamento: prevenção, riscos... cit. p. 54-55.

14. OLIVEIRA, Andressa Jarletti Gonçalves. Superendividamento: prevenção, riscos... cit. p. 64.

15. MARQUES, Cláudia Lima. O mercosul e o desafio do superendividamento. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 73/2010, p. 11 – 50, Jan - Mar / 2010 (versão eletrônica).

e de todas as ações e execuções em face do devedor, quando admitida a recuperação judicial, entre outros mecanismos de auxílio previstos na Lei nº 11.101/2005.

É válido, no entanto, destacar que se encontra em trâmite no Congresso Nacional projeto de lei (PL 3515/2015), com o fito de reformar o Código de Defesa do Consumidor, para aperfeiçoar a disciplina do crédito ao consumidor e dispor sobre a prevenção e o tratamento do superendividamento, de forma bastante semelhante ao sistema implantado na França.

Analisando-se o texto dessa proposta de lei, é possível observar, primeiramente, a preocupação em não apenas se combater, mas também se prevenir o superendividamento, tal qual no sistema francês, justamente por estar se tratando de um problema estrutural, atrelado a determinantes econômicos e sociais do mercado capitalista contemporâneo. Tais medidas de prevenção consistem no aprimoramento das informações a serem prestadas ao consumidor, no momento da oferta de operações de crédito e vendas a prazo, sendo obrigatório que lhe seja informado, de forma clara e concisa, o custo efetivo total da contratação e os elementos que o compõem, como taxas de juros e demais encargos (art. 54-B), entre outras informações que devem, ademais, constar de forma clara e resumida no próprio contrato, na fatura, ou em instrumento apartado, de fácil acesso ao consumidor (art. 54-B, §1º). Essa proposta de lei também veda que na oferta faça-se referência a crédito “sem juros”, “gratuito”, “sem acréscimo”, com “taxa zero”, ou expressão de sentido ou entendimento semelhante (art. 54-C), desse modo desestimulando práticas de *marketing* agressivo.

Caso tais deveres não sejam cumpridos, a principal consequência será a possibilidade de se reconhecer judicialmente a inexigibilidade ou a redução dos juros e outros encargos, além da dilação do prazo de pagamento previsto no contrato original, sem prejuízo de outras sanções e de indenização por perdas e danos, patrimoniais e morais, ao consumidor (art. 54-D, parágrafo único). Veja-se que, desse modo, essa proposta de lei confere ao julgador diversas formas de compor o litígio, minorando o impacto da dívida para o consumidor, sem necessariamente rescindir o contrato e desfazer o negócio.

Enquanto tal proposta não é convertida em lei – ou se edite qualquer outra política específica para lidar com o superendividamento no país – tem recaído sobre os tribunais brasileiros, em grande medida, a tarefa de lidar com as demandas em que figurem devedores superendividados. À falta de um procedimento *efetivo* que permita analisar-se a situação global de superendividamento do devedor, considerando todas suas dívidas cumuladas em face da sua capacidade de recuperação financeira, a questão do superendividamento tem sido analisada pelos tribunais de forma particionada, analisando-se apartadamente cada contratação mal sucedida, no bojo de ações de execução, ou em demandas revisionais promovidas pelo devedor.

Todavia, como a legislação brasileira ainda não trata da questão do superendividamento, prevendo-lhe consequências jurídicas próprias, torna-se dificultoso para o devedor suscitar a situação de superendividamento como eventual

matéria de defesa nas ações em que figure como executado, para que possa requerer um tratamento diferenciado. Aliás, entre as matérias típicas de defesa que podem ser alegadas nas ações ou fases executivas – seja por meio de impugnação ao cumprimento de sentença (art. 525, §1º, CPC), seja por meio de embargos à execução (art. 917, CPC) – não consta qualquer hipótese que se enquadre ou se assemelhe à impossibilidade de cumprimento da obrigação, em razão da manifesta incapacidade do devedor de pagar suas dívidas, sem prejuízo da sua própria subsistência.

Desse modo, a lei processual em nada contribui para que se possa distinguir a situação do *devedor de boa-fé*, que não cumpre a ordem de pagamento porque simplesmente não dispõe dos recursos necessários para tanto; daquele *devedor de má-fé*, que não cumpre com sua obrigação de pagar porque não quer, ocultando seu patrimônio penhorável dolosamente, para frustrar a execução.

À evidência, tal distinção é necessária e relevante, para fins de prestação de uma tutela adequada e efetiva. Nos últimos anos, o processo de execução já havia sido objeto de sucessivas alterações legislativas, para lhe garantir mais efetividade (Leis nº 11.232/2005; nº 11.382/2006; nº 10.444/2002), aprimoramentos que foram consolidados e aperfeiçoados no atual Código de Processo Civil, que entre outras medidas de destaque, estabeleceu um conjunto de cláusulas gerais executivas (art. 139, inc. IV; art. 297 e §1º, art. 536, CPC), garantindo a aplicação de medidas constritivas diretas e indiretas, que atuem sobre a vontade/liberdade do executado, para induzi-lo a cumprir voluntariamente a ordem de pagamento.¹⁶

A esse respeito, os tribunais superiores já reconheceram a legalidade de medidas como suspensão de passaporte e de carteira de motorista, entre outros meios executivos atípicos, com formas de forçar o cumprimento de obrigações, inclusive de pagar quantia, desde que haja indícios de que o devedor está ocultando o seu patrimônio, para frustrar a execução.¹⁷ Todavia, de que adianta a aplicação de medidas constritivas mais rigorosas em face de executado que simplesmente não dispõe de recursos para pagar a dívida, ou somente dispõe de recursos essenciais para manter seu mínimo existencial?¹⁸ Em tais casos, além de excessiva, a aplicação de tais medidas redundará em um dispêndio desnecessário de recursos, em afronta à

16. DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de direito processual civil*. 8ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2018, v. 5, p. 104-105.

17. Nesse sentido: STJ – REsp 1782418/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 23/04/2019, DJe 26/04/2019; REsp 1788950/MT, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 23/04/2019, DJe 26/04/2019; STF – RE: 1221543/DF, Relator: Min. Alexandre de Moraes, Data de Julgamento: 31/07/2019, Data de Publicação: DJe-171 07/08/2019.

18. Atento a essa problemática, defende Marcos Youji Minami que as medidas executivas atípicas não poderão ser utilizadas se o devedor deixou de realizar a prestação por não possuir os meios para tanto, ou quando a própria medida executiva impossibilita a prestação. Assim, se o devedor de uma quantia simplesmente não possui bens materiais ou dinheiro, a aplicação de medidas de coerção para forçá-lo a pagar a dívida seria um provimento inútil (Da vedação ao *non factibile*. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 227).

economia processual, em nada servindo para melhorar o já bastante reduzido índice de êxito das execuções no Brasil.

Analisando-se a jurisprudência das Cortes de Justiça do nosso país, é possível encontrar-se julgados em que a questão do superendividamento foi considerada como motivo suficiente para revisar/anular contratos, aplicando-se analogicamente, para contratos de crédito em geral, a regra disposta na Lei dos Consignados (Lei nº 10.820/2003), fixando-se o percentual de 30% como limite máximo de comprometimento de renda para pagamento das operações financeiras, desse modo considerando excessivos os descontos que ultrapassassem este patamar.¹⁹ Tal entendimento, inclusive, restou pacificado pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em suas súmulas 200 e 295, as quais, respectivamente, enunciam que “a retenção de valores em conta-corrente oriunda de empréstimo bancário ou de utilização de cartão de crédito não pode ultrapassar o percentual de 30% do salário do correntista”, bem como que “na hipótese de superendividamento decorrente de empréstimos obtidos de instituições financeiras diversas, a totalidade dos descontos incidentes em conta-corrente não poderá ser superior a 30% do salário do devedor”.

É possível vislumbrar a compatibilidade desse entendimento jurisprudencial com o sistema de defesa do consumidor, pois o artigo 7º do CDC expressamente determina que os direitos nele previstos não excluem outros, inclusive os derivados de “*princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade*”, além de ser também uma forma de se garantir a proteção do *mínimo existencial* do devedor superendividado.²⁰

Todavia, tal entendimento foi recentemente rechaçado por julgado paradigmático do Superior Tribunal de Justiça que, revendo posicionamentos anteriores, expressamente afastou a aplicação analógica das regras que estabelecem limitação percentual de desconto, nas hipóteses de crédito consignado em folha (arts. 45 da Lei n. 8.112/1990 e 1º da Lei n. 10.820/2003), para os contratos de mútuo em que o cliente autoriza o débito das prestações em conta-corrente. Mesmo considerando que esta analogia teria o condão de prevenir o superendividamento, entendeu-se que tal limitação, sem o supedâneo de uma previsão legal específica, redundaria em uma indevida restrição

19. Nesse sentido: TJ-RJ - APL: 00560958920178190021, Relator: Des(a). Alcides Da Fonseca Neto, D.J.: 04/03/2020, Vigésima Quarta Câmara Cível; TJ-RJ - APL: 00560958920178190021, Relator: Des(a). Alcides Da Fonseca Neto, D.J.: 04/03/2020, Vigésima Quarta Câmara Cível, Data de Publicação: 2020/03/05; TJ-DF 0704052-81.2018.8.07.0006, Relator: Flavio Rostirola, Data de Julgamento: 13/12/2018, 3ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no PJe : 04/01/2019; TJ-MG - AC: 10245120250189001 MG, Relator: José Marcos Vieira, Data de Julgamento: 19/11/0018, Data de Publicação: 30/11/2018; TJ-AP - RI: 00346672420188030001 AP, Relator: José Luciano De Assis, Data de Julgamento: 19/02/2020, Turma recursal.

20. GONÇALVES, Geyson. A garantia do mínimo existencial aos consumidores superendividados. In: Claudia Lima Marques; Marié Miranda; Claudio Lamachia. (Org.). *Estudos de direito do consumidor*. 1ª ed. Brasília: OAB Conselho Federal, 2018, v. 1, p. 332-333.

à autonomia privada (REsp 1586910/SP, Rel. Ministro Luís Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado DJe 03/10/2017).

Vale destacar também outro julgado importante desta Corte, em que a hipótese de superendividamento do devedor até foi considerada, mas para manter as condições de um contrato e não para abrandar o rigor da obrigação de pagar. Tratava-se de ação civil pública para questionar limitação imposta por instituição financeira, que vedava a concessão de empréstimo consignado, quando a soma da idade do cliente com o prazo do contrato fosse maior que 80 anos. Nesse caso, rechaçou-se a tese de que tal vedação representasse discriminação negativa que colocasse em desvantagem exagerada a população idosa, justamente por ser uma forma de prevenir o superendividamento desta parcela hipervulnerável de consumidores (REsp 1783731/PR, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 23/04/2019, DJe 26/04/2019).

Os precedentes em epígrafe demonstram que, pelo menos por ora, enquanto não temos uma legislação específica para tratar dessa questão, a constatação de superendividamento do devedor, por si só, não tem sido considerada pelo STJ como mote suficiente para estimular o dirigismo contratual por esta Corte, ensejando a mitigação de obrigações contratualmente firmadas. Frise-se que esta tendência de autocontenção judicial é compreensível em uma economia de mercado, pois a proliferação de revisões contratuais em juízo, desprovidas de critério seguro, aumentaria o risco das operações de crédito, provocando incremento dos juros para todos os consumidores. Esta possível externalidade negativa, inclusive, foi expressamente considerada nas razões que fundamentaram o entendimento esposado no julgamento do citado REsp 1586910/SP, que afastou a limitação percentual de descontos em folha, fora das hipóteses previstas nas leis n. 8.112/1990 e n. 10.820/2003.

Ainda que tal refreado posicionamento jurisprudencial seja criticável, por deixar o devedor superendividado desprovido de tutela, é pertinente destacar que, a partir de uma visão sistêmica, encontra-se em consonância com a recentemente editada Lei da Liberdade Econômica (Lei 13.874/2019), que entre outras medidas alterou o Código Civil, para estabelecer o exposto comando de que *“nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual”* (art. 421, parágrafo único). Ou seja, por mais que se tente proteger o devedor superendividado, não se pode ignorar que atualmente em nosso sistema jurídico existe um comando legal exposto, fixando a excepcionalidade da revisão contratual, ao passo que nada existe acerca da tutela específica do devedor superendividado.

Em verdade, antes mesmo das alterações legislativas trazidas pela Lei 13.874/2019, tal movimento de autocontenção do Superior Tribunal de Justiça, em revisões contratuais, já havia sido observado, quando houve a maxidesvalorização do real em face do dólar americano, ocorrida a partir de janeiro de 1999, a qual ensejou a propositura de diversas ações revisionais de contratos, que se tornaram excessivamente onerosos, por terem estabelecido o dólar como indexador das prestações. Em mais

um precedente paradigmático, o STJ afastou a aplicação da teoria da imprevisão a tais contratos (artigos 317, 478 e 479, CC/2002), reafirmando a imperatividade do princípio do *pacta sunt servanda* e a excepcionalidade da revisão contratual, mesmo considerando a superveniência de fatos que alteraram as condições originárias da contratação.

Assim sendo, uma vez que nosso sistema legal é carente de instrumentos que previnam e tratem da questão do superendividamento – considerando-se ainda a compreensível contenção judicial na matéria, em face da ausência de tratamento legislativo específico – quais seriam então as formas legítimas de o Judiciário tutelar o devedor superendividado de boa-fé, isto é, aquele que efetivamente pretende honrar seus compromissos de crédito, sem se submeter à completa ruína financeira?

A resposta para tal questionamento, que já se mostrava premente em face da crescente taxa de superendividamento da população, ora se torna ainda mais urgente, em face da crise econômica que já se mostra presente e tende a se agravar no mundo pós-pandemia.

3. O SUPERENDIVIDAMENTO NO MUNDO PÓS-PANDEMIA: CONTROLE DA BOA-FÉ E ESTÍMULO À SOLUÇÃO CONCILIATÓRIA

O quadro exposto no tópico precedente demonstrou como a ausência de um tratamento legal específico para a questão do superendividamento torna difícil a tutela do devedor superendividado no Brasil, inclusive porque, na prática, não permite diferenciar adequadamente o devedor superendividado, que não paga suas dívidas porque não consegue; daquele devedor de má-fé, que dolosamente dificulta o pagamento de suas dívidas, não obstante disponha de lastro patrimonial suficiente para satisfazê-las. Também ficou claro que imperativos de ordem econômica têm refreado a revisão judicial de contratos, não obstante a constatação da situação de superendividamento do devedor.

Todavia, com a irrupção de uma pandemia sem precedentes na história recente da nossa sociedade moderna, é chegado o momento de se repensar este estado de coisas. Afinal, uma lição imediata que se pode tirar de uma crise mundial de saúde pública, que ceifou vidas em grande escala até mesmo em países bem desenvolvidos, é que existem valores bem mais importantes a serem preservados, do que somente o pleno funcionamento do mercado financeiro. Em outras palavras, não adianta apenas garantir a produção de mercadorias e a oferta de bens e serviços, em caráter massificado, se por outro lado não houver quem os consuma, sem prejuízo de sua própria sobrevivência.

Levando em conta o caráter excepcional do surto pandêmico da COVID-19, cujas consequências ainda não se mostraram por completo, é de se questionar se não seria suficiente simplesmente suscitar-se a aplicação da *teoria da imprevisão*, já regulada no Código Civil (art. 478-479) e no Código de Defesa do Consumidor (art. 6º, inc. V), para revisar os contratos que se mostrarem excessivamente onerosos no contexto

pós-pandemia, sem que se precise cogitar da situação de superendividamento da contraparte prejudicada. Contudo, tal solução não se mostra adequada para lidar com a especial complexidade do tema em discussão.

Isso porque os dispositivos que regulam a matéria na codificação civil (artigos 478-479), além da superveniência de fatos extraordinários ou imprevisíveis, exigem o cumprimento concomitante de mais dois requisitos: (i) *prestação excessivamente onerosa para uma das partes*; (ii) *extrema vantagem para outra*. Já o Código de Defesa do Consumidor, trata da matéria em seu art. 6º, inc. V, sendo considerado pela doutrina especializada como hipótese de “quebra da base objetiva do negócio jurídico”, de modo a dispensar o caráter “imprevisível” do fator superveniente que torne demasiadamente onerosa a prestação. Todavia, mesmo para as relações consumeristas, faz-se necessária a verificação de injustificável acréscimo de vantagens para o fornecedor, para que se proceda à revisão contratual com base na teoria da imprevisão.²¹

Assim sendo, por mais que se possa considerar a pandemia da COVID-19 um fato imprevisível, com potencial de tornar excessivamente onerosas as prestações de contratos de execução continuada ou diferida, é preciso atentar-se que também se exige que a contratação tenha se tornado *excessivamente vantajosa* para a outra parte, mesmo nas relações consumeristas, o que nem sempre acontecerá.

No precedente tratado no tópico anterior, em que houve a maxi-desvalorização do real em face do dólar americano, as prestações do contrato subitamente tornaram-se excessivamente onerosas para uma das partes, mas a contraparte não sofreu qualquer prejuízo, lucrando ainda mais do que havia previsto inicialmente. No entanto, nem sempre um fato imprevisível torna a prestação excessivamente vantajosa para outra parte, sendo possível que ambos os contratantes percebam prejuízos imediatos, como vem ocorrendo em algumas situações no contexto da pandemia.

Como exemplo, imagine-se o caso de um contrato de locação de imóvel comercial, cujo valor do aluguel seja obtido a partir de percentual aplicado sobre o faturamento do mês. Caso o fato imprevisível faça com que o estabelecimento do locatário fique impedido de funcionar, nada faturando (como aconteceu nos estados que se decretou o fechamento do comércio, em razão da pandemia da COVID-19), tanto o locador quanto o locatário sofrerão prejuízos imediatos, deixando-se de se preencher todos os requisitos necessários para configuração da teoria da imprevisão, nos moldes previsto no art. 478 do CC/2002.

Ademais, mesmo quando preenchido tal suporte fático, a consequência prevista, para quando for aplicável a teoria da imprevisão, consiste na *resolução do contrato*, a qual pode ser evitada apenas se a contraparte concordar em ofertar novas condições, de forma equitativa (art. 478-479, CC/2002). A súbita resolução do contrato pode se

21. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Direitos do Consumidor*. 9ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 268-271.

mostrar uma solução interessante quando as partes contratantes mantêm apenas um vínculo ocasional, porém, pode se mostrar uma medida demasiado drástica para os casos em que os contratantes consolidaram um vínculo contratual estável e, muitas vezes, prolongado no tempo. Nesse ponto, utiliza-se mais uma vez o exemplo do contrato de locação, cujo objeto seja um imóvel ocupado pela parte locatária já há muitos anos, ali estabelecendo sua moradia ou sede do seu pequeno estabelecimento, criando vínculos com a comunidade local e realizando custosas benfeitorias, difíceis de serem prontamente levantadas. Nesse caso, o fomento à repactuação consensual das condições originárias da contratação pode se mostrar uma medida muito mais adequada, para ambas as partes contratantes, mantendo-se o vínculo contratual.

Este exemplo, no entanto, apesar de demonstrar a inadequação da *teoria da imprevisão* como panaceia para os conflitos no mundo pós-pandemia, já traz uma boa indicação de qual pode ser o papel do Judiciário no manejo dos conflitos nesse contexto, cuja solução adequada, em muitos casos, poderá ser melhor encontrada pelas próprias partes contratantes, de forma consensual, do que pelo exercício da rígida heterocomposição pelos órgãos jurisdicionais. Atualmente, o próprio Código de Processo Civil e mesmo a estrutura administrativa do Judiciário já fornecem meios para viabilizar a autocomposição, via esta que se mostrará estrategicamente importante para que sejam encontradas soluções imediatas e adequadas para o superendividamento no mundo pós-pandemia.

Todavia, a solução conciliatória requer não somente o engajamento dos órgãos jurisdicionais na quebra da cultura da extrema litigância, sendo necessária também a participação colaborativa das próprias partes, devendo-se conferir maior rigor à observância e ao controle da boa-fé nas relações travadas entre esses sujeitos.

Assim sendo, é chegado o momento de destacar os dois principais papéis a serem exercidos pelo Judiciário na tutela do devedor superendividado no mundo pós-pandemia: (i) controle da boa-fé nas relações contratuais; (ii) fomento à resolução consensual dos conflitos. A seguir, essas duas principais propostas serão analisadas, pormenorizadamente.

3.1. Controle da boa-fé nas relações contratuais

A doutrina especializada no estudo do superendividamento costuma dividir esse fenômeno em duas espécies: o *ativo* e o *passivo*. O superendividamento ativo seria aquele provocado pela gestão irresponsável do orçamento familiar, ou por impulsos de consumo, ou ainda quando devedor contrai dívida dolosamente, com a reserva mental de não pagá-la,²² sendo assim derivado da própria conduta do consumidor, que falhou em controlar seus gastos, em face de sua renda, contribuindo ativamente

22. SILVA, Leandro Carvalho dos Santos. O superendividamento na sociedade de consumo...cit.

para sua insolvência.²³ Já o superendividamento passivo seria aquele decorrente de “acidentes da vida” (como divórcio, doença na família, perda do emprego etc.), em que a insolvência do devedor é provocada por fatores externos, sem que tenha agido de forma culposa para a escalada de dívidas.²⁴

Essa classificação é importante, não apenas para compreensão das diversas nuances desse problema, mas também porque pode ser útil para aferição da boa-fé (ou não) do devedor superendividado. Observe-se que, no caso do superendividamento passivo – que se configura independente de culpa, abuso, ou imprudência do devedor – a boa-fé deste sujeito deve ser considerada, para que lhe seja concedida uma tutela adequada, que permita sua pronta recuperação financeira.

Todavia, desde já se adverte que isso não significa que, *a contrario sensu*, todo superendividado ativo deve ser considerado um devedor de má-fé e, não apenas em razão do conhecido brocardo de que “má-fé não se presume”, mas também porque o superendividamento, como todo fenômeno típico de uma sociedade hipercomplexa, não se compatibiliza com raciocínios puramente maniqueístas. Nesse ponto, adere-se ao posicionamento de Bruno Ricardo Bioni, para quem “o superendividamento é fruto de um fenômeno socioeconômico decorrente da difusão do consumo, não se podendo penalizar o cidadão que é, de certa forma, vítima desse sistema, e, sobretudo, frente à realidade continental de nosso país que apresenta um alto nível de desigualdade educacional, sobremaneira sob o ponto de vista da educação financeira”.²⁵

A defesa de que, em certos casos, também o superendividado ativo merece a devida proteção, reconhecendo-se a sua boa-fé, não consiste em uma visão “paternalista” do assunto, sendo, de fato, resultado de uma compreensão do superendividamento como um problema estrutural do capitalismo contemporâneo. Ora, a concessão de crédito no Brasil é atividade regulada e restrita que somente pode ser explorada por agentes do mercado financeiro autorizados pelo Banco Central (art. 8º, Lei 4.595/1964), sujeitos que, evidentemente, não estão em posição de paridade com o tipo de devedor sobre o qual a tutela do superendividamento se debruça, que é a *pessoa natural, leiga, que contrata crédito para suprir suas necessidades de consumo*. Justamente por isso, a tutela preventiva do superendividamento dá tanto destaque às obrigações do fornecedor de crédito quanto à prestação de informações, de forma clara, completa e acessível ao consumidor, na tentativa de equacionar a disparidade de forças nesse tipo de relação.

Em casos extremos, a vulnerabilidade típica do consumidor em tal espécie de relação contratual pode deixá-lo à mercê de fraudes cometidas por agentes do mercado financeiro, situação em que o superendividamento não será apenas uma questão de

23. BIONI, Bruno Ricardo. Superendividamento: um fenômeno socioeconômico decorrente... cit.

24. SILVA, Leandro Carvalho dos Santos. O superendividamento na sociedade de consumo...cit.

25. BIONI, Bruno Ricardo. Superendividamento: um fenômeno socioeconômico decorrente... cit.

mau planejamento, mas efetivamente a consequência de um ato ilícito. Exemplifica bem esse tipo de situação o escandaloso caso do banco *Wells Fargo*, tradicional instituição financeira norte-americana, existente desde 1852, cuja boa reputação no mercado restou definitivamente afetada, após a descoberta de que, entre os anos de 2011 e 2016, seus funcionários e colaboradores, para impulsionar as metas de produtividade de suas agências, abriram mais de dois milhões de contas não autorizadas, além de forçar a venda de produtos e serviços de crédito não solicitados aos seus clientes, inclusive falsificando suas assinaturas.²⁶

Este bem documentado caso demonstra como a pressão por crescimento econômico, com base no consumismo desenfreado, pode estimular, até mesmo, o cometimento de crimes, suplantando a plena autonomia das partes, de modo que o superendividamento pode também ser motivado pela conduta ímproba do fornecedor do crédito, que abusa de sua situação de vantagem na relação material. Esse abuso ocorre não apenas em tais casos extremos de fraude, dolosamente cometida com o fito de prejudicar o consumidor, mas também a partir de condutas aparentemente lícitas, mas com grande potencial de induzir uma escalada de dívidas, como o envio de cartão de crédito e o aumento no limite do cheque especial sem solicitação do consumidor, além de anúncios de concessão de empréstimos a quem está negativado nos cadastros de inadimplentes, entre outras ações de *marketing* agressivo que suplantam, ou mitigam a plena autonomia do contratante.²⁷

No Brasil, este tipo de assédio ao consumidor agrava-se pelo fato de que se previu um exíguo prazo para exercício do “direito de arrependimento” (art. 49, CDC), de apenas 7 dias, mesmo assim para quando a contratação se der fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio, hipótese esta bastante restritiva, dificultando a desistência de aquisições de bens e serviços feitas por impulso, em situações de vulnerabilidade, ou por desconhecimento das verdadeiras condições do negócio. A título de comparação, destaque-se o disposto na Diretiva 2008/48/CE, que impõe diretrizes para os membros da União Europeia quanto aos contratos de oferta de crédito, no qual se confere ao consumidor um prazo de 14 dias para exercer o direito de retratação (art. 14), a contar da data da celebração do contrato de crédito, ou da data em que o consumidor recebe os termos do contrato (se essa data for posterior). Esse período de retratação torna precário o consentimento emitido pelo consumidor no momento da celebração do contrato, permitindo que este reflita sobre a conveniência (ou não) da contratação, sem pressão,²⁸ inibindo, assim, táticas de *marketing* agressivo, ou mesmo o cometimento de golpes.

26. SRINIVASAN, Suraj; CAMPBELL, Dennis W.; GALLANI, Susanna; MIGDAL, Amram. Sales misconduct at Wells Fargo Community Bank. *Harvard Business School*, Jun. 30, 2017.

27. SANT’ANNA, Adriana. Boa-fé objetiva e superendividamento do consumidor: uma abordagem crítico-reflexiva do estado da arte das relações consumeristas e das práticas mercadológicas. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 119/2018, p. 227 – 266, Set - Out/2018 (versão eletrônica).

28. MARQUES, Cláudia Lima. O mercosul e o desafio do superendividamento...cit.

A legislação consumerista e civil em vigor tem se mostrado igualmente ineficiente em cominar os fornecedores de crédito a prestar corretamente as informações, de forma clara e prévia, de modo a evitar situações de superendividamento, sendo um bom demonstrativo dessa carência dados coletados em pesquisa empírica, realizada com consumidores superendividados de Porto de Alegre, que recorreram ao Projeto Piloto do TJRS, no qual se constatou que mais da metade desses consumidores superendividados (52,2%) não receberam cópia do contrato e, dentre os 47,8% dos consumidores que receberam a cópia do contrato dos fornecedores, 53,8% tiveram acesso a tal documento somente depois de assinar o instrumento contratual.²⁹

Assim sendo, quando a codificação civil (artigos 113, 187 e 422) e também o Código de Defesa do Consumidor (art. 4º, inc. III e art. 51, inc. IV) estabelecem a *boa-fé* como parâmetro ético das relações negociais, tal padrão de conduta proba deve ser observado por todos os contratantes, tanto a parte credora, como a parte devedora, incidindo a *boa-fé* e seus ditames éticos independentemente de haver qualquer disparidade de forças na relação material.³⁰

Como a tutela do superendividamento requer, em certos casos, a quebra e/ou mitigação do rigor do *pacta sunt servanda*, a conduta ética das partes deve ser criteriosamente observada pelo Judiciário, para que se permita controlar eventuais abusos na concessão de crédito e também para que a questão do superendividamento não seja utilizada como mais um subterfúgio do devedor de má-fé, para frustrar indevidamente a satisfação dos seus credores. Reforça tal orientação o disposto no atual Código de Processo Civil, que expressamente impõe a observância da *boa-fé* para todo aquele que “de qualquer forma participa do processo” (art. 5º), comando complementado pelos dispositivos que censuram a litigância de má-fé, impondo sanções que podem atingir tanto o autor, como o réu, bem como os demais intervenientes (art. 79-81, CPC). A *boa-fé*, portanto, impõe a observância de um comportamento probo e leal, não apenas para a fase negocial, mas, sobretudo, para quando os contratantes submetam seu caso ao crivo jurisdicional, evitando-se abusos no exercício do contraditório e ensejando uma participação colaborativa das partes.³¹

Nesse ponto, é importante esclarecer que, quando se fala em tutela do devedor superendividado de *boa-fé*, quer-se fazer menção à *boa-fé objetiva*, categoria jurídica que ostenta o caráter de *norma* de conduta, impondo aos participantes de determinada relação jurídica que atuem de forma leal, respeitando a confiança legítima dos outros

29. MARQUES, Cláudia Lima. Dados preliminares da pesquisa empírica sobre o perfil dos consumidores superendividados da comarca de porto alegre (2007 a 2012) e o “observatório do crédito e superendividamento UFRGS-MJ”. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 99/2015, p. 411 - 436, Maio-Jun/2015 (versão eletrônica).

30. PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. 4ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 92.

31. CABRAL, Antônio do Passo. O contraditório como dever e a *boa-fé* processual objetiva. *Revista de Processo*, vol. 126, p. 59, Ago/2005 (versão eletrônica).

participantes.³² Trata-se de um princípio, a partir do qual a doutrina e a jurisprudência extraíram diversas funções, entre as quais se destacam as funções *interpretativa, corretiva, limitativa de direitos subjetivos, criadora e integrativa*.³³

Em verdade, é deveras dificultosa a definição exaustiva das inúmeras eficácias e funções da boa-fé objetiva, mas é certo que tem o condão de conformar as relações jurídicas de diversas maneiras, limitando a atuação de seus participantes, auxiliando na interpretação das cláusulas contratuais, na criação de deveres anexos, dentre outras possibilidades. Para o nosso objeto de estudo – *tutela do superendividamento* – merece destaque a aptidão da boa-fé objetiva para suprir a insuficiência dos princípios tradicionais do Direito das Obrigações (autonomia privada, responsabilidade por culpa, etc.) para conformar casos decorrentes de contratação por adesão, exercício abusivo da posição contratual, revisão por onerosidade excessiva, entre outros. Para tais situações, a boa-fé fornece um efetivo *modelo*, pois, para a sua aplicação, exige que o julgador articule, de forma coordenada, outras normas integrantes do ordenamento, de forma lógica e uniforme, à exemplo das regras da mora, da resolução contratual, do inadimplemento, da responsabilidade civil, além de princípios, expressos ou implícitos, como a moralidade e a razoabilidade e, enfim, cânones de interpretação e integração do contrato, tudo isto para que a nova solução encontrada, com base na boa-fé, não redunde em puro voluntarismo jurisprudencial.³⁴

Observe-se que a boa-fé objetiva difere da boa-fé subjetiva, já que esta se preocupa com a intenção de determinado sujeito da relação jurídica, sendo identificado por parte da doutrina como uma “condição psicológica”, que normalmente se concretiza no convencimento do próprio direito, ou na ignorância de se estar lesando direito alheio.³⁵ A boa-fé objetiva, por sua vez, não leva em conta a intenção do sujeito, mas sim sua conduta e, como *norma-princípio*, exige que se considerem os elementos do caso concreto para determinar seu âmbito de aplicação.

Logo, na tutela do superendividamento, a análise da boa-fé objetiva não requer que se cogite da intenção das partes, ou de demais aspectos psicológicos e subjetivos, tampouco devendo se pautar em juízos abstratos. Deve-se, portanto, focar na probidade (ou não) da conduta dos sujeitos, durante toda a contratação, desde a fase pré-negocial, até a posterior execução do contrato. Para tanto, é necessário que sejam considerados os elementos do caso concreto, ponderando-se os interesses em disputa.

32. MARTINS-COSTA, Judith. *A boa fé no direito privado*. São Paulo: RT, 2000, p. 412; MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2011, p. 632-660; SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação como um processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 33; CABRAL, Antonio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, v. 126, ago.-2005, versão digital, n. 7, p. 11.

33. BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Curso de direito civil*. Salvador: Juspodivm, 2015, vol. 1, p. 80.

34. MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé como modelo (uma aplicação da teoria dos modelos de Miguel Reale). *Revista Brasileira de Direito Comparado Luso-Brasileiro*, v. 21, 2002. p. 100.

35. MARTINS-COSTA, Judith. *A boa fé no direito privado... cit.*, p. 412.

Nesse contexto, merece destaque julgado proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo,³⁶ que acolheu defesa em embargos à execução, para afastar temporariamente a cobrança de juros moratórios e multa em contrato de financiamento de imóvel. Isso porque, no caso, o casal de devedores deixara de pagar as prestações do negócio, em razão dos altos gastos que tiveram que suportar com o tratamento médico de seu filho, acometido de leucemia, que acabou por falecer precocemente desta enfermidade. O julgado em questão considerou tamanho infortúnio como *caso fortuito*, destacando a ausência de culpa dos devedores, que não negaram seu inadimplemento, inclusive tentando renegociar as parcelas da dívida com a instituição financeira, sem sucesso.

Apesar de tal precedente não ter se valido da ideia de superendividamento (passivo), para mitigar o rigor da obrigação contratual em análise, merece o devido destaque neste estudo, pois considerou os elementos concretos do caso, em especial a conduta proba dos devedores, para afastar temporariamente a incidência dos encargos da mora, sem desconstituir totalmente a obrigação, tutelando assim também os interesses da parte credora. Este tipo de solução ponderada é justamente um dos objetivos da tutela do superendividamento, que deve focar na proteção do devedor de boa-fé, sem sacrificar a relação creditícia. É igualmente válida a menção a este julgado, por ter sido considerado um exemplo de aplicação de vertente econômica denominada de “capitalismo humanista”, conferindo ao relator deste importante precedente, o atual ministro do STJ Moura Ribeiro, uma indicação ao prêmio Nobel da Paz, pela solução construída neste julgado.³⁷

No contexto de um mundo pós-pandemia, o Judiciário não poderá se furtar de considerar as repercussões de problemas de saúde nas finanças dos devedores, que poderão subitamente ver-se impedidos de pagar pontualmente suas obrigações de trato continuado, sem que tenham agido com culpa para o superendividamento. Porém, para se verificar a boa-fé do devedor superendividado, não apenas eventuais problemas de saúde no âmbito familiar devem ser considerados, pois o surto pandêmico tem afetado o planejamento financeiro dos consumidores, de formas diretas e indiretas, em razão da retração econômica que tem sido um evidente “efeito colateral” desta crise de saúde pública.

Assim, a boa-fé do devedor também poderá ser aferida a partir de outros diversos elementos concretos, entre os quais se destaca o *animus solvendi*, isto é, a verificação de se, no momento da contratação, o devedor tinha condições para adimplir, ou se atuou para agravar sua situação de insolvência, contraindo um passivo incompatível com seu patrimônio e renda, de forma recorrente.³⁸ Também podem ser considerados como indicativos de ausência de boa-fé do devedor a prestação de declarações

36. Apelação nº 991.06.054960-3, 11ª Câmara – Seção de Direito Privado, julgado em 30.09.2010.

37. <http://www.stj.jus.br/sites/portallp/Paginas/Comunicacao/Noticias/Aplicacao-do-capitalismo-humanista-inspira-indicacao-do-ministro-Moura-Ribeiro-ao-Nobel-da-Paz.aspx> (acessado em 13 de junho de 2020).

38. BIONI, Bruno Ricardo. Superendividamento: um fenômeno socioeconômico decorrente... cit.

inverídicas, a execução de despesas supérfluas ou suntuosas, a gestão irresponsável, sendo, por outro lado, um bom indicativo de boa-fé, quando o pleito pela tutela do superendividamento é realizado pelo casal, pois assim se permite a análise global dos recursos familiares, dificultando a dissimulação da real situação econômica familiar, com a ocultação de bens em nome do outro cônjuge.³⁹

Todavia, a boa-fé não impõe a observância de uma conduta proba somente na fase pré-negocial da contratação, persistindo tal exigência de comportamento ético das partes durante toda a execução do contrato e, em especial, quando o seu cumprimento encontra-se sendo discutido em juízo, momento em que passa a ser útil, para aferição da boa-fé, a análise de eventual comportamento contraditório dos contratantes, de modo a frustrar as expectativas legítimas da contraparte. É o que se convencionou chamar de *venire contra factum proprium*, que consiste na vedação do comportamento contraditório.

Para compreensão desta decorrência da boa-fé, é importante considerar-se que comete ato ilícito tanto aquele sujeito cujo comportamento não encontra respaldo na lei, como também o sujeito que, apesar de titularizar um direito, exerce-o de forma abusiva, excedendo manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes (art. 187, CC/2002). Assim, o comportamento contraditório, censurado pela boa-fé, verifica-se quando as condutas confrontadas, não obstante sejam lícitas se consideradas isoladamente, acabam por frustrar a confiança de um terceiro, que criou legítimas expectativas a partir da primeira conduta realizada. Trata-se, em verdade, de uma forma mais sofisticada de ilicitude, pois não se veda todo e qualquer comportamento incoerente, mas apenas aquela conduta contraditória que viole uma legítima expectativa, com aptidão para gerar prejuízos para a contraparte.⁴⁰ Em suma, o princípio do *venire contra factum proprium* é uma das formas de o princípio da boa-fé tutelar a confiança legítima.

É em razão desse princípio corolário da boa-fé que o Superior Tribunal de Justiça tem censurado a conduta contraditória de alguns devedores, de ofertar determinado bem como garantia do pagamento de dívida, alegando posteriormente sua impenhorabilidade como bem de família. Observe-se que a proteção do bem de família, apesar de reconhecida pela lei (Lei nº 8.009/1990), cede quando o próprio devedor coloca referido bem à disposição do credor, não podendo posteriormente frustrar tal legítima expectativa, desse modo utilizando uma posição jurídica de forma abusiva.⁴¹ É um caso típico de *venire contra factum proprium*, apto a

39. SCHMIDT NETO, André Perin. Superendividamento do consumidor: conceito, pressupostos e classificação. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 71/2009, p. 9–3, Jul - Set (versão eletrônica).

40. PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica...* p. 94-95.

41. Nesse sentido: REsp 1782227/PR, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 27/08/2019, DJe 29/08/2019; REsp 1141732/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 09/11/2010, DJe 22/11/2010.

demonstrar a má-fé do devedor, de modo a afastar o intento protetivo da tutela do superendividamento.

Evidentemente, a boa-fé no processo não se resume à vedação do comportamento contraditório, englobando também o sistema de controle de fraude à execução (art. 792, CPC) e dos atos atentatórios à dignidade da justiça, previstos por toda a codificação processual (art. 139; art. 334, §8º; arts.772-774, art. 903, §6º, CPC), sem prejuízo das demais decorrências atípicas da cláusula geral da boa-fé, que censura todo exercício abusivo de direito no processo, mesmo que não explicitado tipicamente na legislação.⁴²

Logo, caberá ao julgador a importante função de zelar pelo bom resultado do processo, identificando as condutas contrárias à boa-fé, mesmo que não expressamente previstas ou enumeradas no texto legal, postura ativa que, como bem observou Antônio do Passo Cabral, não se configura como afronta ao princípio *dispositivo*, ou à ampla defesa, os quais não impedem a correção sancionatória da infringência das regras do jogo.⁴³

3.2. Fomento à resolução consensual dos conflitos

Uma vez identificada a situação de superendividamento do devedor de boa-fé, nem sempre a pronta resolução contratual é a medida indicada, pois os interesses da contraparte credora também devem ser considerados, até mesmo para que a intervenção judicial extrema não eleve demasiadamente os riscos da concessão de crédito, aumentando as taxas de juros para todo o mercado consumidor.

É necessário também se considerar que o Código Civil estabelece como regra, para as relações obrigacionais, que “o credor não é obrigado a receber prestação diversa da que lhe é devida, ainda que mais valiosa” (art. 313), bem como que, mesmo nas obrigações divisíveis, “não pode o credor ser obrigado a receber, nem o devedor a pagar, por partes, se assim não se ajustou” (art. 314). Ou seja, a princípio, o credor não tem nenhuma obrigação de aceitar novas condições para o negócio, sem que haja um justo fundamento legal para tanto.

Logo, em face da ausência de uma legislação específica acerca do superendividamento, que autorize o julgador a impor novas condições para as obrigações de crédito em tais casos (p.ex.: parcelamento, moratória, desconto ou supressão de multas e juros etc.), faz-se necessário que a repactuação do negócio seja alcançada pelas próprias partes, que devem ser instadas a construir tal solução consensualmente, inclusive quando a dívida já se encontra sendo debatida em juízo. Assim, nos litígios que versem sobre superendividamento e suas consequências, o Judiciário pode atuar como um agente fomentador da autocomposição, na tentativa de melhor se equacionar os interesses em disputa.

42. DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 9ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2019. V. 5, p. 386.

43. CABRAL, Antônio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva... cit.

De um modo geral, já se admite que as vias do processo civil tradicional, pautadas na heterocomposição, não são mais suficientes para resolver todas as demandas, noção sobre a qual se encontra fundada a ideia de um *processo multiportas*, isto é, um processo que admite a adequação de diversos meios para a resolução de contendas, deixando a justiça estatal imperativa de ter a primazia, via esta que só deverá ser utilizada quando não for possível o emprego dos demais meios atípicos de composição. Sob a égide desse hodierno pensamento, a *mediação*, a *conciliação* e a *arbitragem* deixam de ser vistos como “meios alternativos”, para serem considerados como variações das diversas formas adequadas de se obter o acesso à justiça, ao lado da tradicional adjudicação da solução pelo estado-juiz.⁴⁴

Atualmente, o próprio Código de Processo Civil estabelece, como norma fundamental, o dever de os órgãos jurisdicionais e seus auxiliares estimularem a adoção da conciliação, da mediação e de outros métodos de resolução consensual de conflitos (art. 4º, CPC), completando esse sistema a Lei nº 13.140/2015 (Lei da Mediação) e a Resolução n. 125/2010 do CNJ, que também prescrevem instrumentos para viabilizar a autocomposição, seja de forma processual, ou extraprocessual.

Acerca do sistema implementado pelo CPC, merece destaque a obrigatoriedade de as partes comparecem à audiência prévia de mediação e conciliação, sob pena de multa, ato que somente deixará de ser realizado se tanto réu, quanto autor, manifestarem expressamente não ter interesse na resolução consensual (art. 334), sendo este o exemplo mais claro do compromisso do atual CPC com o fomento à autocomposição. Frise-se que, apesar de tal audiência prévia ter sido prevista para a fase inicial do procedimento comum, nada impede que também seja realizada em procedimentos especiais, caso se mostre compatível com o rito, como nas ações de família (arts. 693-699, CPC), podendo também ser dada a oportunidade de as partes firmarem acordos em processos já em fase recursal ou de execução, pois também se conferiu ao juiz um poder geral de conciliar as partes, a qualquer tempo (art. 139, V, CPC/2015).

É igualmente pertinente destacar que, no sistema do CPC atual, admite-se que a autocomposição judicial envolva sujeito estranho ao processo, bem como abranja relação jurídica que não tenha sido inicialmente deduzida em juízo, sendo possível a realização de acordos sobre questões processuais e não apenas de mérito (art. 515, III e §2º; art. 725, VIII; CPC/2015). Assim, ampliou-se bastante a gama de matérias que podem constar no acordo a ser homologado e executado judicialmente, sendo esta medida mais um estímulo à resolução consensual de conflitos, com importante repercussão para os casos em que se discute situação de superendividamento.

44. DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Justiça Multiportas e Tutela Constitucional Adequada: Autocomposição em Direitos Coletivos. Estudos de Derecho Procesal En homenaje a Eduardo J. Couture*, Tomo II. Montevideo: La Ley Uruguay, 2017, p. 417-419.

Isso porque, como já destacado neste trabalho, à falta de um procedimento efetivo que permita ao devedor elaborar um plano de recuperação, considerando o total de suas dívidas em face dos seus recursos, a questão do superendividamento acaba sendo discutida em juízo de forma particionada, analisando-se cada dívida de forma isolada, em ações revisionais, ou em variadas ações de execução contra o mesmo devedor, situação que dificulta a adoção de medidas de recuperação financeira, mais abrangentes e planejadas. Todavia, à luz dos dispositivos destacados, é possível que o devedor, em um mesmo acordo homologado judicialmente, firme compromissos com diversos credores, inclusive a respeito de dívidas que não estavam sendo cobradas em juízo inicialmente, podendo-se convocar demais credores alheios ao processo, mas que demonstrem interesse em repactuar suas obrigações, em prol de se garantir ao devedor superendividado uma execução planejada de seus débitos.

A autocomposição é possível até mesmo quando a questão já tenha sido resolvida por sentença de mérito transitada em julgado, conforme defendem Leonardo Carneiro da Cunha e Trícia Navarro, desde que os interessados tenham ciência da sentença transitada em julgado e, ainda assim, queiram celebrar a transação, podendo tal acordo ser utilizado para obstar a execução do julgado, por meio da impugnação (CPC art. 525, § 1º, VII e art. 535, VI, do CPC). Os processualistas, inclusive, destacam ser prescindível a homologação desta autocomposição celebrada após a coisa julgada, para que seja válida e tenha aptidão de obstar eventual execução.⁴⁵

A Lei da Mediação (Lei nº 13.140/2015), por sua vez, também prevê importantes ferramentas, para viabilizar a repactuação consensual das obrigações, em casos de superendividamento. É interessante pontuar que, nos termos dessa lei, a técnica da mediação pode ser aplicada para conflitos que versem sobre “direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação” (art. 3º). Ou seja, mesmo relações de crédito de natureza consumerista podem ser objeto de mediação, pois ainda que se suscite ser indisponível o regime protetivo do consumidor, mesmo assim suas repercussões financeiras e patrimoniais podem ser negociadas entre as partes, como ocorre no direito de família e no direito do trabalho, que também são espécies de direitos indisponíveis que admitem transação. Para esse tipo de situação não se mostra adequado operar-se conforme a dicotomia “direito disponível/direito indisponível”, sendo mais cabível tratar-se de “graus de indisponibilidade do direito”.⁴⁶

Como o atual CPC criou para os tribunais a obrigação de criar e manter centros judiciários de solução consensual de conflitos (art. 165), conhecidos pela nomenclatura de CEJUSC, a homologação de autocomposição extrajudicial pode ser realizada diretamente perante tais órgãos, independentemente de realização de sessões de

45. CUNHA, Leonardo Carneiro da; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. A abrangência objetiva e subjetiva da mediação. *Revista de Processo*, vol. 287/2019, p. 531 – 552, Jan/2019 (versão eletrônica).

46. CUNHA, Leonardo Carneiro da; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. A abrangência objetiva e subjetiva da mediação... cit.

mediação, com a vantagem de não incidir custas, podendo envolver acordo de qualquer natureza ou valor, formando-se um título executivo judicial, após concluído o processo de homologação (art. 725, inc. VIII, CPC; art. 20, Lei nº 13.140/2015). Trata-se de mais uma solução construída a partir das disposições da Lei da Mediação e do CPC, que apesar de pouco explorada na prática forense,⁴⁷ pode se mostrar bastante útil para o tratamento do superendividamento no contexto pós-pandemia, em razão de seu caráter desburocratizado e do baixo custo.

Enfim, vale destacar outra boa solução trazida pela Lei da Mediação (Lei nº 13.140/2015) que, em seu art. 46, permite que a mediação seja realizada pela internet, ou por outro meio de comunicação que possibilite a transação à distância, desde que as partes estejam de acordo. As vantagens práticas dessa medida são evidentes, especialmente em um contexto pós-pandemia, em que o funcionamento remoto do Judiciário mostrou-se, além de imprescindível, também viável, tendo havido um expressivo incremento na produtividade dos órgãos jurisdicionais, já nos primeiros meses de suspensão das atividades presenciais.⁴⁸

Como ocorre em qualquer processo de ruptura histórica, a pandemia da COVID-19 deixará legados culturais em todos os setores da sociedade e, no Judiciário em especial, já é perceptível que uma dessas consequências será a formação, por força das circunstâncias, de uma estrutura compatível e adequada para realização de atos jurisdicionais à distância, sem a presença física das partes, por meio dos recursos de tecnologia da comunicação, cujo uso passou a ser incrementado no decorrer desta crise sanitária. Essa mudança de paradigma pode ser o impulso necessário para se dar maior aplicabilidade prática ao disposto no citado art. 46, da Lei da Mediação, que facilitará o acesso das partes às sessões de mediação, com custos reduzidos.

47. CUNHA, Leonardo Carneiro da; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. A abrangência objetiva e subjetiva da mediação... cit.

48. Dá-se como exemplo dados coletados no âmbito do TJCE, tribunal que registrou aumento na quantidade de julgamentos no primeiro quadrimestre de 2020, tendo sido julgados 146.700 processos, de janeiro a abril de 2020, quantidade superior ao mesmo período de 2019, quando foram realizados 142.085 julgamentos. Este tribunal também registrou incremento na produção de sentenças por casos novos, passando de 95,43%, em 2019, para 116,99%, em 2020 ([https://www.tjce.jus.br/noticias/produtividade-do-judiciario-no-1o-quadrimestre-aumenta-mesmo-com-pandemia](https://www.tjce.jus.br/noticias/produtividade-do-judiciario-no-1o-quadrimestre-aumenta-mesmo-com-pandemia/?utm_source=rss&utm_medium=rss&utm_campaign=produtividade-do-judiciario-no-1o-quadrimestre-aumenta-mesmo-com-pandemia), acessado em 13 de junho de 2020). Segundo dados apresentados ao CNJ, o TJPB também apresentou aumento em sua produtividade, tendo registrado mais de 16 mil sentenças nas três primeiras semanas de trabalho remoto no período da quarentena (<https://www.cnj.jus.br/pb-registra-mais-de-16-mil-sentencas-nas-tres-primeiras-semanas-de-trabalho-remoto/>, acessado em 13 de junho 2020). Esse aumento de produtividade no trabalho remoto também foi observado no âmbito do TJPE, que observou um crescimento de 15,9% no número de decisões interlocutórias, despachos e sentenças de magistrados de 1º grau, realizados através do Processo Judicial eletrônico (PJe), quando comparado o período de 16 de março a 16 de maio de 2020, com o ano anterior (<https://www.tjpe.jus.br/-/justica-de-pernambuco-aumenta-produtividade-em-15-9-?inheritRedirect=true>, acessado em 13 de junho de 2020).

Veja-se que os instrumentos legais ora citados, apesar de não esgotarem as possibilidades de vias para a autocomposição, servem para demonstrar que, apesar da carência que o tema do superendividamento enfrenta no direito material, ainda assim a repactuação de obrigações do devedor superendividado pode ser facilitada, mediante o uso racional dos meios processuais destacados, além de outros que se mostrarem cabíveis.

Em verdade, antes mesmo de o atual CPC entrar em vigor implementando tal sistema de fomento à autocomposição, já se mostrava possível uma postura mais ativa do Judiciário nesse sentido, sendo um bom exemplo o Projeto-Piloto para “Tratamento de Situações de Superendividamento do Consumidor”, com o objetivo de mediar a renegociação de dívidas de consumidores superendividados, experiência iniciada no âmbito do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em 2007, e replicada por outras Cortes de Justiça do país, como Paraná, São Paulo e Pernambuco. Tal procedimento conciliatório, a ser iniciado no âmbito extraprocessual pelo próprio devedor, permitia que este convocasse seus credores para elaboração de um plano de pagamento amigável, com o auxílio de conciliadores credenciados perante o tribunal. Tais renegociações poderiam versar sobre parcelamento do débito, redução dos juros e demais encargos, concessão de moratória com alteração no vencimento da obrigação e, até mesmo, o perdão parcial ou total da dívida, na tentativa de preservar o mínimo existencial do superendividado, sendo o acordo, posteriormente, submetido à homologação judicial.⁴⁹

Esta experiência, além de ter servido para auxiliar na conscientização do problema e na tutela de devedores superendividados, também contribuiu para a coleta de dados acerca do perfil deste tipo de consumidor hipervulnerável no Brasil. Por exemplo, no âmbito do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, constatou-se que os devedores superendividados que participaram do Projeto-Piloto, em sua grande maioria, eram do tipo passivo (76,1%), do sexo feminino (61,4%), com renda de até três salários mínimos (81,7%), com apenas um credor ou dois (81,5%), entre outros dados relevantes.⁵⁰ Já no Tribunal de Justiça do Paraná, constatou-se que o devedor superendividado auxiliado em seu Projeto-Piloto também era, em sua maioria, do tipo passivo (78%), com renda familiar mensal de até três salários mínimos (64%).⁵¹

Observe-se que tais informações estatísticas, coletadas no âmbito do Judiciário, podem servir para auxiliar no desenvolvimento de políticas públicas de prevenção e

49. BAUERMANN, Sandra. Implantação e experiência do projeto de tratamento ao Superendividamento do consumidor no poder judiciário do Paraná. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 95/2014, p. 231 – 251, Set-Out/2014 (versão eletrônica).

50. Estatísticas obtidas a partir de dados coletados entre 2007 e 2012, em que foram levantados e analisados mais de 5 mil casos e 3 mil audiências de conciliação de consumidores superendividados no âmbito do TJ/RS (MARQUES, Cláudia Lima. Dados preliminares da pesquisa empírica...cit.).

51. Estatísticas extraídas dos cadastros preenchidos pelos devedores no período de maio de 2010 a julho de 2014 (BAUERMANN, Sandra. Implantação e experiência do projeto...cit.).

combate ao superendividamento, permitindo-se traçar o perfil do público alvo dessas medidas, sendo este mais um exemplo de como o Judiciário pode ser um agente indutor de mudanças sociais, que vão além da mera resolução de conflitos inter-partes.

Justamente pelas “externalidades positivas” que proporciona, como citado acima, este estímulo à resolução consensual nos casos de superendividamento deve ser um esforço constante do Judiciário, não se resumindo somente a episódicos eventos de “mutirões de conciliação”, promovidos para desafogar o número de ações nos tribunais, tampouco devendo ser empregado para se alcançar acordos a qualquer custo, com o fito de inflacionar as metas de produtividade do Judiciário, pois as técnicas de autocomposição, em especial a mediação, também têm a importante função de reestabelecer os laços e o diálogo entre as partes, e não somente solucionar o conflito⁵², agindo o mediador como um facilitador da comunicação, auxiliando as partes a superarem eventuais barreiras ao diálogo, para construção conjunta de um acordo.⁵³

Nos casos de superendividamento, a importância desta função dialógica da solução mediada não deve ser menosprezada, pois, conforme dados coletados no âmbito do Projeto Piloto do TJRS, 76,4% dos consumidores que procuraram tal programa de renegociação haviam antes tentado repactuar suas dívidas diretamente com o credor, mas sem sucesso. Analisando estes mesmos dados, Cláudia Lima Marques observou que parcela considerável desse contingente era formado por mulheres superendividadas, arrimos de família (solteiras, viúvas, divorciadas, separadas), aposentadas e pensionistas, com renda de até 3 salários mínimos, categoria esta que sofria de especial dificuldade para renegociar diretamente a dívida com seus credores, necessitando do auxílio estatal para articular um novo plano de pagamento e suprir suas debilidades.⁵⁴ Ou seja, tais devedoras superendividadas tinham efetivo interesse em pagar e sanar suas dívidas, mas tal intento esbarrava em impeditivos culturais e econômicos e, até mesmo, questões de gênero, que obstaculizavam a renegociação direta com seus credores, dificuldade que pode ser superada com o auxílio do Judiciário e seu programa de renegociação consensual, que fomentou o diálogo entre as partes.

Assim, nos casos de superendividamento, o fomento da resolução consensual é medida essencial para apaziguar tais dificuldades práticas, restabelecendo o diálogo direto entre os contratantes, dificultado muitas vezes pela organização burocratizada das instituições fornecedoras, pouco adequada para construção de soluções mais

52. PEIXOTO, Ravi. Primeiras impressões sobre os princípios que regem a mediação e a conciliação. *Revista dialética de direito processual*, n. 152, Nov. 2015, p. 94-95.

53. RODOVALHO, Thiago. A viragem da Mediação no NCPC e no Marco Legal da Mediação no Brasil. In: MACÊDO, Lucas Buriel de; FREIRE, Alexandre; PEIXOTO, Ravi (Orgs.). *Doutrina Selecionada*. Salvador: Juspodivm, 2016, v. 1, p. 401.

54. MARQUES, Cláudia Lima. Mulheres, idosos e o superendividamento dos consumidores: cinco anos de dados empíricos do projeto-piloto em porto alegre. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 100/2015, p. 393 – 423, Jul-Ago/2015 (versão eletrônica).

direcionadas para categorias especiais de devedores. Nesse sentido, o Judiciário, por meio das técnicas de autocomposição, pode estar a serviço da superação das falhas desta cultura de tratamento massificado e impessoal do devedor superendividado.

4. CONCLUSÃO

Em face de todo o exposto, é possível concluir que o superendividamento, como um problema estrutural de nossa sociedade, com sérias repercussões para o desenvolvimento econômico e social, não pode mais ser ignorado pelo Judiciário, mesmo que nossa legislação ainda não lhe tenha dado um tratamento específico, conferindo-lhe consequências jurídicas próprias.

Com a irrupção de uma pandemia sem precedentes na história recente, a tutela adequada do devedor superendividado torna-se uma questão ainda mais urgente, pois os níveis de superendividamento tendem a aumentar, com a retração econômica que já se mostra presente, como consequência desta séria crise de saúde pública.

Logo, a tendência de autocontenção do Judiciário quanto à revisão de contratos de crédito e tutela do devedor superendividado deve ser revista, mesmo em face da carência legislativa na matéria, para que os efeitos sociais deletérios do superendividamento não sejam potencializados no mundo pós-pandemia.

Por sua vez, essa esperada postura mais ativa do Judiciário, na tutela do superendividamento, deve focar-se no controle da boa-fé objetiva nas relações contratuais, em todas as suas fases, bem como no fomento à resolução consensual dos conflitos, servindo o plano judicial como espaço para que credor e devedor restabeleçam o diálogo, repactuando de forma conciliada novas condições para o negócio, que permitam o seu cumprimento, protegendo-se o mínimo existencial do devedor de boa-fé.

Para tanto, deve-se considerar os diversos instrumentos legais já constantes em nossa legislação, em especial no atual Código de Processo Civil, que além de estabelecer o estímulo à resolução consensual como norma fundamental do processo (art. 3º, §2º), também consagra a boa-fé objetiva, que deve nortear o exercício colaborativo do contraditório por todos os participantes (art. 5º). A boa-fé também deve ser encarada como um *modelo*, de modo que a sua aplicação pelo julgador deve considerar, de forma articulada, as demais regras e princípios de nosso sistema, sendo ainda necessário considerarem-se os elementos do caso concreto e os interesses conflitantes, na construção da solução ponderada para as partes.

A busca pela solução conciliatória e o controle da boa-fé, portanto, são os dois cânones que devem ser observados pelo Judiciário na tutela do devedor superendividado, os quais, por sua vez, exigem uma análise mais detida dos casos submetidos ao crivo judicial, rechaçando-se juízos abstratos, em favor de pronunciamentos mais atentos às circunstâncias dos casos concretos e suas peculiaridades.

Assim, é de se concluir que, apesar de o superendividamento ser um típico fenômeno de uma sociedade de *massa*, sua adequada resolução pelo Judiciário, além de uma postura mais ativa dos órgãos jurisdicionais, também requer um trabalho mais criterioso de análise concreta, de caráter mais “artesanal”, para que o devedor superendividado de boa-fé possa escapar do tratamento impessoal fornecido pelos agentes do setor financeiro, obtendo a solução mais adequada ao seu caso, conforme as suas particularidades.

5. REFERÊNCIAS

- BAUERMANN, Sandra. Implantação e experiência do projeto de tratamento ao Superendividamento do consumidor no poder judiciário do Paraná. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 95/2014, p. 231 – 251, Set-Out/2014 (versão eletrônica).
- BIONI, Bruno Ricardo. Superendividamento: um fenômeno socioeconômico decorrente da difusão do consumo e a sua análise à luz das evoluções legislativas americanas e francesas frente ao PL 283/2012. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 99/2015, p. 371 – 408, Maio-Jun/2015 (versão eletrônica).
- BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Curso de direito civil*. Salvador: Juspodivm, 2015, vol. 1.
- CABRAL, Antônio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, v. 126, ago-2005.
- CUNHA, Leonardo Carneiro da; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. A abrangência objetiva e subjetiva da mediação. *Revista de Processo*, vol. 287/2019, p. 531 – 552, Jan/2019 (versão eletrônica).
- DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de direito processual civil*. 8ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2018, v. 5.
- DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Justiça Multiportas e Tutela Constitucional Adequada: Autocomposição em Direitos Coletivos. *Estudios de Derecho Procesal En homenaje a Eduardo J. Couture*, Tomo II. Montevideu: La Ley Uruguay, 2017.
- FACHIN, Luiz Edson. Reflexões Sobre Risco e Hiperconsumo. In: GONÇALVES, Andressa Jarletti; XAVIER, Luciana Pedrosa (Orgs.). *Repensando o Direito do Consumidor III – 25 anos de CDC: conquistas e desafios*. Curitiba: OABPR, 2015.
- GONÇALVES, Geyson. A garantia do mínimo existencial aos consumidores superendividados. In: Claudia Lima Marques; Marié Miranda; Claudio Lamachia. (Org.). *Estudos de direito do consumidor*. 1ª ed. Brasília: OAB Conselho Federal, 2018, v. 1.
- MARQUES, Cláudia Lima. Algumas perguntas e respostas sobre prevenção e tratamento do superendividamento dos consumidores pessoas físicas. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 75/2010, p. 9 – 42, Jul/Set/2010 (versão eletrônica).
- MARQUES, Cláudia Lima. O mercosul e o desafio do superendividamento. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 73/2010, p. 11 – 50, Jan-Mar/2010 (versão eletrônica).

- MARQUES, Cláudia Lima. Mulheres, idosos e o superendividamento dos consumidores: cinco anos de dados empíricos do projeto-piloto em porto alegre. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 100/2015, p. 393 – 423, Jul-Ago/2015 (versão eletrônica).
- MARQUES, Cláudia Lima. Dados preliminares da pesquisa empírica sobre o perfil dos consumidores superendividados da comarca de porto alegre (2007 a 2012) e o “observatório do crédito e superendividamento UFRGS-MJ”. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 99/2015, p. 411 - 436, Maio-Jun/2015.
- MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé como modelo (uma aplicação da teoria dos modelos de Miguel Reale). *Revista Brasileira de Direito Comparado Luso-Brasileiro*, v. 21, 2002.
- MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: RT, 2000.
- MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2011.
- MINAMI, Marcos Youji. *Da vedação ao non factibile*. Salvador: Juspodivm, 2018.
- OLIVEIRA, Andressa Jarletti Gonçalves. Superendividamento: prevenção, riscos e o PLS 283/2012. In: GONÇALVES, Andressa Jarletti; XAVIER, Luciana Pedrosa (Orgs.). *Repensando o Direito do Consumidor III – 25 anos de CDC: conquistas e desafios*. Curitiba: OABPR, 2015.
- PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. 4ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2019.
- PEIXOTO, Ravi. Primeiras impressões sobre os princípios que regem a mediação e conciliação. *Revista dialética de direito processual*, n. 152, Nov. 2015.
- RODOVALHO, Thiago. A viragem da Mediação no NCPC e no Marco Legal da Mediação no Brasil. In: MACÊDO, Lucas Buriel de; FREIRE, Alexandre; PEIXOTO, Ravi (Orgs.). *Doutrina Selecionada*. Salvador: Juspodivm, 2016, v. 1
- SANT’ANNA, Adriana. Boa-fé objetiva e superendividamento do consumidor: uma abordagem crítico-reflexiva do estado da arte das relações consumeristas e das práticas mercadológicas. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 119/2018, p. 227 – 266, Set - Out/2018 (versão eletrônica).
- SCHMIDT NETO, André Perin. Superendividamento do consumidor: conceito, pressupostos e classificação. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 71/2009, p. 9–3, Jul - Set (versão eletrônica).
- SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação como um processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2006.
- SILVA, Leandro Carvalho dos Santos. O superendividamento na sociedade de consumo: a necessidade da aprovação do Projeto de Lei n. 3.515/2015. In: CLAUDIO LAMACHIA; MARIÉ MIRANDA; CLAUDIA LIMA MARQUES. (Org.). *Estudos de Direito do Consumidor*. 1 ed. Brasília: OAB Editora, 2018, v. 1.
- SRINIVASAN, Suraj; CAMPBELL, Dennis W.; GALLANI, Susanna; MIGDAL, Amram. Sales misconduct at Wells Fargo Community Bank. *Harvard Business School*, Jun. 30, 2017.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Direitos do Consumidor*. 9ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.



Civil Procedure Review
AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

2

O processo estrutural no âmbito do sistema interamericano. Reflexões a partir do caso Cuscul Pivaral e outros vs. Guatemala

Structural Litigation at the Interamerican System.
Notes from the Cuscul Pivaral and other v. Guatemala case

Cesar Henrique Kluge

Attending a Master of Law at the Catholic University of Brasília.
Federal Labour Prosecutor.

Edilson Vitorelli

Professor at Presbyterian Mackenzie University, Brazil.
Federal Prosecutor.

Resumo: O presente artigo tem como objetivo analisar a receptividade do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, em sua esfera jurisdicional, ao processo estrutural. Inicialmente, serão feitas breves considerações sobre o Sistema Interamericano e o respectivo processo contencioso de análise de violações de direitos humanos, destacando-se as diferentes etapas percorridas perante a Comissão e Corte

Interamericana. Logo em seguida, realizar-se-á uma apresentação da tramitação do Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala, que culminou com a sentença condenatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Na sequência, após o exame da origem, conceito e características do processo estrutural, buscar-se-á demonstrar a semelhança do processo estrutural com o processo interamericano analisado, podendo a sentença condenatória proferida em face do Estado da Guatemala ser considerada uma decisão estrutural. A metodologia utilizada foi o estudo do caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala, cuja escolha ocorreu por se tratar da primeira oportunidade em que o Tribunal Interamericano se pronunciou sobre a violação ao princípio da vedação ao retrocesso social, com fundamento no art. 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Palavras-chave: Processo Internacional de Proteção dos Direitos Humanos. Sistema Interamericano. Processo Interamericano. Processo Estrutural.

Abstract: This paper aims to analyze the possibilities of conducting structural litigation at the Interamerican System of Human Rights Protection. Initially, brief considerations will be made about the Inter-American System and the respective litigation process for the analysis of human rights violations, highlighting the different steps taken before the Inter-American Commission and Court. Soon after, there will be a presentation of the proceedings of the Cuscul Pivaral and other vs. Guatemala case, which culminated in the condemnatory sentence of the Inter-American Court of Human Rights. Subsequently, after examining the origin, concept and characteristics of the structural process, an attempt will be made to demonstrate the similarity of the structural process to the inter-American process under analysis, and the sentence given to the State of Guatemala may be considered a structural decision. The methodology used was the study of the Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala, whose choice occurred because it was the first opportunity on which the Inter-American Court ruled on the violation of the principle of prohibition against social retrogression, based on art. 26 of the American Convention on Human Rights.

Keywords: Interamerican Human Rights Protection; Structural Litigation; Interamerican Litigation.

Sumário: 1. Introdução; 2. Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos: um panorama; 3. O processo interamericano; 3.1. O processo perante a Comissão Interamericana; 3.2. O processo perante a Corte Interamericana; 4. Caso Cuscul Pivaral e outros vs. Guatemala; 5. Processo estrutural; 5.1. Origem; 5.2. Conceito; 5.3. Características; 6. O caso Cuscul Pivaral e o processo estrutural: a teoria na prática. 7. Conclusão; 8. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Em virtude da complexidade dos conflitos e da necessidade de concretização de valores relevantes para a sociedade, surgiu uma categoria de processo coletivo voltada para o enfrentamento de graves problemas sociais, oriundos do mau funcionamento de estruturas, usualmente públicas, que impactam significativamente na vida e sobre os direitos dos cidadãos. Trata-se do denominado processo estrutural, que pretende, de modo progressivo, reorganizar o funcionamento de uma instituição e, com isso, eliminar a causa do litígio¹.

O presente artigo tem como finalidade analisar a receptividade do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, em sua esfera jurisdicional, ao processo estrutural. Buscar-se-á demonstrar que as características de referida modalidade processual, extraídas do conceito apresentado pela doutrina, podem estar presentes no processo interamericano e na decisão proferida pela Corte Interamericana.

Para alcançar esse objetivo, inicialmente, serão realizadas considerações sobre o Sistema Interamericano, notadamente sobre o processo interamericano, tanto na etapa perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, como na etapa perante a Corte Interamericana. Verificar-se-á que o processo interamericano, assim como o processo coletivo nacional, é formado por um microsistema normativo.

Na sequência, será analisado o caso Cuscul Pivaral e outros vs. Guatemala, destacando-se aspectos relativos à sua tramitação, bem como algumas questões jurídicas abordadas no julgado, com o registro das reparações fixadas. Trata-se de um caso que envolve a violação de direitos humanos de pessoas diagnosticadas com o vírus HIV, sendo a primeira oportunidade que a Corte Interamericana reconheceu a violação ao princípio da vedação ao retrocesso social, consagrado no art. 26 da Convenção Americana.

No tópico seguinte, abordar-se-á o processo estrutural, iniciando por considerações a respeito de sua origem no sistema norte-americano, passando pela apresentação do seu conceito por alguns estudiosos do direito, extraíndo-se, por fim, características para comparação com o processo interamericano.

Nossa pretensão é contribuir para a reflexão sobre um tema tão relevante em nível interno, buscando, cada vez mais, à luz das normas internacionais, demonstrar a necessidade de diálogo e interação entre as instâncias interna e internacional.

1. Nesse sentido, amplamente: VITORELLI, Edilson. *Processo Civil Estrutural: teoria e prática*. Salvador: Juspodivm, 2020.

2. SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS: UM PANORAMA

O Direito Internacional dos Direitos Humanos, compreendido como ramo do Direito Internacional que visa promover e proteger a dignidade humana em todo o mundo, sem qualquer distinção, tem sua origem atrelada à percepção de que a proteção do ser humano, seja contra o arbítrio estatal, seja para afirmação de sua dignidade, deveria ultrapassar o âmbito interno dos Estados e ser uma preocupação da comunidade internacional².

A consolidação dos Sistemas Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos ocorreu após as atrocidades vivenciadas nos dois conflitos mundiais da primeira metade do século XX, especialmente a segunda grande guerra, momento a partir do qual a gramática dos direitos humanos entrou efetivamente na pauta da agenda internacional³.

Ao lado do Sistema Global ou Universal de proteção dos direitos humanos, coordenado pela Organização das Nações Unidas, cujos documentos básicos são a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e os Pactos Internacionais de 1966⁴, apareceram sistemas regionais de proteção, quais sejam: sistema europeu, sistema africano e sistema interamericano. Tais sistemas não são excludentes entre si, devendo funcionar de forma coordenada e complementar, cabendo ao titular do direito violado ou seu representante a escolha do melhor cenário para postular o que entende devido⁵.

2. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direitos humanos*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014, p. 53: “O Direito Internacional dos Direitos Humanos é aquele que visa proteger todos os indivíduos, qualquer que seja sua nacionalidade e independentemente do lugar onde se encontrem. Trata-se da “disciplina encarregada de estudar o conjunto de normas internacionais, convencionais ou consuetudinárias, onde são estipulados o comportamento e os benefícios que as pessoas ou grupos de pessoas podem esperar ou exigir dos governos”, tendo por objeto de estudo “o conjunto de normas previstas pelas declarações, tratados ou convenções sobre direitos humanos adotados pela Comunidade Internacional em nível universal ou regional, aquelas normas internacionais que consagram os direitos humanos, que criam e regulam os sistemas supranacionais de promoção e proteção dos direitos humanos, assim como as que regulam os procedimentos possíveis de serem levados ante ditos organismos para o conhecimento e consideração das petições, denúncias e queixas pela violação dos direitos humanos”.
3. *Ibid.*, p. 53-56.
4. O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos de 1966, foram firmados com o objetivo de dar juridicidade à Declaração Universal dos Direitos Humanos, que foi adotada por meio de Resolução e não por Tratado Internacional.
5. Sempre é bom recordar que os sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos não são excludentes ou incompatíveis com os sistemas nacionais. A respeito disso, valiosas as lições de Antônio Augusto Cançado Trindade: “Al contrario de lo que muchos todavia suponen em tantos países, las jurisdicciones nacional e internacional no son concurrentes o conflictivas, pero sí complementarias, em constante interacción em la protección de los derechos de la persona humana. En el caso

Um dos princípios basilares dos Sistemas Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos é o da subsidiariedade, segundo o qual a responsabilidade primária de promoção e tutela dos direitos humanos é dos próprios Estados partes, sendo que, apenas na ausência ou atuação inadequada, poderá o sistema internacional atuar para a devida tutela⁶.

Em relação ao sistema interamericano, que é o objeto do nosso estudo, ao qual se submete a República Federativa do Brasil⁷, sua consolidação está atrelada a criação da Organização dos Estados Americanos (OEA), em 1948⁸. Sua estrutura normativa básica é composta pela Carta da OEA (1948); Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948); Convenção Americana de Direitos Humanos, conhecida com Pacto de San José da Costa Rica (1969) e seu Protocolo Adicional sobre matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, conhecido como Protocolo de San Salvador (1988).

Dentre os diversos diplomas legais, a Convenção Americana é o principal, não apenas pela abrangência geográfica e previsão de um catálogo de direitos, mas principalmente pela estruturação de um sistema de supervisão e controle dos direitos humanos a ser efetivada por dois órgãos expressamente previstos no referido tratado internacional: Comissão Interamericana e Corte Interamericana (art. 33 da Convenção).

Tribunal Constitucional, lá jurisdicción internacional efetivamente intervino en defensa de la nacional, contribuyendo decisivamente a la restauración del Estado de Derecho, además de salvaguardar los derechos de los victimados. En la historia de las relaciones entre las jurisdicciones nacional e internacional, es este un precedente que continuará certamente a ser estudiado por las generaciones presentes y futuras de jusinternacionalistas y constitucionalistas, tanto latino-americanos como de otras regiones del mundo". CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *El ejercicio de la función judicial internacional: memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. 5 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2018, p. 45.

6. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *O esgotamento dos recursos internos no direito internacional*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997, p. 23.
7. O Brasil assinou, em 1969, a CADH, porém, apenas mais de 20 anos depois, o instrumento foi ratificado em 25 de setembro de 1992 (depósito da carta de adesão), promulgando-o por meio do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Em 10 de dezembro de 1998, depositou a declaração de aceitação da competência obrigatória da Corte Interamericana, promulgando-a por meio do Decreto nº 4.463, de 8 de novembro de 2002, com a seguinte ressalva constante no art. 2º do Decreto 678/92: Ao depositar a Carta de Adesão a esse ato internacional, em 25 de setembro de 1992, o Governo brasileiro fez a seguinte declaração interpretativa: "O Governo do Brasil entende que os Arts. 43 e 48, alínea "d", não incluem o direito automático de visitas e inspeções in loco da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, as quais dependerão da anuência expressa do Estado.
8. A OEA é um exemplo de organização regional, que foi precedida pela fundação, em 1890, da União Internacional das Repúblicas Americanas, sucedida, por sua vez, em 1910, pela União Panamericana (UPA). Quando firmada a Carta das Organização dos Estados Americanos em Bogotá, em 1948, adotou a atual denominação (OEA). Sediada em Washington, possui diversos objetivos, como o fortalecimento da democracia, promoção dos direitos humanos e cooperação entre os Estados americanos. PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito internacional público e privado: incluindo noções de direitos humanos e direito comunitário*. 11 ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 295.

A Comissão Interamericana foi criada em 1959, por meio da Resolução VIII da Reunião de Consulta dos Ministros de Relações Exteriores, com o objetivo de ser um órgão de consulta para questões urgentes. Gradativamente, a Comissão foi ganhando espaço, alcançando, com o advento da Convenção Americana, em 1969, status convencional, com novas atribuições, agora, também, perante a recém-criada Corte Interamericana. Está sediada na capital dos Estados Unidos da América, Washington/DC, sendo composta por 7 membros (comissários) eleitos, a título pessoal, para um mandato de 04 anos, permitida uma reeleição (arts. 34 a 37 Convenção Americana).

Observa-se de seu histórico e das normas em vigor, que a Comissão tem uma natureza dúplice, isto é, funciona tanto como um órgão da OEA, atuando em várias áreas, que incluem atividades promocionais e consultivas, visando a proteção de direitos humanos (art. 18 do estatuto da Comissão), como age como um órgão da Convenção Americana, analisando petições, formulando consultas e litigando perante a Corte Interamericana⁹.

A Corte Interamericana, criada com a aprovação da Convenção Americana dos Direitos Humanos, é o órgão jurisdicional do Sistema Interamericano, responsável pela resolução dos casos de violação de direitos humanos praticadas pelos Estados membros da Organização dos Estados Americanos (OEA) e que tenham ratificado o Pacto de San Jose da Costa Rica. Trata-se de tribunal internacional de direitos humanos, que, frise-se, não integra os órgãos da OEA, mas sim a Convenção Americana¹⁰. Está sediada em San José da Costa Rica e é composta por 7 membros (juízes), nacionais dos Estados membros da OEA (art. 52 da Convenção), eleitos, a título pessoal, para um mandato de 06 anos, permitida uma reeleição (art. 54.1 Convenção).

A Corte Interamericana tem competência consultiva e judicial. Em relação à primeira, concretizada por meio da emissão de pareceres, sua finalidade é, em suma, realizar a interpretação da convenção ou de outros tratados concernentes à proteção de direitos humanos, bem como analisar a compatibilidade, a pedido de um Estado membro, entre qualquer de suas leis internas e os mencionados instrumentos internacionais (art. 64 Convenção). A competência contenciosa, por sua vez, prevista no art. 62 da Convenção, limita-se a analisar casos de violação dos direitos humanos.

A submissão de um caso à Corte é uma faculdade atribuída à Comissão Interamericana (sistema de petições e casos) e aos Estados que aceitaram a jurisdição contenciosa (comunicações interestatais). Em consulta ao site da Corte IDH, no [link](#)

9. BELTRAMELLI NETO, Silvio. *Direitos Humanos*. 5 ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2018, p. 408.

10. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Os sistemas regionais de proteção dos direitos humanos: uma análise comparativa dos sistemas interamericano, europeu e africano*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 31.

dos casos contenciosos, observa-se, entretanto, que até o momento (abril de 2020), todos os casos contenciosos foram apresentados pela Comissão¹¹.

Embora os indivíduos ainda não detenham legitimidade processual ativa, a partir de 2001, com uma alteração promovida no Regulamento da Corte, foi permitido aos indivíduos a participação no processo, por meio da apresentação de petições, argumentos e provas, mesmo não sendo partes no sentido formal (art. 25 do regulamento da Corte).

3. O PROCESSO INTERAMERICANO

O Direito Internacional dos Direitos Humanos é integrado por duas faces da mesma moeda: de um lado, o rol de direitos e, do outro lado, os processos que interpretam o conteúdo desses direitos e zelam para que os Estados cumpram com suas obrigações¹². Oportunos, no aspecto, os ensinamentos de André de Carvalho Ramos, ao conceituar o processo internacional nos seguintes termos:

O processo internacional de direitos humanos consiste no conjunto de mecanismos internacionais que analisa a situação de direitos humanos em um determinado Estado e, eventualmente, detecta a violação de direitos humanos, bem como fixa reparações cabíveis ou impõe sanções. Esse conjunto pode ser classificado de acordo com a origem (unilateral ou coletivo); natureza (político ou judiciário); finalidades (emitindo recomendações ou deliberações vinculantes); sujeição passiva (Estado ou indivíduo) e, finalmente, âmbito geográfico de atuação (global ou regional)¹³

Convém sublinhar que a importância do processo internacional não está apenas no fato de que seria desarrazada a previsão nos tratados internacionais de um extenso rol de direitos, sem que fossem estabelecidos instrumentos para sua respectiva tutela e promoção, com a possibilidade de fixação de medidas de reparação ou sanções. Reside, também, no fato de que é o ambiente onde se produz a interpretação autêntica dos direitos humanos¹⁴. No âmbito do Sistema Interamericano, os instrumentos processuais que visam monitorar e tutelar os direitos humanos podem ser enquadrados em dois grupos: subsistema da OEA e subsistema da convenção¹⁵.

De um lado, o subsistema da OEA é aplicável a todos os Estados membros da OEA e tem como fundamento a Carta da OEA e a Declaração Americana de Direitos Humanos. Por outro lado, o subsistema da Convenção refere-se apenas aos países

11. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/busqueda_casos_contenciosos.cfm?lang=es. Acesso: 30 de abril de 2020.

12. RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 33.

13. RAMOS, André de Carvalho. op cit, p. 34.

14. Ibid., p. 33-34.

15. BELTRAMELLI NETO, Silvio. op cit. p. 408.

signatários da Convenção Americana e tem como fundamento o Pacto de San José da Costa Rica e o Protocolo de San Salvador. Nesse subsistema temos dois caminhos. Para os países que ratificaram a Convenção e não aceitaram a competência da Corte, o processo interamericano tramitará apenas no âmbito da Comissão, podendo, se for o caso, na hipótese de constatada a violação a direitos humanos, seu relatório final ser encaminhado à Assembleia Geral da OEA, para adoção das medidas cabíveis. Já para os países que, além de terem ratificado a Convenção Americana, aceitaram, por declaração expressa, a competência contenciosa da Corte Interamericana, haverá, caso constatada a violação de direitos humanos, além do processo no âmbito da Comissão, a litigância perante a Corte.

Duas observações são importantes para conhecer melhor esse contexto. A primeira, de natureza normativa, é de que o processo interamericano é disciplinado por um microsistema normativo, composto basicamente pela Convenção Americana e pelos estatutos e regulamentos da Comissão e Corte.

Adicionalmente, a Comissão Interamericana editou algumas resoluções que podem ter impactos em questões procedimentais, destacando-se as seguintes: Res. 01/2016 (adoção de medidas para reduzir o atraso processual do sistema de petições e casos); Res. 03/18 (tratamento adequado as solicitações de medidas cautelares); Res. 01/19 (revisão inicial de petições); Res. 02/20 (fortalecimento do acompanhamento das medidas cautelares vigentes); Res. 03/2020 (ações diferenciadas para atender ao atraso processual em procedimentos de solução amistosa)¹⁶.

Da mesma forma, a Corte Interamericana, por sua vez, possui três documentos de natureza processual, denominados “acordos”, que tratam dos seguintes temas: novo formato das sentenças (acordo 01/07, de 22 de janeiro de 2007); precisões sobre o cômputo dos prazos (acordo 01/2014, de 21 de agosto de 2014) e considerações sobre a publicação de informação constante dos expedientes dos casos em etapa de supervisão de cumprimento de sentença (Acordo 1/19, de 11 de março de 2019)¹⁷.

A segunda observação, de natureza procedimental, é que o processo interamericano, para os países que reconheceram a competência jurisdicional da Corte, é obrigatoriamente bifásico, contando com uma etapa indispensável perante a Comissão, consoante precedente estabelecido no caso *Caso Viviana Gallardo e outras vs. Costa Rica*¹⁸.

16. As resoluções da Comissão podem ser consultadas em: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/resoluciones.asp>. Acesso em 15 de maio de 2020.

17. Os mencionados acordos podem ser consultados no site da Corte IDH em: http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ver_acuerdos_de_corte.cfm?lang=es. Acesso em: 16 de dezembro de 2019.

18. Esse caso não é encontrado no site da Corte IDH, no campo dos casos contenciosos. Curiosamente, encontra-se cadastrado como opinião consultiva “zero”. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ver_acuerdos_de_corte.cfm?lang=es. Acesso em 16 de dezembro de 2019.

3.1. O processo perante a Comissão Interamericana

À luz da Convenção Americana (arts. 44 a 51), do Estatuto e Regulamento da Comissão, podemos resumir o processo de análise de petições que contenham denúncias ou queixas de violação à Convenção por um Estado-parte, perante a Comissão, da seguinte forma: etapa de admissibilidade; etapa de conciliação ou solução amistosa; etapa de fundo ou mérito.

A primeira etapa começa com a verificação da legitimidade ativa dos peticionários, atribuída, nos termos do art. 44 da Convenção e 23 do regulamento da Comissão, a qualquer pessoa ou grupo de pessoas, bem como entidade não governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados membros da OEA. Quanto a legitimidade passiva, o Sistema Interamericano analisa apenas a responsabilidade internacional dos entes estatais pela violação dos direitos humanos, não alisando responsabilidade de pessoas físicas ou jurídicas. Logo, apenas os Estados podem ser sujeitos passivos no processo interamericano¹⁹.

Em seguida, são analisados os requisitos previstos no art. 46 da Convenção e arts. 28 a 36 do regulamento, quais sejam: a) qualificação do denunciante, com indicação do correio eletrônico e eventual pedido de sigilo de seus dados; b) relato dos fatos, com especificação do lugar e data das violações alegadas, bem como, se possível, do nome das vítimas e das autoridades que tenham tomado conhecimento do fato ou da situação denunciada e do Estado que considera responsável pela violação dos direitos humanos; c) indicação das medidas adotadas para esgotamento dos recursos internos; d) observância do prazo de 6 meses contados a partir da data em que a presumida vítima tenha sido notificada da decisão que esgota os recursos internos; e) demonstração de que a demanda não foi submetida a outro procedimento internacional (litispendência internacional)²⁰.

A etapa de solução amistosa pode ocorrer em qualquer momento do exame de uma petição ou caso, por iniciativa própria ou a pedido das partes, fundado no consentimento das partes. Apesar dessa ampla possibilidade, nos termos do art. 37, item 4 do regulamento, a Comissão, antes de se manifestar sobre o mérito, fixará um prazo para que as partes digam se tem interesse em iniciar o procedimento de solução amistosa.

19. De acordo com os arts. 26.1 e 29.1 de seu Regulamento, a Comissão delega à Secretaria Executiva a responsabilidade do estudo e tramitação inicial das petições individuais, cuja decisão de não abertura do processo pode ser objeto de recurso, em casos específicos, conforme Res. 01/19 da Comissão.

20. Nos termos do art. 27 do Regulamento, a Comissão apenas passará para as demais etapas processuais quanto às petições que observarem os requisitos previstos na Convenção Americana, seu estatuto e seu Regulamento, cuja análise, nesta etapa inicial, é feita *prima facie*.

Alcançada a regular conciliação, a Comissão aprovará um relatório contendo uma breve exposição dos fatos e a solução alcançada²¹. Não alcançada a conciliação, a Comissão procede a instrução do processo que, além da análise de documentos pode demandar a convocação das partes para audiência (art. 37, item 5, do regulamento).

Finda a instrução e não havendo conciliação, a Comissão emitirá um relatório de mérito, denominado primeiro informe ou relatório preliminar, no qual analisa as alegações das partes, provas produzidas, informações obtidas em audiências ou investigação *in loco* ou mesmo informações de conhecimento público (Art. 43, item 1, do regulamento).

Caso delibere pela inexistência de violação de direitos humanos, a Comissão arquivará o caso, em decisão definitiva, não existindo recurso cabível dessa decisão (art. 42, item 3, do regulamento). Reconhecendo a existência de violação de direitos humanos, a Comissão, em seu informe preliminar, expede proposições e recomendações, fixando um prazo para que o Estado informe sobre as medidas adotadas. Na sequência, a Comissão, se considerar que o Estado não atendeu às recomendações contidas, elaborará seu relatório de mérito e submeterá o caso à apreciação da Corte (art. 45 do regulamento). Em qualquer momento do processo, a Comissão pode deliberar sobre o arquivamento do feito quando verificar que não mais subsistem os motivos da petição ou, ainda, se verificar que a injustificada inatividade processual do peticionário constitui indício de sério desinteresse na tramitação da petição (art. 42 do regulamento).

Por fim, há que se observar que é possível a Comissão, de ofício ou a pedido da parte, adotar medidas cautelares, na hipótese de situações graves e urgentes, que apresentem risco de dano irreparável às pessoas ou ao objeto de uma petição ou caso pendente, nos termos do art. 25 do Regulamento.

3.2. O processo perante a Corte Interamericana

O processo perante a Corte Interamericana, à luz da Convenção e de seu regulamento, pode ser resumido nas seguintes etapas: procedimento escrito; procedimento oral; procedimento final escrito; sentença e, por derradeiro, o respectivo acompanhamento.

A primeira etapa contempla a notificação da demanda, a contestação do Estado, bem como para a apresentação de escritos e outros documentos pelas vítimas, familiares, representantes ou defensoria pública interamericana²². No âmbito do

21. A título informativo, o Caso José Pereira vs. Brasil é um exemplo de solução amistosa envolvendo o Estado brasileiro, ocorrida perante a Comissão Interamericana. Trata-se do primeiro acordo de solução amistosa no Sistema Interamericano concretizado pelo Brasil. De acordo com o relatório da Comissão nº 95/03, de 24 de outubro de 2003, a conciliação ocorreu após o relatório de mérito emitido pela Comissão.

22. A figura do defensor público interamericano surgiu em 2009, com a modificação do regulamento da Corte IDH, visando garantir a possível vítima a assistência de um advogado que faça valer seus

processo perante a Corte, é admitida a figura do *amicus curiae*, cuja definição é trazida no art. 2, item 3, do regulamento da Corte²³.

Encerrado o procedimento escrito, a Presidência determinará a abertura do procedimento oral, disciplinado nos artigos 45 a 55 do regulamento da Corte IDH, com a determinação de audiências necessárias para a coleta do depoimento das testemunhas, peritos (se houver) e das vítimas. Finalizados o procedimento escrito e oral, que cristalizam a instrução probatória, abre-se a terceira etapa, denominada de procedimento final escrito ou alegações finais, com a fixação de prazo pela Presidência para as partes e Comissão (art. 56 do regulamento da Corte).

Após finalizadas as etapas probatórias (procedimento escrito, oral e alegações finais), a Corte Interamericana emite sentença de mérito, podendo decidir pela existência ou inexistência de responsabilidade internacional do Estado pela violação de direitos humanos.

Constatada a violação a direitos humanos, a Corte determinará que se assegure ao prejudicado o gozo de seu direito ou liberdade violados, bem como que sejam reparadas as consequências da medida ou situação e determinado o pagamento de uma justa indenização à parte lesada (Art. 63, item 1, da Convenção).

A Convenção Americana confere à Corte o poder de decidir quais as formas de reparação mais adequadas para remediar uma violação aos direitos humanos, visando a reparação integral. Segundo a jurisprudência do Tribunal Interamericano, na fixação das medidas, são analisados alguns aspectos, tais como nexos causal com os fatos do caso e com as violações declaradas, os danos sofridos, medidas solicitadas para reparação dos danos²⁴.

Nesse contexto, adotando-se a terminologia prevista no documento preparado por Theo van Boven, Relator Especial da ONU, a pedido da Comissão de Direitos Humanos, que foi aprovado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 2005, intitulado “Princípios e Diretrizes Básicos sobre o Direito a Recurso e Reparação para Vítimas de Graves Violações do Direito Internacional dos Direitos Humanos e do Direito

interesses perante a Corte, evitando, por razões econômicas, impedir que as vítimas deixem de contar com representação legal. Além disso, com a referida modificação, a Comissão deixou de ter um papel duplice de representante das vítimas e órgão do sistema, ficando apenas com o exercício desta última função. Para formalizar a prestação do serviço da assistência jurídica gratuita para vítimas junto aos casos perante a Corte IDH foi celebrado um Acordo de Entendimento entre o Tribunal e a AIDEF em 25.09.2009.

23. Art. 2, item 3: A expressão “amicus curiae” significa a pessoa ou instituição alheia ao litígio e ao processo que apresenta à Corte fundamentos acerca dos fatos contidos no escrito de submissão do caso ou formula considerações jurídicas sobre a matéria do processo, por meio de um documento de de uma alegação em audiência.
24. CORTE IDH. Caso Ticona Estrada e outros vs. Bolívia. Sentença de 27 de novembro de 2008 (mérito, reparações e custas), parágrafo 110; Caso Amrhein e outros vs. Costa Rica. Sentença de 25 de abril de 2018 (exceções Preliminares, mérito, reparações e custas, parágrafo 468.

Internacional Humanitário”, as formas de reparação podem ser divididas em cinco espécies: restituição do direito, compensação econômica (indenização), reabilitação, medidas de satisfação e medidas de não repetição²⁵.

A restituição visa reestabelecer a exata situação existente antes da ocorrência da violação de direitos. Não sendo possível a restituição ao estado anterior ou se for insuficiente, adotar-se-ão outras formas de reparação, dentre as quais se insere a indenização, que visa compensar financeiramente o prejuízo suportado pela vítima (danos materiais e imateriais).

A reabilitação, por sua vez, consiste nas condenações relativas, por exemplo, aos tratamentos médicos e psicológicos, incluindo o fornecimento de medicamentos. Já a medida de satisfação é uma modalidade de reparação não-pecuniária que busca a revelação da verdade e da garantia de memória e justiça para às vítimas. Por fim, as medidas de não repetição são aquelas que visam modificar a situação estrutural que serve de contexto para as violações, nas quais se inserem, ilustrativamente: reformas legislativas, adoção de políticas públicas e capacitação de agentes estatais²⁶.

Frise-se que todas essas modalidades de reparação podem ser aplicadas cumulativamente, com o objetivo de garantir que a reparação pelo dano causado seja a mais completa possível²⁷. Embora a Corte ordene as medidas que devem ser cumpridas pelos Estados, cabe ao país condenado a escolha dos órgãos ou autoridades internas que tomarão as ações necessárias para tanto²⁸.

As sentenças de Corte Interamericana, cuja obrigatoriedade encontra expressa previsão no art. 68.1 da Convenção Americana²⁹, vinculam não apenas o Estado-parte envolvido na demanda internacional, mas também os demais Estados-membros, que, a partir do julgamento, devem seguir a orientação fixada³⁰. Nesse sentido, é pertinente recordar o efeito da “coisa julgada interpretada”, segundo o qual os órgãos internos devem efetivar a interpretação da Corte, sob pena de acarretar a responsabilidade internacional do Estado que representam³¹.

Acresça-se que a sentença da Corte é definitiva e inapelável, cabendo apenas, na hipótese de divergência de sentido ou alcance, pedido de interpretação, a pedido

25. ALEIXO, Letícia Soares Peixoto. *Implementação das sentenças interamericanas no Brasil: desafios e perspectivas*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2019, p. 10.

26. ALEIXO, Letícia Soares Peixoto, op. cit., p. 11.

27. Ibid., p. 14.

28. ANDRADE, Isabela Piacentini de. A execução das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Revista Brasileira de Direito Internacional*, Curitiba, v. 3, n.3, jan/jun. 2006, p. 152.

29. Art. 68.1. Os Estados Partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes.

30. KIBRIT, Orly. *Atuação contenciosa da corte interamericana de direitos humanos no contexto brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 140.

31. RAMOS, André de Carvalho. op. cit., p. 266.

de qualquer das partes, no prazo de 90 dias a contar da notificação da sentença, conforme art. 67 da Convenção Americana. Além disso, a Corte poderá, de ofício ou a pedido de uma das partes, apresentado dentro do mês seguinte à notificação do julgado, retificar erros notórios, de edição ou de cálculo, dando ciência à Comissão, vítimas ou representantes e Estado demandado (art. 76 de seu regulamento).

Convém registrar que, assim como a Comissão, a Corte pode deferir, inclusive de ofício, medidas de urgência, denominadas medidas provisórias, nos termos do art. 63.2 da Convenção e art. 27 do regulamento da Corte, nas hipóteses de extrema gravidade e urgência, para evitar danos irreparáveis às pessoas, nos assuntos que estiver conhecendo. Nos casos que não estejam submetidos ao seu conhecimento poderá atuar a pedido da Comissão.

A última etapa é a supervisão do cumprimento da sentença. Enquanto os sistemas europeu e africano contam com um órgão específico, de natureza política, distinto do órgão jurisdicional, para a supervisão do cumprimento de suas sentenças, no âmbito do sistema interamericano é a própria Corte que se encarrega de exercer essa função³².

No caso *Baena Ricardo e outros vs. Panamá*, o Estado questionou a competência da Corte Interamericana para realizar a supervisão do cumprimento de suas decisões. Porém, o Tribunal posicionou-se, de forma clara e precisa, afirmando sua competência para supervisionar suas decisões, registrando que sua jurisdição compreende a faculdade de administrar a justiça, englobando não apenas a declaração do direito, mas também a supervisão de cumprimento de seu julgado³³.

De acordo com o artigo 69 do atual regulamento da Corte, a etapa de supervisão inicia-se com a apresentação de relatórios estatais, relatando as medidas adotadas para cumprimento das determinações constantes na sentença condenatória. Nesta etapa, além da solicitação de dados de outras fontes de informações (art. 69, item 2, do regulamento), é possível a realização de audiências com o Estado, os representantes das vítimas e Comissão (art. 69, item 3, do regulamento), bem como a intervenção de *amicus curiae* (art. 44, item 4, do regulamento da Corte).

Edward Jesús Pérez, ao tratar da etapa de supervisão do cumprimento da sentença, destaca a presença de certa flexibilidade procedimental, que permite à Corte a adoção de diversas medidas dirigidas a obter informações das partes sobre o cumprimento das medidas de reparações ordenadas, resolver obstáculos à efetivação

32. SANTANA, Lorena Barrera. Supervisión de cumplimiento de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Anuário de derecho constitucional latinoamericano*, ano XXIV, Bogotá, 2018, p. 373.

33. CORTE IDH. Caso *Baena Ricardo e outros vs. Panamá*. Sentença de 28 de novembro de 2003 (competência), parágrafo 72.

da sentença e valorar o cumprimento ou inadimplemento das medidas de reparação por dada Estado³⁴.

Verifica-se que, por meio de resoluções, a Corte IDH analisa o cumprimento da sentença por parte do Estado, podendo adotar todas as medidas necessárias para a efetivação do comando judicial, declarando o cumprimento apenas quando, no seu entender, a decisão for integralmente atendida.

Uma das possíveis medidas que podem ser adotadas, de caráter mais extremo, em razão do descumprimento das obrigações constantes na sentença da Corte, é suspensão ou expulsão de um Estado da OEA. Porém, tal opção não traria mais eficácia ao sistema de proteção dos direitos humanos. Ao contrário, o enfraqueceria, contando com um Estado a menos para promover e tutelar os direitos humanos na região. Apesar da timidez da Corte Interamericana nos relatos de inadimplemento à Assembleia Geral da OEA, há insistência no acompanhamento de suas decisões, o que tem se revelado muito importante e produzido mudanças.

4. CASO CUSCUL PIVARAL E OUTROS VS. GUATEMALA

O caso Cuscul Pivaral e outros vs. Guatemala³⁵ trata da responsabilidade internacional do Estado pela violação de diversos direitos humanos previstos na Convenção Americana de Direitos Humanos, em prejuízo de 49 pessoas diagnosticadas com o vírus HIV (15 das quais falecerem) e seus familiares, em virtude da falta de atenção médica a referido grupo nos anos anteriores a 2006/2007, prestação deficiente de serviços de saúde posteriormente a esse período e falta de proteção judicial.

Em 26 de agosto de 2003, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos recebeu uma petição apresentada pelas seguintes entidades: Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL); Rede Nacional de Pessoas que vivem com HIV; Associação Gente Unidade e Prevenção da vida e Fundação Preventiva de HIV Fernando Iturbide e a Associação de Saúde Integral (ASI).

Após aprovação, em 07 de março de 2005, do Informe de Admissibilidade do caso, a Comissão aprovou, em 13 de abril de 2016, o Informe de Fundo (relatório preliminar), nos termos do art. 50 da Convenção Americana de Direitos Humanos, pelo qual concluiu que o Estado da Guatemala era responsável pela violação do direito à vida (art. 4.1), direito à integridade pessoal (art. 5.1) e proteção judicial (art. 25.1) , em relação a obrigação geral de respeito consagrada no art. 1.1, todos da Convenção Americana, em prejuízo das vítimas, emitindo algumas recomendações. Considerando

34. PÉREZ, Edward Jesús. La supervisión del cumplimiento de sentencias por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y algunos aportes para jurisdicciones nacionales. *Anuário de derecho constitucional latinoamericano*, ano XXIV, Bogotá, 2018, p. 343.

35. CORTE IDH. Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala. Sentença de 23 de agosto de 2018 (exceção preliminar, mérito, reparação e custas).

que o Estado não atendeu as recomendações expedidas, a Comissão, em 02 de dezembro de 2016, submeteu o caso à apreciação da Corte IDH.

No procedimento perante a Corte Interamericana, após manifestação das partes e contestação do Estado, a Corte Interamericana recebeu três petições de *amici curiae*, apresentadas por: a) alunos da Clínica do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos da Universidade Carlos III de Madrid; b) Clínica de Direitos Humanos da Escola de Direito e Medicina Dell da Universidade de Texas em Austin; c) Centro de Estudos de Direitos Humanos da Universidade Autônoma de Yucatán.

Além do recebimento de declarações prestadas perante autoridade local (*affidavit*), de quatro vítimas, de testemunhas propostas pelos representantes, de duas peritas indicadas pelos representantes e um perito indicado pela Comissão, o Presidente da Corte convocou uma audiência pública, realizada na sede do Tribunal, durante o 122º Período Ordinário de Sessões, na qual foram colhidos depoimentos das vítimas, de um perito indicado pelos representantes, bem como observações e alegações finais da Comissão, representantes e do Estado.

Encerrada a etapa oral e apresentadas alegações finais pelos representantes e Estado, a Corte Interamericana, em 23 de agosto de 2018, prolatou sentença, pela qual rejeitou a exceção de não esgotamento dos recursos internos e, no mérito, reconheceu a responsabilidade internacional do Estado da Guatemala pela violação ao direito a saúde (art. 26 em relação com art. 1.1); violação a proibição de discriminação em relação a obrigação de garantir o direito a saúde (art. 26 em relação com art. 1.1), em prejuízo de duas pessoas listadas no anexo (mulheres grávidas); violação ao princípio da progressividade (art. 26 e 1.1); violação ao direito a vida (art. 4 e 26 em relação com art. 1.1) em relação a 12 pessoas listadas no anexo; violação ao direito a integridade pessoal (art. 5, 26 em relação com art. 1.1), em prejuízo de 46 pessoas listadas como vítimas no anexo; violação aos direitos de garantias judiciais e proteção judicial (art. 8.1 e 25.1 em relação com art. 1.1), em prejuízo de 12 pessoas listadas como vítimas; violação da garantia do prazo razoável (art. 8 em relação com art. 1.1), em prejuízo de 13 pessoas listadas como vítimas; violação a integridade pessoal (art. 5.1) em prejuízo dos familiares das vítimas listados como familiares.

Quanto aos fundamentos adotados na decisão para a responsabilização internacional do Estado é relevante destacar alguns aspectos jurídicos (processuais e substantivos) abordados pela Corte, para melhor compreensão do caso.

Primeiro, a Corte, ao interpretar os termos do artigo 26 da Convenção Americana, à luz dos arts. 31 e 32 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados e do art. 29 da Convenção Americana, reconheceu a justiciabilidade direta dos direitos econômicos, sociais e culturais, corroborando o entendimento no sentido de que o art. 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos protege aqueles direitos que derivam das normas econômicas, sociais e de educação, ciência e cultura contidas na Carta da Organização dos Estados Americanos (tratado constitutivo da OEA), dentre

os quais se insere o direito à saúde, como já havia se manifestado no Caso Poblete Vilches e outros vs. Chile³⁶.

O segundo aspecto que merece destaque refere-se ao conteúdo do direito à saúde das pessoas com HIV. A Corte, utilizando-se das normas existentes em instrumentos relevantes do *corpus juris* internacional (Carta da OEA, art. 11 da Declaração Americana; art. 10 do Protocolo de San Salvador; art. 12 Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; Observação geral nº 14 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU) registrou que no conteúdo do direito à saúde deve ser incluído o acesso a bens de qualidade, serviços e informação para prevenção, tratamento, atenção e apoio, incluída terapia antirretroviral e outros medicamentos, exames diagnósticos e tecnologias seguras e eficazes para os cuidados preventivos, curativos e paliativos do HIV e das enfermidades oportunistas, assim como apoio social e psicológico, cuidados familiares e comunitários e acesso a tecnologias de prevenção (preservativos, injeções esterilizadas, etc.).

O terceiro aspecto trata do reconhecimento de uma forma de discriminação baseada em gênero. Isso porque, considerando que 25 das vítimas eram mulheres, das quais 5 estavam grávidas no momento de ser diagnosticada com HIV ou ficaram grávidas após o diagnóstico, a Corte afirmou que, em relação a duas delas, restou demonstrada a falta de tratamento de saúde adequado.

O quarto e último ponto a ser destacado é que a decisão proferida no presente caso foi a primeira sentença da Corte que reconheceu violação ao princípio da progressividade (não retrocesso), consagrado no art. 26 da Convenção Americana, em razão de medidas regressivas adotadas pelo Estado da Guatemala em detrimento da plena realização do direito a saúde das pessoas com HIV.

No mais, o Tribunal condenou o Estado ao cumprimento de medidas de satisfação, reabilitação, não repetição e indenizações, dentre as quais, considerando o objeto do presente estudo, destacam-se garantias de não repetição, tais como: implementar mecanismos de fiscalização e supervisão periódica dos serviços de saúde, com a instauração de um sistema de informação sobre o alcance da epidemia de HIV e que permita fazer um diagnóstico dos serviços prestados; desenhar um mecanismo para garantir a acessibilidade, disponibilidade e qualidade dos antirretrovirais, exames, e serviço de saúde para a população com HIV; implementar programa de capacitação para funcionários do sistema de saúde a respeito dos padrões internacionais e legislação nacional em matéria de tratamento integral das pessoas com HIV; garantir tratamento médico adequado às mulheres grávidas que vivem com HIV; realizar campanha nacional de conscientização e sensibilização, dirigida as pessoas que vivem

36. CORTE IDH. Caso Poblete Vilches e outros vs. Chile. Sentença de 8 de março de 2018 (mérito, reparações e custas). Trata-se do primeiro caso em que a Corte se pronunciou sobre o direito à saúde de maneira autônoma e não de forma indireta mediante a conexão com algum direito civil, como, por exemplo, o direito à vida.

com HIV, funcionários públicos e população em geral sobre os direitos das pessoas que vivem com HIV.

Em 23 de janeiro de 2019, os representantes apresentaram uma solicitação de interpretação da sentença, conforme art. 67 da Convenção. A Corte proferiu sentença de interpretação em 14 de maio de 2019, julgando improcedente a solicitação de interpretação. Até o momento, não houve emissão de resolução de acompanhamento da sentença³⁷.

5. PROCESSO ESTRUTURAL

Em virtude de grave desrespeito ou fruição ineficiente dos direitos humanos e fundamentais, a doutrina reconhece uma nova modalidade de processo, denominada “processo estrutural”, que tem como principal finalidade a transformação social, por meio da modificação do funcionamento das estruturas públicas, ou até mesmo privadas, que comprometem o efetivo gozo dos direitos mínimos do ser humano.

Nos próximos tópicos, considerando a finalidade do presente trabalho, a abordagem limitar-se-á a indicar como a doutrina especializada descreve a origem e conceitua o instituto, bem como quais características podem ser identificadas desse instrumento, que o diferenciam do processo tradicional.

5.1. Origem

A origem do processo estrutural é associada ao direito norte americano, mais especificamente, ao julgamento do caso *Brown vs. Board of Education of Topeka*, momento a partir do qual, segundo Owen Fiss, surgiu uma nova forma de adjudicação que levaria o nome de *structural reform*³⁸.

Em 1954, a Suprema Corte dos EUA se deparou com o caso *Brown*, no qual houve um amplo debate a respeito do sistema de segregação racial nas escolas americanas.

Como bem resumiram Marco Félix Jobim e Marcelo Hugo da Rocha, Linda Brown era uma criança negra, que precisava atravessar a pé toda a sua cidade (Topeka), situada no Estado de Kansas, para chegar à sua escola pública, mesmo existindo muitas unidades de ensino próximas à sua residência. Porém, estas escolas mais próximas, diante da segregação racial existente à época, não aceitavam crianças negras. Em virtude da constante negativa das autoridades escolares locais para a realocação da vaga, Brown ajuizou ação contra o Conselho de Educação Estadual (Board of Education

37. CORTE IDH. Casos em etapa de supervisão. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/casos_en_etapa_de_supervision.cfm. Acesso em: 19.12.2019.

38. FISS, Owen. As formas de justiça. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da. *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 120.

of Topeka) para exigir que a criança pudesse frequentar a escola em local mais perto de sua residência³⁹.

Na decisão proferida, foi reconhecido que a segregação racial nas escolas públicas era inconstitucional, por violar o princípio da igualdade consagrado na 14ª Emenda da Constituição americana. A Suprema Corte, por conseguinte, invalidou todas as leis estatais e locais que permitiam ou impunham a existência de escolas públicas separadas para crianças brancas e negras⁴⁰.

De acordo com as lições de Edilson Vitorelli, o processo estrutural, nasceu, na verdade, quando o *Chief Justice Warren*, responsável pela decisão, em seu voto, limitou-se a reconhecer a inconstitucionalidade da segregação, deixando de especificar como o problema seria efetivamente resolvido. Num segundo momento, conhecido como *Brown II*, a Suprema Corte devolveu os casos pendentes aos juízos de origem para adoção das medidas necessárias para cumprimento da decisão, com a concretização da frequência das partes às escolas públicas não segregadas, sem, contudo, fixar qualquer parâmetro. Diante de tal cenário, cada juízo começou a criar, por conta própria, os caminhos para implementação da decisão, voltando-se para o uso de ordens judiciais que estabeleciam obrigações de fazer ou não fazer, denominadas *injunctions*⁴¹.

5.2. Conceito

Segundo Owen Fiss,

A reforma estrutural é baseada na noção de que a qualidade de nossa vida social é afetada de forma significativa pela operação de organizações de grande porte e não somente por indivíduos, agindo dentro ou fora dessas organizações. É também baseada na crença de que os valores constitucionais norte-americanos não podem ser totalmente assegurados, sem que mudanças básicas sejam efetuadas nas estruturas dessas organizações. O processo judicial de caráter estrutural é aquele no qual um juiz, enfrentando uma burocracia estatal no que tange aos valores de âmbito constitucional, incumbe-se de reestruturar a organização para eliminar a ameaça imposta a tais valores pelos arranjos institucionais existentes. Essa *injunction* é o meio pelo qual essas diretivas de reconstrução são transmitidas⁴².

39. JOBIM, Marco Félix; ROCHA, Marcelo Hugo da. Medidas estruturantes: origem em *Brown v. Board of Education*. In: ARENHART, SÉRGIO CRUZ. JOBIM, Marco Félix (orgs). *Processos Estruturais*. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 663.

40. PUGA, Mariela. La litis estructural en el caso *Brown v. Board of Education*. In: ARENHART, SÉRGIO CRUZ. JOBIM, Marco Félix (orgs). *Processos Estruturais*. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 93.

41. VITORELLI, Edilson. Litígios estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. In: ARENHART, SÉRGIO CRUZ. JOBIM, Marco Félix (orgs). *Processos Estruturais*. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 275-276.

42. FISS, Owen. op. cit., p. 120.

Sérgio Cruz Arenhart, ensina que a discussão de questões relevantes e complexas, como a implementação de políticas públicas, exige uma maior amplitude do que a lógica bipolar dos processos utilizados no Brasil, como, por exemplo, a possibilidade de participação da sociedade para formação do convencimento do magistrado. Nesse caminho, afirma:

Impõe-se, por isso, pensar em um processo diferenciado, normalmente tratado sob o nome de processo estrutural. Nesses processos, objetiva-se decisões que almejam a alteração substancial, para o futuro, de determinada prática ou instituição. As questões típicas de litígios estruturais envolvem valores amplos da sociedade, no sentido não apenas de que há vários interesses concorrentes em jogo, mas também de que a esfera jurídica de vários terceiros pode ser afetada pela decisão judicial⁴³.

Edilson Vitorelli apresenta uma classificação centrada na complexidade e conflituosidade presentes nos litígios coletivos. Assim, enquadra os litígios coletivos em três categorias distintas: litígios globais, locais e irradiados. O litígio global alcança a sociedade como um todo, mas repercute muito pouco sobre os indivíduos que a compõe, sendo dotados de baixa conflituosidade; o litígio local, atinge pessoas determinadas, unidas por solidariedade social, emocional e territorial (comunidades indígenas, trabalhadores de determinada empresa, etc.), com conflituosidade moderada; litígio irradiado, em que a lesão é relevante para a sociedade envolvida, afetando de modo desigual e variável, em intensidade e natureza, diferentes subgrupos, sendo de alta complexidade e conflituosidade⁴⁴.

Partindo dessa novel classificação, o mencionado autor enquadra o processo coletivo estrutural na categoria dos litígios coletivos irradiados, apresentando a seguinte definição:

Em síntese, um processo estrutural é aquele que busca resolver, por intermédio da atuação da jurisdição, um litígio estrutural, pela reformulação de uma estrutura burocrática que é a causadora ou, de alguma forma, a responsável pela existência da violação que origina o litígio. Essa reestruturação se dará por intermédio da elaboração de um plano aprovado pelo juiz e sua posterior implementação, geralmente ao longo de um considerável período de tempo. Ela implicará a avaliação e reavaliação dos impactos diretos e indiretos do comportamento institucional, os recursos necessários e suas fontes, os efeitos colaterais da mudança promovida pelo processo sobre os demais atores sociais que interagem com a instituição, dentre outras providências⁴⁵.

43. ARENHART, Sérgio Cruz. Processo estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da. *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 480.

44. VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. *Revista de Processo*. vol. 284/2018. p. 335.

45. VITORELLI, Edilson. op cit. p. 341-342.

Importante destacar que, conforme ressalta Edilson Vitorelli, a existência de um litígio estrutural pode não acarretar a propositura de um processo estrutural, sendo possível que um litígio estrutural seja tratado por meio de um processo coletivo não estrutural, visando, por exemplo, apenas resolver as consequências e não as causas do problema. O equívoco nessa forma de solução não estrutural de um litígio estrutural estaria no fato de que ele não produz resultados sociais significativos, apresentando uma ilusão de solução, já que as causas do problema permanecem⁴⁶.

Como se vê, os processos estruturais são aqueles que buscam corrigir problemas estruturais, enfrentando os graves problemas sociais que não foram atendidos adequadamente pelos demais poderes estatais, envolvendo, seja pela natureza ou complexidade, a adoção de técnicas que demandam um releitura de questões como o princípio da separação dos poderes e limites da atuação do poder jurisdicional⁴⁷.

5.3. Características

A partir dos conceitos apresentados anteriormente, observa-se que os processos estruturais possuem (ou deveriam possuir) características próprias, que demandam um olhar diferenciado sobre as técnicas utilizadas na tutela processual.

Conforme ensina Arenhart, um processo apto a lidar com questões estruturais não pode se pautar pelo regime tradicional do processo civil brasileiro. Além da necessidade de revisão conceitual do contraditório, para que se permita ampla participação da sociedade por meio de institutos como audiência pública e *amicus curiae*, mister se faz realizar uma releitura de institutos como adstrição da decisão ao pedido, limitação do debate aos contornos da causa de pedir, a dimensão da prova, a amplitude do direito ao recurso e os limites da coisa julgada⁴⁸.

Nesse contexto, Edilson Vitorelli destaca as seguintes características do processo coletivo nos litígios irradiados, nos quais se insere o processo coletivo estrutural: a) a insuficiência dos modelos tradicionais; b) policentrismo, democracia deliberativa e modelo processual do tipo “town meeting”; c) a mutabilidade e o moto-perpétuo entre conhecimento e execução; d) a insuficiência da legislação projetada brasileira em relação aos litígios irradiados; e) participação da sociedade⁴⁹.

Diante de tal cenário, a título meramente exemplificativo, elencamos algumas características do processo estrutural.

46. *Ibid.*, p. 340-341.

47. Esse conceito não é, contudo, unânime. Ver, por exemplo, DIDIER, Fredie; ZANETI, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Notas sobre as decisões estruturantes. In: ARENHART, SÉRGIO CRUZ. JOBIN, Marco Félix (orgs). *Processos Estruturais*. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 342.

48. ARENHART, Sérgio Cruz. *op. cit.*, p. 481-482.

49. VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 579-603.

A primeira traduz a ideia de “subsidiariedade” do processo estrutural, pela qual devendo ser considerado como a última medida a ser adotada frente a outras mais simples existentes que possam efetivamente solucionar o problema pela raiz. Deve ser fomentado nos casos estritamente necessários, em que a atuação dos demais poderes se demonstrou inexistente ou insuficiente para garantir a promoção ou tutela dos direitos humanos ou fundamentais.

Por óbvio, que não se está defendendo necessariamente a resolução de problemas estruturais por mecanismos não estruturais. Defende-se apenas que a provocação jurisdicional, via processo estrutural, seja realizada como *ultima ratio*, tomando-se em conta a existência de outras possibilidades, como por exemplo, a atuação extrajudicial de instituições como o Ministério Público.

A segunda consiste na postura proativa e criativa dos juízes que deve estar presente nesta modalidade processual, a partir da releitura do princípio da separação dos poderes, concretizada pela adoção de todas as medidas necessárias, de forma fundamentada e responsável, para a promoção e tutela dos direitos humanos e fundamentais em jogo. A acentuada intervenção judicial na atividade dos sujeitos envolvidos no processo é a principal característica dos litígios complexos para efetivação de reformas estruturantes⁵⁰.

A respeito da postura diferenciada do magistrado no processo estrutural, oportunas as ponderações de Susana Henriques da Costa:

No desempenho dessa atividade político-jurídica, fica evidenciada a necessidade de incorporação de algumas novas características à função judicial. Não é possível julgar conflitos sobre alocação de recursos públicos ou mesmo sobre reforma estrutural do Estado da mesma forma que se julgam conflitos subjetivos privados. A função judicial politizada deve ser consequencialista, estratégica e mediadora⁵¹.

A terceira cuida da dinâmica multipolar e multifocal que deve revestir essa categoria processual. Esta peculiaridade traduz a necessidade de ampla participação da sociedade envolvida no problema, por meio de instrumentos como audiências públicas e *amicus curiae*, o que demanda levar em consideração as diversas visões e interesses em jogo na solução da lide. Aqui, busca-se ultrapassar a visão bipolarizada do processo tradicional.

50. DIDIER, Fredie; ZANETI, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Notas sobre as decisões estruturantes. In: ARENHART, SÉRGIO CRUZ. JOBIN, Marco Félix (orgs). *Processos Estruturais*. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 342.

51. COSTA, Susana Henriques da. A imediata judicialização dos direitos fundamentais sociais e o mínimo existencial: relação direito e processo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (Coords). *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 403.

Em suma, o ideal é que o processo estrutural seja conduzido por meio de um método dialógico, com ampla participação de todos os interessados e possíveis afetados, o que demanda, conseqüentemente, ampla publicidade⁵². Disso decorrem várias implicações, como participação de diversos atores, publicização do debate e transparência dos atos praticados, além da motivação e fundamentação das decisões⁵³.

A quarta característica seria a maior participação de especialistas (peritos), agregando experiência técnica, contribuindo no dimensionamento adequado do problema e possíveis soluções, à luz da interdisciplinaridade⁵⁴.

A quinta consiste na flexibilização da vinculação do comando condenatório ao pedido. Não se pode exigir uma vinculação rígida entre a postulação e a decisão, uma vez que, em virtude da complexidade do litígio, é possível existir grande dificuldade na identificação pelo autor das pretensões adequadas, o que pode ser melhor visualizado apenas no decorrer do processo e com a participação de todos os atores⁵⁵.

A sexta consiste na finalidade prospectiva, isto é, ao invés de focar no passado para resolver o presente, o processo estrutura buscar olhar o passado para solucionar preponderantemente as questões do futuro. Dessa forma, o provimento jurisdicional se volta para o futuro, inclusive porque a principal finalidade do processo estrutural é modificar uma prática danosa institucionalizada⁵⁶.

A última característica consiste nos provimentos continuados e diferidos no tempo, ou seja, a sentença não esgota, por si só, o ofício jurisdicional, apenas inaugurando uma nova etapa, pois a implementação do comando decisório demanda outras decisões no decorrer do tempo, justificando o constante acompanhamento e participação de todos os atores envolvidos⁵⁷.

Ao tratar das características existentes no caso *Brown v. Board of Education* que poderiam diferenciá-lo de outros processos, sobretudo outros processos coletivos, Francisco de Barros Silva e Neto destaca a necessidade de se deslocar parte do processo decisório para etapas posteriores, o que, segundo ele, foi denominado pela doutrina de decisões “em cascata”⁵⁸.

52. PORFIRO, Camila Almeida. Litígios estruturais: legitimidade democrática, procedimento e efetividade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 85.

53. FERRARO, Marcela Pereira. Litígios estruturais: algumas implicações da publicidade do processo. In: ARENHART, SÉRGIO CRUZ. JOBIN, Marco Félix (orgs). *Processos Estruturais*. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 584.

54. ARENHART, Sergio Cruz. op. cit., p. 481.

55. Ibid., p. 482.

56. NUNES, Leonardo Silva; COTA, Samuel Paiva; FARIA, Ana Maria Damasceno de Carvalho. Dos litígios aos processos estruturais: pressupostos e fundamentos. *RJLB*, ano 5 (2019), p. 1060-1061.

57. VIOLIN, João. Holt v. Sarver e a reforma do sistema prisional no Arkansas. In: ARENHART, SÉRGIO CRUZ. JOBIN, Marco Félix (orgs). *Processos Estruturais*. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 545.

58. NETO, Francisco de Barros e Silva. Breves considerações sobre os processos estruturais. In: ARENHART, SÉRGIO CRUZ. JOBIN, Marco Félix (orgs). *Processos Estruturais*. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 326.

Vistas algumas características do processo estrutural, no próximo tópico, ver-se-á se no caso estudado é possível identificá-las no processo interamericano.

6. O CASO CUSCUL PIVARAL E O PROCESSO ESTRUTURAL: A TEORIA NA PRÁTICA

Podemos iniciar o presente tópico com as seguintes indagações, que serão respondidas ao final: a) a decisão proferida no caso Cuscul Pivaral vs. Guatemala pode ser considerada uma decisão estrutural? b) da análise das regras do processo interamericano e do caso estudado é possível afirmar que o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos é receptivo ao processo estrutural?

Para responder a essas perguntas, vamos analisar se as características dos processos estruturais identificadas no tópico precedente podem ser encontradas no processo interamericano e na decisão proferida no caso analisado.

Em relação a subsidiariedade, se por um lado a implementação de políticas públicas e reformas estruturais pelo Judiciário deve ser vista como última medida a ser adotada, por outro, não é demais lembrar que essa é a principal característica dos Sistemas Internacionais de Proteção de Direitos Humanos, já que compete primariamente aos Estados a promoção e proteção dos direitos mínimos dos seres humanos. E, como desdobramento desse princípio, um dos pressupostos de admissibilidade do processo interamericano é justamente o esgotamento dos recursos internos, que foi observado no caso Cuscul Pivaral.

Quanto à postura proativa e criativa dos juízes, além da previsão normativa expressa da necessidade de reparação integral do dano e da possibilidade de fixação de diversas modalidades de reparações, entre as quais se insere as medidas de não repetição, que possuem características estruturais, observa-se, no caso estudado, o nítido caráter estrutural das medidas de não repetição a que foi condenado o Estado da Guatemala (criação de programas, capacitação de agentes, etc.).

No início da atuação contenciosa da Corte Interamericana, a expressão “indenização justa” foi interpretada como sinônimo de indenização compensatória pelos danos. No decorrer dos anos, a jurisprudência evoluiu, adotando-se uma postura mais ativa e interventiva, o que resultou em obrigações que fossem além do dever de indenizar, incluindo, por exemplo, determinações estruturantes, como a implementação de políticas públicas⁵⁹.

Ademais, a argumentação criativa utilizada em suas decisões, decorre do fato da Corte Interamericana adotar uma interpretação evolutiva dos direitos humanos, ao conceber a Convenção Americana como um instrumento vivo, que permite sua

59. LEGALE, Siddharta. *A Corte Interamericana de Direitos Humanos como Tribunal Constitucional Transnacional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris 2019, p. 81 e 158.

expansão e construção gradativa pelo diálogo com outros instrumentos internacionais e com as jurisdições nacionais⁶⁰.

Um ponto importante é: se, por um lado, para a adequada intervenção judicial nos processos estruturais é necessária a releitura do princípio da separação dos poderes, de tal forma a permitir uma atuação dos juízes em searas que não lhe são, primordialmente, afetas (políticas públicas e reformas estruturais), por outro lado, o Direito Internacional dos Direitos Humanos parte da premissa de uma revisitação do conceito de soberania, sem a qual, mantida a rigidez do conceito de soberania absoluta dos Estados Westfalianos, não seria admitida sequer a existência dos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, que demandam essa flexibilização, voluntária, do poder soberano.

A característica da dinâmica multipolar e multifocal também é encontrada no processo interamericano. Além do fomento a participação de todos os interessados por meio de apresentação de escritos ou participação em audiências, há previsão expressa de instrumentos de participação social, como o *amicus curiae* (art. 44 do regulamento da Corte), que, inclusive, foi utilizado no caso *Cuscul Pivaral*, no qual três diferentes entidades apresentaram manifestações para auxiliar na solução do conflito.

Some-se, ainda, que o artigo 58, item “c”, do regulamento da Corte, ao estabelecer uma postura proativa da Corte nas diligências probatórias, prevê a possibilidade de solicitação, de qualquer entidade, escritório, órgão ou autoridade de sua escolha, a apresentação de sua opinião, relatório ou parecer sobre um determinado aspecto, o que demonstra a abertura do processo interamericano à ampla participação social. Da mesma forma, a participação de especialistas, além de contar com previsão nas normas vigentes, é incentivada por meio da apresentação de pareceres por experts, o que foi utilizado no caso analisado.

A flexibilização da vinculação do comando condenatório ao pedido não poderia deixar de existir, sob pena de enfraquecer a tutela pretendida, notadamente em situações que ensejem reparações estruturais. Embora a Corte Interamericana solicite a manifestação dos petionários e da Comissão quanto as suas pretensões, essas postulações, juntamente com o conjunto fático e a gravidade e extensão do dano, servem como parâmetros para o Tribunal, o que é bastante razoável, sem que isso signifique uma vinculação rígida ao pedido, nem tampouco uma completa ausência de limites.

A título ilustrativo, no caso *Bulacio vs. Argentina* (2003), a Corte condenou o Estado em obrigação diversa daquelas postuladas pela Comissão e pelos petionários, ao condenar o Estado, por exemplo, ao pagamento de uma quantia de U\$ 21.000,00, por dano patrimonial familiar⁶¹.

60. *Ibid.*, p. 154 e 160.

61. CORTE IDH. Caso *Bulacio vs. Argentina*. Sentença de 18 de setembro de 2003 (mérito, reparações e custas).

A característica prospectiva encontra-se presente na própria natureza das reparações estruturais. No caso estudado destacam-se as medidas de não repetição fixadas pela Corte Interamericana, tais como, exemplificativamente: implementar mecanismos de fiscalização e supervisão periódica dos serviços de saúde, com a instauração de um sistema de informação sobre o alcance da epidemia de HIV e que permita fazer um diagnóstico dos serviços prestados; desenhar um mecanismo para garantir a acessibilidade, disponibilidade e qualidade dos antirretrovirais, exames, e serviço de saúde para a população com HIV; implementar programa de capacitação para funcionários do sistema de saúde a respeito dos padrões internacionais e legislação nacional em matéria de tratamento integral das pessoas com HIV; realizar campanha nacional de conscientização e sensibilização, dirigida as pessoas que vivem com HIV, funcionários públicos e população em geral sobre os direitos das pessoas que vivem com HIV.

Por fim, em virtude do caráter definitivo e inapelável das sentenças da Corte, segundo o estabelecido no artigo 67 da Convenção Americana, estas devem ser prontamente cumpridas pelo Estado de forma integral, o que não impede seu cumprimento no decorrer do tempo a depender das obrigações estabelecidas.

Como vimos em tópico anterior, a Corte avalia o cumprimento de seus julgados a partir de informações apresentadas pelo próprio Estado ou outras fontes de informação que entender pertinentes, adotando diversas medidas, que podem se prolongar no decorrer do tempo, por meio da expedição de resoluções, mecanismos participativos e mecanismos de inadimplemento persistente. Até o momento, de acordo com informações constantes no site da Corte⁶², o caso Cuscul Pivaral ainda não foi submetido à supervisão.

Ademais, como vimos no tópico 4.4, a Corte tem flexibilidade para, na etapa de supervisão, determinar todas as medidas necessárias para a efetiva execução da sentença prolatada, expedindo resoluções, seja para orientação ou esclarecimento do alcance da decisão, seja pela adoção de audiências, públicas ou privadas, com as partes envolvidas ou mesmo visitas *in loco*, com possível realização de acordo, para superação dos obstáculos fáticos ou jurídicos que possam emergir na execução do julgado.

Dessa forma, pode-se dizer que as diversas resoluções eventualmente expedidas na etapa de supervisão, notadamente aquelas que visam resolver e esclarecer o alcance das medidas de reparação ou solucionar impasses e obstáculos fáticos ou jurídicos na execução, equiparam-se às decisões “em cascata” do processo estrutural.

Diante de tal quadro, não há como deixar de responder afirmativamente as duas indagações feitas no início deste tópico. A decisão proferida no caso Cuscul Pivaral vs.

62. CORTE IDH. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/busqueda_supervision_cumplimiento.cfm?lang=es. Acesso em: 22 de maio de 2020.

Guatemala pode ser considerada estrutural, em virtude da fixação de medidas que buscam reestruturar a organização do Estado em relação à política pública de saúde para as pessoas diagnosticadas com HIV.

Embora a metodologia utilizada tenha sido o estudo de um único caso, a existência de um microsistema normativo receptivo a decisões estruturais, nos permite adotar a conclusão de que o Sistema Interamericano é bastante receptivo ao processo coletivo estrutural.

7. CONCLUSÃO

O processo estrutural é um dos instrumentos existentes no ordenamento jurídico nacional e, como vimos, conta com a receptividade do Sistema Interamericano, cuja finalidade é promover a tutela dos direitos humanos e fundamentais por meio da reforma estrutural de instituições públicas ou privadas, quando identificado que a organização e funcionamento das entidades é um entrave à efetiva usufruição de tais direitos.

A intenção foi demonstrar que os processos estruturais constituem um dos caminhos para a promoção e tutela dos direitos mínimos dos seres humanos.

Buscou-se também, diante de tais características apresentadas, mostrar que o processo estrutural não está restrito às ordens jurídicas nacionais, sendo uma realidade no âmbito do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos.

Observa-se, assim, que o diálogo entre Cortes nacionais e estrangeiras e a aproximação dos respectivos ordenamentos jurídicos mostra-se um importante caminho para a consolidação e aperfeiçoamento dessa modalidade de processo coletivo denominada de estrutural.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEIXO, Leticia Soares Peixoto. *Implementação das sentenças interamericanas no Brasil: desafios e perspectivas*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2019.
- ANDRADE, Isabela Piacentini de. A execução das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Revista Brasileira de Direito Internacional*, Curitiba, v. 3, n.3, p. 147-161, jan/jun., 2006.
- ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da. *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 475-492.
- BELTRAMELLI NETO, Silvio. *Direitos Humanos*. 5 ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2018.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *O esgotamento dos recursos internos no direito internacional*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

- COSTA, Susana Henriques da. A imediata judicialização dos direitos fundamentais sociais e o mínimo existencial: relação direito e processo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (Coords). *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 397-421.
- DIDIER, Fredie; ZANETI, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Notas sobre as decisões estruturantes. In: ARENHART, SÉRGIO CRUZ. JOBIN, Marco Félix (orgs). *Processos Estruturais*. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 342.
- FERRARO, Marcela Pereira. Litígios estruturais: algumas implicações da publicidade do processo. In: ARENHART, SÉRGIO CRUZ. JOBIN, Marco Félix (orgs). *Processos Estruturais*. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 579-600.
- FISS, Owen. As formas de justiça. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da. *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 119-173.
- JOBIM, Marco Félix; ROCHA, Marcelo Hugo da. Medidas estruturantes: origem em Brown v. Board of Education. In: ARENHART, SÉRGIO CRUZ. JOBIN, Marco Félix (orgs). *Processos Estruturais*. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 655-674.
- KIBRIT, Orly. *Atuação contenciosa da corte interamericana de direitos humanos no contexto brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.
- LEGALE, Siddharta. *A Corte Interamericana de Direitos humanos como Tribunal Constitucional Transnacional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Os sistemas regionais de proteção dos direitos humanos: uma análise comparativa dos sistemas interamericano, europeu e africano*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- _____. *Curso de direitos humanos*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.
- NETO, Francisco de Barros e Silva. Breves considerações sobre os processos estruturais. In: ARENHART, SÉRGIO CRUZ. JOBIN, Marco Félix (orgs). *Processos Estruturais*. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 326.
- NETO, Laercio Dias Franco; BASTOS, Dafne Fernandez de Bastos. O Processo e o Direito Coletivo no Sistema Interamericano de Direitos Humanos: uma análise com base na jurisprudência internacional. *Revista de Direito Internacional*. UniCEUB. V. 10, n. 2, 2013, International Protections of Human Person. P. 250-261.
- NUNES, Leonardo Silva; COTA, Samuel Paiva; FARIA, Ana Maria Damasceno de Carvalho. Dos litígios aos processos estruturais: pressupostos e fundamentos. *RJLB*, p. 1051-1076, ano 5 (2019).
- PÉREZ, Edward Jesús. La supervisión del cumplimiento de sentencias por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y algunos aportes para jurisdicciones nacionales. *Anuário de derecho constitucional latinoamericano*, ano XXIV, Bogotá, 2018, p. 337-362.
- PORFIRO, Camila Almeida. *Litígios estruturais: legitimidade democrática, procedimento e efetividade*. Rio de Janeiro: Luen Juris, 2018.

- PUGA, Mariela. La litis estructural en el caso Brown v. Board of Education. In: ARENHART, SÉRGIO CRUZ. JOBIN, Marco Félix (orgs). *Processos Estruturais*. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 91-145.
- RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos*. 6 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- SANTANA, Lorena Barrera. Supervisión de cumplimiento de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Anuário de derecho constitucional latinoamericano*, ano XXIV, Bogotá, 2018, p. 363-387.
- VIOLIN, João. Holt v. Sarver e a reforma do sistema prisional no Arkansas. In: ARENHART, SÉRGIO CRUZ. JOBIN, Marco Félix (orgs). *Processos Estruturais*. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 501-550.
- VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. *Revista de Processo*. vol. 284/2018. p. 333-369.
- _____. Litígios estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. In: ARENHART, SÉRGIO CRUZ. JOBIN, Marco Félix (orgs). *Processos Estruturais*. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 269-323.
- _____. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
- _____. *Processo Civil Estrutural: teoria e prática*. Salvador: Juspodivm, 2020.



Civil Procedure Review
AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

3

Da instrumentalidade à materialização do processo: as relações contemporâneas entre direito material e direito processual¹

From a purely instrumental function
to the substantivisation of civil procedure:
the contemporary links between substantive
law and procedural law

Antonio Cabral

Professor at the University of Rio de Janeiro State, Brazil

Resumo: A partir de dois fenômenos do direito contemporâneo (negociação sobre o processo e autotutela), o texto aborda o movimento de retorno do processo ao direito material, realinhando as relações entre ambos e redefinindo o papel das normas materiais e processuais nas regulações primária e secundária de conduta, dentro ou fora do Judiciário.

1. Artigo convidado, escrito originalmente para a coletânea de estudos em homenagem ao Professor Cândido Rangel Dinamarco, e é resultado das atividades do Grupo de Pesquisa “Transformações nas Estruturas Fundamentais do Processo”, vinculado à Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e membro fundador da ProcNet – Rede Internacional de Pesquisa sobre Justiça Civil e Processo contemporâneo” (<http://laprocon.ufes.br/rede-de-pesquisa-0>).

Palavras-chave: Relações entre direito e processo. Direito Processual. Direito material. Materialização do processo.

Abstract: Departing from two contemporary legal phenomena (litigation agreements and self-help mechanisms), the article approaches the return of procedural law to substantive law, which is named “substantivisation of procedural law”, a path that realigns the relations between substantive legal norms and procedural legal norms, redefining their role in regulating behavior primarily and secondarily, whether through judicial proceedings or outside the Judiciary.

Keywords: Substantive law. Procedural Law. Substantivisation.

Sumário: 1. Introdução; 2. A relação instrumental entre direito e processo em Cândido Dinamarco; 3. As relações entre direito e processo. Esboço do percurso histórico desde a emancipação do direito processual até o instrumentalismo do final do séc.XX; 3.1. Primeira fratura: da autonomia do direito processual ao afastamento exacerbado do direito material; 3.1.1. Categorias diversas e independentes do direito substancial; 3.1.2. Requisitos e pressupostos próprios do direito processual; 3.1.3. Purismo conceitual como bandeira da emancipação. A insistência em negar que o direito processual fosse “adjetivo” ou “acessório”. O vocabulário próprio como forma de aceitação do processualista; 3.1.4. Autonomia com objetivos convergentes por nexo de finalidade: a dependência que persistia. A identificação de escopos do processo autônomos como último degrau de afastamento; 3.2. Segunda fratura: a relação necessária entre jurisdição e processo; 3.3. Terceira fratura: secundariedade das normas processuais e a exclusividade das normas materiais na regulação de conduta fora do Judiciário; 3.4. Conclusão parcial; 4. Fenômenos que parecem indicar a inflexão de algumas das premissas da instrumentalidade do processo ; 4.1. Convenções das partes sobre o processo e o procedimento. As interações pré-judiciais e os negócios jurídicos prévios como rearranjo das relações entre direito e processo. Normas processuais como regulação primária de conduta.; 4.2. O futuro da autotutela e a autoexecutoriedade dos contratos: caminhamos rumo à autossatisfação dos direitos e a uma progressiva desnecessidade da atividade jurisdicional executiva?; 5. Perspectivas para o futuro: rumo a uma materialização do processo e relações de convergência coaxial entre direito e processo; 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Lembro da primeira vez que vi Cândido Rangel Dinamarco, compondo a banca de uma defesa de tese de doutorado na minha faculdade. Foi um verdadeiro acontecimento para mim, um jovem estudante da graduação em direito. Àquela época, o professor já era uma das grandes referências na minha formação. Ao final das arguições, fui pedir-lhe o autógrafa no exemplar que eu ganhei de minha mãe do *Fundamentos do processo civil moderno*. Até hoje fico olhando com carinho para a dedicatória, a primeira que tive o prazer de vê-lo assinar em um dos muitos livros de sua autoria que tinha adquirido.

Alguns anos antes daquela defesa de tese, mais precisamente em 1987, Cândido Rangel Dinamarco escrevera uma obra-prima, um texto que marcou gerações e gerações de juristas. Trata-se da *Instrumentalidade do processo*, sua tese de titularidade na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco da Universidade de São Paulo. Já disse de público que foi a primeira monografia de direito processual que li, ainda nos bancos escolares; e que provavelmente sem o *Instrumentalidade* não tivesse eu me encantado pela área, e jamais estaria aqui rendendo a este gigante do direito brasileiro essa justa homenagem.

Dentre muitas sementes – o livro contém um feixe de teses – queria retomar algumas das ideias expostas por Dinamarco nesse estudo lapidar, e confrontá-las com os rumos que o direito processual parece trilhar nos últimos anos.

Procurarei demonstrar que o direito brasileiro atual está seguindo um caminho do que pode ser chamado de “materialização do processo”, um retorno do direito processual ao direito material, que acaba por desfazer parcialmente algumas conclusões da *Instrumentalidade do processo*. Não obstante, o fenômeno de que vou tratar não significa um retorno ao sincretismo romano (em que direito processual era um apêndice do direito material), mas reaproxima direito e processo em outras dimensões, abrindo novas perspectivas de estudo e aplicação das normas processuais.

2. A RELAÇÃO INSTRUMENTAL ENTRE DIREITO E PROCESSO EM CÂNDIDO DINAMARCO

Em seu estudo sobre a instrumentalidade do processo, Cândido Dinamarco partiu da concepção da jurisdição como fenômeno sóciopolítico, e defendeu a ideia de que a função jurisdicional possui finalidades públicas maiores e que precedem a “mera tutela dos direitos” na hierarquia de importância desses objetivos: escopos sociais e políticos.²

2. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. São Paulo: Malheiros, 9ª ed., 2001, p.149-152.

Dentre os *escopos sociais*, encontram-se a pacificação dos conflitos,³ a educação da sociedade,⁴ e também a promoção da igualdade.⁵ Dentre os *objetivos políticos* da jurisdição, elencava a afirmação do poder estatal,⁶ a proteção da liberdade individual (limitando e contendo o exercício do poder político),⁷ e o fomento à participação dos cidadãos na vida política do país.⁸

Abaixo destes objetivos sociais e políticos, numa escala de prioridade que o colocaria em terceiro plano, viria o chamado *escopo jurídico*, a tutela do direito objetivo, restaurando lesões ou ameaças de violações aos direitos garantidos pela ordem jurídica.

A tese teve enorme importância histórica. De um lado, contribuiu para o fortalecimento institucional do Judiciário no contexto de redemocratização do Brasil pós-ditadura militar.⁹ E foi também um pensamento relevante para ressaltar as relações entre processo e direito material numa visão até então absolutamente nova no Brasil, posicionando a jurisdição no quadro do exercício do poder do Estado.¹⁰

O processo, como procedimento estatal de formação de decisões, deveria também preocupar-se com questões como legitimação política e participação dos cidadãos, e portanto teria funções e finalidades que transcenderiam aquelas do direito material, não podendo ser totalmente neutro em relação ao conteúdo deste.¹¹ O direito processual deveria ter, nessa linha, um “comprometimento axiológico”.¹²

3. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: RT, 8ª Ed., 1991, p.27-28.
4. Destaca Dinamarco que a educação da sociedade é um objetivo do processo, desejoso de “chamar a própria população a trazer as suas insatisfações a serem remediadas em juízo”, ou seja, conscientizá-la de seus direitos. DINAMARCO, Cândido Rangel, *A Instrumentalidade do Processo*, *Op.cit.*, p.163.
5. Também Barbosa Moreira fala do objetivo processual de promover a igualdade processual entre indivíduos mais e menos dotados de força política e de recursos culturais e econômicos. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Por um processo socialmente efetivo. *Revista de Processo*, ano 27, vol.105, jan-mar, 2002, p.181-184.
6. O poder do Estado deveria ser afirmado e superposto sobre as demais formas de poder na sociedade, já que o poder estatal pode atuar suas decisões de maneira coercitiva. Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. *Op. cit.*, p.88 ss. Na página 98, afirma que: “franquear a coerção e permitir decisões incensuráveis valeria por renunciar à soberania. O exercício da jurisdição, e sua promessa solene têm, portanto, esse expressivo significado político de enérgica afirmação da soberania”.
7. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. *Op. cit.*, p.170.
8. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. *Op. cit.*, p.173.
9. Não se pode esquecer que, no período mais imediato após a redemocratização, havia uma esperança no “novo” Judiciário. Era um período também de maior assistencialismo, com crença disseminada na “constituição dirigente”.
10. DINAMARCO, Cândido Rangel, *A Instrumentalidade do Processo*, *Op.cit.*, p.77 ss, 179.
11. Dinamarco lembra os regimes autoritários, cujos sistemas processuais não continham mecanismos que permitissem corrigir a justeza das previsões normativas do direito material. DINAMARCO, Cândido Rangel, *A Instrumentalidade do Processo*, *Op.cit.*, p.181.
12. DINAMARCO, Cândido Rangel, *A Instrumentalidade do Processo*, *Op.cit.*, p.36.

Recordemos ainda que a tese de Dinamarco focava a proteção aos direitos por meio da jurisdição e dos instrumentos estatais, ampliando os poderes do juiz e reduzindo as perspectivas de as partes poderem desenvolver sua autonomia como protagonistas da solução do conflito e da condução do procedimento.

Por essas e outras razões, o instrumentalismo de Cândido Dinamarco sofreu duras críticas, em tom por vezes excessivamente ríspido e com uma certa dose de enviesamento.¹³

Muitos autores propuseram paradigmas alternativos, como o formalismo-valorativo,¹⁴ o garantismo¹⁵ e o neogantismo,¹⁶ o neoinstitucionalismo,¹⁷ o

13. ABOUD, Georges; OLIVEIRA, Rafael Tomas de. O dito e o não-dito sobre a instrumentalidade do processo: críticas e projeções a partir de uma exploração hermenêutica da teoria processual. Revista de Processo, vol. 166, 2008. Veja-se a defesa empreendida por José Roberto Bedaque em BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Instrumentalismo e garantismo: visões opostas do fenômeno processual? in BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CINTRA, Lia Carolina Batista; EID, Elie Pierre (coord.). Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p.1-39.
14. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. São Paulo: Saraiva, 3a Ed., 2010; ZANETI JR., Hermes. *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. Confira-se a crítica, tanto ao instrumentalismo de Dinamarco, como ao formalismo-valorativo de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira em ROLO, Rafael Felgueiras. O processo coletivo e o papel da coletividade ausente: a afirmação de um contraditório transcendente. Universidade do Estado do Rio de Janeiro: Dissertação de Mestrado, 2015, capítulo 1.
15. GRECO, Leonardo. Garantias Fundamentais do Processo: o “processo justo”. in Estudos de Direito Processual, ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, p.225-286.
16. Em especial aquelas da mais recente formulação de estudiosos filiados à ABDPro, em textos esparsos na internet, dos quais destaco: COSTA, Eduardo José da Fonseca. O processo como instituição de garantia, disponível em <https://www.conjur.com.br/2016-nov-16/eduardo-jose-costa-processo-instituicao-garantia>, acessado em 28/09/2020; COSTA, Eduardo José da Fonseca. Processo: garantia de liberdade (“freedom”) e garantia de liberdade (“liberty”), disponível em <https://emporiiododireito.com.br/leitura/processo-garantia-de-liberdade-freedom-e-garantia-de-liberdade-liberty>, acessado em 28/09/2020. Note-se que, ao posicionar o processo como instituição de garantia “contrajurisdicional”, pressupõem que o fenômeno processual é dependente da jurisdição estatal, quando há atos processuais e aplicação de normas processuais fora da jurisdição. No mais, o neogantismo não enfrenta o problema da relação entre direito material e direito processual. Se o processo é “instituição de garantia”, “contrapoder”, se se volta contra o Estado e é neutro em relação aos direitos, e se dos direitos “se ocupa apenas a jurisdição”, parece que essa vertente do garantismo tem um vício de berço, que é relacionar necessariamente processo e jurisdição. Aliás, é até certo ponto curioso que não se desenvolva esse aspecto em teses que partem de uma visão de Estado mínimo e pregam o empoderamento das partes, expressamente aceitando negócios jurídicos processuais.
17. Defendido sobretudo por Rosemiro Pereira Leal. LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*. São Paulo: Landy, 2002; LEAL, Rosemiro Pereira. A Teoria Neoinstitucionalista do Processo: uma trajetória conjectural. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013; LEAL, André Cordeiro. Instrumentalidade do processo em crise. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008; COSTA, Alexandre Araújo; COSTA, Henrique Araújo. Instrumentalismo x Neoinstitucionalismo: uma avaliação das

“processualismo constitucional democrático”,¹⁸ o “modelo constitucional de processo”,¹⁹ o neoprocessualismo.²⁰

Não nos cabe aqui entrar nesse embate nem expor todas as nuances dessas propostas. Nossa proposta é mais modesta.

Para nossos objetivos, é relevante lembrar que a *Instrumentalidade do processo* era fruto do espírito de seu tempo, e foi resultado de uma evolução histórica que se forjou pouco a pouco a partir da emancipação do direito processual em relação ao direito material.

Sem embargo, na busca por autonomia do direito processual em relação ao direito material, foram sendo lançadas as bases teóricas que levariam à independência do processo e a estruturação de institutos e teses que o apartariam do direito substancial. E, como nosso foco de análise aqui são as relações entre direito e processo, entendemos relevante, ainda que brevemente, recordar esse percurso histórico, destacando aspectos que serão importantes para uma mirada para o futuro.

3. AS RELAÇÕES ENTRE DIREITO E PROCESSO. ESBOÇO DO PERCURSO HISTÓRICO DESDE A EMANCIPAÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL ATÉ O INSTRUMENTALISMO DO FINAL DO SÉC.XX

Uma das grandes questões, sempre polêmicas, do estudo do direito processual, é sua relação com o direito material.²¹ O processo realiza escopos próprios ou estaria sempre pautado pelo direito substancial?

críticas neoinstitucionalistas à teoria da instrumentalidade do processo, mimeografado, disponível em www.academia.edu.

18. Forte na escola mineira NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*. Curitiba: Juruá, 2008; NUNES, Dierle. Processualismo Constitucional Democrático e padronização decisória. *Revista de Processo*, ano 36, vol.199, set., 2011; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco. Por um novo paradigma processual. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, vol.26, jan-jun, 2008, p.79-98; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco. Processo, jurisdição e processualismo constitucional democrático. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, n. 101, jul.-dez. 2010, p.61-96; BRÊTAS, Ronaldo. *Processo constitucional e Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
19. ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. *Il modello costituzionale del processo civile italiano*. Torino: G.Giappichelli, 1990; BUENO, Cassio Scarpinella. O “modelo constitucional do direito processual civil”: um paradigma necessário de estudo do direito processual civil e algumas de suas implicações. *Revista de Processo*, vol. 161, 2008, p. 261-270.
20. CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*. in *Processo e Constituição: Estudos em Homenagem ao Prof. José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006, p.662-683. Confira-se análise crítica dessa nomenclatura em DIDIER JR., Fredie. Teoria do processo e teoria do direito: o neoprocessualismo. in DIDIER JR., Fredie (Org.). *Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial – vol.2*. Salvador: Juspodivm, 2010.
21. São inúmeros os estudos sobre as relações entre direito e processo no direito estrangeiro. Confirmam-se, por todos, sem pretensão de exaurir as referências, HENCKEL, Wolfram. *Prozessrecht und materielles*

De um lado, há aqueles que afirmam que o processo é iluminado por elementos do direito material no que se refere aos seus objetivos, valores econômicos, éticos, e seria dependente também do desenho das estruturas do Estado, porque deve implementar a justiça em todas essas dimensões.²²

Outros autores defendem que o direito processual é um ramo estritamente técnico, alheio e neutro aos valores materiais do ordenamento.²³

As relações entre direito e processo sempre foram tortuosas por conta do nascimento tardio do processo a partir do direito substancial. E nesse caminho para a autonomia científica do direito processual, observamos algo que podemos retratar como “fraturas históricas”, que foram paulatinamente afastando os dois campos. Vejamos essas fissuras e a repercussão que tiveram nas relações entre direito e processo.

3.1. Primeira fratura: da autonomia do direito processual ao afastamento exacerbado do direito material

A primeira fratura foi decorrente da alforria dogmática que o direito processual conquistou em relação ao direito material. Até então, direito e processo eram integrados, e o direito processual era visto como um apêndice, um aspecto do direito material.²⁴

Recht. Göttingen: Otto Schwartz, 1970, p.30 ss ; CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*. Napoli: Morano, 1958; CARNELUTTI, Francesco. *Profilo dei rapporti tra diritto e processo*. *Rivista di Diritto Processuale*, ano XXXV, n.4, 1960; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. São Paulo: Malheiros, 6a Ed., 2011, p.24 ss; FAZZALARI, Elio. *Note in tema di diritto e processo*. Milano: Giuffré, 1957.

22. LENT, Friedrich. *Zivilprozessrecht*. München: Beck, 1947, p. V ss „Das Verfahrensrecht ist in wesentlichen Teilen eng verknüpft mit Überzeugungen, die ihre Grundlage in außerrechtlichen Bezirken haben, in Staatsauffassung, Wirtschaft, Ethik. Vergessen wir nie, dass auch das Zivilprozessrecht ein Stück des großen Ringens um Gerechtigkeit verkörpert, dessen Bedeutung uns erst wieder so recht klar geworden ist, seit wir erleben mussten, wie Recht und Gerechtigkeit vernichtet wurden“. No Brasil, falando sobre essa orientação do processo aos valores substanciais do ordenamento, BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Sobre a multiplicidade de perspectivas no estudo do processo. *in Temas de Direito Processual - 4a série*. São Paulo: Saraiva, 1989, p.11 ss.
23. STEIN, Friedrich. *Grundriß des Zivilprozeßrechts und des Konkursrechts*. Tübingen: Mohr, 1921, p.III: „Der Prozeß ist für mich das technische Recht in seiner allerschärfsten Ausprägung, von wechselnden Zweckmäßigkeiten beherrscht, der Ewigkeitswerte bar“. No Brasil, Aroldo Plínio Gonçalves destacou essa neutralidade do processo em relação ao resultado, destacando o que denominou de “instrumentalidade técnica”. GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Belo Horizonte: Aide, 1992, p.165, 168-169, 171-179.
24. Degenkolb, citando Wetzell, afirmava que “A teoria do processo civil vive (...) essencialmente de crédito. O conceito de ação lhe é oferecido em empréstimo pelo direito civil; o de jurisdição, foi recepcionado pela tradição do direito público. Somente na sua aplicação prática pertence a jurisdição ao direito processual. Em tais circunstâncias, decerto não foi uma empreitada inútil a de Bülow (ligada à de alguns de seus antecessores), ao reivindicar para o processo civil a sua substância”.

De fato, direito material e direito processual são diferentes e deveriam ser tratados de modo distinto. Porém, voltando-se contra tal integração indevida, ao buscar tornar o direito processual um campo separado do direito material, os primeiros autores que pregaram a autonomia do direito processual buscaram construir categorias independentes, estruturando a teoria da ação e do processo de forma a que os institutos do direito processual fossem depurados das características que até então estavam “impregnadas” de direito material.

3.1.1. *Categorias diversas e independentes do direito substancial*

Nessa linha, foi conhecida a evolução história da problemática em torno da ação, que consistia sobretudo em posicionar a ação frente ao direito subjetivo material. Haveria prioridade da ação em relação ao direito, e se não houvesse, qual seria a relação da ação com o direito material?

No direito romano, durante muito tempo o que se viu era um sistema de *actiones*, não de direitos subjetivos. Como o que se invocava em juízo era a *actio*, afirmar ter ação contra alguém era equivalente a dizer que se era titular de um “direito material perseguível em juízo”. Havia um sincretismo entre ação e direito. A *actio* era ao mesmo tempo o que hoje compreendemos como direito subjetivo e o direito à sua tutela jurisdicional.²⁵ Os materialistas pensavam que a ação fosse um componente do próprio direito material uma vez violado. Era o direito “em atitude defensiva”, o direito “armado para guerra”, cuja armadura era justamente a ação a provocar a jurisdição.²⁶ A ação era, portanto, uma qualidade considerada “imaneente” ao direito material, por isso essa corrente de pensamento foi denominada de “imaneentista”.²⁷

Com a autonomia do direito de ação em relação ao direito material, passou-se a afastar a ação do direito. Mais uma vez percebemos o mote das teorias que se desenvolveram no período de emancipação do direito processual, que se esforçaram em separá-lo e afastá-lo do direito material. Assim ocorreu com o direito de ação.

DEGENKOLB, Heinrich. *Einlassungszwang und Urteilsnorm: Beiträge zur materiellen Theorie der Klagen insbesondere der Anerkennungsklagen*. Leipzig: Breitkopf und Härtel, 1877, p.2. No original: “Die Civilprocesstheorie lebt nach Wetzell’s Schilderungen wesentlich vom Credit. Den Begriff der Klage soll sie ihm zufolge vom Civilrecht entlehnen, den der Gerichtsbarkeit vom Staatsrecht überliefert erhalten. Nur von Seite ihrer praktischen Anwendung gehört die Gerichtsbarkeit dem Processrecht an. Unter solchen Umständen war es gewiss kein überflüssiges Unternehmen Bülow’s unter Anknüpfung an einzelne Vorgänger dem Processrecht seine Substanz zu vindiciren”. A passagem é citada por Liebman parcialmente na 4a edição de seu manual.

25. DINAMARCO, Cândido Rangel. Os institutos fundamentais do direito processual. *in Fundamentos do processo civil moderno*. São Paulo: RT, 2a ed., 1987, p.48-49.
26. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, vol.V, 6a ed., 1947, p.335-336.
27. Confira-se a lógica civilista na análise de: von SAVIGNY, Friedrich Carl. *System des heutigen Römischen Rechts*. Berlin: Veit & Comp., vol. V, 1841, p.5-11 e vol.VI, 1847, p.1-8.

Mas a doutrina da época não se deu por satisfeita com a autonomia da ação. A teoria da ação, a partir da concepção de “ação abstrata”, exacerbou ainda mais a distância entre ação e direito substancial.²⁸ O direito de ação deveria ser não só independente do direito material, mas também abstraía a existência efetiva deste: também exerceriam direito de ação aqueles que não tinham direitos materiais reconhecidos no processo, como no caso de julgamento de improcedência e nas decisões de procedência em ações declaratórias negativas.

Não esqueçamos tampouco a evolução história da teorização sobre o processo e sua natureza jurídica. Após a tese de Bülow, que fundou o publicismo processual, passou-se a conceber o processo como uma relação pública, autônoma e diferente da relação de direito material debatida no processo. A relação jurídica disputada entre as partes pode ser privada (de direito civil, comercial etc.), e portanto não equivaleria à relação jurídica processual, que era pública por envolver o Estado-juiz. Assim, jamais se poderia imaginar que o processo equivalesse ao direito material.

Essas foram as bases do processualismo primevo, na primeira fase de seu desenvolvimento histórico.²⁹

3.1.2. Requisitos e pressupostos próprios do direito processual

O próximo passo na odisséia por autonomia levou os processualistas a construir categorias próprias para os pressupostos de existência e requisitos de validade dos atos processuais que fossem também diferentes daqueles do direito material.³⁰

A partir da processualística alemã, desenvolveram-se os chamados *pressupostos processuais*, requisitos para o controle da existência, validade e eficácia dos atos processuais que se pretendiam diferentes dos pressupostos de incidência das normas materiais (que diriam respeito ao mérito).³¹

Aliás, esse debate levou às incontáveis linhas para definição do que seria o objeto do processo, tema até hoje muito caro à doutrina germânica, e que tinha como pano de fundo a necessidade de diferenciar elementos como a pretensão de direito material (*Anspruch*) de outros conteúdos de cariz exclusivamente processual, como o pedido (*Antrag*), a demanda, a pretensão processual etc.

28. Para isso, no Brasil, contribuiu a pouca adesão da doutrina à tese da “ação de direito material”, propagada por Pontes de Miranda e Ovídio Baptista da Silva. Zaneti Jr. percebeu o potencial da discussão na análise das relações entre direito e processo: ZANETI JR., Hermes. *Processo constitucional*, *Op.cit.*, p.213 ss.

29. DINAMARCO, Cândido Rangel, *A Instrumentalidade do Processo*, *Op.cit.*, p.44 ss.

30. FAZZALARI, Elio. L’esperienza del processo nella cultura contemporanea. *Rivista di Diritto Processuale*, ano XX, jan-mar., 1965, p.26-27.

31. Por todos, RIMMELSPACHER, Bruno. *Zur Prüfung vom Amts wegen im Zivilprozess*. Göttingen, 1966.

Lembremos ainda as teses acerca das “condições da ação”, fruto da processualística italiana. Após a ação tornar-se autônoma em relação ao direito material, reconhecendo-se tratar-se de situações jurídicas diferentes, fazia-se necessário compreender a relação entre eles. Foi vitoriosa a teoria abstrata da ação, que enxergava a existência da ação desconectada da existência do direito.

Mas a abstração do direito de ação fez o conceito desprender-se demais do direito material,³² ao ponto de praticamente equivaler ao direito de petição: um direito de obter uma resposta qualquer do Estado. Sem reconhecer o erro, a doutrina italiana organizou categorias que supostamente seriam filtros relacionados ao direito material, mas que teriam natureza processual. Eram as “condições da ação”, que seriam analisadas “à luz das alegações” (a “teoria” da asserção). Desse modo, evitar-se-ia misturar tais filtros com o direito material, mantendo a pureza do processo.

Nesse contexto, as condições da ação serviram para argumentativamente afirmar que o direito de ação não estaria premido ou condicionado pelo direito material.³³

Foram muitos os problemas dogmáticos que se derivaram dessa postura. A ação abstrata seria equivalente ao direito de petição? O que são as condições da ação senão filtros com base no direito material? Ora, se assim é, estaria a ação misturada com pressupostos materiais, essa formulação representaria uma volta ao sincretismo, ao imanentismo? Por isso que a literatura alemã recusa-se a adotar a categoria das condições da ação, e no Brasil autores como Didier Jr. e Nery Jr. já atentaram para a diferença: legitimidade ordinária é mérito³⁴ e legitimidade extraordinária seria pressuposto processual.³⁵

Além disso, lembremos da artificialidade da “teoria da asserção”, que mostra muitas vezes que do jeito que foram formuladas, as condições da ação não filtram nada e permitem que a própria parte, por meio de suas alegações, atribua a ela mesma legitimidade e interesse.³⁶

32. Confira-se a crítica de ZANETI JR., Hermes. *Processo constitucional, Op.cit.*, p.206-207.

33. Como notou MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 2006, p.239-244.

34. DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: Juspodivm, vol.1, 22a ed., 2020, p.455 ss.

35. Nery Jr. adotava a classificação alemã de enxergar a legitimidade extraordinária como “legitimidade autônoma para condução do processo”. Cf. NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: RT, 3ª ed., 1997, p.1395.

36. Greco critica a asserção falando de uma “autolegitimação”. GRECO, Leonardo. *A teoria da ação no processo civil*. São Paulo: Dialética, 2003, p.21-28.

3.1.3. Purismo conceitual como bandeira da emancipação. A insistência em negar que o direito processual fosse “adjetivo” ou “acessório”. O vocabulário próprio como forma de aceitação do processualista

Nesse caminho de libertação do direito material, passou-se a criticar de atécnico o vocabulário do jurista, quando se referisse a uma ação como sendo “ação possessória” ou “ação de consignação em pagamento”, associada à estrutura da tipicidade das ações no direito romano.³⁷ Erudito seria falar “demanda continente de pretensão possessória”, afinal de contas a ação não poderia ser nominada a partir do direito material postulado.

O purismo terminológico era acompanhado de uma necessidade de higienização do terreno. Afirmava-se, p. ex., que muitos institutos supostamente processuais, como a prova e a nulidade, jamais poderiam ser examinados como pertencendo ao direito privado.

Porém, dada a acessoriedade do processo em relação ao direito material, ainda se viam movimentos de degradação ou depreciação do direito processual, visto como uma mera verbalização de procedimentos. E talvez, de alguma forma, essa acessoriedade fosse vista como uma dependência que ainda minava sua autonomia científica.³⁸

Até hoje, autores de várias gerações fazem questão de enfatizar que o direito processual não deve ser qualificado de “adjetivo”,³⁹ porque se pensava que tal denominação diminuía seu *status*, fazia ser visto como algo sem importância. E alguns preferem referir-se a ele como “direito formal”, por oposição a “direito material”.⁴⁰

3.1.4. Autonomia com objetivos convergentes por nexo de finalidade: a dependência que persistia. A identificação de escopos do processo autônomos como último degrau de afastamento

Apesar dessas várias conquistas para a autonomia científica do direito processual, persistia um problema que incomodava ideologicamente. Até o séc. XX, pensava-se que o processo seria um “instrumento” em relação ao direito material, o processo existia para fazer cumprir as normas materiais, era pensado e só tinha sentido em função da concretização dos direitos.⁴¹

37. DINAMARCO, Cândido Rangel. Das ações típicas. *in Fundamentos do processo civil moderno*. São Paulo: RT, 2a ed., 1987, p.272 ss.

38. O que transparece em DINAMARCO, Cândido Rangel. Os institutos fundamentais do direito processual. *Op.cit.*, p.58.

39. DINAMARCO, Cândido Rangel, *A Instrumentalidade do Processo*, *Op.cit.*, p.182; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio Quinaud. *Teoria geral do processo*. Salvador: Juspodivm, 2020, p.248.

40. Penso ser equivocada essa oposição, porque o direito material também regula formas para a prática de atos jurídicos substanciais. Confira-se LACERDA, Galeno. *Teoria geral do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.19-20.

41. LACERDA, Galeno. *Teoria geral do processo*. *Op.cit.*, p.17-19, 69.

Mais recentemente, afirma-se que a relação finalística que se estabelece entre o direito material e o processo seria *circular*. O processo deve ser um instrumento a serviço do direito material, mas para tanto é necessário que seja informado por ele.⁴²

De fato, a noção de “instrumento” implica relatividade a partir dos fins;⁴³ e, de alguma maneira, se esses fins estivessem no direito material, a despeito de tantas conquistas teóricas e dogmáticas, essa convergência de finalidades da instrumentalidade mantinha a *dependência* e *acessoriedade* do processo em relação ao direito material.

Então, para equiparar o direito processual ao mesmo patamar de importância, libertando-o da alcunha de “adjetivo”, havia necessidade de identificar-lhe finalidades diversas (ainda que coordenadas). Necessário enxergar escopos do processo que fossem inexistentes no direito material ou prescindissem dele.

Neste ponto, a tese de Cândido Dinamarco cumpriu papel decisivo. Ao identificar finalidades como a pedagogia aos infratores da lei (educação da sociedade), pacificação social e participação política nos canais judiciários – funções concebidas como sendo “neutras” em relação aos direitos⁴⁴ – ultrapassava-se a última trincheira que prendia o direito processual ao direito material. Era a derradeira etapa de libertação: o processo teria finalidades que não se esgotariam no direito material, e por isso não poderia ser um “simples meio de exercício dos direitos”.⁴⁵

42. ZANETI JR., Hermes. Teoria Circular dos planos (Direito Material e Direito Processual). in AMARAL, Guilherme Rizzo; MACHADO, Fábio Cardoso (org.). *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito material e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 165 ss, 192.; ZANETI JR., Hermes. *Processo constitucional*, *Op.cit.*, p.224. A tese ganhou a adesão de DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. *Op.cit.*, p.47 ss. Como se verá adiante, essa ideia não é capaz de abarcar fenômenos contemporâneos que remodelaram as relações entre direito e processo, porque também pressupõe uma primariedade do direito material na regulação de conduta, e a secundariedade do direito processual.

43. Como reconhece DINAMARCO, Cândido Rangel, *A Instrumentalidade do Processo*, *Op.cit.*, p.149 ss.

44. Como bem percebeu MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. *Op.cit.*, p.108-109.

45. DINAMARCO, Cândido Rangel. Os institutos fundamentais do direito processual. *Op.cit.*, p.51. Lembre-se que muitos doutrinadores posteriores a Dinamarco identificavam a “aplicação do direito objetivo” como um dos escopos da jurisdição. A tutela aos direitos era imaginada como aplicação da lei pelo juiz, e assim se mantinha uma maior independência dos objetivos do processo e da jurisdição em relação àqueles do direito material. Confira-se OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Efetividade e tutela jurisdicional, *Revista dos Tribunais*, vol.836, jun., 2005, p.11 ss. Durante décadas, e até os dias de hoje, como veremos, de alguma forma essa maneira de pensar continua influenciando boa parte da doutrina brasileira, que sequer vislumbra qualquer possibilidade de tutela dos direitos que não seja jurisdicional. A ressalva mais relevante certamente é a concepção de Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, que estruturam seu pensamento em torno da tutela dos direitos, expressamente concebendo-a como não necessariamente jurisdicional. Além disso, percebem que as necessidades humanas surgem no direito material. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. São Paulo: RT, vol.1, 2015, p.124 ss; MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. *Op.cit.*, p.109, 245-246.

3.2. Segunda fratura: a relação necessária entre jurisdição e processo

A instrumentalidade do processo, ao salientar quais seriam os escopos da jurisdição, cumpriu na minha opinião dois papéis fundamentais na evolução do direito brasileiro.

O primeiro foi resgatar a dignidade da função jurisdicional como centro do exercício de direitos pelos cidadãos, algo absolutamente essencial naquele momento histórico, quando o Brasil saía de um longo período ditatorial.⁴⁶

O segundo foi abrir perspectivas para a procedimentalização do fenômeno jurídico. Em vários quadrantes, passamos a reconhecer a importância do procedimento no desenvolvimento do direito. Revigorou-se a ideia de procedimentalização no direito privado⁴⁷ e também no direito público,⁴⁸ com foco na participação e nas formalidades para o controle do poder.⁴⁹

Na teoria do direito e no direito público, estudos contemporâneos constataram que, na dificuldade de obtenção de critérios claros, consistentes e controláveis de justiça, justeza material, o fenômeno jurídico em grande medida começou a orientar-se para o procedimento. De fato, atualmente se percebe uma virada em direção à chamada “justiça procedimental”.⁵⁰ Como, no mundo atual, é difícil crer na existência de um *ethos* universalmente aceitável, no sonho de uma “justiça substancial” delimitada por critérios materiais únicos, a busca pela “justiça” ou “justeza” das decisões passou a ser justificada processualmente, garantindo-se a correção das regras do procedimento e das condições da argumentação prática racional. Esta concepção resgatou o valor do procedimento, do *iter* que precede a formação da decisão final, das interações intersubjetivas entre jurisdição, ação e defesa.⁵¹ É o próprio debate judicial que legitima as decisões estatais.

46. Lembre-se que a tese do professor Cândido Dinamarco é do ano de 1987.

47. No direito privado, sustenta-se que a obrigação pode ser vista como um processo. SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, reimpressão, 2006, p.63 ss.

48. MEDAUAR, Odete. Administração pública: do ato ao processo. in ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Forum, 2008, p.411-419.

49. Como sempre foi a preocupação dogmática de DINAMARCO, Cândido Rangel. Os institutos fundamentais do direito processual. *Op.cit.*, p.64 ss, 81-83.

50. PÉREZ RAGONE, Álvaro. Contornos de la justicia procesal (procedural fairness): la justificación ética del proceso civil. *Revista de Derecho Procesal*, 2005, p.676-679.

51. ZANETI JR., Hermes. *Processo constitucional*, *Op.cit.*, p.115-116; PICARDI, Nicola. *Il principio del contraddittorio*. *Rivista di Diritto Processuale*, ano LII, 1998, p.678; INOUE, Harunori. *Der Zivilprozeß als gleichberechtigtes Dialogverfahren. Zur neueren Prozeßdiskussion im japanischen Zivilprozeß*. *Zeitschrift für Zivilprozeß*, ano 98, n.4, 1985, p.382; STALEV, Zhivko. *Das Verfahren als dynamischer Tatbestand*. *Zeitschrift für Zivilprozeß*, ano 88, n.2, 1975, p.194. São muitas variantes dessa ideia. No Brasil, recentemente, tem sido divulgada, na doutrina do direito constitucional, a proposta de

Nessa caminhada, o direito processual passou a ser tão associados ao procedimento ao ponto de alguns autores dizerem que inexistia processo sem procedimento.⁵²

É inegável, portanto, que essa ideia de procedimentalização do direito é salutar em muitos aspectos. Porém, a exacerbação desse movimento trouxe fenômenos hiperbólicos, que hoje vemos retrair. Um deles foi a ligação necessária entre jurisdição e processo.

A partir do publicismo processual, o processo foi relacionado ao exercício de poder. Ainda que pensando em limitá-lo, relacionava-se o processo à formação procedimentalizada de decisões e provimentos, isto é, ligava-se o processo à legitimação da formação de decisões *estatais*.⁵³ Desconsiderava-se que a jurisdição existe fora do Estado e que também aos indivíduos devem ser atribuídas formas privadas de solução de litígios.

O problema, portanto, não está em processualizar a interpretação e aplicação do direito, movimento que tem muitos aspectos positivos. O desvio de rota, até certo ponto criticável, foi elaborar essa ideia a partir da premissa de que toda realização do direito é sempre estatal ou jurisdicional, traçando uma associação necessária entre processo e jurisdição, quase que fazendo equivalentes as expressões “processo” e “processo jurisdicional”.⁵⁴

A partir dessa premissa de estatalidade da função jurisdicional, afirmava-se que, se o processo regula a jurisdição, a evolução de um conceito se daria em paralelo à

„proceduralização“ do debate judicial em certos tipos de conflito. Por „proceduralização“, toma-se a ideia desenvolvida por Wiethölter e outros, e por aqui difundida por Georges Abboud, no sentido de que aqueles conflitos no Judiciário com alto potencial de gerarem impasses institucionais devem ser resolvidos com o juiz atuando com uma espécie de gestor ou catalisador, definindo „condições de interação“ entre as instituições: ao invés de determinar qual a solução no plano do direito material, o Judiciário deveria fixar procedimentos para que as partes cheguem a tal solução. ABOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. São Paulo: RT, 4a ed., 2020, p.1481 ss.

52. SALLES, Carlos Alberto de. Processo: procedimento dotado de normatividade – uma proposta de unificação conceitual. in ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz. *40 anos da Teoria Geral do Processo no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2013, p.210.
53. NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio Quinaud. *Teoria geral do processo*. Salvador: Juspodivm, 2020, p.249, 252.
54. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Sobre a multiplicidade de perspectivas no estudo do processo. *Op.cit.*, p.18; DINAMARCO, Cândido Rangel, *A Instrumentalidade do Processo*, *Op.cit.*, p.265-266 e nota 1; DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2016, p.123; GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. *Op.cit.*, p.55 ss. Era a premissa de trabalhar a jurisdição como “polo metodológico” do direito processual, seguida por muitos estudiosos a partir de Dinamarco. Uma das principais finalidades dessa premissa era banir as tentativas de teorizar sobre o processo em torno da “ação”, porque isso faria recair o polo metodológico nas partes, nos direitos de crédito e na disponibilidade, enquanto o processo era público, dominado pela indisponibilidade, devendo ter o Estado-juiz como figura central. Confira-se DINAMARCO, Cândido Rangel. Os institutos fundamentais do direito processual. *Op.cit.*, p.45 ss; DINAMARCO, Cândido Rangel, *A Instrumentalidade do Processo*, *Op.cit.*, p.77 ss, 151-152.

do outro.⁵⁵ Não raramente, até hoje vemos alguma referência à tese de Dinamarco quando os comentaristas querem fazer menção aos “escopos da jurisdição” e/ou aos “escopos do processo”, expressões tomadas praticamente como equivalentes.

No entanto, a ideia de processo não é exclusiva da jurisdição. Há algum tempo que se reconhece que o fenômeno processual está relacionado também a outras atividades estatais, do Poder Executivo e do Poder Legislativo,⁵⁶ ou mesmo à atividade jurisdicional empreendida por instituições privadas (arbitragem sendo o maior exemplo).⁵⁷

Observe-se ainda que, mesmo entre aqueles que admitem que há exercício de poder e que existem manifestações de processo fora do Estado (v.g. em instituições privadas), é frequente que tais autores, ao enfrentarem as relações do direito processual com o direito material, apontem que o direito processual é uma regulação “formal”, “secundária”, “adjetiva”, destinada a fazer valer as normas materiais por meio da jurisdição, “neutralizando” os conflitos que possam surgir a seu respeito na sociedade. Perceba-se que a ênfase quase sempre é na atividade estatal.⁵⁸

Nessa linha, não se poderia “misturar” jurisdição com a ideia de “tutela de direitos”. O processo e a jurisdição não poderiam servir à tutela dos direitos porque também tem direito à jurisdição quem não tem razão.⁵⁹ Pretendia-se banir a tutela dos direitos do repertório do processualista porque a expressão remeteria a um processo de caráter privado, próprio do direito romano antigo, contrário à feição publicista do direito processual contemporâneo.⁶⁰

Ora, como se pode notar, fazia-se uma associação entre “tutela de direitos” e “tutela *jurisdicional* dos direitos”, uma ligação que parece ter raízes: na proibição da autotutela;⁶¹ e em não conceber a autocomposição como processo (e o sistema

55. SALLES, Carlos Alberto de. Processo: procedimento dotado de normatividade – uma proposta de unificação conceitual. *Op.cit.*, p.203.

56. MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. São Paulo: RT, 1993, p.16-28.

57. Como lembram corretamente DINAMARCO, Cândido Rangel, *A Instrumentalidade do Processo*, *Op.cit.*, p.64 ss; SICA, Heitor Vitor Mendonça. Velhos e novos institutos fundamentais do direito processual civil. in *40 anos da teoria geral do processo no Brasil: passado, presente e futuro*. São Paulo: Malheiros, 2013, p.435; DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*. *Op.cit.*, p.79.

58. SALLES, Carlos Alberto de. Processo: procedimento dotado de normatividade – uma proposta de unificação conceitual. *Op.cit.*, p.203, 209.

59. DINAMARCO, Cândido Rangel. Os institutos fundamentais do direito processual. *Op.cit.*, p.62-63; DINAMARCO, Cândido Rangel, *A Instrumentalidade do Processo*, *Op.cit.*, p.18, 46, 151-152.

60. DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*. *Op.cit.*, p.22.

61. Forte em praticamente toda a doutrina brasileira, e também em DINAMARCO, Cândido Rangel, *A Instrumentalidade do Processo*, *Op.cit.*, p.130, 170. Galeno Lacerda disse que é errado pensar até mesmo que as sociedades humanas teriam começado a resolver seus litígios por autotutela porque a autoridade sempre esteve presente. LACERDA, Galeno. *Teoria geral do processo*. *Op.cit.*, p.64.

multiportas como não exclusivamente jurisdicional); e em separar a norma material da norma processual na atividade regulativa de conduta. Falaremos sobre algumas dessas questões adiante. Mas subjacente a tudo isso está a premissa de imaginar que o processo se manifesta apenas na atividade estatal,⁶² em especial na atividade jurisdicional.

Essa verve do publicismo processual para a estatalidade foi ainda reforçada nas vertentes fazalarianas a respeito da natureza do processo. Esse grupo de teses tentava “atualizar” o conceito de processo, relacionando-o com o procedimento, mas terminavam por levar a conclusões também voltadas para a estatalidade porque partiam da ideia de que todo procedimento é regrado em lei e voltado ao exercício da jurisdição.⁶³

Portanto, vemos que a relação do processo com o Estado, que pressupunha ou punha ênfase no processo perante o Judiciário (processo *jurisdicional*), afastou o direito processual de institutos que promovessem formas privadas de solução de disputas, uma tendência contemporânea.

3.3. Terceira fratura: secundariedade das normas processuais e a exclusividade das normas materiais na regulação de conduta fora do Judiciário

Na esteira de toda essa construção, e compreendendo o fenômeno processual nas premissas do publicismo, a terceira fratura que se pôde observar, esta não tão analisada na doutrina, foi separar na estrutura e na função normas materiais e processuais, com o objetivo evidente de segregar as normas processuais da regulação de conduta fora do Judiciário.⁶⁴

Sem dúvida, a partir da autonomia do direito processual em relação ao direito substancial, começamos a praticar uma distinção estrutural e funcional das *normas* materiais e processuais. O direito material seria o conjunto das normas regentes dos fatos e relações “resultantes da própria vida”, a “vida ordinária do dia a dia”.⁶⁵ Dá-se como exemplo o complexo de regras e princípios que regulam o casamento, o comércio, a aquisição de patrimônio, a morte e transmissão de bens pela sucessão, o castigo da sanção penal a quem cometeu certos tipos de crimes etc.⁶⁶

62. LACERDA, Galeno. *Teoria geral do processo. Op.cit.*, p.64.

63. Mesmo aqueles que assim reconhecem, tecendo críticas a essa associação, por vezes acabam por traírem seu pensamento. Veja-se a crítica de MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo. Op.cit.*, p.389-398.

64. Chiovenda foi um dos arautos desse movimento. Veja-se a crítica de MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo. Op.cit.*, p.417-425.

65. DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil. Op.cit.*, p.15. No mesmo sentido, LIEBMAN, Enrico Tullio. Norme processuali nel codice civile. *in Problemi del Processo Civile*. Napoli: Morano, 1962, p.169-170.

66. DINAMARCO, Cândido Rangel. A formação do moderno processo civil brasileiro. *in Fundamentos do processo civil moderno*. São Paulo: RT, 2a ed., 1987, p.3.

Já o direito processual não seria tão claramente percebido pelos indivíduos por ser formado por regras técnicas voltadas para o exercício de uma função estatal.⁶⁷ A norma processual surgiria apenas quando houvesse necessidade de ativar a jurisdição,⁶⁸ para fazer cumprir as normas de direito material por meio de agentes estatais como o Estado-juiz.⁶⁹ Enquanto as regras do direito material seriam regulativas de condutas, as regras processuais regulariam a tomada de decisão.⁷⁰

Era a propalada *secundariedade* das normas processuais.⁷¹ As regras processuais não regulariam a conduta das pessoas fora do processo: essa seria tarefa exclusiva do direito material.⁷² As regras processuais atuavam no descumprimento do direito substancial, relacionadas sempre ao processo judicial para restauração do direito material violado.

Outra consequência do afastamento entre normas processuais e materiais foi conceber como um desvio a presença de regras processuais em leis predominantemente continentes de normas de direito material (regras chamadas de “atópicas”).⁷³ Por isso se pensava que, toda vez que uma lei de direito material tratasse do tema da prova, p. ex., essas regras seriam um corpo estranho posicionado em um organismo no qual não pertencesse.⁷⁴

-
67. DINAMARCO, Cândido Rangel. Os institutos fundamentais do direito processual. *Op.cit.*, p.57.
68. LIEBMAN, Enrico Tullio. Norme processuali nel codice civile. *Op.cit.*, p.170.
69. FAZZALARI, Elio. L’esperienza del processo nella cultura contemporanea. *Op.cit.*, p.22; DINAMARCO, Cândido Rangel. A formação do moderno processo civil brasileiro. *Op.cit.*, p.3-4; DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil. Op.cit.*, p.45.
70. Distinção criticada por PÉREZ-RAGONE, Álvaro. Contornos de la justicia procesal (procedural fairness): la justificación ética del proceso civil. *Op.cit.*, p.685.
71. CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di Diritto Processuale Civile*. Napoli: Jovene, reimpressão, 1965, p.298; CHIOVENDA, Giuseppe. *Cosa giudicata e competenza, in Saggi di Diritto Processuale Civile*. Milano: Giuffrè, vol.II, 1993, p.415; LIEBMAN, Enrico Tullio. Norme processuali nel codice civile. *Op.cit.*, p.163, 169.
72. Nesse sentido, CARNELUTTI, Francesco. *Lezioni di Diritto Processuale Civile*. Padova: Cedam, vol.I, 1930, p.92-95; GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo. Op.cit.*, p.49-50, 116, 168; LACERDA, Galeno. *Teoria geral do processo. Op.cit.*, p.169. Observe-se que esse mote perpassava aqueles debates sobre as categorias estruturais do direito processual. Afirmar a autonomia do processo em relação ao direito material, por reconhecer que a relação jurídica processual (continente do Estado-juiz) era pública e por isso diferente da relação de direito material nele discutida, foi a conclusão propulsora da ideia de que as normas processuais não tinham função reguladora de conduta que não fosse perante a jurisdição.
73. LIEBMAN, Enrico Tullio. Norme processuali nel codice civile. *Op.cit.*, p.155-158; THEODORO JR., Humberto. O novo Código Civil e as regras heterotópicas de natureza processual. *in DIDIER JR., Fredie; MAZZEI, Rodrigo (org.). Reflexos do novo Código Civil no Direito Processual*. Salvador: Juspodivm, 2a ed., 2007, p.139-140.
74. LIEBMAN, Enrico Tullio. Norme processuali nel codice civile. *Op.cit.*, p.172-173. Dinamarca afirmou que “Examinar certos institutos, como a ação, as nulidades processuais ou a prova, tal como se pertencessem ao direito privado, é dar-lhes tratamento inteiramente inadequado, em que se prescinde da participação do mais importante dos sujeitos do processo, que é o Estado-juiz”: DINAMARCO, Cândido Rangel. Os institutos fundamentais do direito processual. *Op.cit.*, p.60-62.

3.4. Conclusão parcial

Ora, veja-se como as premissas decorrentes das fraturas entre direito material e direito processual foram historicamente se fundindo e se contaminando. A relação processual é pública porque contém o Estado-juiz, e por isso é diferente da relação de direito material; todo processo é processo *jurisdicional*; devemos separar conceitos processuais daqueles do direito material, e construir pressupostos e requisitos dos atos processuais que os diferenciem daqueles exigidos para a prática de atos jurídicos do direito substancial; devemos diferenciar também as normas materiais das normas processuais, pois estas são secundárias e só regulam situações jurídicas que se desenvolvem no processo perante o juiz estatal (a conduta humana fora do Judiciário é regulada primariamente pelas normas do direito substancial).

Então, a busca por autonomia do processo em relação ao direito material levou a algumas consequências que podemos enumerar: a) afastamento do processo em relação ao direito material; b) pressuposição de que o fenômeno processual (suas normas e atos) só existem quando já há processo instaurado perante uma autoridade estatal (em especial, o Estado-juiz); c) desconsideração da possibilidade de que normas processuais atuem na regulação primária de conduta, mesmo fora do processo e da jurisdição; d) afastamento das formas contemporâneas de resolução privada de conflitos (autocompositivas e heterocompositivas).

Como tentaremos demonstrar, estamos em um ponto de inflexão nessa rota, um retorno do processo ao direito material, que vem reescrevendo as relações entre direito processual e direito substancial, e a partir daí permite ressuscitar institutos antes proscritos ou renegados.

4. FENÔMENOS QUE PARECEM INDICAR A INFLEXÃO DE ALGUMAS DAS PREMISSAS DA INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO

Não obstante todo esse caldo cultural, no qual todos nós fomos formados, a emergência de alguns fenômenos nos últimos dez anos tem mostrado um caminho diverso, praticamente oposto à direção que a processualística tomara no séc.XX. São eles:

- i) o novo vigor que os negócios jurídicos processuais obtiveram, permitindo às partes regularem o procedimento e as situações jurídicas processuais;
- ii) os caminhos contemporâneos de reabilitação da autotutela, que levam a possibilidades de autoexecutoriedade de prestações contratuais independentemente de uma atividade jurisdicional executiva;

De alguma maneira, isso ainda se verifica até muito recentemente. Confira-se CÂMARA, Alexandre Freitas. Das relações entre o Código Civil e o Direito Processual Civil. *in* DIDIER JR., Fredie; MAZZEI, Rodrigo (org.). *Reflexos do novo Código Civil no Direito Processual*. Salvador: Juspodivm, 2a ed., 2007, p.125-130; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Anotações sobre o título “da prova” do novo Código Civil. *in* DIDIER JR., Fredie; MAZZEI, Rodrigo (org.). *Reflexos do novo Código Civil no Direito Processual*. Salvador: Juspodivm, 2a ed., 2007, p.283-284.

Esses fenômenos, como demonstrarei, empurram o jurista a repensar premissas caras ao publicismo processual, em especial: (a) a estatalidade das formas de tutela dos direitos; (b) o papel das normas processuais como regulação primária de comportamento, e não puramente secundária; e (c) a separação entre direito e processo, que impedia a aplicação de requisitos e pressupostos comuns. Vejamos no detalhe nos próximos itens.

4.1. Convenções das partes sobre o processo e o procedimento. As interações pré-judiciais e os negócios jurídicos prévios como rearranjo das relações entre direito e processo. Normas processuais como regulação primária de conduta.

Uma primeira tendência, que revoluciona as relações entre direito e processo, e pode apontar para essa inflexão da instrumentalidade, é a ascensão, no Brasil e no mundo, dos negócios jurídicos processuais,⁷⁵ em especial, das convenções processuais prévias, ajustes negociais que as partes celebram antes do processo e do litígio,⁷⁶ inseridos em um contrato (ou outro negócio jurídico), com finalidade de regular o processo futuro para decidir as disputas oriundas daquele contrato.⁷⁷

Essa possibilidade, revigorada pelas cláusulas gerais dos artigos 190 e 200 do CPC/15, estabelecem novas fronteiras de reflexão e estudo sobre o plano da pré-processualidade, já que estabelecem interações de natureza processual mas na fase pré-judicial.

De fato, com a possibilidade de celebração de negócios jurídicos processuais prévios, o processo começa antes de sua judicialização, então nesse sentido vemos o fenômeno processual se desenrolar antes da jurisdição.⁷⁸

Além disso, as convenções processuais promovem um rearranjo das relações entre direito e processo como nunca antes se experimentou. As regras do procedimento

75. Por todos, CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais: teoria geral dos negócios jurídicos processuais*. Salvador: Juspodivm, 3a ed., 2020; CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Negócios processuais*. Salvador: Juspodivm, tomo I, 4a ed., 2019.

76. Rompe-se, de um lado, com a pressuposição da doutrina clássica de que o processo apareceria só com o conflito, como se via em LACERDA, Galeno. *Teoria geral do processo*. *Op.cit.*, p.170.

77. CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais: teoria geral dos negócios jurídicos processuais*. *Op.cit.*, p.94-101.

78. Não se trata apenas de afirmar que o que se estabelece é um “processo negocial”, um procedimento para a tomada de decisão de celebrar ou não um negócio jurídico. Enxergar a pré-processualidade no quadro descrito no corpo do texto, como uma regulação negocial de um processo futuro, determinando o procedimento para a tomada de decisão judicial, leva-nos à constatação de que há normas processuais incidindo, e atos processuais sendo praticados, fora do procedimento estatal perante o Estado-juiz, mas referentes a ele. Confira-se CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais: teoria geral dos negócios jurídicos processuais*. *Op.cit.*, p.62, 106.

assumiram um maior valor econômico⁷⁹ e, no negócio jurídico, as partes podem pensar trocas entre direito material e direito processual, um *trade-off* entre formalidades processuais e benefícios no campo do direito material. Podem, p. ex., reduzir o preço em troca de renúncias a impenhorabilidades; ou conceder mais prazo para cumprimento em função de redução da complexidade ou duração do procedimento para recuperar o crédito judicialmente em caso de inadimplemento.

Perceber esta possibilidade é unir ainda mais direito e processo, mas não apenas numa relação finalística (vetorial ou circular) em que as funções das normas processuais e materiais eram diversas, sem que as normas processuais tivessem qualquer papel de condicionamento de condutas externo ao processo judicial. A emergência das convenções das partes sobre o processo também nos permite admitir que também as normas processuais criam incentivos, operando como regulação *primária* de conduta dos indivíduos fora do Judiciário.⁸⁰

De fato, porque inseridas frequentemente em uma mesma negociação, as normas produzidas por convenções processuais podem reforçar as normas do direito material, e nessa simbiose guiarem a tomada de decisão dos contratantes na sua performance contratual.

Aliás, hoje em dia, diante da complexidade do direito contemporâneo, continente de diversas camadas normativas (regras e princípios constitucionais, legais e infralegais, frequentemente continentes de cláusulas gerais, dependentes de concretização em cada caso), há autores que colocam em xeque a suficiência das normas de direito material para regular e determinar *ex ante* condutas humanas.⁸¹

E no cenário em que, num mesmo instrumento negocial, convenções processuais e disposições contratuais de natureza substancial se misturam, é na imbricação formada por todas elas que as partes vão extrair os condicionamentos de suas condutas.

Além disso, como observamos em outra sede, exatamente por essa interação entre negócios jurídicos de natureza material e processual no bojo de uma mesma negociação, quando estudamos a disciplina dos requisitos para a celebração dos acordos processuais, normas materiais e normas processuais se coordenam em uma

79. Correto NOYES, Henry S. If you (re)build it, they will come: contracts to remake the rules of litigation in arbitration's image. *Op. cit.*, p.618. Por isso, parece equivocada a opinião de Allorio, de que os direitos processuais seriam “meio”, e portanto, não poderiam ter valor próprio, só aquele funcionalizado em nome do direito substantivo. ALLORIO, Enrico. Patto di non denunciare e indisponibilità dei diritti processuali. *in Problemi di Diritto*. Milão: Giuffrè, vol.II, 1957, p.354-355.

80. CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais: teoria geral dos negócios jurídicos processuais*. *Op.cit.*, p.263-264.

81. Confira-se esse debate em AUER, Marietta. *Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit: Generalklauseln im Spiegel der Antinomien des Privatrechtsdenkens*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2005.

corregulação normativa que decorre da *conexão teleológica* em que inseridas essas normas.⁸² Essa *corregulação* faz com que os requisitos e pressupostos previstos nas regras de direito material e de direito processual possam ser combinados a fim de controlar a validade das convenções processuais.⁸³

Há, portanto, uma clara *reaproximação entre normas de direito material e normas de direito processual*, mas que *não é mais baseada na pressuposição da secundariedade* do processo em relação ao direito substancial.⁸⁴

Como consequência disso, seria até mesmo de repensar a natureza (material, processual ou híbrida) de certos institutos como as nulidades, a prova, as garantias executivas (sobretudo as reais, como hipoteca e penhor), que sempre carregaram consigo inúmeras discussões acerca de seu posicionamento teórico e prático (se deveriam ser tratadas pela doutrina e pela lei como materiais ou processuais).⁸⁵

4.2. O futuro da autotutela e a autoexecutoriedade dos contratos: caminhamos rumo à autossatisfação dos direitos e a uma progressiva desnecessidade da atividade jurisdicional executiva?

Como ressaltado anteriormente, a partir da autonomia do direito processual, e com a vitória da concepção que passou a ver o processo como ramo do direito público (publicismo processual), uma das associações que constantemente se faz é pensar que toda forma de tutela dos direitos seria jurisdicional.⁸⁶ Mas é preciso reconhecer que há formas de tutela dos direitos previstas no direito material, e portanto as formas de tutela não dependem da jurisdição ou do processo judicial.⁸⁷ Atualmente, essa

82. WAGNER, Gerhard. *Prozeßverträge: Privatautonomie im Verfahrensrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1998, p.60-61, 126 ss; SILVA, Paula Costa e. *Pactum de non petendo: exclusão convencional do direito de ação e exclusão convencional da pretensão material*. in CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Coord.). *Negócios processuais*. Salvador: Jus Podivm, 4a ed., 2019, p.316-317.

83. CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais: teoria geral dos negócios jurídicos processuais*. *Op.cit.*, p.310 ss, 337.

84. Há muito tempo, Sauer já se voltava contra os dois extremos, de enxergar o processo apenas como um anexo em segundo plano, em relação ao direito material; ou pensá-lo como superior ou independente do direito substancial. Confira-se SAUER, Wilhelm. *Grundlagen des Prozessrechts*. Stuttgart: Ferdinand Enke, 1919, p.20.

85. Embora sem desenvolver as premissas aqui expostas, o próprio Cândido Dinamarco, escrevendo já à luz do CPC/15, percebeu essa simbiose entre direito processual e direito material em institutos limítrofes como a prova e a responsabilidade patrimonial. Sustenta o professor que seriam um meio do caminho, e por isso seriam “pontes de passagem” entre direito material e direito processual. Tais institutos foram denominados por Dinamarco e Lopes de “direito processual material” DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*. *Op.cit.*, p.16.

86. Por todos, LIEBMAN, Enrico Tullio. Norme processuali nel codice civile. *Op.cit.*, p.155 ss.

87. Correto DI MAJO, Adolfo. Forme e tecniche di tutela. In MAZZAMUTO, Salvatore (org.). *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*. Napoli: Jovene, vol.1, 1989, p.11-12.

constatação deve nos levar a admitir que dentro dessas formas contemporâneas de resolução de conflitos está a autotutela.

Em breves palavras, a autotutela pode ser definida como técnica de composição de conflitos baseada na possibilidade de que uma das partes possa impor uma solução à outra, para a preservação ou restabelecimento de um direito ameaçado ou violado. A autotutela sempre esteve relacionada à ideia de coação, do uso da força, própria das sociedades arcaicas anteriores ao Estado moderno. Era o meio de solução de conflitos da brutalidade, associada a agrupamentos humanos pouco civilizados.⁸⁸

Como salientei, talvez a premissa de pensar que todo processo de solução de conflitos seja estatal ou jurisdicional tenha sido influenciada pelo exacerbado preconceito com as formas de autotutela, que são vistas até hoje ou como totalmente proscritas ou como necessariamente excepcionais por serem fruto de um direito primitivo. Ou seja, a estatalidade na solução de conflitos aparece mais uma vez como o modelo da modernidade, um avanço histórico porque o Estado passou a ser o garantidor institucional de formas civilizadas de solução de conflitos, impedindo o uso da força contra a vontade de um dos litigantes.⁸⁹

Porém, ao contrário de ser ultrapassado ou antiquado, talvez não haja tema mais novo e contemporâneo como o da autotutela. Sem embargo, despidos de preconceitos, podemos visualizar em diversas regras legais no sistema jurídico brasileiro formas e procedimentos pelos quais os próprios envolvidos satisfazem suas pretensões, o que remete a uma atividade autossatisfativa, por vezes permitindo que enxerguemos verdadeira atividade executiva extrajudicial.⁹⁰

De início, lembremos a autoexecutoriedade dos atos administrativos, lugar comum no direito administrativo; ou ainda o desforço imediato, autorizado por lei em conflitos possessórios, e que representa uma autotutela da posse (art.1.210 §1º do Código Civil). É também importante lembrar do permissivo de que o proprietário proceda ao corte de galhos e raízes de árvores adjacentes ao seu terreno, e que tenham invadido os limites sua propriedade (art.1.283 do Código Civil). Trata-se de autotutela de direito de vizinhança.

88. Sobre o tema, ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Proceso, autocomposición y autodefensa: contribución al estudio de los fines del proceso*. México: Universidade Nacional Autónoma de México, 2a ed., 1970, p.35-70.

89. Essa estatalidade necessária na solução de conflitos talvez tenha sido uma das razões não verbalizadas para o rechaço que a teoria da ação de direito material recebeu da doutrina. Zaneti Jr. observa bem que a ação de direito material se verifica nos pontos do sistema jurídico em que se autoriza a autotutela. Cf. ZANETI JR., Hermes. *Proceso constitucional, Op.cit.*, p.217.

90. SICA, Heitor Vítor Mendonça. Velhos e novos institutos fundamentais do direito processual civil. *Op.cit.*, p.436.

Vejam-se ainda a execução de cédula hipotecária (Decreto-lei n.70/1966), e a execução do contrato de alienação fiduciária de bens imóveis (Lei n.9.514/97), que permitem execução promovida pelo próprio credor sem intervenção estatal. É o credor que notifica o devedor, consolida a propriedade (que até ali era resolúvel) e toma posse do bem em leilão extrajudicial organizado por ele mesmo (art.27 da Lei n.9.514/97),⁹¹ sendo que o arrematante se socorre do juiz somente se tiver que ser imitado na posse (art.30).⁹²

Ainda se podem lembrar os seguintes exemplos: leilão extrajudicial de mercadorias especificadas em *warrant* não pago no vencimento (art.23 §1º do Decreto 1.102/1903); venda extrajudicial pelo credor pignoratício da coisa empenhada (art.1.433, IV do CC), leilão extrajudicial de quota de terreno e de parte construída na incorporação pelo regime de administração (a preço de custo), como disciplina o art.63 da Lei 4.591/64, mecanismo generalizado para outros contratos de construção com pagamento a prazo (art.1º, VI e VII da Lei 4.864/65), depois estendido para o patrimônio de afetação (art.31-F § 14 da Lei 4.591/64, incluído pela Lei 10.931/2004); venda em bolsa de valores das ações do acionista remisso (art.107, II da Lei 6.404/76), venda do bem objeto da propriedade fiduciária no âmbito do mercado financeiro de capitais (art.66-B §3º da Lei 4.728/65, incluído pela Lei 10.931/2004).

Lembremos ainda de formas convencionais que preveem alguma satisfação automática de pretensões materiais definida e operada pelas próprias partes. Exemplo é o negócio de certificação, uma convenção para fixar o entendimento ou interpretação de um ato jurídico ou contrato anterior. É possível, por seu objeto e efeitos, identificar nessa certificação negocial uma forma de autotutela declaratória,⁹³ agora tipicamente prevista no art.113 §2º do CC, art.26 da LINDB e art.357 §2º do CPC.

Todas essas previsões na legislação brasileira denotam que nosso sistema jurídico não é infenso à autotutela, e permite a adoção de métodos de *private enforcement*⁹⁴ que apresentam para o indivíduo alternativas de tutela dos direitos de cariz não jurisdicional.

Assim, não cabe mais confundir tutela dos direitos com tutela jurisdicional dos direitos. O ordenamento jurídico se concretiza com aplicação das normas dentro ou fora

91. Na alienação fiduciária de bens móveis dados em garantia (dec-lei n.911/69) o desapossamento judicial (via busca e apreensão) vem antes da expropriação, mas o fenômeno parece ser o mesmo.

92. Por isso, Heitor Sica identifica com razão que essas atividades executivas permitem concluir que nem toda atividade executiva é jurisdicional. Só haveria reserva de jurisdição para atos de força relacionados ao desapossamento de coisas corpóreas.

93. Aliás, muito próxima em finalidade e efeitos à sentença declaratória proferida em processo judicial. Sobre o tema, confira-se o nosso CABRAL, Antonio do Passo. Negócio de certificação (parte I): introdução, objeto e limites, mimeografado, 2020, no prelo.

94. KEHRBERGER, Roman F. *Die Materialisierung des Zivilprozessrechts: Der Zivilprozess im modernen Rechtsstaat*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2019, p.136 ss, 150 ss.

do Judiciário.⁹⁵ E as formas de tutela, de um lado, e as técnicas processuais, de outro, estão em planos distintos.⁹⁶ Veja-se o exemplo do negócio de certificação. Pode haver tutela declaratória fora do processo (autotutela negocial), mas ela também pode ser atuada por meio de uma sentença judicial.⁹⁷ Cabe ao interessado visualizar as técnicas processuais disponíveis, dentro ou fora do ambiente judicial, e que são ofertadas pelo sistema jurídico como canais de possível efetivação da tutela dos direitos.

Por isso, na atualidade, a autotutela passou a receber maior atenção porque, vencido o preconceito de enxergá-la como algo violento ou primitivo, foram aos poucos sendo identificadas e inventariadas hipóteses que o próprio ordenamento jurídico atribui a uma das partes em conflito a atuação concreta de seu direito, independentemente de interposição jurisdicional e mesmo contra a vontade dos demais envolvidos.

Além disso, a autotutela voltou à baila com toda força e tem sido muito reabilitada no mundo atual sobretudo pelas aplicações de novas tecnologias ao direito.⁹⁸ E me parece que tais novidades virão sobretudo dos chamados *smart contracts*, que vão revolucionar a forma como contratos e obrigações jurídicas em geral serão formados e, principalmente, executados.

Os *smart contracts* não são apenas contratos celebrados por meio digital,⁹⁹ são, na verdade, negócios jurídicos eletrônicos, que têm regras para supervisão do adimplemento que se desenrolam automaticamente a partir de um acontecimento relevante (evento-gatilho)¹⁰⁰ que indica o cumprimento da prestação da contraparte.¹⁰¹

95. MICHELI, Gian Antonio. L'unità dell'ordinamento e il processo civile. *Rivista di Diritto Processuale*, vol. XXIII, 1968, p.436-437.

96. DI MAJO, Adolfo. Forme e tecniche di tutela. *Op.cit.*, p.24 ss; MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo. Op.cit.*, p.299-300.

97. Por isso que, com razão, quando fala da tutela dos direitos por meio da jurisdição, Marinoni prefere falar em tutela *jurisdicional* dos direitos. MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo. Op.cit.*, p.246, 293-295.

98. Destaquei este ponto em CABRAL, Antonio. Proceso y tecnología: nuevas tendencias. in PRIORI POSADA, Giovanni F. (Coord.). *Justicia y proceso en el siglo XXI: desafíos y tareas pendientes*. Lima: Palestra, 2019, p.449 ss.

99. Essa era a ideia externada por quem primeiro começou a estudá-los. Confira-se SZABO, Nick. The Idea of Smart Contracts, 1997, disponível em http://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.vwh.net/smart_contracts_idea.html, acessado em 1º/3/2019.

100. HOFMANN, Franz. Smart Contracts und Overenforcement: Analytische Überlegungen zum Verhältnis von Rechtszuweisung und Rechtsdurchsetzung. in FRIES, Martin; PAAL, Boris P. *Smart contracts*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2019, p.127.

101. BUTERIN, Vitalik. Ethereum White Paper: a Next Generation Smart Contract & Decentralized Application Platform, 2015, disponível em http://blockchainlab.com/pdf/Ethereum_white_paper-a_next_generation_smart_contract_and_decentralized_application_platform-vitalik-buterin.pdf, acessado em 1º/3/2019. Sobre o tema, confira-se ainda Matzke, Robin. Smart Contracts statt

Esses contratos baseiam-se na ideia de *embedded legal knowledge*, de que produtos e serviços sejam desenhados de maneira a assegurar confiança e transparência das ofertas e evitar o inadimplemento (e com isso, prevenir a necessidade do uso do Judiciário para fazê-los cumprir). Operam, por assim dizer, uma autoexecutoriedade das prestações contratuais.¹⁰²

Nos contratos inteligentes, todos os elementos do contrato são redigidos em códigos de computador e algoritmos,¹⁰³ e muitas vezes operados por aplicativos de celular, nos quais as partes inserem dados bancários ou de cartões de crédito e as prestações de cada contratante são entregues automaticamente.¹⁰⁴ Com esse tipo de tecnologia, as rotinas de cumprimento contratual tornam-se cada vez mais industrializadas, reduzindo sobremaneira os custos para a efetivação de direitos que até então eram muito mais altos.¹⁰⁵

Isso se dá porque até hoje a execução do contrato era sempre uma opção *ex post*: as partes decidem se vão cumprir e como vão prestar, o que abre oportunidade para inadimplir; com os contratos inteligentes, o mesmo mecanismo que define as obrigações também define *ex ante* o adimplemento, e a única chance para as partes não o cumprirem é violar o código, o que torna o descumprimento improvável porque praticamente inviável, sobretudo à vista da velocidade com que os contratos são executados.

Mas para o direito processual, os *smart contracts* permitem rever a lógica da proibição de autotutela porque praticamente eliminam o juízo da execução por relacionarem as partes diretamente (*peer to peer*) como sendo os sujeitos que definem também o *enforcement*, independentemente do Judiciário.¹⁰⁶

Como se sabe, no Estado de Direito, a autotutela é concebida como excepcional porque o Estado, ao assumir o monopólio da jurisdição e do uso da força, proíbe os

Zwangsvollstreckung: Zu den Chancen und Risiken der digitalisierten privaten Rechtsdurchsetzung. in FRIES, Martin; PAAL, Boris P. *Smart contracts*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2019, p.100.

102. RIEHM, Thomas. Smart Contracts und verbotene Eigenmacht. in FRIES, Martin; PAAL, Boris P. *Smart contracts*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2019, p.89; LOBE, Adrian. Smart contracts: Wenn der Algorithmus Selbstjustiz übt. *Süddeutsche Zeitung*, 08/04/2018, disponível em <https://www.sueddeutsche.de/digital/smart-contracts-wenn-der-algorithmus-selbstjustiz-uebt-1.3934283>, acessado em 24/02/2019; WRIGHT, Aaron; DE FILIPPI, Primavera; Decentralized Blockchain Technology and the Rise of Lex Cryptographia, 2015, p.11.

103. PAULUS, Christoph G.; MATZKE, Robin. Digitalisierung und private Rechtsdurchsetzung: Relativierung der Zwangsvollstreckung durch smarte IT-Lösungen? *Computer und Recht*, 2017, p.771.

104. RASKIN, Max. The Law and the Legality of Smart Contracts. *Georgetown Law Technology Review*, vol.1, 2017, p.304 ss; FINCH, Victor. *Smart Contracts: The Essential Quick & Easy Blueprint to Understand Smart Contracts and Be Ahead of Competition*, e-book, 2017, p.77-82.

105. Sobre a redução dos custos de transação com a tecnologia, HOFMANN, Franz. Smart Contracts und Overenforcement: Analytische Überlegungen zum Verhältnis von Rechtszuweisung und Rechtsdurchsetzung. *Op.cit.*, p.126.

106. MATZKE, Robin. Smart Contracts statt Zwangsvollstreckung: Zu den Chancen und Risiken der digitalisierten privaten Rechtsdurchsetzung. *Op.cit.*, p.109.

cidadãos de implementarem os contratos por seus próprios meios contra a vontade da contraparte.¹⁰⁷ Mas até que ponto, um hotel que desabilita o cartão eletrônico do hóspede, negando-lhe acesso ao quarto do hotel depois do horário do *check out* não está operando a autotutela do contrato? A autotutela seria um obstáculo aos contratos inteligentes ou deveria ser repensada?¹⁰⁸

Além disso, a proibição do uso privado da força levou à concepção de que todos os atos de execução deveriam ser necessariamente estatais. Na atualidade, será que não deveríamos repensar a necessidade do Estado na execução civil? Existe, na execução, um monopólio estatal para a prática de qualquer ato jurídico (reserva de jurisdição),¹⁰⁹ mesmo que não represente subtração forçada de patrimônio corpóreo?¹¹⁰ Será que todos os atos executivos devem ser operados pelos agentes estatais ou poderiam ser, pela vontade das partes, atribuídos a agentes privados?¹¹¹

Essas são apenas algumas das questões que a autotutela traz para o jurista do nosso tempo. Aqui, e para os estritos limites deste estudo, quero destacar que a autotutela representa um empoderamento das pessoas em conflito para solucioná-los, e que mostra que o sistema jurídico é previdente de instrumentos não judiciais para a tutela dos direitos. De certo modo, mostra também que as normas materiais e processuais estão mais uma vez imbricadas na solução do litígio.

107. BEURSKENS, Michael. *Privatrechtliche Selbsthilfe: Rechte, Pflichten und Verantwortlichkeit bei digitalen Zugangsbeschränkungs- und Selbstdurchsetzungsbefugnissen*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2017, p.4-25. Veja-se também PAULUS, Christoph G.; MATZKE, Robin. Digitalisierung und private Rechtsdurchsetzung: Relativierung der Zwangsvollstreckung durch smarte IT-Lösungen? *Computer und Recht*, 2017, p.769 ss.

108. Questão abordada por RIEHM, Thomas. Smart Contracts und verbotene Eigenmacht. in FRIES, Martin; PAAL, Boris P. *Smart contracts*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2019, p.92 ss.

109. MATZKE, Robin. Smart Contracts statt Zwangsvollstreckung: Zu den Chancen und Risiken der digitalisierten privaten Rechtsdurchsetzung. *Op.cit.*, p.110.

110. Riehm defende a ideia que meios executivos destinados a apreenderem coisas não podem ser empregados por contratos inteligentes; admite, todavia, que essas ferramentas possam operar para prestações pecuniárias, com algumas ressalvas em relação aos contratos de adesão. Confira-se RIEHM, Thomas. Smart Contracts und verbotene Eigenmacht. *Op.cit.*, p.98.

111. Acerca das convenções processuais em execução, DIDIER JR., Fredie ; CABRAL, Antonio do Passo. Negócios jurídicos processuais atípicos e execução. *Revista de Processo*, vol. 275, 2018, p.193 ss, especialmente p.220 ss. Sobre a delegação de competências em geral, e dos atos executivos em especial, confira-se CABRAL, Antonio do Passo. *Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil*. Universidade do Estado do Rio de Janeiro: Tese apresentada ao concurso de professor titular de Direito Processual Civil, 2017, p.454 ss.

5. PERSPECTIVAS PARA O FUTURO: RUMO A UMA MATERIALIZAÇÃO DO PROCESSO E RELAÇÕES DE CONVERGÊNCIA COAXIAL ENTRE DIREITO E PROCESSO

A reflexão precedente parece afastar o direito processual contemporâneo de algumas das características do instrumentalismo de Dinamarca. O processo brasileiro do séc.XXI surge mais flexível, com maior protagonismo das partes e redução dos poderes do juiz, cenário em que temas como os negócios jurídicos processuais e a autotutela puderam florescer e se revigorar. Ao invés de acreditar na solução jurisdicional dos conflitos, relacionando o processo ao Estado, o sistema jurídico empresta ênfase a processos privados de resolução de disputas (autocompositivos ou heterocompositivos).

Por isso, as relações entre processo e direito material mudaram drasticamente. Não vejo mais como possível associar processo e jurisdição, tampouco elencar-lhes escopos que sejam totalmente independentes dos direitos materiais. E os paradigmas alternativos que a doutrina apresentou ao criticar o instrumentalismo tampouco atentaram para essa tendência.¹¹²

Normas materiais e processuais não necessariamente se diferenciam como antes se procurava fazer. A secundariedade das regras processuais deve ser questionada à luz da admissibilidade de negócios jurídicos processuais prévios. Penso que, atualmente, ambos os tipos de norma podem se misturar na correção de requisitos e pressupostos, e também interagem ao produzirem incentivos de conduta e mecanismos de autotutela. Normas processuais, portanto, passam a cumprir função *primária* de condicionamento dos comportamentos humanos, mesmo fora do Judiciário.

Nessa toada, o diagnóstico exposto neste ensaio permite questionar se não estaria havendo um retorno do processo ao direito material, algo que poderia ser descrito como uma *materialização do processo*.

Por “materialização do processo” entendemos uma renovada aproximação entre direito material e direito processual que se coloca em várias dimensões e com intensidade muito diferente do que até hoje se viu.¹¹³

112. Aliás, em grande parte, todos os críticos partem geralmente da premissa de que toda forma de tutela dos direitos é jurisdicional (unindo processo e jurisdição e pressupondo que o Estado estará sempre presente) e não abordam o tema da autotutela. O fenômeno que vem sendo referido na doutrina do direito constitucional como sendo uma “proceduralização” do direito tampouco abrange esses fenômenos porque pressupõe que o conflito será levado ao Judiciário (i.e. não se propõe a imaginar a interação entre direito e processo fora do espaço judiciário), tampouco retoma a necessidade e os critérios de distinção entre norma processual e norma material. Ao contrário, a tese de proceduralização pressupõe tal distinção. Confira-se a respeito ABBOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. Op.cit., p.1481 ss.

113. Não tomo a expressão no sentido usado por alguns, de uma perda de formalidade do direito em nome de valores materiais. Nesse sentido de uma “materialização” como fuga de canais formais, no direito privado é conhecido o estudo de CANARIS, Claus-Wilhelm. *Wandlungen des*

Dessa tendência podem ser extraídas algumas consequências, já que a materialização do processo:

- 1) entremeia direito material e direito processual em normas negociais que atuam primariamente no condicionamento de condutas, fazendo com que as normas processuais não possam mais ser concebidas como secundárias;
- 2) provoca-nos a buscar os contornos de uma nova geometria que defina os espaços da norma processual e da norma material, e novos critérios para defini-las e diferenciá-las;
- 3) autoriza a identificação de atos processuais praticados fora do processo judiciário, o que impõe que nos libertemos da associação do “processo” com aquela que é somente uma de suas espécies, o “processo jurisdicional”;
- 4) torna natural que em alguns espaços e para certos institutos jurídicos, os requisitos e pressupostos que vão determinar sua validade e eficácia possam ser fruto de uma correção simultânea por normas processuais e materiais, sendo desnecessário que artificialmente procuremos isolar o processo do direito material (na atual quadra histórica em que consolidada a autonomia do direito processual, isso tampouco é necessário); e
- 5) permite repensar a natureza (material, processual ou híbrida) de certos institutos que até hoje estiveram em uma zona cinzenta, como nulidades, prova, negócios jurídicos, garantias executivas (sobretudo as reais, como hipoteca e penhor).

Pois bem. Não obstante esse retorno do processo ao direito material, com tantas repercussões, vimos a tendência contemporânea de que o fenômeno jurídico seja processualizado. E ressaltamos que a “procedimentalização” ou “proceduralização” cumprem papel relevante nos ordenamentos jurídicos da atualidade. Ora, nesse cenário de uma materialização do processo, como ficaria o procedimento? Estaríamos rumando na direção de uma desprocedimentalização do direito? A resposta é negativa.

Mesmo com o retorno do processo ao direito material, entendo que os caminhos futuros não serão nem no sentido de diminuir a importância do procedimento, nem de isolá-lo identificando finalidades que lhe seriam próprias ou exclusivas.

Schuldvertragsrechts: Tendenzen zu seiner Materialisierung. *Archiv des civilistischen Praxis*, vol.200, 2000, p.273-364. Também não faço referência, ao falar de “materialização”, na postura ativista do juiz para implementar igualdade social, corrigindo prestações estatais, ou mesmo na orientação da atividade jurisdicional do juiz para reduzir as desigualdades no campo do direito material (condução do processo pelo juiz como forma de implementação da igualdade material). Confira-se, a respeito desses usos do termo, ALTHAMMER, Christoph. Materialisierung der amtswegigen Urkundenedition (§§ 142 ff. ZPO) als Folge der Umsetzung europäischen Sonderprozessrechts (insbesondere der Kartellschadensersatzrichtlinie). in SCHÜTZE, Rolf. A. (org.). *Fairness Justice Equity: Festschrift für Reinhold Geimer zum 80. Geburtstag*. München: C.H.Beck, 2017, p.15 ss; Kehrberger, Roman F. *Die Materialisierung des Zivilprozessrechts*. *Op.cit.*, p.274 ss.

O retorno do processo ao direito material faz com que o procedimento (e suas variações e flexibilizações) devam estar atentos ao direito material e revelar-se em função dele. Mas não se trata de pensar na “tutela diferenciada” como classicamente se imaginava. A relação entre direito material e direito processual não é apenas instrumental, seja ela vetorial (direito => processo => procedimento) ou circular (Zaneti Jr.),¹¹⁴ nem mesmo uma espiral.

A relação contemporânea entre direito e processo assume uma configuração *coaxial*. São *eixos convergentes* e podem atuar em conjunto transformando as situações processuais e o próprio procedimento,¹¹⁵ dentro e fora do processo jurisdicional, moldando tanto a regulação primária como a regulação secundária.¹¹⁶

Os desdobramentos dessa ideia ainda dependem de aprofundamento, mas me parecem fincar premissas cuja exploração poderá levar a resultados proveitosos no futuro. Há que meditar ainda sobre como essas relações impactam o sistema de justiça.

Bom, ao ensejo de encerrar este trabalho, quero destacar que menos que uma divergência, ao identificar uma nova rota no direito processual brasileiro, dei-me conta de que o pensar o futuro nos remete ao passado, aos clássicos, àqueles textos lapidares e emblemáticos que jamais perderão sua relevância. A *Instrumentalidade do processo* certamente é um desses trabalhos imortais.

E se hoje outros ventos levam o sistema jurídico para novos caminhos, em especial na relação entre direito material e direito processual, com novos papéis para as normas processuais, essa constatação não pode desfazer o brilho, a utilidade ou a atualidade de inúmeras outras ideias do instrumentalismo que se mantêm inalteradas, e que, a partir de Cândido Rangel Dinamarco, continuarão a pautar a academia e a jurisprudência, servindo como farol a inspirar muitos outros jovens desta e das futuras gerações.

114. De alguma maneira, a secundariedade das normas de direito processual está presente nas teses que enxergam as relações entre direito e processo em formato vetorial ou circular. Confira-se ZANETI JR., Hermes. Teoria Circular dos planos (Direito Material e Direito Processual). *Op.cit.*, p. 165 ss.

115. Essa ideia de uma materialização do processo se acopla totalmente à tese que defendi em conjunto com Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha, no sentido de que hoje deve haver uma simbiose de técnicas processuais que se aplicam em qualquer procedimento (independentemente de tratar-se de procedimento comum ou especial), que se aplicam na base de um juízo de adequação e compatibilidade que é empreendido à luz do direito material e dos tipos de mecanismos processuais à disposição. O procedimento torna-se por assim dizer “mutante”, não apenas preordenado para servir ao direito substancial, mas revelando-se, no caso concreto, a partir dele. DIDIER JR; Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Por uma teoria dos procedimentos especiais: dos procedimentos às técnicas*. Salvador: Juspodivm, 2a ed., 2020.

116. Observe-se que tampouco é possível afirmar que o condicionamento primário de conduta se dê fora do processo judicial e o condicionamento secundário dentro dele. A autotutela parece ser um fenômeno em que os incentivos primários e secundários são operados fora do Judiciário.

6. REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. São Paulo: RT, 4a ed., 2020.
- ABBOUD, Georges; OLIVEIRA, Rafael Tomas de. O dito e o não-dito sobre a instrumentalidade do processo: críticas e projeções a partir de uma exploração hermenêutica da teoria processual. *Revista de Processo*, vol. 166, 2008.
- ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Proceso, autocomosición y autodefensa: contribución al estudio de los fines del proceso*. México: Universidade Nacional Autônoma de México, 2a ed., 1970.
- ALLORIO, Enrico. Patto di non denunciare e indisponibilità dei diritti processuali. *in Problemi di Diritto*. Milão: Giuffrè, vol.II, 1957.
- ALTHAMMER, Christoph. Materialisierung der amtswegigen Urkundenedition (§§ 142 ff. ZPO) als Folge der Umsetzung europäischen Sonderprozessrechts (insbesondere der Kartellschadensersatzrichtlinie). *in SCHÜTZE, Rolf. A. (org.). Fairness Justice Equity: Festschrift für Reinhold Geimer zum 80. Geburtstag*. München: C.H.Beck, 2017.
- ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. *Il modello costituzionale del processo civile italiano*. Torino: G.Giappichelli, 1990.
- AUER, Marietta. *Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit: Generalklauseln im Spiegel der Antinomien des Privatrechtsdenkens*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2005.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Anotações sobre o título “da prova” do novo Código Civil. *in DIDIER JR., Fredie; MAZZEI, Rodrigo (org.). Reflexos do novo Código Civil no Direito Processual*. Salvador: Juspodivm, 2a ed., 2007.
- _____. Por um processo socialmente efetivo. *Revista de Processo*, ano 27, vol.105, jan-mar, 2002.
- _____. Sobre a multiplicidade de perspectivas no estudo do processo. *in Temas de Direito Processual - 4a série*. São Paulo: Saraiva, 1989.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. São Paulo: Malheiros, 6a Ed., 2011.
- _____. Instrumentalismo e garantismo: visões opostas do fenômeno processual? *in BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CINTRA, Lia Carolina Batista; EID, Elie Pierre (coord.)*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.
- BEURSKENS, Michael. *Privatrechtliche Selbsthilfe: Rechte, Pflichten und Verantwortlichkeit bei digitalen Zugangsbeschränkungs- und Selbstdurchsetzungsbefugnissen*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2017.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, vol.V, 6a ed., 1947.
- BRÊTAS, Ronaldo. *Processo constitucional e Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- BUENO, Cassio Scarpinella. O “modelo constitucional do direito processual civil”: um paradigma necessário de estudo do direito processual civil e algumas de suas implicações. *Revista de Processo*, vol. 161, 2008.
- BUTERIN, Vitalik. Ethereum White Paper: a Next Generation Smart Contract & Decentralized Application Platform, 2015, disponível em http://blockchainlab.com/pdf/Ethereum_white_

- paper-a_next_generation_smart_contract_and_decentralized_application_platform-vitalik-buterin.pdf, acessado em 1º/3/2019.
- CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais: teoria geral dos negócios jurídicos processuais*. Salvador: Juspodivm, 3a ed., 2020.
- _____. *Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil*. Universidade do Estado do Rio de Janeiro: Tese apresentada ao concurso de professor titular de Direito Processual Civil, 2017.
- _____. *Negócio de certificação* (parte I): introdução, objeto e limites, mimeografado, 2020, no prelo.
- _____. *Proceso y tecnología: nuevas tendencias*. in PRIORI POSADA, Giovanni F. (Coord.). *Justicia y proceso en el siglo XXI: desafíos y tareas pendientes*. Lima: Palestra, 2019.
- CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Negócios processuais*. Salvador: Juspodivm, tomo I, 4a ed., 2019.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Das relações entre o Código Civil e o Direito Processual Civil*. in DIDIER JR., Fredie; MAZZEI, Rodrigo (org.). *Reflexos do novo Código Civil no Direito Processual*. Salvador: Juspodivm, 2a ed., 2007.
- CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*. in *Processo e Constituição: Estudos em Homenagem ao Prof. José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Wandlungen des Schuldvertragsrechts: Tendenzen zu seiner Materialisierung*. *Archiv des civilistischen Praxis*, vol.200, 2000.
- CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*. Napoli: Morano, 1958.
- _____. *Lezioni di Diritto Processuale Civile*. Padova: CEDAM, vol.I, 1930.
- _____. *Profilo dei rapporti tra diritto e processo*. *Rivista di Diritto Processuale*, ano XXXV, n.4, 1960.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Cosa giudicata e competenza*, in *Saggi di Diritto Processuale Civile*. Milano: Giuffrè, vol.II, 1993.
- _____. *Principii di Diritto Processuale Civile*. Napoli: Jovene, reimpressão, 1965.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: RT, 8ª Ed., 1991.
- COSTA, Eduardo José da Fonseca. O processo como instituição de garantia, disponível em <https://www.conjur.com.br/2016-nov-16/eduardo-jose-costa-processo-instituicao-garantia>, acessado em 28/09/2020.
- _____. *Processo: garantia de liberdade (“freedom”) e garantia de liberdade (“liberty”)*, disponível em <https://emporiiodireito.com.br/leitura/processo-garantia-de-liberdade-freedom-e-garantia-de-liberdade-liberty>, acessado em 28/09/2020.
- DEGENKOLB, Heinrich. *Einlassungszwang und Urteilsnorm: Beiträge zur materiellen Theorie der Klagen insbesondere der Anerkennungsklagen*. Leipzig: Breitkopf und Härtel, 1877.
- DI MAJO, Adolfo. *Forme e tecniche di tutela*. In MAZZAMUTO, Salvatore (org.). *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*. Napoli: Jovene, vol.1, 1989.
- DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: Juspodivm, vol.1, 22a ed., 2020.

- _____. Teoria do processo e teoria do direito: o neoprocessualismo. in DIDIER JR., Fredie (Org.). *Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial – vol.2*. Salvador: Jus Podivm, 2010.
- DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo. Negócios jurídicos processuais atípicos e execução. *Revista de Processo*, vol. 275, 2018.
- DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Por uma teoria dos procedimentos especiais: dos procedimentos às técnicas*. Salvador: Juspodivm, 2a ed., 2020.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. A formação do moderno processo civil brasileiro. in *Fundamentos do processo civil moderno*. São Paulo: RT, 2a ed., 1987.
- _____. *A Instrumentalidade do Processo*. São Paulo: Malheiros, 9ª ed., 2001.
- _____. Das ações típicas. in *Fundamentos do processo civil moderno*. São Paulo: RT, 2a ed., 1987.
- _____. Os institutos fundamentais do direito processual. in *Fundamentos do processo civil moderno*. São Paulo: RT, 2a ed., 1987.
- DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2016.
- FAZZALARI, Elio. *Note in tema di diritto e processo*. Milano: Giuffré, 1957.
- _____. L'esperienza del processo nella cultura contemporanea. *Rivista di Diritto Processuale*, ano XX, jan-mar., 1965.
- FINCH, Victor. *Smart Contracts: The Essential Quick & Easy Blueprint to Understand Smart Contracts and Be Ahead of Competition*, e-book, 2017.
- GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Belo Horizonte: Aide, 1992.
- GRECO, Leonardo. *A teoria da ação no processo civil*. São Paulo: Dialética, 2003.
- _____. Garantias Fundamentais do Processo: o “processo justo”. in Estudos de Direito Processual, ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005.
- HENCKEL, Wolfram. *Prozessrecht und materielles Recht*. Göttingen: Otto Schwartz, 1970. Hofmann, Franz. Smart Contracts und Overenforcement: Analytische Überlegungen zum Verhältnis von Rechtszuweisung und Rechtsdurchsetzung. in FRIES, Martin; PAAL, Boris P. *Smart contracts*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2019.
- INOUE, Harunori. Der Zivilprozeß als gleichberechtigtes Dialogverfahren. Zur neueren Prozeßdiskussion im japanischen Zivilprozeß. *Zeitschrift für Zivilprozeß*, ano 98, n.4, 1985.
- KEHRBERGER, Roman F. *Die Materialisierung des Zivilprozessrechts: Der Zivilprozess im modernen Rechtsstaat*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2019.
- LACERDA, Galeno. *Teoria geral do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- LEAL, Rosemiro Pereira. *A Teoria Neoinstitucionalista do Processo: uma trajetória conjectural*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.
- _____. *Teoria processual da decisão jurídica*. São Paulo: Landy, 2002.
- LENT, Friedrich. *Zivilprozessrecht*. München: Beck, 1947.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. Norme processuali nel codice civile. in *Problemi del Processo Civile*. Napoli: Morano, 1962.

- LOBE, Adrian. Smart contracts: Wenn der Algorithmus Selbstjustiz übt. *Süddeutsche Zeitung*, 08/04/2018, disponível em <https://www.sueddeutsche.de/digital/smart-contracts-wenn-der-algorithmus-selbstjustiz-uebt-1.3934283>, acessado em 24/02/2019.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 2006.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. São Paulo: RT, vol.1, 2015.
- MATZKE, Robin. Smart Contracts statt Zwangsvollstreckung: Zu den Chancen und Risiken der digitalisierten privaten Rechtsdurchsetzung. in FRIES, Martin; PAAL, Boris P. *Smart contracts*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2019.
- MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. São Paulo: RT, 1993.
- _____. Administração pública: do ato ao processo. in ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Forum, 2008.
- MICHELI, Gian Antonio. L'unità dell'ordinamento e il processo civile. *Rivista di Diritto Processuale*, vol. XXIII, 1968.
- NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: RT, 3ª ed., 1997.
- NOYES, Henry S. If you (re)build it, they will come: contracts to remake the rules of litigation in arbitration's image. *Op. cit.*, p.618.
- NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*. Curitiba: Juruá, 2008.
- _____. Processualismo Constitucional Democrático e padronização decisória. *Revista de Processo*, ano 36, vol.199, set., 2011.
- NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco. Por um novo paradigma processual. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, vol.26, jan-jun, 2008.
- _____. Processo, jurisdição e processualismo constitucional democrático. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, n. 101, jul.-dez. 2010.
- NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio Quinaud. *Teoria geral do processo*. Salvador: Jus Podivm, 2020.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo valorativo*. São Paulo: Saraiva, 3ª Ed., 2010.
- _____. Efetividade e tutela jurisdicional, *Revista dos Tribunais*, vol.836, jun., 2005.
- PAULUS, Christoph G.; MATZKE, Robin. Digitalisierung und private Rechtsdurchsetzung: Relativierung der Zwangsvollstreckung durch smarte IT-Lösungen? *Computer und Recht*, 2017.
- PÉREZ RAGONE, Álvaro. Contornos de la justicia procesal (procedural fairness): la justificación ética del proceso civil. *Revista de Derecho Procesal*, 2005.
- PICARDI, Nicola. *Il principio del contraddittorio*. *Rivista di Diritto Processuale*, ano LII, 1998.
- RASKIN, Max. The Law and the Legality of Smart Contracts. *Georgetown Law Technology Review*, vol.1, 2017.
- RIEHM, Thomas. Smart Contracts und verbotene Eigenmacht. in FRIES, Martin; PAAL, Boris P. *Smart contracts*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2019.

- RIMMELSPACHER, Bruno. *Zur Prüfung vom Amts wegen im Zivilprozess*. Göttingen, 1966.
- ROLO, Rafael Felgueiras. O processo coletivo e o papel da coletividade ausente: a afirmação de um contraditório transcendente. Universidade do Estado do Rio de Janeiro: Dissertação de Mestrado, 2015, capítulo 1.
- SALLES, Carlos Alberto de. Processo: procedimento dotado de normatividade – uma proposta de unificação conceitual. in ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz. *40 anos da Teoria Geral do Processo no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2013.
- SAUER, Wilhelm. *Grundlagen des Prozessrechts*. Stuttgart: Ferdinand Enke, 1919.
- von SAVIGNY, Friedrich Carl. *System des heutigen Römischen Rechts*. Berlin: Veit & Comp., , vol. V, 1841.
- _____. *System des heutigen Römischen Rechts*. Berlin: Veit & Comp., vol. VI, 1847.
- SICA, Heitor Vitor Mendonça. Velhos e novos institutos fundamentais do direito processual civil. in *40 anos da teoria geral do processo no Brasil: passado, presente e futuro*. São Paulo: Malheiros, 2013.
- SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, reimpressão, 2006.
- SILVA, Paula Costa e. *Pactum de non petendo: exclusão convencional do direito de ação e exclusão convencional da pretensão material*. in CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Coord.). *Negócios processuais*. Salvador: Juspodivm, 4a ed., 2019.
- STALEV, Zhivko. *Das Verfahren als dynamischer Tatbestand*. *Zeitschrift für Zivilprozeß*, ano 88, n.2, 1975.
- STEIN, Friedrich. *Grundriß des Zivilprozeßrechts und des Konkursrechts*. Tübingen: Mohr, 1921.
- SZABO, Nick. The Idea of Smart Contracts, 1997, disponível em http://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.vwh.net/smart_contracts_idea.html, acessado em 1º/3/2019.
- THEODORO JR., Humberto. O novo Código Civil e as regras heterotópicas de natureza processual. in DIDIER JR., Fredie; MAZZEI, Rodrigo (org.). *Reflexos do novo Código Civil no Direito Processual*. Salvador: Juspodivm, 2a ed., 2007.
- WAGNER, Gerhard. *Prozeßverträge: Privatautonomie im Verfahrensrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1998.
- WRIGHT, Aaron; DE FILIPPI, Primavera. *Decentralized Blockchain Technology and the Rise of Lex Cryptographia*, 2015.
- ZANETI JR., Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- _____. Teoria Circular dos planos (Direito Material e Direito Processual). in AMARAL, Guilherme Rizzo; MACHADO, Fábio Cardoso (org.). *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito material e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.



Los acuerdos procesales

The procedural agreements

Jorge A. Rojas

Professor at the University of Buenos Aires, Argentina.
President of the Argentine Association of Procedural Law.

Sumario: Este trabajo se refiere a los acuerdos procesales y a los derechos disponibles porque en la regulación proyectada en el código de Argentina se genera una restricción sobre esos derechos ya que se superponen los derechos sustanciales con los procesales.

Palabras clave: acuerdos procesales – derechos disponibles – disponibilidad de las formas.

Abstract: This work refers to the procedural agreements and available rights because the regulation projected in our Argentine code generates a restriction on those same rights, superimposing the substantial rights with the procedural ones.

Key words: procedural agreements – rights available – availability of forms.

I.- El proyecto de Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, que se encuentra en el Congreso Nacional para su debate y aprobación tiene –como toda obra humana– aspectos para destacar y otros que merecen alguna revisión para su concreta operatividad.

Uno de los aspectos que se destacan en este nuevo ordenamiento adjetivo, y que fue tomado del derecho comparado, en especial del derecho francés y el brasilero, es un instituto absolutamente novedoso en nuestro país, que son los acuerdos o negocios procesales.

Esto es la posibilidad para las partes que intervienen en el proceso, de poder introducir modificaciones en su estructura y desarrollo en tanto y en cuanto no quede desvirtuado, y siempre sujeto a su aprobación por el juez del caso.

Para poder interpretar adecuadamente este nuevo instituto haremos referencia al contenido de su regulación, dispone el art. 14 del proyecto: *Acuerdos procesales. Las partes pueden celebrar, en procesos donde se debatan derechos disponibles y en tanto no concurriera una inobservancia del orden público, acuerdos procesales que puedan determinar una modificación de las normas procesales. Tales acuerdos podrán adecuar el proceso a las particularidades del conflicto y especificar el alcance de las cargas, facultades y deberes procesales de las partes. De oficio o a requerimiento de parte, el juez controlará la validez de los acuerdos debiendo negar su aplicación en los casos en que lo pactado resulte nulo, suponga un abuso del derecho o importare el sometimiento a un contrato de adhesión.*

Como se desprende de la norma, que resulta sumamente valiosa a los fines de permitir la agilización del proceso, flexibilizando aquellas normas que impongan pesadas cargas a las partes, resulta evidente que esos acuerdos deben ser celebrados en el proceso, o bien, aunque se celebren extrajudicialmente, igual deben ser presentados para su aprobación por parte de la jurisdicción, en atención a lo que surge de la última parte de esa norma. Esto de alguna manera es una réplica –mutatis mutandi– del art. 190 del Código del Proceso de Brasil.

II.- No obstante ello, es importante destacar, pese a lo valioso de la norma, que conviene realizar su adaptación a una cultura judicial que parecería ser renuente a este tipo de convenios de neta índole procesal, pues adviértase que no son habituales las concesiones entre partes litigantes, para lo cual conviene tener en cuenta, el rol que desempeñan los abogados, que son quienes en definitiva manejan el proceso, para realizar este tipo de acuerdos apuntando a flexibilizar cargas, facultades y deberes procesales de las partes, sencillamente porque son prácticas que no resultan habituales en los usos forenses.

Por lo tanto, se advierte ab initio, que no se consagra una práctica habitual, que hizo de los usos y costumbres una norma que se traslada a la letra de la ley, la reforma que se propone pretende introducir una práctica novedosa.

Para ello, es importante tener en cuenta que resulta imprescindible la adecuada preparación del operador jurídico, y aquí es importante destacar que se alude tanto a abogados cuanto a los jueces, porque todos deben participar de la concreción de aquello que la norma habilita.

III.- Partiendo de esta premisa, la remisión a la primera parte de la norma, permite advertir que se pueden llevar a cabo este tipo de acuerdos procesales, en procesos en donde se debatan derechos disponibles, en tanto no concurra una inobservancia del orden público, y esos acuerdos apunten a una modificación de normas procesales.

Es evidente que aquí se superponen dos planos claramente diferenciables, por un lado, se señala que los derechos involucrados en el pleito deben resultar disponibles, lo que no surge del proyecto de código, y la ley sustancial indica que un derecho disponible es aquel que puede ser objeto de transacción.

Sin embargo, no es menos cierto que lo que se persigue a través de esta actuación de neta índole procesal, es modificar el alcance de una norma procesal, con lo cual parecería que hay una superposición conceptual entre aquello que es materia indisponible, desde el punto de vista del derecho sustancial, con aquellas normas procesales sobre las que se intentan negociar, y que no tienen otra finalidad más que propender a agilizar el proceso, o resguardar el derecho de defensa, o bien cualquier otro aspecto de índole procesal, que en modo alguno puede ser confundido con la materia sustancial que resulte indisponible.

Sirva como ejemplo, señalar que en un proceso en donde el debate gire en derredor de la nulidad de un matrimonio, no puede caber duda alguna que se trata de una materia indisponible para las partes, por el claro compromiso del orden público que existe en debate.

Sin embargo, puede ser probable que se negocie entre las partes la realización de una prueba con preeminencia sobre otra, o bien las partes se pueden conceder una recíproca ampliación de plazos para analizar y eventualmente observar un peritaje, o inclusive acordar el orden de la declaración de los testigos que pudieron haber ofrecido.

Es evidente que nada de ello significa una afectación del orden público, ni menos aún que ello resulte indisponible para las partes, pues –en principio, salvo las particularidades de cada caso- no se puede advertir ningún tipo de lesión al debido proceso con los ejemplos propuestos.

IV.- Pero si las partes se ajustan a las previsiones del código –si tomamos por caso este proyecto como código- cuáles serían los derechos disponibles, si por vía de principio no se establecen ¿serán los que al juez le parezcan?

Todo concluye –conforme esta regulación de los acuerdos procesales- que será él quien “controlará la validez de esos acuerdos”, por lo cual deberá negar –dice la norma- su aplicación si lo pactado resulta nulo, suponga un abuso del derecho o importe el sometimiento a un contrato de adhesión.

Si despejamos que la nulidad deberá surgir de la norma que imponga esa sanción, para privar de efectos una actuación procesal, lo que será fácil de determinar, la cuestión es si hay alguna norma que disponga una sanción de esa índole por el ejercicio de un derecho disponible.

Es difícil encontrar la respuesta, porque si no se determinan los derechos disponibles, más complicado será saber cuándo resultan nulos.

La figura del abuso del derecho lleva ínsita una mayor discrecionalidad y, aparece oportuna su concepción en esos términos, porque se puede detectar aún encubierta en normas o procedimientos que a simple vista aparezcan válidos, pero que en el contexto en el que pretendan desarrollarse importen ese ejercicio abusivo, para lo cual habrá que estar a las previsiones del art. 17 de ese cuerpo, que brinda pautas interpretativas en esa línea.

Finalmente la otra superposición entre la normativa procesal y la sustancial, se advierte en el último aspecto que podrá evaluar el juez, que consiste en la celebración de un contrato de adhesión, que se celebre en desmedro de una de las partes litigantes.

V.- Como se aprecia, más allá de los términos en que se concibe la norma, no se puede advertir –por las imprecisiones que contiene- la conveniencia de su regulación en la forma en que fue expuesta, pese a la importancia que tiene la incorporación de un instituto de esa índole, solo pensando en lo valioso de su utilización en conexión –por ejemplo- con la producción de prueba anticipada, o con la audiencia preliminar.

Sin embargo, si en un proceso de nulidad de matrimonio –como el ejemplo que antes señalamos- se decidiera de común acuerdo entre las partes, renunciar al recurso de apelación, la pregunta que cabe formularse es si el juez convalidará un acuerdo con ese alcance.

Sería fácil presumir que se afecta el legítimo derecho de defensa en juicio al privársele a una parte del derecho a recurrir, aunque la Corte Suprema tiene entendido que la doble instancia en el ámbito civil no tiene rango constitucional. Sin embargo, la apelación se puede interpretar como un típico derecho disponible para las partes. El ejemplo más elocuente es su renuncia prácticamente usual en el desarrollo de un proceso arbitral.

Aquí aparece en escena una figura esencial a tener en cuenta que es el recurso de nulidad, que este proyecto replica su concepción tal como está previsto en el actual art. 253 del código procesal nacional (véase el art. 340).

Y en este punto, cabe reposar la mirada en el defecto sistémico de la concepción que se observa entre los acuerdos procesales, y los mecanismos de revisión que se adopten, toda vez que si se presume la disponibilidad de las formas, y por ejemplo así se interpretara a la posible renuncia a la apelación, por tratarse de un recurso disponible

para las partes, el límite para resguardar el debido proceso legal, tal como le interesa a la norma analizada, se debería encontrar en la irrenunciabilidad al recurso de nulidad.

Ello en razón de que a través de la apelación se persigue la revisión de lo decidido, por la injusticia que se invoque, pero en la nulidad se persigue la “rescisión” de lo decidido, esto implica casar el fallo, declararlo nulo por ilegal, no simplemente por contrario a derecho, sino por resultar inválido como pronunciamiento jurisdiccional.

Como se advierte, los flancos que ofrece esta norma, que resulta valiosísima a los fines de marcar una nueva impronta para el proceso, se ve afectada por la confusión entre ley procesal y ley sustancial, que además ve desdibujada su claridad porque los principios no resultan acordes sistémicamente con los fines adonde se apunta con la legislación proyectada, que se precia de ser progresiva, y que desde luego conceptualmente no puede más que ser compartida.

Ello obedece a que precisamente en la primera parte el proyecto de código al aludir a los principios que se observarán en el proceso señala que las partes podrán disponer de sus derechos en el proceso (art. 4), y luego en el art. 9 señala puntualmente el principio de adaptabilidad de las formas en donde se dispone que “el juez podrá adaptar las formas, sin vulnerar el debido proceso legal, sea de oficio o a petición de parte”.

Con lo cual no se advierte la razón de la contradicción que existe entre los principios que marcarían el rumbo del proceso y la concepción que se hizo del art. 14 replicando para ello el art. 190 del Código Procesal del Brasil.

Para ello, sería conveniente la adaptación de todos estos aspectos, a los fines de que esta reforma pueda rendir los frutos adecuados, sin generar las confusiones que con esta concepción puede provocar.

Ello impone la necesidad de tener que contemplar con mayor claridad la norma analizada, quizás señalando aquellos aspectos que resultan indisponibles en el proceso, como por ejemplo el recurso de nulidad, porque es imposible que alguien conozca de antemano si una eventual sentencia resultará nula o no, circunstancia que no se compadece con la eventual renuncia del recurso de apelación que podría constituir materia disponible para las partes si ellas de común acuerdo así lo disponen.

Estas reflexiones a través de ejemplos concretos que resultan altamente probables que acontezcan en un proceso, como la producción de prueba o los sistemas recursivos de los cuales pueden valerse las partes, llevan a la conclusión de que resulta conveniente establecer aquellos aspectos que procesalmente resultan disponibles para las partes, como fuera señalado con el recurso de nulidad por oposición al de apelación.

El debate conceptual sobre la importancia de una norma tan valiosa para que pueda ser utilizada adecuadamente y extraer de ella las ventajas que pueden obtenerse abre un debate que impone la mejora en su concepción a fin de aventar dudas y evitar superposiciones conceptuales.



Certiorari, trascendencia y doctrina del precedente en Argentina

Certiorari, significance and doctrine of the precedent in Argentina

Federico D. Sedlacek

Professor of Civil Procedural Law
at National University of Litoral, Argentina.

Resumen: El recurso extraordinario federal (en adelante REF) constituye un instituto jurídico y procesal de suma complejidad. La Corte Suprema, cómo máximo órgano judicial de la Nación, a quien la Constitución Nacional ha asignado que sea su guardiana, no es de libre acceso para cualquier cuestión que un peregrino intente llevar porque sí. Hay que tener motivos, y un caso, de esos que merecen ser tratados ante sus estrados. Resulta totalmente razonable que el tribunal con mayor autoridad y prestigio de un país, cabeza de un Poder del Estado, esté reservado para actuar sólo en aquellas cuestiones que sean realmente relevantes para la sociedad, para las instituciones, para la Nación, o para delimitar y sentar criterios en temas y materias determinadas. Para esa función, las reglas deben ser claras. Si existen sólo ciertas cuestiones que la CSJN puede resolver en la esfera de su competencia apelada, entonces es necesario conocer claramente cuáles son aquellas que entran en dicha esfera, y cuáles son aquellas que quedan afuera. Esa claridad puede ser muy difícil de conseguir cuando los parámetros de los cuales depende, están sujetos a la interpretación que la propia Corte va realizando dinámicamente producto de sus decisiones. Aunque el problema no es la propia interpretación de los parámetros de acceso, sino la falta de exteriorización de tales

interpretaciones. Cabe considerar que esta construcción dinámica y permanente que la CSJN va realizando, con relación a los requisitos que en definitiva exige para el REF, es necesaria también para que el tribunal tenga un margen de maniobrabilidad sobre las concepciones, valores e ideas que sus decisiones son llamadas a resolver en cada tiempo. Está claro, y resulta conveniente, que la Corte Suprema sea absolutamente libre de variar el contenido de los conceptos jurídicos indeterminados que el REF conlleva, para dar respuesta adecuada y justa a los desafíos que la sociedad plantea en un momento determinado. Es por ello que, en la regulación normativa del REF, debe encontrarse ese fino y delicado equilibrio en virtud del cual, sin encorsetar el margen de maniobra del alto tribunal, igualmente se fijen reglas y pautas claras para los operadores jurídicos y los justiciables. Nos proponemos en el presente trabajo analizar qué es, o qué podemos entender por trascendencia, para luego analizar cómo ha sido el funcionamiento del REF con relación a la misma.

Palabras clave: Certiorari – Cortes Supremas – Precedentes – Stare decisis – Accesso a la justicia.

Abstract: The extraordinary federal appeal (hereinafter REF) constitutes a highly complex legal and procedural institute. The Supreme Court, as the highest judicial body of the Nation, to whom the National Constitution has assigned to be its guardian, is not freely accessible for any matter that a pilgrim tries to take for its own sake. You must have reasons, and a case, one of those that deserves to be treated before your podium. It is totally reasonable that the court with the greatest authority and prestige in a country, head of a State Power, is reserved to act only on those issues that are really relevant for society, for institutions, for the Nation, or to delimit and establish criteria on certain topics and subjects. For this function, the rules must be clear. If there are only certain questions that the CSJN can resolve in the area of its jurisdiction appealed, then it is necessary to clearly know which are those that enter that area, and which are those that remain outside. This clarity can be very difficult to achieve when the parameters on which it depends are subject to the interpretation that the Court itself dynamically performs as a result of its decisions. Although the problem is not the interpretation of the access parameters itself, but the lack of externalization of such interpretations. It should be considered that this dynamic and permanent construction that the CSJN is carrying out, in relation to the requirements that it ultimately demands for the REF, is also necessary for the court to have a margin of maneuverability over the conceptions, values and ideas that their decisions are called to be resolved at all times. It is clear, and it is convenient, that the Supreme Court is absolutely free to vary the content of the indeterminate legal concepts that the REF entails, in order to give an adequate and fair response to the challenges that society poses at a given moment. That is why, in the normative regulation of the REF, that fine and delicate balance must be found by virtue of which, without restricting the margin of maneuver of the high court, clear rules and guidelines are also established

for legal operators and defendants. The present work aims to analyze what it is, or what we can understand by transcendence, and then analyze how the REF has worked in relation to it.

Key words: Certiorari – Supreme Courts – Precedents – Stare decisis – Access to justice.

Sumario: 1. Introducción; 2. Primer intento de definición de la trascendencia: por su (in) dependencia de la gravedad institucional.; 3. Segundo intento de definir la trascendencia: finalidad y motivos de su incorporación.; 4. Tercer intento de definición de la trascendencia: por la fuente para su consideración. El *Writ* of Certiorari en el Derecho norteamericano; 4.1. La Regla 10 y los criterios para la determinación de la trascendencia; 5. Cuarto intento de definición de la trascendencia: parámetros ¿definidos? por la CSJN.; 6. La necesidad y conveniencia de tratar los supuestos del Art. 280 en forma conjunta. La trascendencia en su faz dinámica. El precedente como herramienta esencial.; 7. La trascendencia en el Proyecto de CPCCN del Programa Justicia 2020; 8. Reflexiones finales.

1. INTRODUCCIÓN

El recurso extraordinario federal (en adelante REF) constituye un instituto jurídico y procesal de suma complejidad. Probablemente, ello se debe a que su construcción ha sido realizada, en mayor medida, por las propias decisiones y jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante CSJN o Corte), antes que por la legislación positiva que le ha dado nacimiento y desarrollo.

Y esa complejidad, quizás como una característica que no siempre se puede observar a menudo en otras figuras jurídicas, se presenta tanto en la “teoría” como en la “práctica”¹. Es decir, es tan complejo el abordaje académico y estudio analítico del instituto, como su aplicación concreta: ahí cuando a un abogado le toca interponer un REF, y adentrarse en las profundas tinieblas que sus requisitos y exigencias significan.

1. Como opina María Sofía Sagüés “En los hechos, el recurso extraordinario federal constituye la herramienta cuantitativamente más utilizada en miras a excitar la acción del máximo órgano jurisdiccional argentino. Este aspecto, de por sí, marca su trascendencia no sólo desde el punto de vista teórico procesal, sino fáctico, en términos de política jurisdiccional. Así, es comprensible como la naturaleza, lineamientos y aspectos procesales del remedio se encuentran íntimamente relacionados con el perfil institucional del órgano. Máxime cuando es este mismo quien los interpreta en última instancia, dotándolos del perfil que es demandado por las políticas de Estado que trascienden sus decisiones. Dentro de este marco, la dinámica política del control de constitucionalidad y el rol político que la Corte Suprema procura ejercer han condicionado los márgenes y los ribetes de acción de una herramienta cuyo estudio no puede ser formulado a ciegas de las líneas pretorianas de su máximo operador” (SAGÜÉS, María Sofía, “El recurso extraordinario federal: algunos lineamientos de su dinámica actual”, en *Tratado de los recursos*, Director MIDÓN, Marcelo S., T. II, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2013, p. 391).

No sería exagerado plantear que la fabulosa obra literaria de Franz Kafka, “El Proceso”, encaja perfectamente en la peregrinación que significa dilucidar si cumplimos con los requisitos y exigencias para la admisibilidad de un REF, casi en busca de un milagro que nos conceda la posibilidad de discutir el caso ante el máximo tribunal de la Nación. Para poder golpear a la puerta de la Corte hay que asegurarse de estudiar, primero, cuáles peldaños son necesarios pisar, de una larga escalera que si no se conoce con anterioridad, puede resultar fatal. Por otra parte, una vez en la puerta, y golpeada la misma para que nos atiendan, la espera paciente e incondicionada es un requisito que el justiciable y su abogado deberán saber afrontar.

Es que la Corte Suprema, cómo máximo órgano judicial de la Nación, a quien la Constitución Nacional ha asignado que sea su guardiana, no es de libre acceso para cualquier cuestión que un peregrino intente llevar porque sí. Hay que tener motivos, y un caso, de esos que merecen ser tratados ante sus estrados. Resulta totalmente razonable que el tribunal con mayor autoridad y prestigio de un país, cabeza de un Poder del Estado, esté reservado para actuar sólo en aquellas cuestiones que sean realmente relevantes para la sociedad, para las instituciones, para la Nación, o para delimitar y sentar criterios en temas y materias determinadas.

Pero para ello, las reglas deben ser claras. Si existen sólo ciertas cuestiones que la CSJN puede resolver en la esfera de su competencia apelada, entonces es necesario conocer claramente cuáles son aquellas que entran en dicha esfera, y cuáles son aquellas que quedan afuera. Esa claridad puede ser muy difícil de conseguir cuando los parámetros de los cuales depende, están sujetos a la interpretación que la propia Corte va realizando dinámicamente producto de sus decisiones. Aunque el problema no es la propia interpretación de los parámetros de acceso, sino la falta de exteriorización de tales interpretaciones.

Por otra parte, cabe considerar que esta construcción dinámica y permanente que la CSJN va realizando, con relación a los requisitos que en definitiva exige para el REF, es necesaria también para que el tribunal tenga un margen de maniobrabilidad sobre las concepciones, valores e ideas que sus decisiones son llamadas a resolver en cada tiempo. Está claro, y resulta conveniente, que la Corte Suprema sea absolutamente libre de variar el contenido de los conceptos jurídicos indeterminados que el REF conlleva, para dar respuesta adecuada y justa a los desafíos que la sociedad plantea en un momento determinado.

Es por ello que, en la *regulación normativa* del REF, debe encontrarse ese fino y delicado equilibrio en virtud del cual, sin encorsetar el margen de maniobra del alto tribunal, igualmente se fijen reglas y pautas claras para los operadores jurídicos y los justiciables. Nos proponemos en el presente trabajo analizar primero qué es, o qué podemos entender por trascendencia, para luego analizar cómo ha sido el funcionamiento del REF con relación a la misma. En otras palabras, necesitamos saber si la legislación positiva existente –en su regulación de la trascendencia- ha servido para brindar un adecuado funcionamiento al REF. Queda claro que en dicho análisis entra el uso que ha hecho la Corte de esa legislación positiva. Ello nos permitirá efectuar una

reflexión crítica, entonces, sobre la propuesta efectuada por el proyecto² de CPCCN del Programa Justicia 2020, específicamente con relación a este punto, considerando que dicho proyecto ha mantenido el actual texto del artículo 280 del CPCCN y el sentido –en definitiva– de la expresión gramatical y funcional del requisito de trascendencia (considerando así tanto al artículo 280, como el 285 del CPCCN).

2. PRIMER INTENTO DE DEFINICIÓN DE LA TRASCENDENCIA: POR SU (IN) DEPENDENCIA DE LA GRAVEDAD INSTITUCIONAL

Corresponde en primer término intentar diferenciar el requisito de trascendencia de la “trascendencia” institucional. Es decir, nuestro análisis tendrá como objeto los artículos 361³ y 367⁴ del proyecto, no así el inciso “e” del artículo 355⁵ que refiere al REF por causal de gravedad institucional.

Desde este punto de vista, al incorporar el proyecto a la causal de gravedad institucional, no hace más que regularizar una situación fáctica sobre la cual la Corte ha fijado una clara doctrina al respecto. Desde el texto normativo, gramaticalmente se diferencian bien –en el proyecto– la “trascendencia” de la causal de gravedad institucional, de aquella “trascendencia” que se evalúa como válvula de admisión de la cuestión traída a debate (“carentes de trascendencia”).

Sin embargo, cabe preguntarse: ¿es suficiente ello para aclarar la simetría, relación e identificación que la Corte venía efectuando entre las “dos trascendencias”? Me

2. El proyecto se encuentra, al momento de escribir este trabajo, en trámite en el Senado. Fue enviado el año pasado (2019) por el Poder Ejecutivo Nacional con el Mensaje N° 178/19 y tramita con el Número de expediente 258/19 (fuente: página web oficial del Senado del Congreso Nacional).
3. ARTÍCULO 361.- Llamamiento de autos. Rechazo del recurso extraordinario. Cuando la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN conociere por recurso extraordinario federal, la recepción de la causa implicará el llamamiento de autos. La CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, según su sana discreción y con la sola invocación de esta norma, podrá rechazar el recurso extraordinario, por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia.
4. ARTÍCULO 367.- Trámite. La Corte Suprema de Justicia podrá desestimar la queja sin más trámite por inadmisibles. Asimismo, según su sana discreción y con la sola invocación de esta norma, podrá desestimarla por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia. También podrá exigir la presentación de copias o, si fuere necesaria, la remisión de las actuaciones.
5. ARTÍCULO 355.- Procedencia. El recurso extraordinario federal ante la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN procederá solamente respecto de las sentencias definitivas pronunciadas por los tribunales superiores de Provincia o por las Cámaras federales o nacionales, en los siguientes casos: [...]e) cuando la sentencia recurrida configure gravedad institucional. Existirá gravedad institucional en aquellas cuestiones sometidas a juicio que excedan el interés de las partes en la causa, con proyección sobre el interés general o público, de modo tal que por su trascendencia queden comprometidas las instituciones del sistema republicano de gobierno o los principios y garantías consagrados por la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales.

refiero a la exigida para la gravedad institucional, y aquella requerida como requisito –esencial- del *certiorari* (art. 280 y 285 del CPCCN)? Creo que no.

Muchos autores trataron y tratan el concepto o análisis de la “trascendencia” relacionado con la causal de “gravedad institucional”, el cual a su vez resulta un concepto o instituto sumamente escurridizo.

Explica Sagüés que el concepto de gravedad institucional ha sido construido pretorianamente por la Corte Suprema, primero en ocasión del recurso extraordinario, siendo un instituto peculiar, no bien definido, sumamente atractivo y de honda significancia. Agrega dicho autor que, puede operar, al menos, de cinco maneras diferentes: 1) como factor de moderación de los recaudos admisibilidad; 2) como nueva causal de procedencia; 3) como motivo para suspender la ejecución de sentencias recurridas; 4) como pauta de selección de las causas a resolver por la Corte Suprema, y 5) como elemento para decidir por la Corte, aunque la cuestión haya concluido abstracta, sin agravio actual⁶.

Es precisamente la cuarta pauta aludida por el profesor Sagüés, con la cual identifica al requisito de trascendencia en el *certiorari*: “La ley 23.774 instrumentó el *writ of certiorari* argentino, dejando en manos de la Corte Suprema la facultad discrecional de rechazar –con la simple invocación del art. 280 del Cód. Proc. Civil y Com. de la Nación- aquellos recursos extraordinarios ‘carentes de trascendencia’. Esto permitiría a la Corte Suprema descartar las apelaciones extraordinarias donde no haya interés institucional”⁷. Desde este aspecto, la *trascendencia* del tema planteado o de la cuestión debatida, se daría “por las proyecciones que para el futuro pueda tener la decisión que en definitiva recaiga”⁸.

Sagüés coloca a la trascendencia como un requisito para la interposición del recurso extraordinario, y aunque aclara que *no es un presupuesto de admisibilidad*, opina que resulta prudente igualmente que los abogados que plantean el recurso demuestren que éste trata acerca de una cuestión trascendente, a fin de sortear el escollo que potencialmente produce el *writ of certiorari* de la ley 23.744⁹.

Explicando el significado o contenido que hay que darle conforme su introducción en los artículos 280 y 285 del CPCCN, explica el autor indicado que se vincula con el de “interés” o “gravedad” institucional. Dicho de otra manera, un recurso extraordinario es “intrascendente” si no presenta un problema que tenga “interés” o “gravedad” institucional, aclarando que, en la jurisprudencia de la Corte Suprema hay dos maneras de mensurar esas dos cuestiones: 1) la primera, que podría llamarse de “maxi

6. SAGÜÉS, Néstor P., *Compendio de Derecho Procesal Constitucional*, 2da. Reimpresión, Astrea, Buenos Aires, 2016, p. 265.

7. SAGÜÉS, Néstor P., *Compendio...*, ob. cit., p. 267.

8. Dictamen del asesor de menores, en autos “Trevinarus, Mónica s/ adopción”, al cual adhiere la Corte Suprema. CSJN, Fallos, 385:279 y 290. Citado en SAGÜÉS, Néstor P., *Compendio...*, ob. cit., p. 270.

9. SAGÜÉS, Néstor P., *Compendio...*, ob. cit., p. 300.

trascendencia”, refiere casos donde entran en juego problemas de macropolítica, como los que comprometen las instituciones, conmueven a la sociedad entera, o interesan a los principios básicos de la Constitución Nacional; 2) la segunda, que tal vez puede denominarse de “mini trascendencia”, alude a litigios donde lo que se resuelva excede o supere el mero interés de las partes, aunque no tenga necesariamente un impacto social impresionante. Serían conflictos de micropolítica judicial¹⁰.

Palacio era de la opinión que, aunque el concepto de trascendencia se vincula con el de interés o gravedad institucional, reviste en realidad mayor amplitud, pues es comprensivo de asuntos que, sin incidir en el interés de la comunidad, exhiben significativa importancia sea por su proyección jurídica o por su entidad económica¹¹.

De Lázari, por su parte, entiende que la trascendencia depara mayores problemas en identificación que la “cuestión insustancial”. Desde una perspectiva puramente teórica se la identifica con la doctrina de la gravedad institucional, vinculada con cuestiones de gran repercusión social. Sin embargo, no se equipara pacíficamente con ella. Un importante sector de la doctrina entiende que la primera es más abarcativa e involucra la segunda. Todas las cuestiones de gravedad o interés institucional serían trascendentes, más existen cuestiones igualmente trascendentes que no alcanzan a revestir el carácter de gravedad o interés institucional¹².

De su lado, el examen de los precedentes del más alto tribunal permite exhibir serias indefiniciones al respecto. No hay categorizaciones precisas y en muchas ocasiones se percibe la recepción de recursos sobre cuestiones de hecho o Derecho común que no reflejan la verdadera trascendencia¹³.

Gozaíni ha manifestado que, al invocar la trascendencia como motivo, se entabla un paralelo con la “gravedad institucional” que fomenta una causal más en el cuadro de cuestiones federales que permiten la intervención de la Corte, y en cuanto a la independencia o no de ambos conceptos, considera que la relación directa entre el *certiorari* y la gravedad institucional fue puesta de relieve por la doctrina y tomada en cuenta en los primeros fallos de la Corte después de sancionada la ley 23.744. Así en “Dromi” afirmó la Corte que “el objeto del proceso es de inequívoca sustancia federal y, por su trascendencia, exhibe gravedad institucional”, pero paulatinamente fue confundiendo la relación para aislarla en algunos casos y unificarla en otros. El vínculo pareció asentarse cuando se aceptaba el recurso extraordinario fundado en la protección

10. SAGÜÉS, Néstor P., *Compendio...*, ob. cit., p. 335.

11. PALACIO, Lino, *El Recurso Extraordinario Federal. Teoría y técnica*, Abeledo-Perrot, 1992, p. 204.

12. DE LÁZZARI, Eduardo N., “La denegación de recursos extraordinarios que versan sobre cuestiones insustanciales o carentes de trascendencia”, en *Cortes Suprema. Funciones y recursos extraordinarios*, OTEIZA, Eduardo, Coordinador, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2011, p. 97. Citando a TRIBIÑO, Carlos, “Aspectos sustanciales y formales del “certiorari” en el recurso extraordinario”, en J.A. 2005-III-1358, quien refleja allí las opiniones de Morello, Guastavino, Sagüés y otros.

13. DE LÁZZARI, Eduardo N., “La denegación de recursos extraordinarios...”, ob.cit., p. 97.

de las instituciones básicas de la Nación, o para proteger el orden institucional, o la emergencia económica, cuando no por simples razones institucionales. Es decir, el nexo fue que la gravedad institucional era más importante que los purismo formales de forma tal que, por la vía del *certiorari* positivo, la trascendencia del caso permitía ingresar en un terreno que, prima facie, no ostentaba cuestión federal suficiente¹⁴.

Concluye Gozaíni expresando que “puesto en práctica el *certiorari*, nos parece que la trascendencia excede la figura de la gravedad institucional. Con él se puede invocar el artículo 280 y rechazar el recurso extraordinario con laconismo (no conveniente pero legal) como es el modelo norteamericano (*certiorari denied*); o denegarlo por falta de agravio federal suficiente, o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales; pero, al mismo tiempo, el abogado que quiere anticiparse a una supuesta repulsa debe motivar la cuestión de trascendencia”¹⁵.

Para Gelli, la similitud entre el *certiorari* y la gravedad institucional deriva de que, en ambos, la Corte Suprema admite la revisión con fundamento en la trascendencia del caso. Y eso es todo, pues el primero fue establecido para restringir el control y el segundo para extenderlo¹⁶.

A su turno, Bianchi afirma que a partir de “Serra c. Municipalidad de Buenos Aires”, la Corte puede emplear el mecanismo discrecional del recurso extraordinario tanto para rechazar como para admitir, cabiendo formularse, entonces, dos preguntas: a) si ésta es una aplicación correcta del art. 280, y b) si era necesario emplear el art. 280 para ello. En punto a lo primero, expresa el autor que le caben serias dudas de que el art. 280 haya sido diseñado por el legislador como mecanismo de admisión del recurso extraordinario. La norma en cuestión es clara en cuanto dice que “la Corte ...podrá rechazar el recurso extraordinario”. Nada dice acerca de que podrá “admitir” el recurso extraordinario. Sin embargo, con respecto a la segunda pregunta planteada, para admitir discrecionalmente el recurso extraordinario, no era necesario acudir al art. 280. Desde la creación de la doctrina de la gravedad institucional esto era posible. Pero, claro, esto debía ocurrir solamente en aquellos casos supuestamente extraordinarios en los que se hallaba presente la gravedad institucional. Por el contrario, con la invocación del art. 280, la Corte obtiene dos efectos: a) obtiene un marco legal para su actividad, y b) puede utilizar con mayor frecuencia el mecanismo de admisión ya que en lugar de tener que justificar la gravedad institucional, la cual supuestamente se da en casos extraordinarios, puede acudir a la trascendencia que parece más rutinaria. De hecho, en el caso “Serra” no había gravedad institucional alguna, pero sí podía haber trascendencia entendida en este caso como “los graves

14. GOZAÍNI, Osvaldo A., “La trascendencia en el recurso extraordinario”, en *Tratado de los recursos...*, ob.cit., p. 453.

15. GOZAÍNI, Osvaldo A., “La trascendencia...”, ob. cit., p. 454.

16. GELLI, María Angélica, “El writ of certiorari en perspectiva”, en L.L. 1994-B-880, citada en GOZAÍNI, Osvaldo A., “La trascendencia...”, ob.cit., p. 454.

problemas constitucionales y federales que se encuentran entrañablemente ligados a la naturaleza institucional”¹⁷.

Si avanzamos un poco más, encontramos autores que directamente hablan de algunos supuestos de simbiosis de ambos conceptos, aunque son diferentes grados de interrelación entre sí, como es el caso de Legarre, que explica, que “hay casos... [...]...en los que se invoca la trascendencia en un sentido semejante al de la ‘gravedad institucional’ en su versión clásica: porque hay gravedad institucional/trascendencia se omite la exigencia de algún requisito formal, v.gr. fundamentación autónoma; falta de sentencia definitiva; falta de reserva oportuna del caso federal, etc., y se abre el recurso. Podemos llamarlo ‘certiorari positivo de prescindencia’ (prescindencia de obstáculos formales en razón de la trascendencia)... [...]...la alusión a la trascendencia en los términos del art. 280 en estos supuestos implica un refuerzo de la jurisprudencia tradicional sobre ‘gravedad institucional’”¹⁸. Asimismo, explica el autor que hay otros casos en los que se invoca la trascendencia en un “sentido semejante al de la ‘gravedad institucional’, pero en su versión más fuerte”¹⁹.

Del repaso doctrinal efectuado, el cual a su vez toma en cuenta y surge de la propia jurisprudencia que ha ido produciendo la CSJN, entiendo que no se ha podido deslindar nítida y adecuadamente la trascendencia que exige el *certiorari* (art. 280 y 285), de aquella que exige como característica adjetiva la causal de gravedad institucional.

Ello torna estéril dicha discusión, y supone buscar otros caminos que, en la práctica, permitan brindar un estándar o criterio regular de los parámetros de utilización de la trascendencia, para poder evaluar si la normativa vigente, y la del proyecto bajo análisis, resultan o no adecuados a esos fines.

3. SEGUNDO INTENTO DE DEFINIR LA TRASCENDENCIA: FINALIDAD Y MOTIVOS DE SU INCORPORACIÓN

La introducción de la “trascendencia” como pauta de selección de los casos a decidir por el Máximo Tribunal federal, fue en verdad, la auténtica transformación sistémica de la ley 23.774, ya que los demás motivos del *certiorari* (cuestiones federales insuficientes o insustanciales) ya estaban presentes en la jurisprudencia de la CSJN y

17. BIANCHI, Alberto B., “¿Ha llegado la Corte Suprema al final de su lucha por una jurisdicción discrecional? (Perspectivas actuales y futuras del Recurso Extraordinario)”, ED, diario del jueves 22 de mayo de 1997.

18. LEGARRE, Santiago, “El requisito de la trascendencia es el recurso extraordinario”, LA LEY 1997-D, 1175 Cita Online: AR/DOC/1311/2001, p. 10.

19. Es cuando, en razón de la gravedad/trascendencia se omite la exigencia de que haya una cuestión federal en sentido estricto y se considera “cuestión federal suficiente” (en sentido amplio) a un planteo que involucra principalmente la interpretación de derecho común, no federal. Podemos llamar a éste, “certiorari positivo de interpretación” (de una norma de derecho común en razón de la trascendencia de la cuestión planteada)”. LEGARRE, Santiago, “El requisito de la trascendencia...”, ob. cit., p. 11.

su aplicación no demandaba en general más de un párrafo de motivación, con lo cual la novedad en este ámbito sólo consistió en brindar apoyatura legal a dicha escueta fórmula argumental cotidiana²⁰.

Esa verdadera transformación se debe a que, la introducción efectuada por la ley 23.744, puede potencialmente transformar en modo radical el sentido de la decisión que el Máximo Tribunal hubiera adoptado rigiéndose por el encuadre original (“puro” o “reglado”) del art. 14 de la ley 48. En efecto, en el más moderno modelo de selección de la Corte, puede ocurrir que –por ejemplo- una cuestión federal tradicional que encuadre perfectamente en el citado precepto (vg., la inteligencia de una ley federal o el cuestionamiento de una autoridad nacional, conf. art. 14, inc. 3, ley 48), que guarde además relación directa e inmediata con la solución de la controversia (art. 15, ley cit.) y que haya sido resuelta equivocadamente y de modo contrario a las aspiraciones del recurrente, se encuentre presente en un caso que- a juicio del Máximo Tribunal- no revista trascendencia como para poner en marcha la maquinaria jurisdiccional de un Alto cuerpo de Justicia²¹.

Sagüés coincide con este análisis, al expresar que, sobre el punto de las “cuestiones sin trascendencia”, el nuevo régimen legal innova en mucho. Primero, porque concede a la Corte una atribución que antes formalmente no tenía, y que por derecho consuetudinario tampoco ejercitaba mayormente. Segundo, porque pone en sus manos una suerte de rayo exterminador que puede pulverizar a la mayor parte de los recursos extraordinarios.

Relacionando el concepto a la causal de arbitrariedad, para dicho autor la “trascendencia” se emparentaría, prima facie, con asuntos de interpretación normativa, antes que con problemas de aplicación o de arbitrariedad fáctica. Aunque, pese a ello, puede ocurrir que un caso vulgar de aplicación normativa, o de arbitrariedad fáctica, adquiera una gran repercusión social por la publicidad del hecho, la fama de sus protagonistas, el interés de la prensa, o cualquier otro motivo. O sea, un asunto sin trascendencia normativa puede contar con trascendencia social, y entonces resultaría irrechazable el recurso extraordinario, por aplicación del actual art. 280 del CPCCN²².

Concluye Sagüés que, no le convence la figura, tal como la plasmó el actual art. 280 del CPCCN. Al fijarla como algo discrecional para la Corte, y además, sin necesidad de que ella dé razones para su efectivización, suscita inevitablemente planteos de legitimidad en torno del eventual empleo desigualitario de la doctrina de la

20. GIANNINI, Leandro, *El Certiorari*, T. II, Platense, La Plata, 2016, p.131; En igual sentido y opinión: LUGONES, Narciso J., *Recurso extraordinario*, 2da. Ed., Lexis-Nexis Depalma, Buenos Aires, 2002, p. 343; ROJAS, Jorge A., *Recurso extraordinario federal*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2019, 284 y ss.

21. GIANNINI, Leandro, *El Certiorari...*, ob. cit., p. 133.

22. SAGÜÉS, Néstor P., *Compendio...*, ob. cit., p. 337.

“trascendencia”. Dicho más claramente: lo correcto hubiera sido exigir “trascendencia” en todo recurso extraordinario, como presupuesto de su admisibilidad.

En definitiva, la incorporación del *certiorari* en el texto del artículo 280, plasmó en derecho positivo dos motivos que la Corte ya venía utilizando desde hace muchísimo tiempo, y, aunque la exigencia de trascendencia fue la novedad, tampoco se definió cuáles serían los parámetros que el máximo tribunal debería tener en cuenta para su determinación y utilización, lo que hizo que, desde temprano, la doctrina advirtiera el peligro de un posible uso desigualitario en aplicación.

4. TERCER INTENTO DE DEFINICIÓN DE LA TRASCENDENCIA: POR LA FUENTE PARA SU CONSIDERACIÓN. EL WRIT OF CERTIORARI EN EL DERECHO NORTEAMERICANO

Hacia finales del 1800 la Corte Suprema norteamericana experimentaba una sobrecarga de trabajo, debido a varios factores: a) tenían que resolver, no sólo las causas que llegaban a la Corte, sino también aquellas que llegaban a las “cortes de circuito”, una suerte de tribunales intermedios entre la Corte y los tribunales de distrito que ejercían tanto jurisdicción apelada como originaria, y que, al no tener jueces propios, se integraban con un juez de distrito y dos jueces de la Corte; b) el aumento de causas que llegaban al tribunal era constante, problema que se fue agudizando a partir de la Guerra Civil (1861-1865). A la par que crecía rápidamente la población del país, crecían también las controversias judiciales; c) diversas leyes aumentaron la competencia de los tribunales federal y, por ende, la de la Corte que debía resolver estos nuevos casos. Esos factores, sin un mecanismo o dispositivo que permitiera rechazar discrecionalmente los recursos, hicieron que los casos ante la Corte fueran creciendo en forma progresiva, al punto tal que en 1890, el Tribunal estaba atrasado tres años en el dictado de las sentencias²³.

Esta situación tuvo remedio, aunque parcial, con la sanción de la *Circuit Courts of Appeal Act*, en 1891, que creó las Cortes de Apelación de los Estados Unidos (Cámaras Federales de Apelaciones), y autorizó, al mismo tiempo, a la Corte Suprema a ejercitar parcialmente la jurisdicción discrecional del *writ of certiorari*, dándole posibilidad de rechazar recursos en forma discrecional para ciertos asuntos, aunque ello era una práctica muy limitada de este medio procesal, muy distinta de la amplitud con que fue legislada a partir de 1925²⁴.

Fue en ese año que se sancionó la *Judiciary Act*, que cambió sustancialmente el modo de resolver los casos por la Corte, al permitir el rechazo discrecional de éstos por

23. BIANCHI, Alberto B., *Historia constitucional de los Estados Unidos*, T. I, Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 2008, p. 415.

24. *Ibidem*.

medio de un uso amplio del llamado *writ of certiorari*, el cual ya estaba parcialmente habilitado en la *Evarts Act* de 1891 que ya mencionamos.

Ya el proyecto de dicha ley, que tuvo ingreso formal en el Congreso en 1922, tenía como idea central alterar sustancialmente el criterio tenido hasta ese momento acerca de la Corte Suprema, buscándole dar el papel de un árbitro de los asuntos judiciales de importancia nacional, y no ya el de un tribunal de revisión de todos los asuntos de derecho federal. Sancionada la ley en 1925, lo que había sido la regla pasó a ser la excepción, y viceversa. En efecto, el papel ocupado hasta ese momento por el *writ of error* pasó a ser desempeñado por el *writ of certiorari*, que se convirtió en la regla²⁵.

4.1. La Regla 10 y los criterios para la determinación de la trascendencia

Explica Giannini que, a diferencia de lo que ocurre en nuestro medio con la CSJN, la Corte de los Estados Unidos ha explicitado los parámetros generales a tener en cuenta para juzgar si una cuestión tiene importancia suficiente como para suscitar la apertura de su competencia apelada. A título general, tales criterios reposan fundamentalmente en la relevancia de las cuestiones a dirimir y en el impacto general que un pronunciamiento de la Corte tendrá en el desarrollo del Derecho norteamericano, más que en la verificación de la existencia de errores en el pronunciamiento atacado. Aun cuando no establezca criterios exhaustivos, la enunciación contenida en la Regla 10 constituye al menos un norte para orientar a quien presenta un caso ante los más altos estrado de ese país. Es decir, que pese a que la Corte conserva la potestad de apartarse de tales criterios, guiada por el amplio estándar general de la relevancia de los asuntos a dirimir, lo cierto es que esta clase de reglamentaciones opera como un paso inicial para hacer públicas las razones que, al menos, orientarán a la Corte en esta faena. Por debajo de este recaudo mínimo (esto es: en ausencia de una norma de este género), la selección pierde transparencia, como ocurre en la Argentina²⁶).

Los estándares de la Regla 10 poseen una nota genérica distintiva cual es su excepcionalidad. Otro elemento característico a tener en cuenta, es la relevancia que poseen los estándares asociados con la función uniformadora de la jurisprudencia en torno a cuestiones federales o emanadas de la Justicia Federal. Así, por ejemplo, las referencias a (i) los conflictos entre decisiones de dos o más Cámaras de apelación federales sobre temas importantes; (ii) las inconsistencias jurisprudenciales entre dichas Cámaras federales y los Superiores Tribunales estatales, o entre dos o más Superiores Tribunales estatales entre sí, sobre cuestiones federales importantes; (iii)

25. BIANCHI, Alberto B., *Historia constitucional de los Estados Unidos*, T. II, Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 2008, p. 56.

26. GIANNINI, Leandro, *El Certiorari*, T. I, Platense, La Plata, 2016, p. 253.

el desconocimiento de jurisprudencia relevante de la Suprema Corte, por parte de los tribunales de apelación federales o Cortes estadales. Dicho impacto esperable de la decisión como instrumento para poner fin a conflictos de jurisprudencia entre tribunales inferiores sobre cuestiones importantes de Derecho (en particular, de derecho federal), ha sido considerado un elemento crítico para incrementar las chances de que un caso supere el valladar del *certiorari*²⁷.

Asimismo, la norma contiene una referencia en el párrafo de cierre (añadido en la reforma de 1995), que destaca un aspecto que prácticamente no necesitaba ser mencionado como criterio restrictivo, aunque parece tener relevancia para destacar que -aún excepcionalmente- la Corte podrá ingresar en categorías de problemas que usualmente no poseen repercusión general: el control de la correcta determinación de los hechos y de la adecuada aplicación de una regla de derecho (cuya interpretación no se pone especialmente en crisis) al caso de marras. Son excepcionálísimas hipótesis en las que la Corte decide ingresar en la revisión de errores de juzgamiento que interesan principalmente a las partes en conflicto (aquellas a las que la Regla 10 *in fine* alude como situaciones en las que infrecuentemente –“rarely”- serán pasibles de *certiorari*), el criterio primordial utilizado para juzgar la admisión está constituido por el carácter evidente, manifiesto o intolerable del yerro cometido. Dicha flagrancia del vicio da lugar a la concesión del *certiorari* preferentemente (aunque -repetimos- de modo absolutamente excepcional) en dos tipos de situaciones: i) cuando se hubiera cometido una “injusticia notoria” en la decisión; o ii) cuando el *a quo* se hubiera apartado abiertamente de un precedente del Máximo Tribunal²⁸.

Resulta claro del presente acápite, que la fuente de inspiración del *certiorari* “criollo”, esto es, la normativa norteamericana indicada, se estructura –para su aplicación y funcionamiento- sobre la aplicación de la doctrina del precedente, que como sabemos en esas latitudes, se plasma específicamente en el *stare decisis*. Veremos más adelante, si la trascendencia que el legislador argentino ha planteado desde 1990 en el artículo 280 de CPCCN, resulta ser una también un concepto que requiere, sí o sí, de una aplicación bajo los parámetros de una adecuada teoría del precedente. Aunque claro está, bajo las premisas y características en el sistema argentino, de tradición jurídica continental europea, con todo lo que ello significa. Resulta esencial para evaluar ello, analizar cuál ha sido el comportamiento de la Corte, para llenar de contenido al concepto de trascendencia, lo que nos lleva a evaluar, en definitiva, el funcionamiento y aplicación que el máximo tribunal del país ha hecho del instituto del *certiorari*. Nos aproximamos así, a establecer un cuadro y diagnóstico de la legislación normativa vigente actual, y la necesidad o no de realizar algún cambio o modificación de la misma.

27. GIANNINI, Leandro, *El Certiorari*, ob. cit. (T. I), p. 257.

28. *Ibidem*, p. 259.

5. CUARTO INTENTO DE DEFINICIÓN DE LA TRASCENDENCIA: PARÁMETROS ¿DEFINIDOS? POR LA CSJN

Dos notas fundamentales deben darse para que un asunto pueda ser considerado “trascendente”: i) su *pertinencia institucional* (idoneidad de las cuestiones planteadas para colocar a la Corte en ejercicio de uno de sus cometidos institucionales); y ii) la *repercusión general* (aptitud del debate para expandir sus efectos, directa o indirectamente, sobre una porción relevante de la comunidad). Cumpliéndose con tales condiciones, el caso *deberá* ingresar a los estrados del Superior Tribunal respectivo, mientras que, en caso contrario (es decir, al ser intrascendentes las cuestiones articuladas), *podrá* ser admitido según su sana discreción. Esta última atribución (admisión de recursos en los que se plantean temas intrascendentes) es la única potestad verdaderamente discrecional que poseen en nuestro país la Cortes Supremas (Giannini se refiere también a la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires). Es decir, que la única hipótesis en la que el legislador faculta a estos cuerpos jurisdiccionales para definir abiertamente los criterios que utilizará en la selección de casos, es en la recepción de asuntos carentes de repercusión general²⁹.

La tesis que defiende Giannini supone que el control de admisibilidad basado en la trascendencia de las cuestiones articuladas debe ser desplegado por la Corte en dos fases fundamentales. En primer lugar, la verificación de la relevancia de las cuestiones a dirimir, ámbito en el que el Tribunal afronta un problema de interpretación y aplicación, al caso concreto, de un concepto jurídico indeterminado: la trascendencia. De dar resultado positivo, el embate deberá ser admitido. En caso negativo, el Máximo Tribunal podrá, de todos modos, oír la impugnación de marras, si -según su sana discreción- existiera mérito para ello³⁰.

En igual sentido se han expresado Morello³¹, Bianchi³² y Rojas³³, entre otros.

Claro está que, la máxima amplitud (discrecionalidad *stricto sensu*) que posee la Corte en este último aspecto, tampoco la habilita a actuar irreflexivamente, por mero instinto, paladar o motivaciones de más bajo fuste. La discrecionalidad para ser “sanamente” ejercitada, impone a la Corte: i) determinar qué criterios tendrá en cuenta para hacer uso de dicha herramienta (definición en la que tiene muy amplias

29. GIANNINI, Leandro, *El Certiorari*, ob. cit. (T. I), p. 111.

30. GIANNINI, Leandro, *El Certiorari*, ob. cit. (T. I), p. 111.

31. “...en el registro de la órbita discrecional consagrada por la ley 23.774, si el tribunal reconoce que el perfil del objeto en controversia conlleva trascendencia (concepto jurídico indeterminado), tal calificación permite obviar la ausencia de requisitos formales que en hipótesis corrientes vedarían (en principio) la intervención de la Corte”, MORELLO, Augusto M., “La Corte que empieza. De la actividad reglada a la actividad discrecional”, JA, 1990-II, 857.

32. BIANCHI, Alberto B., “El ‘writ of certiorari’ en nuestra Corte Suprema. La ‘cuestión federal suficiente’ como concepto jurídico indeterminado”, en E.D. 125-864.

33. ROJAS, Jorge A., *Recurso extraordinario federal*, ob. cit., p. 279.

potestades, ya que el legislador no le aportó parámetro alguno como guía); y ii) atenerse a esa línea de acción en el futuro³⁴.

Ahora bien, llegado a este punto, observa Giannini en su reciente y exhaustiva obra que venimos citando, que la Corte Suprema de la Nación (único cuerpo que en nuestro país cuenta con antecedentes suficientes de aplicación del “certiorari” de trascendencia), no ha explicitado los criterios que utiliza para aplicar el concepto de trascendencia, ni para seleccionar los casos irrelevantes que discrecionalmente considera dignos de su atención. Lo que, como vimos, dificulta en extremo en análisis relativo a la salvaguarda del principio de igualdad en este ámbito³⁵.

Coincide en ello Rojas al expresar que –en definitiva- la falta de trascendencia no ha sido conceptualizada por la Corte, aun frente a las diversas variantes que presenta³⁶, recalcando Legarre –al respecto- que lo ideal sería que siempre que la Corte “abra” un recurso extraordinario explique, al menos sucintamente, en qué estriba la trascendencia de la causa³⁷.

Expuesto el presente punto, llegamos a la conclusión de que la Corte, al no explicitar la definición, o conceptualización, o determinación de la trascendencia, impide –en definitiva- elaborar una regla general o estándar que permita establecer cuáles casos son susceptibles de encuadrar en los parámetros que ha fijado el art. 280 del CPCCN. Ante ello, surge la necesidad de pensar otro tipo de perspectiva que permita establecer un patrón de aplicación regular de la trascendencia en abstracto, ya que ello resulta indispensable para poder controlar si la Corte –en el ejercicio de su discrecionalidad- viola o no la garantía de igualdad conferida en el artículo 16 de la Constitución Nacional.

6. LA NECESIDAD Y CONVENIENCIA DE TRATAR LOS SUPUESTOS DEL ART. 280 EN FORMA CONJUNTA. LA TRASCENDENCIA EN SU FAZ DINÁMICA. EL PRECEDENTE COMO HERRAMIENTA ESENCIAL.

Para De Lázari, los conceptos jurídicos indeterminados “insustancialidad” y “carencia de trascendencia”, no son entidades independientes, autónomas o diversas, no siendo posible su tratamiento por separado. Contrariamente, reflejan los dos platillos de una misma balanza. Lo que es insustancial no puede ser trascendente. Y lo que es trascendente jamás será insustancial.

Si el asunto que se plantea es baladí, naturalmente carece de trascendencia, relevancia, incidencia en el mundo del Derecho o como se quiera calificar su insignificancia. Esta nota de menudencia que define su imposibilidad de ser tratado

34. GIANNINI, Leandro, *El Certiorari*, T. I, Platense, La Plata, 2016, p. 112.

35. GIANNINI, Leandro, *El Certiorari*, T. I, Platense, La Plata, 2016, p. 112.

36. ROJAS, Jorge A., *Recurso extraordinario federal*, ob. cit., p. 292.

37. LEGARRE, Santiago, “El requisito de la trascendencia...”, ob. cit., p. 10.

emerge de la propia naturaleza del asunto y no de la eventual contingencia de haber sido o no resuelto en casos anteriores. Es un dato del propio ser inoficioso y vacuo de la temática que se plantea y que se descarta por no reflejar interés suficiente para ser abordado por un tribunal superior³⁸.

A su turno, Lugones expresa que la Corte luego de la reforma, comenzó a utilizar la facultad que la ley 23.774 le confiere, por lo menos desde el 4 de diciembre de 1990 (causa “Enriquez, Jorge v. Banco de la Nación Argentina”), en términos como éstos: “Que el recurso extraordinario que origina esta queja es inadmisibles –art. 280 del CPCCN–. Por ello, se desestima la queja”; o “que el recurso federal es inadmisibles –art. 280 del CPCCN–. Por ello se declara improcedente el recurso extraordinario concedido”. Es decir, en el empleo de la norma el alto tribunal no distingue cuál de las tres hipótesis mentadas tiene a la vista en cada caso, ni añade pormenorizaciones sobre el modo en que las entiende³⁹.

También Rojas explica, en cuanto al “recaudo final” que debe observar la cuestión federal que se hubiere suscitado, corresponde señalar que debe ser trascendente o suficiente o sustancial – términos todos que utiliza indistintamente la Corte Suprema – para habilitar el conocimiento del más alto tribunal en la cuestión de la que se trate⁴⁰.

Es que, valga este juego de palabras: no sería exagerado decir que el requisito de trascendencia prácticamente tornó intrascendentes al resto de los requisitos, tanto legales como aquellos que la Corte pretorianamente había ido delimitando, incluyendo la “suficiencia” del agravio federal, la “insustancialidad” de la cuestión, e incluso –para parte de la doctrina–, el mismísimo requisito de cuestión “federal”⁴¹.

¿Cuál es entonces el parámetro que hay que tener en cuenta para manejar la amplitud de causas que tiene hoy el REF y la discrecionalidad que tiene el máximo tribunal nacional? Bien, el hilo conductor parecería ser el análisis de las decisiones y casos anteriores que haya tomado la Corte sobre los hechos y derechos debatidos con relación a la cuestión que hayan sido llevadas a sus estrados por la vía del REF.

38. DE LÁZZARI, Eduardo N., “La denegación de recursos extraordinarios...”, *ob.cit.*, p. 98. Amplia manifestando que “...en definitiva, insustancialidad o carencia de trascendencia denota ausencia de importancia y esencialidad de la cuestión plantada, una situación de la que se desprende falta de entidad, gravitación o peso y que no arroja consecuencias de interés. Resultan útiles, en este sentido, las precisiones de Vanossi, quien señala que por trascendencia institucional la Corte entiende no sólo la gravedad del caso, sino también la trascendencia del mismo respecto a lo que pueda ser una afectación del interés general, ya sea porque ese caso va a tener repercusión, o porque ese caso puede repetirse, o reiterarse, o por reflejo producir secuelas en un ámbito social más allá del actor y el demandado, porque repercute allende las partes que han compuesto la relación procesa”.

39. LUGONES, Narciso J., *Recurso extraordinario*, *ob. cit.*, p. 345.

40. ROJAS, Jorge A., *Recurso extraordinario federal*, *ob. cit.*, p. 276.

41. Ver LEGARRE, Santiago, “El requisito de la trascendencia...”, *ob. cit.*, p. 12 y ss.

Como expresa Rojas, la trascendencia o no de una determinada cuestión se vincula, en la mayoría de los casos, a los antecedentes que ha resuelto el más alto tribunal, por lo que considera innecesario volver a expedirse sobre un tema o una cuestión que ya fue motivo de su análisis y decisión. De ahí que considere la Corte que una cuestión que se pretende someter a su conocimiento resulta baladí o intrascendente⁴².

Entonces, ante la pregunta si los tres adjetivos utilizados por la Corte (suficiente, sustancial y trascendente) constituyen unidades conceptuales en Derecho, y si pueden utilizarse en forma indiscriminada por tener el mismo alcance, o corresponde su interpretación en sentido diverso, resulta importante advertir, teniendo en cuenta nuestras pautas culturales, y el desarrollo que ha efectuado la Corte Suprema a lo largo de toda su doctrina, que si bien pueden buscarse distinciones entre una cuestión federal trascendente, o una cuestión suficiente, o sustancial, la importancia de esta temática estriba en la observancia de pautas que remiten siempre a los *precedentes* del alto tribunal, ya que siempre ha interpretado que, si bien las sentencias de la Corte sólo deciden los procesos concretos que le son sometidos y no resultan obligatorias para casos análogos, no es menos cierto que los jueces inferiores tienen el deber de conformar sus decisiones a la esa jurisprudencia y, por tal razón, carecen de fundamentación los pronunciamientos que se apartan injustificadamente de los precedentes del tribunal (Fallos: 340:2001)⁴³.

Yendo más allá, es de la opinión de Rojas que, si se pretende desentrañar alguna diferencia entre dichos conceptos (suficiente, sustancial y trascendencia) tan imprecisos, se podría restringir el uso del estándar de la trascendencia a la vinculación de la materia objeto de debate con el derecho federal, mientras que el carácter insustancial lo podríamos vincular a cualquier otro tipo de cuestiones en donde no esté involucrado derecho federal, como cuestiones de hecho y prueba, o de derecho común, o de derecho local, o de derecho federal⁴⁴.

En definitiva, se evidencia que la trascendencia sólo puede ser comprendida, a partir de su interpretación y aplicación que dinámicamente va efectuando la Corte, fenómeno que puede ser comprendido –en el sentido de entendimiento- y también controlado, a partir de la doctrina del precedente. Mientras el máximo tribunal no explicita los parámetros con los cuales llena de contenido a la trascendencia, la vinculación con los precedentes será –incluso- la única herramienta que eficazmente pueda darles algo de previsibilidad a los justiciables y abogados que pretendan la admisibilidad de un REF, y mejorar notablemente sus chances de llegar a tener éxito en la apertura de las puertas de la Corte.

42. ROJAS, Jorge A., *Recurso extraordinario federal*, ob. cit., p. 289.

43. ROJAS, Jorge A., *Recurso extraordinario federal*, ob. cit., p. 290/291.

44. *Ibídem*, p. 293.

7. LA TRASCENDENCIA EN EL PROYECTO DE CPCCN DEL PROGRAMA JUSTICIA 2020

A la luz de todo lo expuesto corresponde ahora efectuar las apreciaciones pertinentes sobre el proyecto bajo análisis, centrándonos en el objeto específico del presente trabajo.

En primer término, encuentro como positivo la incorporación autónoma entre las causales, tanto del supuesto de arbitrariedad (art. 355, inc. “d”), como –especialmente– el supuesto de gravedad institucional (art. 355, inc. “e”), ya que ello permite diferenciar –aunque sea gramaticalmente– a la “trascendencia” como calificación adjetiva relacionada a esa causal (gravedad institucional), de la “trascendencia” exigida en los artículos 361 y 367 del proyecto, como requisito específico y esencial del funcionamiento del *certiorari*.

Ahora bien, dicho eso, surge que el artículo 361 del proyecto, ha mantenido la redacción del actual 280 primer párrafo, manteniendo exactamente la frase: “... según su sana discreción, y con la sola invocación de esta norma, podrá rechazar el recurso extraordinario, por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia”.

Resulta claro entonces, que el proyecto no ha querido modificar los parámetros de regulación que le fueran fijados al *certiorari* allá por su creación, mediante la ley Nº 23.774 del año 1990, correspondiendo entonces expresarnos sobre ello.

En 1998, el profesor Oteiza, analizando el requisito de trascendencia, manifestaba que, si recurriéramos a los antecedentes del derecho comparado sería razonable sostener que el nuevo art. 280 procuró aproximar la labor de la Corte con la de su par de los Estados Unidos reservando su intervención para un limitado número de casos en que estuvieran comprometidas cuestiones de gran repercusión social. Ambas posiciones no pasan del terreno de la especulación sobre un camino que la propia Corte debía abrir para dar certidumbre a la reforma y, en buena medida, para permitirnos examinar si con ella se hizo simple cosmética o si por el contrario trajo aparejado un cambio de resultados valioso⁴⁵.

Y luego de analizar algunos fallos de la Corte, concluía: “Los citados precedentes inducían a pensar que la Corte había comenzado a realizar una utilización del art. 280 en la cual la trascendencia empezaba a utilizarse como verdadera criba de los temas que accederían al Alto Tribunal. Lograba así una correspondencia entre el modelo que manifestó seguir el legislador y la línea argumental expuesta para transformarlo en doctrina de la propia Corte. Restaba ver cómo la Corte iría dibujando el mapa de aquellas cuestiones que a su juicio determinarían su intervención. La realidad del día

45. OTEIZA, Eduardo, “El certiorari o el uso de la discrecionalidad por la Corte Suprema de Justicia de la Nación sin un rumbo preciso”, en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, año 3, nº 1, 1998, p. 75.

a día del Tribunal fue bosquejando una figura distinta en la que es ciertamente difícil acertar sobre qué configura el recaudo de la trascendencia para la Corte⁴⁶.

En general, palabras más, palabras menos, toda la doctrina que hemos visto en el presente trabajo, han marcado que la trascendencia, de acuerdo a la regulación positiva que tiene actualmente en los artículos 280 y 285 del CPCCN, y la jurisprudencia que ha venido dictando la Corte, evidencia claramente criterios disímiles en su aplicación, sobre todo donde no es posible inferir de qué modo el conflicto excede el mero interés de las partes, y otros fallos en los cuales se advierte una nítida disparidad de criterios a la hora de dilucidar si es posible transponer la barrera del 280.

Lo que quiero significar es que, a lo largo de estos treinta años que han pasado desde la sanción y puesta vigencia de la ley N° 23.774, los diferentes autores que han estudiado el funcionamiento de la trascendencia, han llegado a las mismas conclusiones: no hay claridad en cuanto al concepto y significado de la trascendencia, ni tampoco en las pautas y parámetros que utiliza la Corte para aplicarla como puerta de acceso a la misma.

Tanto los trabajos y análisis que datan de los primeros momentos en el cual se sancionó dicha ley, como las más reciente obras literarias sobre la materia, entre las que destaco los libros que hemos citado de los profesores Giannini, del año 2016, y Rojas del año 2019, siguen marcando esta cuestión.

Muchas preguntas, entonces, surgen naturalmente: ¿por qué mantener en el proyecto el mismo texto vigente? ¿Por qué el mismo texto podría llevar en el futuro a obtener un resultado diferente –más satisfactorio– en la aplicación del mismo por parte de la Corte?

Una respuesta, seguramente, es la intención de dejar abierta la discrecionalidad, no encorsetar a la Corte para que tenga, a partir de la norma, la libertad suficiente para ir delineando ella misma los alcances, límites y funcionamiento de la trascendencia (y así del *certiorari*).

Para el profesor Berizonce el *certiorari* supone un modelo de apreciación de supuestos normativos que instituyen típicos conceptos jurídicos indeterminados, vagos: suficiencia, insustancialidad, intrascendencia. Por lo que, una técnica más precisa, de contornos más rigurosos, herméticos y por ende seguros, no resultaría funcional ni práctica y se tornaría contraproducente. No se aplica el raciocinio jurídico tradicional, sino el pensamiento “tópico” para el encuadramiento de una familia de cuestiones federales trascendentes, de matices, abierto, flexible y mutable. Se experimenta, por otro lado, una manifiesta alteración metodológica por cuya virtud la carga de argumentación se traslada a las partes, quienes deben convencer al tribunal de que media una cuestión federal trascendente. Agrega a ello, citando al maestro Morello,

46. OTEIZA, Eduardo, “El certiorari o el uso de la discrecionalidad...”, ob. cit., p. 79.

que a éste corresponde la apreciación de los aspectos institucionales, morales, económicos y sociales, junto a los jurídicos, para cualificar las realidades litigiosas como trascendentes o relevantes, guardando sintonía con los valores fundamentales que, en cada tiempo histórico, profesa la comunidad, y, es por esa senda que, además, se encuentra el sustento del *certiorari* positivo, un mecanismo rendidor para el logro de los fines institucionales de la CSJN⁴⁷.

Lugones ya hacía este análisis frente a la ley N° 23.774: “El dejar la determinación de la falta de trascendencia sin más a la sana discreción de la Corte, implica la voluntad del legislador de no definirla, más allá de la elección de los términos elegidos. Estos términos tienen una carga jurisprudencial y doctrinal abundante que arroja luz sobre la ‘falta de agravio federal suficiente’ y las ‘cuestiones insustanciales’. No ocurre así con la trascendencia”⁴⁸.

Sin embargo, creo que luego de treinta años de aplicación del 280 del CPCCN, sin que la Corte haya conseguido brindar pautas claras del funcionamiento, aplicación y parámetros en la utilización de la trascendencia, correspondía efectuar –en el proyecto– alguna propuesta de cambio normativo.

Obviamente sería demasiado pretencioso para este trabajo pensar alguna propuesta específica. La premisa debe respetar dejarle a la Corte el margen suficiente para poder tener gobierno y soberanía sobre los casos que considera necesario resolver, siempre mediante su “sana discreción”.

Pero ello no quita pensar algunas sugerencias a modo de ejemplo. Entre ellas, la de Giannini que expresa que, siendo que con el art. 280 del CPCCN lo que se atenúa es la motivación o exteriorización formal del juicio de admisibilidad, pero no se suprime la seriedad del juicio mismo, las resoluciones de las impugnaciones federales podrían perfectamente identificar, al menos, la causal de *certiorari* a la que responde el decisorio, sin afectar la eficacia del dispositivo. Dado que, a efectos de juzgar la trascendencia o intrascendencia de las cuestiones involucradas, la Corte debe necesariamente analizar cada caso y proyectar la repercusión que tendrá en la comunidad una resolución de mérito sobre las mismas, el Alto cuerpo podría complementar la motivación el resolutorio respectivo, sin comprometer sus posibilidades funcionales. En concreto, plantea el autor una adición, junto con la habitual cita del art. 280 del CPCCN (hipótesis por la cual se hace uso del filtro en clave negativa) que, en modo alguno, conspiraría contra la eficacia de la herramienta analizada, dado que no consumiría más recursos ni materiales que los que actualmente se abocan a la tarea de marras⁴⁹.

47. BERIZONCE, Roberto O., “Las funciones de la Corte Suprema: en el tránsito hacia un nuevo modelo”, en *Cortes Suprema. Funciones y recursos extraordinarios...*, ob. cit., p. 127-128, citando a MORELLO, Augusto M., *La nueva etapa del recurso extraordinario: el “certiorari” (ley 23.774)*, Abeledo-Perrot-Lep, Buenos Aires, La Plata, 1990, ps. 29-30.

48. LUGONES, Narciso J., *Recurso extraordinario*, ob. cit., p. 344.

49. GIANNINI, Leandro, *El Certiorari...*, ob. cit. (T. I), p. 110.

Otra opción que se nos ocurre, también a modo de simple propuesta o ejemplo, es establecer la exigencia para el alto tribunal, de reglamentar y/o exteriorizar los supuestos en virtud de los cuales aplicará y utilizará el *certiorari*, es decir, que explicité como será considerada la trascendencia de un caso, de modo similar a como lo ha hecho la Corte Suprema de Estados Unidos con la Regla 10, o el Tribunal Constitucional de España fijando hipótesis enunciativas⁵⁰.

Este tipo de reglamentaciones, que podría exigir el legislador en la norma, otorgaría mayor transparencia y seguridad jurídica al sistema, sobre todo en aquellos casos en los cuales la Corte aplica el principio de trascendencia para abrir el recurso, en casos particulares donde la misma ha manifestado y expresado la admisibilidad por los “alcances” del caso. Me refiero a aquellos que Legarre ha llamado el “certiorari positivo ad casum”⁵¹, y quien se ha manifestado sobre la conveniencia que la Corte explique por qué un caso, o un género de casos, reviste trascendencia y merece ser atendido por el Tribunal, ya que de esa manera el estándar de la trascendencia se torna progresivamente más inteligible y, por tanto, predecible. En palabras de dicho autor: “Lo ideal, quizás, sería que siempre que la Corte `abra` un recurso extraordinario explique, al menos sucintamente, en qué estriba la trascendencia de la causa. Esto puede resultar particularmente importante en los casos de arbitrariedad”⁵².

Ahora bien, por otra parte, si nos fijamos tanto en la Regla 10 de la Corte de Estados Unidos, como en las hipótesis que indicamos del Tribunal Constitucional Español, se puede observar que la mayoría de ellas, suponen hipótesis relacionadas con el uso de la doctrina del precedente. Al decir de Giannini, de acuerdo a la cita efectuada más arriba, son estándares que poseen como nota genérica distintiva, tanto su excepcionalidad, como su relación con la función uniformadora de la jurisprudencia en torno a cuestiones federales o emanadas de la Justicia Federal.

50. El Tribunal Constitucional de España, aunque sin carácter exhaustivo, ha señalado que existe trascendencia en estas hipótesis: a) las que constituyen un caso novedoso; b) aquellas que den la posibilidad de cambiar de doctrina al tribunal (bien por un proceso de elaboración interno o por cambios sociales, normativos o de instituciones internacionales); c) los asuntos en que la vulneración denunciada tenga su origen en una ley u otra norma de carácter general; d) supuestos en los que la vulneración se produzca por una interpretación de la ley contraria a la Constitución y que el tribunal considera que se debe corregir; e) cuando la doctrina aplicable al caso concreto está siendo incumplida con carácter general, o existan resoluciones judiciales contradictorias sobre ese derecho; f) los casos donde un órgano judicial se niegue de modo manifiesto a acatar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional; g) los asuntos que trascienden el caso concreto. El propio tribunal advierte que no es un listado de supuestos cerrados, sino que puede ampliarse e incluir algún criterio subjetivo, por ejemplo, por el grave perjuicio derivado de una vulneración concreta (ESPINOSA DÍAZ, Ana, “El recurso de amparo, problemas antes y después de la reforma”, en InDret, Revista para el análisis del Derecho, 2/2010, Barcelona, marzo de 2010, con referencia al fallo del pleno del tribunal del 25/6/2009. Citado por DE LÁZZARI, Eduardo N., “La denegación de recursos extraordinarios...”, ob.cit., p. 97/98).

51. LEGARRE, Santiago, “El requisito de la trascendencia...”, ob. cit., p. 8.

52. *Ibidem*, p. 10.

¿Cómo lograr los mismos resultados sin esas normas o reglamentaciones, o hasta tanto no sean establecidas por el tribunal o por exigencia legal? La respuesta es clara, mediante la utilización de las herramientas y mecanismos de la teoría del precedente, que la propia Corte utiliza. En palabras de Rojas: “...la trascendencia o no de una determinada cuestión se vincula, en la mayoría de los casos, a los antecedentes que ha resuelto el más alto tribunal, por lo que considera innecesario volver a expedirse sobre un tema o una cuestión que ya fue motivo de su análisis y decisión...[...]...Ello indirectamente impone la necesidad de observar la doctrina de la Corte Suprema a los fines no sólo del planteo de un caso determinado, sino además a fin de habilitar su conocimiento en caso que se desconozca su doctrina al respecto”⁵³.

8. REFLEXIONES FINALES

Hemos intentado dar un panorama bastante acabado de la situación actual que presenta el requisito de trascendencia en el *certiorari*.

La búsqueda de respuestas sobre qué es la trascendencia y como es ejercitada por la Corte, nos ha llevado –indirectamente- a un profuso estudio doctrinal de la cuestión, que ha evidenciado la falta de claridad que –aún hoy- persisten sobre esos tópicos.

Desde la confusión que sigue existiendo con la trascendencia requerida para la causal de gravedad institucional, hasta la falta de exteriorización de los parámetros que la Corte toma en cuenta para la utilización de la trascendencia del artículo 280 del CPCCN, demuestran que las herramientas actuales son insuficientes para brindar un marco adecuado de aplicación del instituto, sin reglas claras para los operadores jurídicos del sistema.

La discrecionalidad que tiene y debe tener el máximo tribunal del país para ir delineando ese concepto jurídico indeterminado, como es la trascendencia, no impide que dicha discrecionalidad pueda ser delineada dentro de parámetros de referencia más o menos específicos, y explicitados. Esto es así, ya que el problema reside, no en la facultad del máximo tribunal de distinguir entre recursos extraordinarios trascendente e intrascendentes, sino en dar trato desigualitario a los “intrascendentes”, como expresa Sagüés⁵⁴.

Entonces, si la Corte luego de treinta años de aplicar el art. 280 del CPCCN, no ha sabido o querido exteriorizar y/o estandarizar, de alguna manera, los parámetros en virtud de los cuales la misma delimita y da contenido al requisito de trascendencia, entonces resulta ilógico que –en esta cuestión- el proyecto de código procesal bajo análisis mantenga exactamente la misma redacción de la norma actual.

53. ROJAS, Jorge A., *Recurso extraordinario...*, ob. cit., p. 289.

54. SAGÜÉS, Néstor P., “El ‘writ of certiorari’ argentino (las reformas de la ley 23.774, respecto al recurso extraordinario)”, en LL 1900-C (sección doctrina), pp. 717-724, esp. P. 720.

Muchos de esos parámetros que podrían exteriorizarse y establecerse, están relacionados con criterios relacionados a la aplicación de la doctrina del precedente. De hecho, la propia Corte, prácticamente ha simplificado en algún punto la trilogía adjetiva usada desde siempre (agravio federal suficiente – cuestión sustancial – cuestión trascendente), rechazando la admisibilidad de los REF bajo una fórmula que encerraba a todos ellos bajo un mismo prisma.

Ello torna necesario y conveniente, en opinión expresa tanto de autores como De Lázari y Rojas, el tratamiento conjunto de todos esos supuestos, a partir de focalizar en el requisito que aparece como la llave de bóveda del instituto: la trascendencia.

La doctrina y teoría del precedente es transversal a la competencia apelada de la Corte, y en especial al REF. En tanto y en cuanto la Corte aplica una doctrina del precedente –obviamente con las características y particulares domésticas que hacen a la cuestión y en las cuales no entraremos por no ser parte específica de este trabajo-, lo cierto es que como ella misma lo explica y lo exige, sus fallos gozan de una obligatoriedad atenuada hacia los tribunales inferiores.

Además, al ser la última instancia, lo que ella diga en materia de admisibilidad en materia de REF será la última palabra y consideración que cualquier operador del derecho pueda llegar a tomar en cuenta para un caso determinado. Por lo tanto, es una exigencia de la tutela judicial efectiva (en los términos de los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos), que la Corte ejercite su discrecionalidad de manera “sana” como –además- lo exige la propia ley.

Creo que la discrecionalidad no gozará de tal calificativo, hasta que el sistema creado por la Constitución Nacional, la ley y la propia Corte, tenga un mínimo estándar de previsibilidad y transparencia (entendida como exteriorización de las motivaciones y/o explicaciones que determinen el funcionamiento específico de la trascendencia de manera autónoma a la gravedad institucional), para lograr finalmente brindar a los justiciables un grado de expectativas razonable y proporcional al caso que plantean frente a sus estrados, y que no es otra cosa que gozar (por parte del justiciable) y brindar (por parte del tribunal) de la tan necesaria garantía de la seguridad jurídica.

Frente a los vaivenes en la materia y específicamente en el requisito analizado, parece ser que es la teoría del precedente, la herramienta adecuada que permitirá lograr, por un lado, un adecuado funcionamiento del instituto, y por el otro, otorgar ese marco de previsibilidad y seguridad jurídica, acorde con la función que cumple el máximo tribunal del país.

Esto no significa, ni mucho menos, que la Corte tenga que abrir el abanico de supuestos que merezcan la admisibilidad ante sus estrados. Esa es una decisión soberana del máximo tribunal. Implica, simplemente, exteriorizar razones y brindar “reglas de juego” claras, primer requisito de cualquier discusión democrática y republicana.

Si la Corte no lo ha hecho en treinta años con la norma positiva que el legislador le dio, es razonable suponer que no lo hará en el futuro, mientras se mantenga el mismo nivel de exigencia en este aspecto. Es por ello que considero que cualquier proyecto de ley que pretenda regular el *certiorari*, debería disponer un cambio normativo teniendo en cuenta las cuestiones planteada en el presente trabajo.



Buona fede processuale nel diritto italiano

Good faith in Italian Procedural Law

Angelo Danilo De Santis

Professor at the University of Roma Tre, Italy

Abstract: The article approaches the good faith clause and its applicability in Italian civil procedure.

Keywords: Good faith. Procedural law. Italian Law.

Sommario: 1. Premessa. 2. La buona fede e il dovere di lealtà e probità. 3. La misura dell'onere di verità e completezza nel processo civile. 3.1. L'origine del dovere di verità e completezza. 4. Il frazionamento del credito a partire da Cass. 23726/2007. 5. La chiave sanzionatoria.

1. PREMESSA

Nell'ordinamento processuale brasiliano la buona fede riveste un ruolo significativo, dato che nel nuovo codice di procedura civile del 2015 le viene conferita la dignità di principio fondante e ispiratore dell'attività delle parti e alla luce del quale interpretare le decisioni (*Art. 5º Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé; Art. 322 O pedido deve ser certo. § 1º Compreendem-se no principal os juros legais, a correção monetária e as verbas de sucumbência, inclusive*

os honorários advocatícios. § 2º A interpretação do pedido considerará o conjunto da postulação e observará o princípio da boa-fé; Art. 489: São elementos essenciais da sentença: [...] § 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé)¹.

Invece, nel codice di procedura civile italiano la buona fede compare soltanto nell'art. 111, con riferimento agli acquisti di buona fede dei terzi, nel caso di successione a titolo particolare nel diritto controverso, e nell'art. 742, con riferimento ai diritti dei tezi acquistati in buona fede.

In nessun caso la buona fede risulta costituire un criterio conformativo del contegno processuale di parti e avvocati e men che meno appare configurabile come indice interpretativo delle sentenze.

La «mala fede» è positivizzata nell'art. 96, 1° comma, ai sensi del quale «Se risulta che la parte soccombente ha agito o resistito in giudizio con mala fede o colpa grave, il giudice, su istanza dell'altra parte, la condanna, oltre che alle spese, al risarcimento dei danni, che liquida, anche di ufficio, nella sentenza».

Nel contesto italiano, la buona fede è considerata, nell'ambito del diritto civile, una clausola generale², della cui esistenza, a ben vedere, non ci si avvede se non nelle ipotesi patologiche dei rapporti.

Ancor più difficile da intravedere è la buona fede nel processo: è lecito dubitare che qualche avvocato (o, nel processo penale, pubblico ministero), quando si trova sul punto di iniziare un processo, di studiare la strategia, di compiere delle scelte processuali, confidi nella buona fede della controparte e nella reciproca intenzione di collaborare.

La buona fede è un criterio di valutazione dei comportamenti (o un parametro di loro conformazione, o di integrazione della loro volontà come cristallizzata in un contratto) che si attaglia bene alla fisiologia dei rapporti, ma molto meno alla patologia.

1. Il presente contributo riprende il testo della relazione tenuta in occasione del convegno *Os desafios do Judiciário e do Ministério Público no século XXI. Diálogos entre Brasil e Itália*, tenuta in data 28 novembre 2019 presso l'*Auditório da Procuradoria da República no Rio de Janeiro*.

In questa sede, ci si limita solo ad alcuni scritti di autori brasiliani che è stato possibile consultare: Didier Jr., *Princípio da Boa-fé Processual no Direito Processual Civil Brasileiro e Seu Fundamento Constitucional*, in *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro* n° 70, out./dez. 2018; Cabral, *O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva*, in *Revista de Processo*, 2005, n. 126, 76-78; Mitidiero, *Bases para a construção de um processo civil cooperativo: o direito processual civil no marco teórico do formalismo-valorativo*. Tese de doutoramento. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2007, 70 ss.; Vincenzi *A boa-fé no processo civil*, São Paulo, 2003, 169.

2. Nella dottrina italiana, sulla scorta degli studi compiuti in Germania, l'indagine sulla clausola generale di buona fede e le sue applicazioni appaiono sterminate. Per ragioni di brevità, si rinvia esclusivamente a Rodotà, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1962; Bessone e A. D'Angelo, *Buona fede*, in *Encicl. giur.*, Roma, 1988, vol. V; L. Bigliazzi Geri, *Buona fede nel diritto civile*, in *Digesto civ.*, vol. II, Torino, 1988, 154 ss.

Nel contesto della patologia dei rapporti (*id est*, nel processo) la buona fede, o meglio, la sua violazione, è collegata a due profili che, probabilmente, costituiscono due facce della stessa medaglia:

- il dovere (o l'onere o l'obbligo)³ di non abusare del processo;
- il dovere (o l'onere o l'obbligo) di dire la verità.

Su questi profili occorre dunque soffermarsi, lasciando da parte l'accezione, colta nell'esperienza brasiliana, che vede la buona fede processuale quale principio posto a base di una sorta di collaborazione tra parti e giudice e che appare, *inter alia*, funzionale ad evitare le decisioni c.d. della terza via.

La locuzione «abuso del processo» si compone della parola «abuso», il cui significato coincide con il «cattivo uso, uso eccessivo, smodato, illegittimo di una cosa, di un'autorità»⁴ e dalla parola «processo»⁵.

Questo «cattivo, eccessivo, smodato o illegittimo uso» non sembra potersi riferire ad una *res* – il processo – che è immateriale e insuscettibile di appropriazione, ma, più opportunamente, alle situazioni subiettive che ne costituiscono il motore, vale a dire al diritto di azione e a quello di difesa.

Si tratta di diritti astratti, nel senso che il loro esercizio compete a chiunque e non necessitano di una fattispecie acquisitiva, il che, già di per sé, sembra scavare un solco tra il concetto di abuso del diritto, che si configura sempre come abuso del diritto soggettivo, e quello di abuso del processo.

Secondo una prima opinione⁶, l'abuso del processo risiede nella distorsione dell'impiego dello strumento processuale o addirittura del singolo atto processuale. Indipendentemente dall'esistenza della componente soggettiva, ma, soprattutto, a prescindere dall'esito dell'apprezzamento nel merito, non si deve trattare di agire o resistere in giudizio in maniera pretestuosa e comunque infondata, quanto di compiere un'attività, formalmente corretta ma che però si mostri ultronea rispetto allo scopo (in questo risiederebbe la distinzione, raramente tenuta presente dalla giurisprudenza, tra abuso del processo e temerarietà della lite).

Secondo alcuni, la *ratio* dell'abuso del processo risiederebbe nella distorsione e scorrettezza dell'utilizzo dello strumento processuale, in modo anche da interferire con

3. Per la distinzione tra queste situazioni giuridiche, la cui analisi non può essere compiuta in questa sede, sia consentito rinviare a A.D. De Santis, *Contributo allo studio della funzione deterrente del processo civile*, Napoli, 2018, 52 ss.

4. Cfr. vocabolario Treccani.

5. Sulla cui definizione si veda, *inter alios*, Taruffo, *Giudizio: processo, decisione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1998, 787 seg.

6. F. Cordopatri, *L'abuso del processo*, vol. I, *Presupposti storici*, e vol. II, *Diritto positivo*, Cedam, Padova, 2000.

il funzionamento dell'apparato giudiziario, così da realizzare una condotta lesiva del canone generale di buona fede oggettiva e di correttezza, in quanto contrastante con il dovere di solidarietà di cui all'art. 2 Cost., e contraria ai principi del giusto processo⁷; secondo altri, l'abuso si configurerebbe solo nell'attività processuale svolta da una parte per recare pregiudizio all'efficace esercizio dell'attività di difesa dell'avversario⁸.

Secondo Chiarloni, «L'abuso del processo si attua per lo più attraverso un utilizzo «formalistico», nel senso di contrastante con i relativi scopi, di questo o quello strumento processuale. Non apparirà così stretto, invece, malgrado quanto comunemente si ritiene, il rapporto tra abuso del processo e violazione di doveri etici delle parti e, soprattutto, deontologici degli operatori. Vedremo che abuso del processo (con le relative sanzioni eventualmente previste a carico delle parti) e doveri deontologici viaggiano spesso per loro conto, cosicché, ad esempio, la condanna della parte per lite temeraria non comporta automaticamente, almeno nel nostro ordinamento giuridico, la soggezione del suo difensore né a responsabilità disciplinare, né a responsabilità civile»⁹.

L'*humus* dell'abuso del processo è l'abuso del diritto.

A ben vedere, non si abusa del processo ma si abusa del diritto, sicché, in realtà, l'abuso del processo consiste nell'abuso del diritto di azione o del diritto di difesa.

Si tratta di diritti astratti e l'astrattezza di questi diritti, che esistono nei confronti di chiunque e non necessitano di una fattispecie acquisitiva, vale a sancire lo iato con l'abuso del diritto, che si configura sempre come abuso del diritto soggettivo.

Alla clausola generale di buona fede generalmente si riconduce l'abuso del diritto e il dovere di lealtà e probità.

2. LA BUONA FEDE E IL DOVERE DI LEALTÀ E PROBITÀ

Comunque si costruisca il processo, la legge impone determinati comportamenti per il conseguimento di determinati vantaggi o risultati: il risultato, nel processo, non è dovuto ma è aspirato ed eventuale.

Per le parti, una volta riconosciuti i diritti di azione e di difesa, non si configurano "altri" diritti, ma soltanto oneri, collegati al principio di autoresponsabilità, cioè strumentali al diritto di azione e di difesa.

L'assolvimento dell'onere deve avvenire nel rispetto della clausola dell'art. 88 c.p.c.

7. L.P. Comoglio, *Abuso del processo e garanzie costituzionali*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 319 ss.

8. Montanari, *Note minime sull'abuso del processo civile*, in *Corriere giur.*, 2011, 556.

9. Chiarloni, Chiarloni, *Etica, formalismo processuale, abuso del processo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2014, 1281.

Nel processo, c'è il giudice: «che sorveglia continuamente dal balcone dell'art. 116 cod. proc. civ., il contegno delle parti nel dibattito» ed è dotato del potere di adottare «provvedimenti sanzionatori» ex art. 92, 96 e 88, 2° comma, c.p.c.¹⁰.

È opinione diffusa che la nuova «ondata moralizzatrice»¹¹ o moralistica, che si coglie nello studio dei poteri delle parti, nel contesto di un processo mosso dal principio dispositivo e dall'onere della prova soggettivo¹² sia alla base del rinnovato interesse per il tema dell'abuso del processo e per lo studio sulla configurabilità del dovere di verità e correttezza delle parti, che passa – in Italia – per la via stretta dell'art. 88 c.p.c.

Infatti, sebbene, per quel che riguarda l'Italia, la formula dell'art. 88 c.p.c. abbia da sempre suscitato più dubbi che certezze¹³, non è un mistero che la matrice, per così dire, ideologica sia ben individuata¹⁴.

La fecondità del dibattito intorno al dovere di verità sembra il frutto di una riflessione sul processo, che pare legata al superamento della netta affermazione goldschmidtiana secondo cui nessun comportamento processuale può essere oggetto di valutazione etica (*moralinfreie prozessuale Rechtsbetrachtungsweise*)¹⁵ e alle parti, dunque, non può essere imposto alcun dovere di natura processuale, ma vanno riconosciuti soltanto «doveri contro se stesse» (*Pflichten gegen sich selbst*)¹⁶, e cioè meri oneri a tutela dei propri interessi in causa¹⁷. Pur non potendosi negare che prevale,

10. Calamandrei, *Il processo come giuoco*, in AA.VV., *Scritti in onore di Francesco Carnelutti*, II, Padova, 1950, 485 ss., oltre che in *Riv. dir. proc.*, 1950, I, 23 ss. e ora in *Id.*, *Opere giuridiche*, I, a cura di Cappelletti, Napoli, 1965, 537 ss.

11. Cfr. Capponi, *Salviamo la giustizia civile. Cosa dobbiamo dare, cosa possiamo chiedere ai nostri giudici*, Milano, 2015, 127.

12. In questo senso, v. Carratta, *Dovere di verità e completezza nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2014, 47 ss. (prima parte) e 491 e ss. (seconda parte).

13. Il dilemma era perfettamente colto da Calamandrei, il quale ravvisava due esigenze antitetiche «fra le quali un sistema processuale cerca l'equilibrio: l'esigenza puramente giuridica della validità formale ed autonoma degli atti processuali, dalla quale dipende la certezza del diritto, e l'esigenza morale di introdurre anche nel processo, al di sopra delle forme, la tutela della buona fede». Individuare il giusto punto di equilibrio è davvero arduo: «perché, se talvolta coll'essere troppo rigidi difensori della forma si rischia di sacrificare le ragioni sociali e politiche della norma giuridica, tal'altra col dar la prevalenza a considerazioni moralistiche, si rischia di distruggere le basi stesse della legalità» (Calamandrei, *Un caso tipico di malafede processuale*, ora in *Id.*, *Opere giuridiche*, a cura di Cappelletti, Napoli, 1965, I, 477 ss., spec. 479).

14. Se si considera che la prima moderna codificazione del principio *de quo* si ha nella ZPO austriaca del 1895, pare evidente – come ricorda lo stesso Carratta (*Dovere di verità e completezza nel processo civile*, cit., 152) – come alla sua base vi sia una ben precisa idea di processo, nell'ambito della quale l'obiettivo di ottenere un'effettiva cooperazione (*Arbeitsgemeinschaft*) fra giudice e parti induce ad accrescere i doveri di comportamento delle parti, in aperta rottura con la tradizionale ricostruzione liberale del processo come «cosa delle parti» (*Sache der Parteien*), fino a quel momento dominante.

15. Goldschmidt, *Der Prozess als Rechtslage*, Berlin, 1925, 292.

16. Goldschmidt, *Der Prozess als Rechtslage*, cit., 81 ss., 118, 339 e 358.

17. Carratta, *Il principio della non contestazione contestazione nel processo civile*, Milano, 1995, 102 ss.

nel sistema del processo, la figura dell'onere e dei «doveri contro se stessi», sembra ormai generalmente accettato che il legislatore possa utilizzare anche le figure del “dovere” e della “sanzione”¹⁸ quando intenda perseguire, sfruttando l'azione della parte, finalità più ampie della sola tutela dell'interesse proprio di quest'ultima.

Ampiamente documentato è il percorso accidentato che condusse all'inserimento dell'art. 88 c.p.c. nel codice del 1940 e su questo vale la pena di ricordare l'influente e probabilmente decisiva posizione assunta da Calamandrei, il quale, riferendosi ai precedenti dell'art. 26 del Progetto preliminare, si convinse che le disposizioni previste nei Progetti di nuovo codice avessero «una portata più morale e, diciamo così, pedagogica, che non giuridica» e non erano altro che la proclamazione solenne di un principio già latente nel codice del 1865¹⁹; l'art. 26 del Progetto preliminare, invece, ambiva a fare un passo in avanti non da poco e a sostituire al generico «dovere di probità» «un più specifico e più particolareggiato dovere di dire la verità in tutte le dichiarazioni che le parti sono chiamate a fare, nel corso del processo», ma, come è noto, la proposta non entrò nella versione definitiva del codice del 1940, in quanto, appunto, l'art. 26 del Progetto preliminare Solmi venne sostituito, nel Progetto definitivo, dall'art. 29, dal quale deriva l'attuale art. 88 c.p.c. e che si limitava a prevedere a carico delle parti e dei loro difensori il dovere di probità e lealtà²⁰.

Prevalse dunque la linea di Calamandrei (adeguatamente “sponsorizzata”, per usare un'espressione di Cipriani, da Carnelutti e da Andrioli²¹): «[...] fino a quando rimane in vigore [...] il principio dispositivo, la norma che consacra l'obbligo di dire

18. La stessa figura della sanzione smentisce l'impostazione di Goldschmidt; si rinvia, per riferimenti a Carratta, *Dovere di verità*, cit., 156.

19. Cfr. Calamandrei, *Osservazioni e proposte sul progetto di Codice di procedura civile*, Roma, 1938.

È noto, invece, che i progetti preliminari avessero dedicato particolare peso all'aspetto della verità nel processo civile, considerato che, nel progetto Chiovenda, veniva proposta l'introduzione del «dovere di non dire cose consapevolmente non vere» (v., oltre all'art. 20 del progetto, anche la *Relazione sul progetto di riforma del procedimento elaborato dalla Commissione per il dopo guerra*, in *Saggi di diritto processuale civile* (1894-1937), II, rist., Milano, 1993, 64 s.; non è mistero che Chiovenda decise di ispirarsi al Regolamento austriaco del 1895 – come dimostrato da *Le forme nella difesa giudiziale del diritto*, in *Saggi*, cit., I, 368 s. e da *Le riforme processuali e le correnti del pensiero moderno*, *ibid.*, 382 s. – ma, altrettanto pacifico è stato il parziale fallimento del suo ideale, come testimoniato, in modo caustico, da F. Cipriani, *Nel centenario*, cit., 969, là dove riporta le parole di Carnelutti, *Addio Chiovenda*, in *Riv. dir. proc.*, 1948, I, 121, secondo cui «Chiovenda non fu, purtroppo, ma avrebbe voluto e dovuto essere il Klein italiano») e nel progetto Rocco (cfr. l'art. 25 del Progetto Rocco, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1937, I, 12), oppure un «dovere di affermare al giudice i fatti secondo la verità», nel progetto Carnelutti (cfr. l'art. 28 del Progetto Carnelutti, *Progetto di codice di procedura civile*, Padova, 1926, 15; Carnelutti, *Lineamenti della riforma del processo civile di cognizione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1929, I, 29; cfr., anche, per approfondimenti, F. Cipriani, *Storie di processualisti e di oligarchi*, Milano, 1991, 287) e poi nel preliminare Solmi (cfr. l'art. 26 del Progetto preliminare Solmi, *Codice di procedura civile. Progetto preliminare e Relazione*, Roma, 1937, 10).

20. Cfr. Calogero, *Probità, lealtà, veridicità nel processo civile*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1939, I, 129.

21. Cfr. Calamandrei, *Osservazioni*, cit., 270, 275; cfr., anche, il parere di Andrioli, redatto per conto della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Roma, in *Scritti giuridici*, III, Milano, 2007, 1457 ss.

la verità non può significare altro, per la parte in causa, che un richiamo, di valore soprattutto morale, al generico dovere di buona fede processuale»²².

È curioso ricordare come, a codice approvato, Calamandrei sostenne l'importanza della lealtà e della correttezza e addirittura affermò che «invano si spera che i codici di procedura, anche i meglio studiati, servano davvero alla giustizia se non sono sostenuti, nella loro applicazione pratica, da quella lealtà e correttezza del giuoco, da quel *fair play*, le cui regole non scritte sono affidate soprattutto alla coscienza e alla sensibilità degli ordini forensi»²³.

In particolare, riferendosi all'art. 88 c.p.c. e definendone il derivante dovere «vago ed indeterminato», in poche battute colse l'essenza della norma, chiamata a trovar applicazione in tutti i casi in cui la condotta *unfair* non fosse sfociata nel merito della lite, dando luogo all'impugnabilità ex art. 395, n. 1 c.p.c., e consistente nell'attribuzione al giudice «che sorveglia continuamente dal balcone dell'art. 116 cod. proc. civ., il contegno delle parti nel dibattito» del potere di adottare «provvedimenti sanzionatori» ex art. 92, 96 e 88, 2° comma, c.p.c.; tuttavia, emergeva, nel pensiero di Calamandrei, una certa sfiducia nella possibilità di individuare le condotte integranti la cosiddetta mala fede processuale, sicché il cuore del sistema che sovrintende alla garanzia della lealtà delle parti fu rappresentato da quella galassia di disposizioni che stabiliscono oneri a carico delle parti, il cui mancato assolvimento determina conseguenze per queste svantaggiose, talvolta automatiche, talaltra rimesse al filtro della valutazione prudente del giudice, ma comunque in grado di fungere da deterrente dal tenere condotte sleali o non collaborative e da far insorgere nella parte la convinzione che «a lungo andare, anche nel processo l'onestà finisce coll'essere un buon affare»²⁴.

Colpisce che la sanzione processuale e la funzione deterrente o dissuasiva compaiano nel pensiero di Calamandrei, a chiare lettere, proprio rispetto al problema della verità nel processo, pur colto sotto il filtro della clausola dell'art. 88 c.p.c.

Ma Calamandrei non fu il solo a suggerire un utilizzo – per così dire – sovrapotenziato del modesto art. 88 c.p.c., tanto che vuoi Carnelutti²⁵, seguito da altri studiosi²⁶, vuoi Micheli, Cappelletti e Grasso, per anni sostennero l'immanenza del dovere di non

22. Cfr. Calamandrei, *Osservazioni*, cit., 268.

23. Cfr. Calamandrei, *Il processo come giuoco*, cit., 543.

24. Cfr. Calamandrei, *Il processo come giuoco*, cit., 558.

25. Cfr. Carnelutti, *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, 4° ed., I, Roma, 1951, 236 e 247 s.; e, ancora prima, Id., *Sistema*, cit., I, 880 s.; sebbene secondo Scarselli, *Lealtà e probità nel compimento degli atti processuali*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1998, 91 ss. e 111, vi sarebbe stato un «ripensamento di Carnelutti, che, dopo la formulazione del progetto del codice, mutò opinione, per allinearsi a quella dottrina che ritiene oggi non sussistere un dovere di verità nelle allegazioni processuali».

26. Cfr. Calogero, *Probità, lealtà, veridicità nel processo civile*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1939, I, 136 ss.; Satter, *Dovere di verità e diritto di disposizione delle parti nel nuovo processo civile italiano*, in *Annuario dir. comp.*, XVII, 1, 1943, 1 ss.; Marchetti, *Dolo revocatorio e falsa allegazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1960, 418 ss., spec. 427 s.; Del Vecchio, *La verità nella morale e nel diritto*, Roma, 1952, 46 s.

mentire scientemente²⁷, o comunque la ricavabilità, direttamente dall'art. 88 del dovere di verità e completezza, proprio grazie al corredo di sanzioni conseguenti alla sua violazione²⁸, o ancora, la configurabilità di un dovere di collaborazione tra le parti, desumibile dall'impianto generale del codice del 1940²⁹.

L'attenzione per il tema, però, sul far degli anni settanta del novecento, si affievoli e così, con il conforto di una pratica applicazione dalla quale provenivano ben pochi spunti innovativi, negli ultimi tempi può affermarsi che, pur con opinioni contrarie³⁰, prevalga la tesi che nega l'esistenza del dovere di verità nel processo³¹, nell'ambito del quale un ruolo non secondario è rivestito dalla questione dell'ammissibilità delle prove cosiddette illecite³²; il quadro della giurisprudenza appare in evoluzione e in confusione, giacché la lealtà e la probità incidono nella vasta gamma di condotte che configurano l'abuso del processo, ma, in ogni caso, la tendenza, fino a qualche tempo

-
27. Cfr. Micheli, *L'onere della prova*, Padova, 1942, rist. 1966, 144 s.; già dopo alcuni anni però la sua posizione pare più cauta (cfr. Id., *Corso di diritto processuale civile*, II, Milano, 1960, 101).
 28. Cfr. Cappelletti, *Il giuramento della parte nel processo litisconsortile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1955, 1170 s.; Id., *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, I, Milano, 1962, 378; Id., *Processo e ideologie*, Bologna, 1969, 216 ss.
 29. Cfr. Grasso, *La collaborazione, nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1961, 599.
 30. Cfr. Comoglio, *Regole deontologiche e doveri di verità nel processo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1998, II, 132.; Id., *Le prove civili*, Torino, 2010, 24; Cordopatri, *Note a margine di un libro recente e di un recente disegno di legge*, in *Riv. dir. proc.*, 1998, 1340 ss.; Gradi, *Il divieto di menzogna e di reticenza delle parti nel processo civile*, in *Dir. & formazione*, 2009, 793 ss. e in AA.VV., *Teoria do processo. Panorama doutrinario mundial*, a cura di Fredie Didier Jr., Salvador, 2010, II, 650 ss., da cui si cita; Id., *Sincerità dei litiganti ed etica della narrazione nel processo civile*, in *Lo Sguardo. Rivista di Filosofia*, n. 8, 2012, I, 97 ss.; recentemente, per una rivalutazione, v. Carratta, *Dovere di verità*, cit., 232 ss.
 31. Della Pietra, *sub art. 88*, in *Codice di procedura civile commentato*, a cura di Vaccarella e Verde, I, Torino, 1997, 686; Ruggieri, *Giudizio di verità, giudizio di probabilità e lealtà nel processo civile*, in *Dir. & formazione*, 2004, 287 ss.; Romualdi, *Dall'abuso del processo*, cit., 37; Lupano, *Responsabilità per le spese e condotta delle parti*, Torino, 2013, 155; per una posizione possibilista, v. Scarselli, *Lealtà e probità*, cit., 109 ss.; Id., *Ordinamento giudiziario e forense*, Milano, 2013, 445 ss.; Tommaseo, *Lezioni di diritto processuale civile*, I, Padova, 2002, 147.
 32. Si tratta di un tema che non può essere esaminato in questa sede, in cui vale la pena soltanto segnalare gli studi più recenti e, in particolare, Passanante, *La prova illecita nel processo civile*, Torino, 2017, *passim*; Graziosi, *Contro l'utilizzabilità delle prove illecite nel processo civile*, in *Giusto proc. civ.*, 2016, 945; D. Dalfino, *Illegally Obtained Evidence and the Myth of Judicial Truth in the Italian System*, in AA.VV., *Derecho, Justicia, Universidad. Liber amicorum de Andrés de la Oliva Santos*, a cura di Díez-Picazo Giménez e Vegas Torres, Madrid, 2016, I, 901 ss.; peraltro, sulla questione relativa alla graduazione dei poteri istruttori officiosi del giudice civile, come sintomo dell'anelito alla verità, colto sotto forma di contrapposizione tra sistema inquisitorio e accusatorio, cfr. E. Fabiani, *I poteri istruttori del giudice civile. I. Contributo al chiarimento del dibattito*, Napoli, 2008, *passim*, il quale appare un fermo sostenitore del dovere del giudice di esercitare i suoi poteri istruttori ogni qual volta si trovi a dover far applicazione del criterio di giudizio dell'art. 2697 c.c. (v., anche, Id., *Sul potere del giudice monocratico di disporre d'ufficio la prova testimoniale ai sensi dell'art. 281 «ter» c.p.c.*, in *Foro it.*, 2000, I, 2093 ss.).

fa di chiusura³³, sembra essersi invertita³⁴, anche grazie all'uso dell'art. 96 c.p.c. (e al corrispettivo art. 26, 2° comma, c.p.a.)³⁵.

3. LA MISURA DELL'ONERE DI VERITÀ E COMPLETEZZA NEL PROCESSO CIVILE

In effetti, l'onere per le parti di dire il vero può essere riempito di significati differenti e la giurisprudenza ha manifestato una proverbiale cautela nell'individuare i casi in cui ricavarlo dalla clausola generale dell'art. 88 c.p.c.³⁶ e in cui sanzionarne il mancato assolvimento³⁷.

33. In termini generali, circa l'insussistenza dell'obbligo per la parte di produrre spontaneamente in giudizio documenti che possano giovare alla controparte v. Cass. 19 novembre 1994, n. 9839, *Foro it.*, Rep. 1994, voce *Procedimento civile*, n. 82; Cass. 18 novembre 1994, n. 9797, *ibid.*, n. 83; Cass. 19 luglio 1962, n. 1933, *id.*, Rep. 1962, voce cit., n. 111.
34. Nel senso la parte che nel corso del processo chieda il ritiro del proprio fascicolo ha l'onere di depositare copia dei documenti probatori che in esso siano inseriti, onde impedire che qualora essa, in violazione dei principi di lealtà e probità, ometta di restituire il fascicolo con i documenti in precedenza prodotti, risulti impossibile all'altra parte fornire, anche in sede di gravame, le prove che erano desumibili dal fascicolo avversario, v. Cass. 14 gennaio 2016, n. 455, *Foro it.*, Rep. 2016, voce *Prova civile in genere*, n. 16.
35. Cfr., infatti, Cons. Stato, sez. V, 25 febbraio 2015, n. 930, *Foro it.*, 2015, III, 193, con commento di M. Gradi, secondo cui «il comportamento della parte, che promuove un giudizio di ottemperanza per un credito che era già stato saldato quanto al capitale e di cui era in corso il saldo quanto agli accessori, e che di tali circostanze non abbia reso edotto il giudice, integra una violazione del dovere di lealtà e probità sancito dall'art. 88 c.p.c. e giustifica la condanna della parte medesima ai sensi dell'art. 26, 2° comma, cod. proc. amm.».
36. Nel senso che la naturale vaghezza delle clausole generali è «in grado di operare il prodigio dell'eterna giovinezza dei sistemi normativi», v. l'espressione di Iudica, pronunciata nell'ambito del convegno «Clausole generali e discrezionalità del giudice», svoltosi a Trento, 22-23 maggio 2009, che è citata da Moscati, *Clausole generali e ruolo delle obbligazioni naturali nel diritto vigente*, in *Giur. it.*, 2011, 1718; e ripresa da Cognetti, *Il controllo giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica: indeterminatezza della norma e opinabilità dell'apprezzamento del fatto da sussumere*, in *Dir. e processo amm.*, 2013, 354.
37. Secondo Consolo, *Note necessariamente divaganti quanto all'«abuso sanzionabile del processo» e all'«abuso del diritto come argomento»*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 1298, si assiste oggi ad una «esigenza di ripresa di mordente del dovere di lealtà e probità» delle parti, proprio con riguardo al problema del rapporto fra processo e verità.

In effetti, talora il richiamo all'art. 88 c.p.c. compare come corollario della motivazione di dedurre argomenti di prova ex art. 116 c.p.c. (cfr. Cass. 22 dicembre 2014, n. 27231, *Foro it.*, Rep. 2014, voce *Prova civile in genere*, n. 65, secondo cui, qualora nel corso di un giudizio civile, venga formulata istanza di esibizione documentale ex art. 210 c.p.c., la parte nei cui confronti tale istanza è formulata è tenuta - in ossequio al dovere di lealtà e probità processuale ex art. 88 c.p.c. e alla stregua del principio di acquisizione della prova, in forza del quale, un elemento probatorio, una volta introdotto nel processo, è definitivamente acquisito alla causa - a conservare la relativa documentazione fino a quando il giudice non abbia definitivamente e negativamente provveduto sulla stessa, sicché, ove la documentazione venga distrutta dopo la presentazione dell'istanza e durante il tempo di attesa per la formazione della decisione definitiva sulla stessa, la mancata conservazione è suscettibile di

Recenti studi³⁸ hanno dimostrato la scarsa affidabilità delle obiezioni rivolte all'immanenza, nel nostro ordinamento, del dovere di verità giacché:

- non è in contrasto con il principio dispositivo, né con il potere monopolistico di allegazione, perché la sua applicazione consente di sanzionare, nei termini voluti dal legislatore, chi abusi dell'uno o dell'altro;
- l'adempimento del dovere in questione impone solo che tale potere di delimitazione sia ispirato alla verità "soggettiva" dei fatti allegati, non certo alla verità giudiziale o probatoria;
- il dovere di verità "soggettiva" o processuale delle parti opera su un piano ben diverso da quello probatorio, che è proprio del dovere di verità dei testimoni³⁹, il che si evince prendendo in considerazione la disciplina della confessione, la quale ha valore di prova legale per il giudice anche a prescindere dalla sua veridicità, il che conferma che sulla parte non grava il medesimo dovere di verità che grava sui testimoni;
- il principio *onus probandi incumbit ei qui dicit* significa che l'allegazione di un fatto non implica la dimostrazione della verità di quel fatto, ma richiede la dimostrazione probatoria della verità di ciò che è stato allegato, il che esclude l'automatismo, come invece si è sostenuto⁴⁰, fra accertamento della non veridicità del fatto allegato all'esito dell'attività istruttoria e violazione del dovere di verità o fra accertamento di una fattispecie storica diversa da quella prospettata dalla parte e violazione del dovere di completezza;

essere valutata come argomento di prova *ex art. 116 c.p.c.*»); talaltra, come sinonimo del dovere di *clare loqui* per l'avvocato (Cass. 2 marzo 2012, n. 3338, *id.*, Rep. 2012, voce *Procedimento civile*, n. 140, secondo cui «il dovere di lealtà e probità processuale, che grava sulle parti e sui loro difensori, a norma dell'art. 88, 1° comma, c.p.c., impone all'avvocato, cui sia stata sollecitata una presa di posizione su di un'istanza chiara e ben definita, non solo di rispondere, ma anche di esprimersi in maniera altrettanto comprensibile e, soprattutto, di attenersi ad una logica di tipo binario, che non ammette formule di dubbia lettura, né ipotesi terze fra l'affermazione e la negazione; nella specie, la suprema corte ha ritenuto che la dichiarazione di «rimettersi» alla decisione del giudice, formulata da un difensore in presenza di richiesta di sospensione del giudizio, ai sensi dell'art. 279, 4° comma, c.p.c., proveniente da altro procuratore, dovesse intendersi equivalente ad una adesione all'istanza, mostrando una sostanziale non avversità ad essa); in altri, il richiamo all'art. 88 c.p.c. opera per sostenere l'applicazione dell'art. 96, 3° comma, c.p.c. (cfr. minorenni Milano 29 marzo 2011, *Dir. famiglia*, 2012, 283, secondo cui «in tema di condanna alle spese nel procedimento concernente l'affido del minore la disposizione di cui all'art. 155 *bis*, ultimo capoverso, è finalizzata a presidiare il regime ordinario dell'affido condiviso contro immotivate e pretestuose richieste di affidamento esclusivo; pertanto, nel caso di specie, la reiterazione di tale ultima domanda senza fornire elementi a suo sostegno configura una condotta contraria ai doveri di lealtà e probità espressi dall'art. 88 c.p.c. e la parte va condannata - in applicazione del potere officioso concesso dal combinato disposto degli art. 155 *bis* c.c. e 96, 3° comma, c.p.c. - al pagamento di una somma equitativamente determinata»).

38. Cfr. Carratta, *Dovere di verità*, cit., 180 ss.

39. Cfr. Damaška, *I volti della giustizia e del potere*, trad. it. di Giussani e Rota, Bologna, 1991, 220.

40. Da Scarselli, *Lealtà e probità*, cit., 116.

- la mancata codificazione del dovere di verità e completezza e l'*iter* che condusse ad espungerlo dal Progetto preliminare non costituiscono argomenti insuperabili, alla luce di una lettura sistematica.

Proprio quest'ultimo profilo merita di essere posto in evidenza, giacché consente di focalizzare l'attenzione sul cuore del problema, costituito dalle conseguenze della violazione di un onere, che già Andrioli aveva profetizzato quale il punto più rilevante della questione e, al contempo, quello più difficile da scorgere⁴¹.

La prospettiva più proficua parrebbe quella ispirata a BETTI, consistente cioè nel verificare l'apparato di sanzioni che costellano il mancato assolvimento dell'onere⁴².

Se dunque occorre verificare le conseguenze della violazione di un dovere o del mancato assolvimento di un onere, si pone, a questo punto, la necessità di risolvere il *prius* logico circa il titolo in base al quale una condotta contraria ad un precetto normativo possa condurre ad una sanzione.

In altri termini, è bene, anche ai fini del prosieguo della trattazione, chiarire che questo titolo, in realtà, coincide con la responsabilità, che, nell'ambito del processo, deriva tradizionalmente dall'acquisto della qualità di parte, sebbene alcune condotte pre-processuali siano comunque idonee a far sorgere un tipo di responsabilità destinata ad essere accertata e sancita nel processo (si pensi alle conseguenze delle condotte assunte nell'ambito del procedimento di mediazione).

È utile però sgombrare il campo da equivoci e soffermare l'attenzione su una particolare figura di responsabilità "da processo", cioè quella che dà luogo alla irrogazione di sanzioni e che dunque può definirsi, responsabilità verso se stessi o autoresponsabilità⁴³.

3.1. L'origine del dovere di verità e completezza

È possibile dar conto dell'indagine sull'onere di verità e completezza, richiamando le considerazioni di quanti hanno contribuito a superare l'obiezione circa il suo mancato inserimento nel *corpus* del codice del 1940.

41. Cfr. Andrioli, *Questioni controverse sul nuovo codice di procedura civile*, in *Foro it.*, 1941, IV, 65 ss., secondo il quale «una delle caratteristiche più notevoli del nostro codice [...] [le] conseguenze che è facile desumere dagli artt. 88, 116 e 397»; aggiungeva inoltre che «dal combinato disposto di queste tre norme, la cui rilevanza non sarà mai sufficientemente sottolineata, varie idee correnti in sede di interpretazione del vecchio codice debbono essere rivedute da chi sente tutto il pericolo di versare nei vecchi orci vino novello».

42. Cfr. Betti, *Diritto processuale civile italiano*, Roma, 1936, 7, la cui impostazione propugnava una assiologia della sanzione nell'ambito del processo.

43. Cfr. il recente studio di Menchini, *Principio di preclusione e autoresponsabilità processuale*, in *Giusto proc. civ.*, 2013, 979 ss. e in AA.VV., *Etica del processo e doveri delle parti*, cit., 71 ss., dal quale si cita.

In realtà, la mancata codificazione non è apparsa un argomento insuperabile perché sarebbe possibile ricavare l'esistenza del principio seguendo – per così dire – le tracce che il mancato assolvimento dell'onere *de quo* lascia sul percorso dell'interprete.

Queste tracce parrebbero essere le sanzioni.

Se si concorda sulla valenza giuridica del dovere di lealtà e probità di cui all'art. 88 c.p.c. (pur nella consapevolezza che il suo contenuto è stato variamente inteso dagli studi che l'hanno riguardato) sembra emergere, pur non esplicitato, un tratto comune, costituito dalla sua portata deterrente: la condotta leale impone di «evitare di ricorrere a manovre od artifici, che potrebbero impedire all'altra [parte] di far valere le sue ragioni dinanzi al giudice, in tutti i modi e con tutte le garanzie stabilite dalla legge» e violare «la piena e regolare applicazione del principio del contraddittorio»⁴⁴. Se la funzione è deterrente e consiste:

- nell'evitare che «la condotta processuale della parte, pur formalmente valida, alteri e pregiudichi la paritaria posizione delle parti nell'esercizio delle loro prerogative processuali»⁴⁵;
- nell'«evitare che la schermaglia si confonda con la mala fede» e nell'impedire che l'indubbio interesse privato della parte ad ottenere una sentenza favorevole sia coltivato abusando degli strumenti processuali⁴⁶; e se
- il dovere di lealtà e probità costituisce il metro di valutazione del corretto esercizio dei poteri processuali delle parti, soprattutto quando il legislatore lasci loro «margini più o meno vasti nei quali è consentito liberamente determinarsi» o addirittura consenta alle parti la libertà «di scegliere i mezzi più idonei al conseguimento dei loro fini»⁴⁷;
- se, ancora, «il contenuto precettivo di questa norma consiste nel vietare i comportamenti sleali nei confronti dell'avversario e altresì il comportamento fraudolento di entrambe le parti per violare la legge [...] e l'inosservanza di tale dovere trova la sua sanzione per le parti, da un lato, nella responsabilità aggravata per le spese, dall'altro, nella possibilità per il giudice di desumere argomenti di prova da un contegno processuale scorretto o sleale onde tenerne conto, seppur in via ausiliaria e mai surrogatrice delle prove vere e

44. Cfr. Liebman, *Manuale di diritto processuale civile*, I, Milano, 1981, 107 ss.

45. Cfr. Carratta, *Dovere di verità*, cit., 212.

46. Cfr. Andrioli, *Abrogazione del codice di procedura civile?*, in *Riv. dir. proc.*, 1947, I, 150 ss.; Calamandrei, *Il processo come giuoco*, cit., 557 ss. Id., *Troppi avvocati!*, Firenze, 1921, 37; L.P. Comoglio, *sub art. 88*, in *Comm. del c.p.c.*, a cura di Comoglio-Consolo-Sassani-Vaccarella, I, Torino, 2012, 1126.

47. Pur con le difficoltà di individuare «i limiti, sino ai quali l'indebolimento delle difese altrui è espressione di tecnica raffinata e oltre i quali può parlarsi di mala fede e, addirittura, di tradimento», v. Andrioli, *Diritto processuale civile*, cit., 412; nel medesimo senso, v. Calogero, *Probità, lealtà*, cit., 134 ss.

proprie, nella formazione del proprio libero convincimento sui fatti di causa controversi fra le parti (art. 116, co. 2)»⁴⁸;

- se, dunque, si accetta una convergenza tra il dovere di lealtà e probità e l'onere di verità e completezza⁴⁹, si può considerare l'apparato delle misure che sovrintendono alla garanzia del rispetto di tale dovere.

Pur non potendosi non condividere il tentativo di far discendere, dalla sovrapposizione tra dovere di lealtà e dovere di probità:

- il divieto per la parte di allegare fatti (principali o secondari) scientemente non veri, e dunque fatti che essa sa o comunque ritiene, secondo la sua ragionevole valutazione soggettiva, non rispondenti al vero nonché il divieto di contestare fatti (principali o secondari) scientemente veri o dichiarare di non conoscere circostanze di fatto che, invece, non può ignorare per aver preso parte alla loro realizzazione o che avrebbe potuto conoscere utilizzando l'ordinaria diligenza⁵⁰; nonché, dalla sovrapposizione tra dovere di completezza e lealtà processuale:
- il divieto di allegare, a sostegno della propria domanda o della propria eccezione, una ricostruzione fattuale consapevolmente e fraudolentemente reticente, senza che ciò implichi il dovere di allegare anche fatti a sostegno di eventuali eccezioni o domande riconvenzionali di controparte⁵¹, dunque, sembra essere la prospettiva sanzionatoria quella più efficace perché consente di verificare, in concreto, quali sono – se vi sono – gli spazi in cui il mancato assolvimento dell'onere di dire la verità non determina conseguenze

48. Cfr. Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, Torino, 2015, 619.

49. Su cui v. Carratta, *Dovere di verità*, cit., 217.

50. In tal senso, Carratta, *Dovere di verità*, cit., 218 s., il quale a sostegno richiama oltre al suo studio *Il principio della non contestazione*, cit., 307, anche, *inter alios*, Carnelutti, *Istituzioni*, cit., 192 s.; Micheli, *L'onere della prova*, cit., 144 s.; Cappelletti, *La testimonianza*, cit., I, 378, nota 1; Id., *Processo e ideologie*, cit., 54 ss. e 216 s.; Comoglio, *Regole deontologiche*, cit., 132; Id., *Le prove civili*, cit., 24; Taruffo, *L'abuso*, cit., 125 s.; Cerino Canova-Tombari Fabbrini, voce *Revocazione: I) Dir. proc. civ.*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVII, Roma, 1991, 2; F. Cordopatri, *Note a margine di un libro recente e di un recente disegno di legge*, in *Riv. dir. proc.*, 1998, 1340 ss.; F. Cipriani, *L'Avvocato e la verità*, in Id., *Il processo civile nello Stato democratico. Saggi*, Napoli, 2006, 133.

51. Con la precisazione che, se la condotta della parte che è improntata alla consapevole menzogna e reticenza giammai può essere ritenuta conforme all'obbligo di lealtà e probità, si deve però riconoscere che questa corrispondenza «viene meno tutte le volte in cui lo stesso legislatore, per finalità di diversa natura, intenda vincolare in base a criteri formali la formazione del convincimento giudiziale. E questo faccia, nell'ambito dei processi su diritti disponibili, o prevedendo l'efficacia vincolante per il giudice di una *declaratio contra se* della parte (confessione), a prescindere dalla sua verità, proprio perché *contra se* e dunque oggettivamente favorevole alla controparte, oppure imponendo, per ragioni di economia processuale, la *relevatio ab onere probandi* in caso di concorde allegazione dei fatti di causa (non contestazione)» (cfr. Carratta, *Dovere di verità*, cit., 224).

direttamente pregiudizievoli per la parte; in questi casi, ben potrebbe dirsi che la portata precettiva della disposizione di cui all'art. 88 c.p.c. si disperda e, giacché non si ravvisa una sanzione *ad hoc*, nemmeno possa configurarsi un onere giuridicamente rilevante.

Ecco che, sul piano del diritto positivo, si possono distinguere conseguenze che colpiscono direttamente la parte e altre che si producono nei confronti del difensore.

È opportuno precisare che sebbene sia utile distinguere le une dalle altre, nella pratica ben potrebbero sovrapporsi, ad esempio, nei casi di complicità nel mendacio tra parte e difensore, il che consente di ulteriormente distinguere le conseguenze di tipo – per così dire – processuale, che riguardano solo la parte, da quelle extra-processuali, che colpiscono il difensore⁵².

L'affermazione secondo cui l'art. 88 c.p.c. non imporrebbe alle parti l'obbligo di rendere dichiarazioni veritiere, né in sede di interrogatorio (libero o anche formale) né nella parte in fatto degli atti difensivi redatti, su indicazioni delle parti, dai loro avvocati⁵³, può essere ripensata, considerando l'apparato sanzionatorio previsto dalla legge e la maggior confidenza che la giurisprudenza sta dimostrando con l'uso degli strumenti che la legge mette a disposizione.

Oltre alla revocazione *ex art. 395, n. 1, c.p.c.*, la quale può essere esperita a condizione che la sentenza sia stata favorevole alla parte che abbia violato il dovere di verità e completezza e che l'allegazione di un fatto non veritiero o l'omessa allegazione di alcuni fatti rilevanti non sia fine a se stessa, ma abbia effettivamente e dolosamente deviato o impedito l'attività difensiva di controparte⁵⁴, viene in rilievo,

52. Cfr., infatti, Trib. Vicenza 13 settembre 2016, *Foro pad.*, 2017, I, 323, secondo cui «la condanna *ex art. 96 c.p.c.* configura un risarcimento del danno per abuso del processo; se la parte destinataria della condanna è normalmente la parte sostanziale, a cui l'abuso è imputabile, nulla vieta che con essa possa concorrere il suo difensore allorquando abbia sostenuto tesi palesemente infondate, senza esercitare, anche contro eventuali desiderata del cliente, il necessario filtro a lui richiesto».

53. Cfr., in tal senso, Consolo, *Spiegazioni*, cit., 619 ss.

54. In tutti gli altri casi, invece, è convinzione diffusa che il silenzio, il mendacio, la falsa allegazione possano rilevare al fine di integrare la figura del dolo revocatorio solo laddove si inseriscano come elemento essenziale in una positiva attività di macchinazione fraudolenta, volta appunto a trarre in inganno la controparte ed a pregiudicare la sua attività difensiva (cfr. Cass. 15 novembre 2013, n. 25761, *Nuova proc. civ.*, 2013, fasc. 5, 206, secondo cui «per integrare la fattispecie del dolo processuale revocatorio ai sensi dell'art. 395 c.p.c., n. 1, non è sufficiente la sola violazione dell'obbligo di lealtà e probità previsto dell'art. 88 c.p.c., né, in linea di massima, sono di per sé sufficienti il mendacio, le false allegazioni o le reticenze, ma si richiede un'attività intenzionalmente fraudolenta che si concretizzi in artifici o raggiri subiettivamente diretti e oggettivamente idonei a paralizzare la difesa avversaria e a impedire al giudice l'accertamento della verità; in particolare se è vero che, secondo un orientamento peraltro risalente nel tempo, anche il silenzio su fatti decisivi può integrare gli estremi del dolo processuale revocatorio, è pur vero che ciò può avvenire soltanto a condizione che esso costituisca elemento essenziale di un'attività diretta a trarre in inganno la controparte e idonea, in relazione alle circostanze, a sviarne o pregiudicarne la difesa e a impedire al giudice l'accertamento

come sanzione la condanna al rimborso delle spese giudiziali, anche non ripetibili, che una parte abbia provocato alla controparte, ai sensi dell'art. 92, comma 1º, c.p.c. ed a prescindere dalla soccombenza⁵⁵; sintomatico della *vis expansiva* dell'art. 88 c.p.c.

della verità; ne consegue che il silenzio può configurare dolo revocatorio della sentenza, ai sensi del 1º comma, n. 1, dell'art. 395 c.p.c., solo se rappresenti elemento di una macchinazione fraudolenta, che abbia concretamente inciso sul contraddittorio e sul diritto di difesa o, comunque, sull'accertamento della verità»; cfr., anche, Cass. 2 marzo 2010, n. 4936, *www.leggiditalia.it*, 2010; Cass. 13 gennaio 2010, n. 430, *ibid.*; Cass. 19 settembre 2008, n. 23866, *ibid.*; Cass. 26 gennaio 2004, n. 1369, *ibid.*; Cass. 29 gennaio 2002, n. 1155, *Giur. it.*, 2002, 1582; Cass. 22 gennaio 2001, n. 888, *id.*, 2001, 2282; Trib. Salerno 7 gennaio 2011, *Corr. merito*, 2011, 489; nella giurisprudenza amministrativa, v. Cons. Stato, 31 maggio 2010, n. 3127, *Foro amm.-Cons. Stato*, 2010, 1116; nel senso che la falsa allegazione integri di per sé dolo revocatorio, Andrioli, *Commento*, cit., II, 622; *Id.*, *Diritto processuale civile*, cit., 935; in giurisprudenza, Pret. Roma 25 gennaio 1983, *Riv. dir. proc.*, 1984, 608 ss.).

55. Di concerto con l'esercizio dei poteri direttivi del giudice imposti dall'art. 175 c.p.c. (che evoca anche letteralmente l'art. 88 c.p.c.), che gli impone di esercitare «tutti i poteri intesi al più sollecito e leale svolgimento del procedimento» e quindi di impedire comportamenti delle parti che ostacolino non solo il «sollecito» svolgimento del giudizio, ma anche la sua «leale» conduzione (Cass., sez. un., 3 novembre 2008, n. 26373, *Giur. it.*, 2009, 668, con commento di Didone.; Cass. 19 agosto 2009, n. 18410, *Foro it.*, Rep. 2009, voce *Diritti politici e civili*, n. 154), riconoscendo al giudice il potere, per esempio, dichiarare inammissibili eventuali allegazioni non pertinenti e irrilevanti rispetto alla domanda o eccezione proposta o di non ritenere «specifica contestazione» dei fatti *ex adverso* allegati, la dichiarazione della parte di non conoscere fatti alla cui produzione risulta aver partecipato o che comunque non può ragionevolmente non conoscere).

Cfr., peraltro, Cass. 1 marzo 2012, n. 3189, *id.*, Rep. 2012, voce *Procedimento civile*, n. 110, secondo cui «il rispetto del diritto fondamentale a una ragionevole durata del processo impone al giudice, ai sensi degli art. 175 e 127 c.p.c., di evitare e impedire comportamenti che siano di ostacolo a una sollecita definizione dello stesso, tra i quali rientrano quelli che si traducono in un inutile dispendio di attività processuali e formalità superflue perché non giustificate dalla struttura dialettica del processo e, in particolare, dal rispetto effettivo del principio del contraddittorio, da effettive garanzie di difesa e dal diritto alla partecipazione al processo in condizioni di parità, dei soggetti nella cui sfera giuridica l'atto finale è destinato a esplicare i suoi effetti; ne deriva che l'istanza per la trattazione congiunta di una pluralità di giudizi relativi alla medesima vicenda, non espressamente contemplata dagli art. 115 e 82 disp. att. c.p.c., deve essere sorretta da ragioni idonee ad evidenziare i benefici suscettibili di bilanciare gli inevitabili ritardi conseguiti all'accoglimento della richiesta, bilanciamento che dev'essere effettuato con particolare rigore nel giudizio di cassazione in considerazione dell'impulso d'ufficio che lo caratterizza (nella specie, la suprema corte ha ritenuto che la mancanza di sufficiente motivazione che caratterizzava l'istanza di rinvio e riunione - afferente a un ricorso per la cassazione di una sentenza di revocazione e ad altri due ricorsi per la cassazione di sentenze relative alla medesima vicenda - si traducesse in violazione del principio di lealtà e probità processuale sancito dall'art. 88 c.p.c., con conseguente applicazione dell'art. 92, 1º comma, ultima parte, c.p.c.); Cass., sez. un., 29 marzo 2011, n. 7097, *id.*, Rep. 2011, voce *Giurisdizione civile*, n. 215, «la questione di giurisdizione può essere sempre posta, anche nel giudizio di cassazione, purché almeno una delle parti l'abbia sollevata tempestivamente nel giudizio di appello, con ciò impedendo la formazione del giudicato sul punto; in presenza di tale condizione, la questione di giurisdizione può essere posta anche dalla stessa parte che ha adito un giudice e ne ha successivamente contestato la giurisdizione in base all'interesse che deriva dalla soccombenza nel merito; in questo caso, però, il giudice può condannare tale parte alla rifusione delle spese del giudizio di impugnazione anche se la stessa sia risultata vincitrice in punto di giurisdizione, potendo ravvisarsi in simile comportamento la violazione del dovere di lealtà e probità di cui all'art. 88 c.p.c.»; Cass. 16 maggio 2006, n. 11379, *id.*, Rep. 2006, voce *Spese giudiziali civili*,

è il principio espresso da Cass. 22 dicembre 2014, n. 27231, secondo cui il dovere di lealtà e probità processuale, anche se non può sopprimere la naturale contrapposizione d'una parte all'altra nello svolgimento del processo ed imporre attiva collaborazione con la controparte e con il giudice, esige tuttavia un atteggiamento di correttezza coerente con la posizione di colui che è oggettivamente sottoposto ad una funzione (del decidente), che non può con positivi ostacoli negare; «da più generale angolazione nel sistema processuale civile (diretto all'attuazione del giusto processo), opera il principio di acquisizione della prova, in forza del quale un elemento probatorio, una volta introdotto nel processo, è definitivamente acquisito alla funzione giudicante; tanto deve affermarsi non solo per la scrittura contabile (*ex art. 2220 c.c.*), bensì per ogni documento che attenga ai fatti della causa; ove ne sia stato chiesto l'ordine di esibizione, il documento è (pur non materialmente) introdotto nel processo, divenendo materia del dibattito la predetta norma, pur non comportando per la parte l'obbligo d'una preventiva spontanea produzione, preclude tuttavia un'attività che renda impossibile l'esecuzione del provvedimento giudiziale richiesto dalla controparte; la relativa sottrazione integrerebbe un atto contrario all'attuazione del processo, oltre che alla correttezza cui la parte è normativamente obbligata»⁵⁶.

L'applicazione della misura di cui all'art. 96, comma 3^o, c.p.c., è certamente destinata a rilevare sempre di più come sanzione di comportamenti fra i quali è ragionevole far rientrare anche attività di allegazione o contestazioni in contrasto con

n. 51, secondo cui «proposta da una compagnia di assicurazione opposizione all'esecuzione, qualora il creditore abbia proceduto esecutivamente benché in precedenza fosse stato inviato al suo difensore (e coniuge) un assegno circolare a soddisfazione del credito, risulta corretta la motivazione della sentenza di merito che, nel definire con il rigetto l'opposizione, disponga la integrale compensazione delle spese rilevando che il comportamento del creditore si era posto in contrasto con i doveri di lealtà e probità di cui all'art. 88 c.p.c., avendo egli omesso di comunicare il proprio rifiuto di ricevere l'assegno prima di dare inizio all'esecuzione, adducendo a giustificazione la mancanza del potere di riscuotere in capo al difensore, così comportandosi in modo palesemente teso a lucrare anche le spese dell'esecuzione»; Cass. 12 settembre 2003, n. 13427, *id.*, Rep. 2003, voce *Spese giudiziali civili*, n. 23, «ai sensi dell'art. 92, 1^o comma, c.p.c., la violazione del dovere di lealtà e probità stabilito dall'art. 88 stesso codice giustifica, indipendentemente dalla soccombenza, la condanna della parte, che è venuta meno a tale dovere, al rimborso delle spese processuali che l'altra parte ha dovuto sostenere a causa del comportamento illecito; pertanto non viola il principio della soccombenza il giudice che pone a carico della parte vittoriosa le spese del giudizio, ove accerti - con apprezzamento discrezionale non sindacabile in sede di legittimità, se congruamente motivato in relazione alla logica e alla realtà processuale - che questo è stato reso necessario dal comportamento tenuto dalla parte vittoriosa in violazione del predetto dovere»; nella giurisprudenza amministrativa, v. Cons. Stato 25 febbraio 2015, n. 930, *id.*, 2015, III, 193, con commento di Gradi, secondo cui «il comportamento della parte, che promuove un giudizio di ottemperanza per un credito che era già stato saldato quanto al capitale e di cui era in corso il saldo quanto agli accessori, e che di tali circostanze non abbia reso edotto il giudice, integra una violazione del dovere di lealtà e probità sancito dall'art. 88 c.p.c. e giustifica la condanna della parte medesima ai sensi dell'art. 26, 2^o comma, cod. proc. amm.».

56. In senso analogo, v. Trib. Mondovì 22 marzo 2010, *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, 960, con nota di Bontempi, che ha ritenuto in violazione dell'art. 88 c.p.c. il comportamento della parte che abbia omesso reiteratamente l'esibizione della documentazione richiesta *ex art. 210 c.p.c.*

il dovere di verità e completezza⁵⁷; più consolidato è il ricorso, in caso di soccombenza, alla condanna per «responsabilità aggravata», ai sensi dell'art. 96, comma 1^o, c.p.c. pur con l'esclusione di automatismi fra «responsabilità aggravata» e violazione dell'onere di verità e completezza, giacché il mancato assolvimento può costituire un chiaro indice della «mala fede o colpa grave» con cui la parte ha agito o resistito in giudizio⁵⁸.

Il legame tra dovere di lealtà e probità delle parti e abuso del processo, rispetto alla questione della atipicità delle sanzioni, è emerso, seppur in modo strisciante, anche dalla recente decisione della Cassazione di dichiarare inammissibile l'appello proposto dalla parte soccombente nel merito e finalizzato a contestare la giurisdizione del giudice che essa stessa, attrice in primo grado, aveva adito⁵⁹.

57. Cass. pen. 11 febbraio 2011, n. 5300, *Il civilista*, 2011, fasc. 4, 24; Trib. Lamezia Terme 2 aprile 2012, www.ilcaso.it; Trib. Milano 11 gennaio 2012, *Danno e resp.*, 2012, 661, con nota di Busnelli e D'Alessandro; cfr., anche, Carratta, *L'abuso del processo e la sua sanzione: sulle incertezze applicative dell'art. 96, comma 3, c.p.c.*, in *Fam. e dir.*, 2011, 809 ss.

58. Cass. 2 aprile 2015, n. 6675, *Riv. neldiritto*, 2015, 924, secondo cui «la condanna per responsabilità processuale aggravata, per lite temeraria, quale sanzione dell'inosservanza del dovere di lealtà e probità cui ciascuna parte è tenuta, non può derivare dal solo fatto della prospettazione di tesi giuridiche riconosciute errate dal giudice, occorrendo che l'altra parte deduca e dimostri nell'indicato comportamento dell'avversario la ricorrenza del dolo o della colpa grave, nel senso della consapevolezza, o dell'ignoranza, derivante dal mancato uso di un minimo di diligenza, dell'infondatezza delle suddette tesi»; v., anche, Cass. 19 novembre 2009, n. 24453, www.cortedicassazione.it, in caso di consapevole infondatezza di quanto sostenuto; Cass. 6 giugno 2003, n. 9060, *Foro it.*, Rep. 2003, voce *Spese giudiziali civili*, n. 71; Cass. 26 agosto 2002, n. 12541, *id.*, Rep. 2002, voce cit., n. 65; Cass. 16 gennaio 1989, n. 163, *Giust. civ.*, 1989, I, 857; tra le pronunce di merito, v. Trib. Monza 9 gennaio 2013, in www.pluris-cedam.utetgiuridica.it, in caso di improprio disconoscimento di sottoscrizione di scrittura privata; Trib. Padova 30 marzo 2006, *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, 573 ss., per dichiarazioni consapevolmente mendaci in sede di interrogatorio libero; Trib. Milano 22 marzo 2006, *Corr. merito*, 2006, 1263 ss., con commento di Gradi; Trib. Napoli 3 gennaio 2006, *ibid.*, 294, con nota di Casaburi; G.d.p. Bari 4 maggio 2005, *Giud. pace*, 2005, 217 ss., con nota di Amendolagine; Trib. Milano 14 maggio 2003, *Foro pad.*, 2003, I, 424 ss., con nota di Marchesi; Trib. Venezia 17 novembre 1968, *Giur. merito*, 1970, I, 435.

Cfr., anche, le opportune riflessioni di Gradi, *Il divieto di menzogna e di reticenza processuale delle parti nella dottrina e nella giurisprudenza italiana*, cit., 650 ss.

59. Cfr. Cass., sez. un., 20 ottobre 2016, n. 21260, *Riv. dir. proc.*, 2017, 799 con commento di G. Ruffini, *Interesse ad impugnare, soccombenza ed acquiescenza*, e *Foro it.*, 2017, I, 966, con commenti di F. Auletta, *La Corte di cassazione afferma il principio di coerenza nella difesa della parte: non si può più contestare il potere del giudice dal quale si è già preteso (invano) di ottenere ragione*, Travi, *Abuso del processo e questione di giurisdizione: una soluzione conclusiva?*, e G.G. Poli, *Ancora limiti al difetto di giurisdizione: le sezioni unite dall'abuso del processo al difetto di interesse ad appellare dell'attore soccombente nel merito*, nonché di Consolo, *Osservazione sistematica sulla n. 21260. Il «vecchio» rapporto giuridico processuale ed i suoi (chiari e non tutti antichi) corollari: inter multos l'inammissibilità per carenza di legittimazione ad impugnare e la inanità dell'inerziale richiamo della figura dell'abuso del processo*, in *Corriere giur.* 2017, 267 ss., e secondo le quali la soluzione dell'inammissibilità del gravame ben si armonizza, a dire della corte, con il principio di proporzionalità, secondo cui la giurisdizione è una risorsa non inesauribile, di cui si deve favorire un uso razionale e non incoerente; per una lettura della effettiva portata di questa decisione, v., *amplius, infra*, cap. II, § 3.1.

Con riferimento al difensore, l'art. 14 del codice deontologico forense, in armonia con quanto previsto dall'art. 4.4 del codice deontologico europeo, prevede che le sue dichiarazioni in giudizio relative all'esistenza o inesistenza di fatti, che siano presupposto specifico per la pronuncia di un provvedimento del magistrato e di cui l'avvocato abbia avuto diretta conoscenza, «devono essere vere e comunque tali da non indurre il giudice in errore»; dispone inoltre il divieto per l'avvocato di «introdurre intenzionalmente nel processo prove false» e di «assumere a verbale [o] introdurre dichiarazioni di persone informate sui fatti che sappia essere false»; la condotta dell'avvocato deve essere ispirata all'osservanza dei «doveri di probità, dignità e decoro» (art. 5, comma 1º) e questi deve «svolgere la propria attività professionale con lealtà e correttezza» (art. 6).

Per quanto riguarda, invece, le conseguenze a carico del difensore, rileva la segnalazione⁶⁰ alle autorità che esercitano il potere disciplinare dell'avvenuta violazione del dovere di lealtà e probità mediante la violazione del dovere di verità e completezza, così come stabilito dall'art. 88, comma 2º, c.p.c.

Pur essendo abbastanza restrittiva la formula che espressamente limita la responsabilità ai fatti «di cui l'avvocato abbia diretta conoscenza», deve ritenersi che il difensore violi tale obbligo qualora allegghi in giudizio fatti che sa essere non veri oppure contesti allegazioni della controparte che sa vere, per esserne stato informato dalla parte che assiste⁶¹.

L'ampliamento dell'orizzonte sanzionatorio per condotte abusive perché contrarie ai canoni dell'art. 88 c.p.c. è stato compiuto per il tramite di un'allargamento della funzione di alcuni strumenti, che ha, in tempi recenti, determinato il riconoscimento del potere di condannare il difensore, in solido con la parte soccombente, ex art. 96, 3º comma, c.p.c., allorché abbia sostenuto tesi palesemente infondate, senza esercitare, anche contro la volontà del proprio rappresentato, la funzione di filtro che gli è propria⁶².

60. Cfr. Cass., sez. un., 18 maggio 2015, n. 10090, *Foro it.*, Rep. 2015, voce *Avvocato*, n. 169, secondo cui «in tema di responsabilità disciplinare dell'avvocato, il dovere di probità, dignità e decoro, sancito dall'art. 6 codice deontologico forense, ha riscontro nell'art. 88 c.p.c., che non solo sancisce il dovere delle parti e dei difensori di comportarsi in giudizio con lealtà e probità, ma impone al giudice, ove il patrocinatore lo infranga, di riferirne all'autorità disciplinare (nella specie, applicando l'enunciato principio, la suprema corte ha respinto il ricorso avverso la condanna disciplinare inflitta ad un avvocato che aveva notificato atti di precetto per somme già incassate dall'assistito)».

61. In questo senso, v. Carratta, *Dovere di verità*, cit., 236; P. Sandulli, *Deontologia forense e recenti riforme del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 363 ss.; P. Moro, *Etica e retorica forense. In margine ad un recente libro sulla lealtà processuale*, in *Iustitia*, 2007, 38 s.; F. Cipriani, *L'Avvocato e la verità*, cit., 134; Dondi-Giussani, *Appunti sul problema dell'abuso del processo civile*, cit., 193 ss.; L.P. Comoglio, *sub art. 88*, cit., 1134; Hazard-Dondi, *Etiche delle professioni legali*, Bologna, 2005, 318 ss.; in senso difforme, v. Scarselli, *Ordinamento giudiziario e forense*, cit., 471 ss.; R. Danovi, *Dovere di verità e dovere di lealtà nella deontologia forense*, in *Id.*, *Saggi sulla deontologia e professione forense*, Milano, 1987, 95.

62. Cfr. Trib. Vicenza 13 settembre 2016, cit.

4. IL FRAZIONAMENTO DEL CREDITO A PARTIRE DA CASS. 23726/2007

Il tema del frazionamento del credito ha inciso molto sull'indagine sull'abuso del processo e sul dovere di lealtà e probità.

Nella giurisprudenza si sono profilate due soluzioni:

- a) il creditore può dedurre in via frazionata in giudizio il credito unitario sul piano sostanziale; tale frazionamento — pur non palesato nella prima domanda — non preclude di proporre una domanda ulteriore, per far valere il residuo in un distinto giudizio (è la soluzione della *verdeckte Teilklage*, controversa nel processo civile tedesco);
- b) il creditore non può dedurre in via frazionata in giudizio il credito unitario sul piano sostanziale, ma le sanzioni del divieto variano:
 - b1) secondo una variante mite, il giudice esamina nel merito la prima domanda, non la domanda ulteriore;
 - b2) secondo una variante severa, fatta propria da Cass. n. 23726 del 2007, il giudice non esamina nel merito nemmeno la prima domanda;
 - b3) secondo una variante intermedia, sostenuta da Cass. n. 108/SU del 2000, il giudice esamina nel merito la prima domanda e, se l'attore si riserva, anche la domanda ulteriore (è la soluzione della *offene Teilklage*, maggioritaria nel processo civile tedesco).

La rimediazione è fondata su un duplice piano:

- a) sostanziale, cioè «sulla sempre più accentuata e pervasiva valorizzazione della regola di correttezza e di buona fede»;
- b) processuale, poiché non potrebbe essere giusto il processo «ove frutto di abuso [...] per l'esercizio dell'azione in forme eccedenti, o devianti, rispetto alla tutela dell'interesse sostanziale, che segna il limite, oltretutto la ragione dell'attribuzione, al suo titolare, della *potestas agendi*».

L'affermazione sub b1) ha un valore sistematico «tale da far tremare i polsi dello studioso moderno del processo civile, che ha costruito l'identità della propria disciplina, a partire dalla metà del secolo XIX in Germania, sul distacco del diritto processuale dal diritto sostanziale». Liberato dalla corrispondenza con il diritto soggettivo privato, il diritto di azione si è storicamente profilato come una situazione giuridica soggettiva appartenente al campo del processo, indipendente dalla disciplina di diritto sostanziale. In altri termini: il potere di azione giudiziale serve a realizzare coattivamente il diritto soggettivo sostanziale, ma non ne costituisce (più) un atto di esercizio: «con la separazione tra diritto sostanziale e processo si dischiude la prospettiva della qualificazione del diritto processuale come diritto pubblico: nel processo le parti

compaiono dinanzi al giudice, che esercita il potere statale; non si può più parlare di un assetto paritario come nel diritto privato»⁶³.

Ad ogni modo, nel 2017, le sezioni unite hanno sancito che possono essere proposte separatamente:

- le domande per crediti distinti e diversi, anche se riferibili al medesimo rapporto di durata;
- e, se l'attore è portatore di un interesse oggettivo al frazionamento, quelle relative a crediti dissimili inscrivibili nello stesso ambito oggettivo del processo già avviato, in modo da ritenersi in esso deducibili o rilevabili, nonché le domande per crediti fondati sul medesimo fatto costitutivo⁶⁴; sull'interesse oggettivamente valutabile al frazionamento dei crediti, la corte chiarisce che la giurisprudenza di legittimità⁶⁵ ha affermato che la realizzazione del cosiddetto «giusto processo» è affidata non solo alle norme che lo disciplinano, ma pure alle parti e al giudice; e tra le prime anche all'attore, il quale deve esercitare il diritto d'azione in modo «consapevole e responsabile».

5. LA CHIAVE SANZIONATORIA

L'unica chiave per evitare la deriva costituita dalla nascita di nuove e non previste conseguenze pregiudizievoli dell'esercizio del diritto di azione e di difesa, basate su clausole generali rimesse alla transeunte valutazione del giudicante, sembra essere quella delle sanzioni processuali – cioè quelle che il legislatore stabilisce *ex ante* rispetto all'uso di determinati strumenti, ovvero con riguardo alle modalità di assolvimento di oneri⁶⁶.

Più che sull'abuso che ha una nozione vaga e indeterminata, vale la pena concentrarsi sulle sanzioni, che sarebbero, nel processo, quello che i rimedi (*remedies*) sono nel diritto sostanziale.

Il nucleo consiste in una conseguenza sfavorevole ulteriore (*quid alius*) rispetto alla mera perdita (*rectius*, consumazione) del potere di compiere una determinata attività, ovvero di tipo eccedente la misura del *quantum* (ad es. relativo alle spese di lite) dovuto conseguentemente all'accertamento della responsabilità e all'applicazione del criterio ordinario (*quid pluris*).

63. Cfr. Caponi, *Divieto di frazionamento giudiziale del credito: applicazione del principio di proporzionalità nella giustizia civile?*, in *Foro it.*, 2008, I, 1515.

64. Cfr. Cass., sez. un., 16 febbraio 2017, n. 4091, *Foro it.*, 2017, I, 2418.

65. Cfr. Cass. 24 gennaio 2007, n. 1540, *Foro it.*, 2008, I, 1625.

66. Per ulteriori approfondimenti e riferimenti, si rinvia a A.D. De Santis, *Contributo allo studio della funzione deterrente*, cit., 129 ss.

Sotto il profilo intrinseco ciascuna delle sanzioni processuali prescinde, quanto all'*an* della sua irrogabilità, dall'esistenza di un danno⁶⁷ nonché, consequenzialmente, dall'accertamento dal nesso di causalità; inoltre per la loro irrogazione è irrilevante l'accertamento dell'elemento soggettivo di una condotta; in nessun caso la legge conferisce rilievo al dolo o alla colpa, in alcuna delle loro varianti; talora la legge consente alla parte che ha posto in essere la condotta sanzionabile di sottrarsi alla irrogazione della sanzione allegando (e dimostrando) la sussistenza di un «giustificato motivo», in mancanza del quale, la sanzione opera *tout court*; inoltre, deve essere sempre possibile determinarne la misura.

Sotto il profilo estrinseco, ciascuna delle misure che saranno prese in esame nel prosieguo della trattazione, al pari di quelle trattate nei capitoli precedenti, è contraddistinta dal fatto che la sua irrogazione proviene sempre dal giudice civile, ovvero, quando proviene dal giudice penale, consegue ad una condotta accertata in sede civile o è strumentale in ogni caso alla tutela civile dei diritti⁶⁸; inoltre, viene in rilievo la portata esemplare.

Dunque, solo in presenza di questi elementi intrinseci ed estrinseci ci si trova al cospetto di una sanzione processuale.

Le strade per classificare le norme che irrogano sanzioni processuali, contraddistinte da quel *quid pluris* cui si è fatto riferimento, sono svariate: la sanzione irrogata nel processo può provenire da condotte che stanno fuori e prima di esso (art. 124, comma 3°, c.p.i., alla misura *ex art.* 28, comma 6°, d. leg. 150/2011, alle conseguenze pregiudizievoli relative alla mancata partecipazione al procedimento di mediazione (artt. 8, comma 4 *bis*, 13, d. leg. 28/2010), di negoziazione assistita (art. 4, d.l. 132/2014), di consulenza tecnica preventiva (art. 8, comma 4°, d. leg. 24/2017), alle conseguenze del comportamento *ex art.* 13 l. 24/2017 e a quelle del comportamento di cui all'art. 7, comma 8°, l. 604/1966) o può essere il risultato di una condotta che ha avuto luogo nel processo o comunque trarre origine dalla mera attivazione di una forma di tutela giurisdizionale ed essere finalizzata alla sua effettività (è il caso delle misure coercitive, generali (art. 614 *bis* c.p.c.), speciali (art. 18, ult. comma, st. lav., art. 156, 6° comma, c.c.) e atipiche (es. artt. 342 *ter*, ult. comma, c.c., 669 *duodecies* c.p.c., che, come si dirà *infra*, nel capitolo IV, al più possono abilitare il giudice a servirsi degli strumenti tipici che la legge predispone), sotto certi aspetti, dell'ipoteca giudiziale *ex art.* 2818 c.c. ogni qual volta corredi la condanna all'adempimento di obbligazioni di fare infungibile e di non fare (con le precisazioni che si faranno *infra*, nel capitolo IV),

67. Accade di rado come, per esempio, nel caso delle misure *ex art.* 614 *bis* c.p.c., che il danno quantificato o prevedibile sia uno dei parametri – non l'unico – per la sola determinazione del *quantum* della sanzione, qualora questa abbia contenuto pecuniario.

68. Il che ricorre ogni qual volta il legislatore utilizza la sanzione penale come deterrente dall'inosservanza di comandi emessi dal giudice civile (ad es. art. 28, 4° comma, st. lav.); da questa nozione di strumentalità si deve escludere, però, la tutela cautelare, i cui risultati, come si dirà *infra*, non sono assimilabili alla nozione di «sanzione processuale» che si intende proporre.

dell'art. 96, 3° comma, c.p.c., delle sanzioni *ex art.* 54 e 815 c.p.c., della compensazione delle spese di lite in caso di estinzione *ex lege* del processo previdenziale di cui all'art. 38, d.l. 98/2011, dell'art. 5 *quater*, l. 89/2001, dell'apparato di conseguenze relative al frazionamento del credito, nelle controversie civili e in quelle di lavoro e previdenziali, delle sanzioni conseguenti alla inammissibilità o manifesta infondatezza della inibitoria *ex art.* 283 e 431 c.p.c., della misura relativa alla condanna *ex art.* 3 *quater*, comma 1°, d.p.r. n. 115/2002, delle misure accessorie conseguenti all'accertamento di condotte discriminatorie, *ex art.* 28, comma 7°, d. leg. 150/2011, delle sanzioni *ex artt.* 118, 2° comma, 220, 226, 408 c.p.c. e di quelle *ex art.* 6, comma 17°, d.leg. 13/2017, *ex art.* 9, comma 5°, l. 24/2017, *ex art.* 6 d. leg. 3/2017, della chiusura anticipata del processo esecutivo *ex art.* 164 *bis* disp. att. c.p.c.).

Si possono distinguere le sanzioni in relazione alla finalità deterrente perseguita, cioè a seconda che sia strumentale al conseguimento del risultato giuridico (*rectius*, alla concreta soddisfazione del diritto accertato) (è il caso delle misure coercitive, generali, speciali e atipiche e sotto certi aspetti, dell'ipoteca giudiziale *ex art.* 2818 c.c. ogni qual volta corredi la condanna all'adempimento di obbligazioni di fare infungibile e di non fare) ovvero abbia soltanto l'obiettivo di scoraggiare il compimento o la reiterazione di condotte analoghe da parte del medesimo soggetto o di soggetti appartenenti alle medesime categorie; (delle misure *ex art.* 92, 1° comma, secondo periodo, 96, 3° comma, c.p.c., della misura *ex art.* 28, comma 6°, d. leg. 150/2011, delle conseguenze pregiudizievoli relative alla mancata partecipazione al procedimento di mediazione (artt. 8, comma 4 *bis*, 13, d. leg. 28/2010), di negoziazione assistita (art. 4, d.l. 132/2014), di consulenza tecnica preventiva (art. 8, comma 4°, d. leg. 24/2017), delle conseguenze del comportamento *ex art.* 13, l. 24/2017 e di quelle del comportamento di cui all'art. 7, comma 8°, l. 604/1966, delle sanzioni *ex art.* 54 e 815 c.p.c., dell'art. 5 *quater*, l. 89/2001, dell'apparato di conseguenze relative al frazionamento del credito, nelle controversie civili e in quelle di lavoro e previdenziali, delle sanzioni conseguenti alla inammissibilità o manifesta infondatezza della inibitoria *ex art.* 283 e 431 c.p.c., della misura relativa alla condanna *ex art.* 13, comma 1 *quater*, d.p.r. n. 115/2002, delle misure accessorie conseguenti all'accertamento di condotte discriminatorie, *ex art.* 28, comma 7°, d. leg. 150/2011, delle sanzioni *ex artt.* 118, 2° comma, 220, 226, 408 c.p.c. e di quelle *ex art.* 6, comma 17°, d.leg. 13/2017, dell'art. 9, comma 5°, l. 24/2017, dell'art. 6 d. leg. 3/2017, dell'art. 124 c.p.i., della chiusura anticipata del processo esecutivo *ex art.* 164 *bis* disp. att. c.p.c.); le sanzioni possono avere caratteristiche meramente punitive di una parte, senza che l'altra veda migliorata la propria posizione (Si pensi alla misura *ex art.* 28, comma 7°, d. leg. 150/2011, alle conseguenze del comportamento *ex art.* 13 l. 24/2017, delle sanzioni conseguenti alla inammissibilità o manifesta infondatezza della inibitoria *ex art.* 283 e 431 c.p.c., delle misure coercitive dell'art. 16, st. lav., dell'art. 18, ult. comma, st. lav. e dell'art. 28, comma 4° e 5°, st. lav., della misura relativa alla condanna *ex art.* 1, comma 1 *quater*, d.p.r. n. 115/2002, delle sanzioni *ex artt.* 220, 226, 408 c.p.c. e di quelle *ex art.* 6, comma 17°, d.leg. 13/2017, dell'art. 9, comma 5°, l. 24/2017, e con le dovute

differenze, dell'art. 118, ult. comma, c.p.c., che si riferisce al terzo); ovvero assurgere ad una funzione che è, oltre che punitiva, anche compensativa (sovra-compensativa), allorquando alla conseguenza sfavorevole per una parte corrisponde una favorevole per l'altra; (è il caso delle misure coercitive, generali, speciali e atipiche e, sotto certi aspetti, dell'ipoteca giudiziale ex art. 2818 c.c. ogni qual volta corredi la condanna all'adempimento di obbligazioni di fare infungibile e di non fare (con le precisazioni che si effettueranno *infra*, nel capitolo IV), dell'art. 118, 2° comma, (e dell'art. 116, 2° comma, c.p.c.), della misura ex art. 429, ult. comma, c.p.c., dei danni punitivi, delle misure ex artt. 91, 1° comma, secondo periodo (e art. 13 d. leg. 28/2010), 94, 96, c.p.c., delle conseguenze del frazionamento del credito, in una certa misura, dei casi in cui la legge dispone la pubblicazione della sentenza su organi di stampa o altri di diffusione di informazione (oltre all'art. 120 c.p.c., si pensi all'art. 2600, 2° comma, all'art. 126 c.p.i., o all'art. 140, 1° comma, lett. c, c. cons., all'art. 28, 7° comma, primo periodo, d. leg. 150/2011), delle conseguenze pregiudizievoli relative alla mancata partecipazione al procedimento di mediazione (artt. 8, comma 4 *bis*, primo periodo, d. leg. 28/2010), di negoziazione assistita (art. 4, comma 1°, d.l. 132/2014), di consulenza tecnica preventiva (art. 8, comma 4°, d. leg. 24/2017), alle conseguenze del comportamento di cui all'art. 7, comma 8°, l. 604/1966, e del comportamento ex art. 6, comma 6°, d. leg. 3/2017, delle misure coercitive diverse da quelle dell'art. 16, st. lav., dell'art. 18, ult. comma, st. lav. e dell'art. 28, comma 4° e 5°, st. lav.).

Infine, le sanzioni possono avere natura premiale, rispetto a condotte che implicano dispendio di risorse, là dove la premialità talora può coinvolgere tutte le parti della controversia (L'esempio è quello della premialità, sotto il profilo fiscale, dell'accettazione dell'offerta di conciliazione ex art. 7 d. leg. 23/2015) talaltra solo alcune e scapito di altre (è il caso della norma dell'art. 91, 1° comma, secondo periodo, c.p.c., dell'art. 94 c.p.c., o dell'art. 13, d. leg. 28/2010).

A ben vedere lo sforzo di tipizzazione delle forme di sanzioni processuali, nel segno degli art. 23 e 25 Cost., dovrebbe tendere a considerare censurabile l'irrogazione di una sanzione processuale, nell'accezione che si propone, al di fuori dei casi in cui la legge espressamente dota il giudice di un potere *ad hoc*; per l'altro, i tentativi di predeterminazione del contenuto e dell'entità della sanzione sono finalizzati ad assicurare forme di controllo, soprattutto nei casi in cui la legge attribuisce al giudice il potere di determinarne il *quantum*.



Tutela judicial efectiva: Principio y derecho.

Effective judicial protection:
principle and rule.

Eduardo Oteiza

President of the International Association of Procedural Law.
Professor at the University of La Plata, Argentina

María Victoria Mosmann

Professor at the Universidad Católica de Salta.
Judge in first instance in Salta, Argentina.

Keywords: procedural law, rule of law, democracy, rules, principles, equality, effective judicial protection, procedural reform.

Palabras Clave: derecho procesal, democracia, reglas, principios, igualdad, tutela judicial efectiva, reforma procesal.

Abstract: This essay presents a critical view of the evolution of the Argentine procedural model. It takes into account the central value of adequate judicial protection in a state of law. It links the sanction of the current Procedural Code with an autocratic government. From these perspectives, it analyzes the ideological perspective of

the Procedural Code's new draft. It relates the principles and rules of the new Code concerning access to justice in its constitutional and conventional dimensions.

Resumen: El presente ensayo presenta una visión crítica sobre la evolución del modelo procesal argentino. Toma en cuenta el valor central de la tutela judicial efectiva en un estado de derecho. Vincula la sanción del Código Procesal vigente con un gobierno autocrático. Desde esas perspectivas analiza la perspectiva ideológica del Proyecto de nuevo Código Procesal. Para hacerlo relaciona los principios y reglas del nuevo Código en materia de acceso a la justicia en su dimensión constitucional y convencional.

Sumario: I. Una deuda pendiente. Normas procesales para un Estado Democrático. II.- La tutela judicial efectiva en el Proyecto de Código Procesal Civil. Principio y derecho. 1.- La interpretación de las normas y la efectividad de los derechos (eje objetivo). 2.- Igualdad real de las partes (eje subjetivo). III.- Tutela Judicial Efectiva: configuración. IV.- La Agenda 2030 y la consolidación de la Evolución del objeto de protección de la tutela judicial efectiva. V.- Síntesis conclusiva.

I. UNA DEUDA PENDIENTE. NORMAS PROCESALES PARA UN ESTADO DEMOCRÁTICO

Andrés Rivera en *La Revolución es un sueño eterno*¹ pone en boca de Juan José Castelli la frase *la historia no nos dio la espalda: habla a nuestras espaldas*. Esas palabras puestas por Rivera en boca de quien fuera el vocero de la Revolución de Mayo las recordamos aquí para llamar la atención sobre la evolución de la normativa procesal civil nacional y federal y su falta de correspondencia con los valores compartidos a partir del restablecimiento de la democracia en la década del ochenta, que fueron reforzados por la reforma constitucional de 1994.

La disociación entre la dimensión del derecho a la tutela judicial efectiva que reconoce la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos, por una parte, y el modelo de justicia civil que sigue el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCCN), por la otra, es evidente. Basta con observar las fuentes de nuestra actual legislación procesal federal y nacional para advertir que las concepciones en que se fundó resultan manifiestamente obsoletas y no se corresponden con la evolución de un derecho clave para garantizar la plena vigencia del resto del ordenamiento jurídico.

El pasado, que habla a nuestras espaldas, atestigua que las fuentes de la actual legislación responden a ideas adoptadas en el Siglo XIX, con fuertes raíces en la tradición del derecho procesal español. Al mismo tiempo muestra que el Congreso de la Nación, ni antes de 1983 ni después, fue escenario de debates de interés sobre la suerte del derecho a la tutela judicial efectiva.

1. Buenos Aires, Grupo Editor Latinoamericano, 1987.

El Proyecto de CPCCN² (PROYECTO) elevado al Congreso de la Nación en 2019 constituye el primer intento de la democracia recuperada en 1983 de abrir un debate que permita darle efectiva operatividad al derecho constitucional y humano a la tutela efectiva, que identificamos, en el presente ensayo, con las nociones de proceso equitativo, debido proceso o acceso a la justicia, que resultan manifestaciones semejante, que identifica una noción clave del ordenamiento jurídico.

Nuestra historia en materia de normatividad procesal evidencia una escasísima deliberación en el Congreso de la Nación sobre los instrumentos legales necesarios para resolver la protección de los derechos en materia civil.

El primero paso del recorrido que proponemos fue la ley 50, elaborada en 1863 por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, para la materia federal. Esa ley tomó como fuente a la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855. El Art. 374 de la ley 50 remitía al derecho patrio como normatividad supletoria, preservando la herencia del derecho indiano y español³.

El segundo antecedente en el ámbito nacional que cabe recordar es la Ley 1893, de 1886. Al establecerse como Capital Federal a la Ciudad de Buenos, el Congreso de la nación adoptó el Código Procesal Civil por entonces vigente en la Provincia de Buenos Aires⁴. Aquel Código Procesal, al igual que la Ley 50, tomaba a la legislación española del S.XIX como modelo. Sus notas fundamentales eran la desconcentración, la ausencia de intermediación, un marcado formalismo y el expediente como columna vertebral del desarrollo del proceso.

El tercer hito importante fue la reforma impulsada recién en 1953 por la ley 14.237, que modificó el Código. La novedad de dicha reforma fue el establecimiento de una audiencia de fijación de hechos en la que debía participar el juez, que tuvo un corto camino ya que fue derogada por el Decreto Ley 23.398 de 1957. La reacción contra un proceso de cuño irremediamente escrito, que colocaba al juez a una nítida distancia con respecto a la actividad procesal de las partes, fue prontamente desbaratada.

Así llegamos a la cuarta etapa de nuestra monocorde evolución con el dictado de la Ley 17.454 de 1967, durante el Gobierno Militar de la Revolución Argentina. De un período en el cual se limitaron los derechos mucho no podía esperarse en cuanto a cambios radicales en materia de tutela judicial efectiva. En la Exposición de Motivos de la Ley 17.454 la Comisión encargada de la redacción argumentó que “...el nuevo

2. Puede consultarse en <https://www.justicia2020.gob.ar/noticias/fundamentos-del-proyecto-codigo-procesal-civil-comercial-la-nacion> El proyecto fue presentado en septiembre de 2019, MEN-2019-178-APN-PTE.
3. De la numerosa bibliografía sobre la legislación procesal federal y nacional es muy ilustrativo Jofré, Tomás, *Manual de Procedimiento (Civil y Penal)*, Ed. Valerio Abeledo, Buenos Aires, TI, Capítulo II, pp. 49 y ss.
4. Art. 318.

ordenamiento mantiene el procedimiento escrito y ha sido concebido en función de las estructuras judiciales vigentes en el orden nacional...Esto no importa desconocer los inconvenientes que tales sistemas traen aparejados en cuanto a la celeridad y eficacia de los procesos civiles. Sin embargo, un análisis objetivo de las circunstancias porque atraviesa la administración de justicia en el orden nacional. Así como de las perspectivas más previsibles no hace aconsejable la experimentación de nuevos sistemas”. En pocas palabras la Exposición de Motivos confesaba que poco cambiaría. La matriz escrita y con un juez lejano no fue desafiada.

La mayor innovación estructural de la Ley 17.454 fue incorporar el proceso sumario como alternativa al ordinario. Colombo⁵, integrante de la Comisión encargada de proyectar la Ley 17.454, recordaba que en un primer momento se propuso adoptar el proceso sumario sólo para un reducido número de casos en la que se asumiera que el tipo de conflicto permitiera asumir que su desarrollo sería simple. Esa posición, según Colombo, luego fue abandonada por temor a la lentitud que traía consigo el proceso ordinario. El sumario pasó de tener un papel residual a considerarlo el proceso por el que tramitaban la mayoría de los asuntos. Durante la turbulencia económica de fines del 2001 el Congreso de la Nación sancionó la ley 25.488, que careció de un debate enriquecedor sobre el estado de la litigación civil y los objetivos buscados. Esa reforma vació de sentido el propósito proclamado por la ley 17.454, de colocar al sumario como un paso previo a instaurar un proceso más ágil, con una adecuada cuota de oralidad de intermediación. Como sostuvo Falcón⁶ el puente entre el pasado, representado por el proceso ordinario, y el futuro, que se dijo buscar por intermedio del proceso sumario, concluyó en un fracaso. Dado que el proceso ordinario consiguió expulsar al sumario⁷.

Argentina espera una reforma integral al sistema procesal civil desde hace más de cinco décadas. El CPCCN vigente desde 1967 ha sufrido apenas reformas parciales⁸ que no han llegado a adecuarlo a los recaudos constitucionales y convencionales a los que la República se encuentra comprometida desde la década de los ochenta⁹.

5. Colombo, Carlos, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Anotado y comentado*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1969, T.III, p. 26.

6. Falcón, Enrique, *Procesos de conocimiento*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000, T.II, p. 15.

7. En Oteiza, Eduardo, *Debido proceso*. Evolución de la garantía y autismo procesal, en XXII Congreso Nacional de Derecho Procesal, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, pp. 3-54, se desarrolla una visión crítica sobre las reformas procesales argentinas y el debido proceso.

8. El CPCCN fue modificado, entre otras, por las leyes: 20.497 (1973), 21.798 (1977), 22.434 (1981), 24.573 (1995), 24.588 (2001), 26.061 (2005) y 26.589 (2010). Ninguna de esas leyes permitieron superar los inconvenientes generados por su falta de celeridad y ausencia de intermediación. El CPCCN exhibió que, al ser proyectado para desarrollarse en forma prevalentemente escrita y sin una relación de colaboración entre el juez y las partes, carece de aptitud para revertir los problemas que ofrece su diseño escriturario.

9. Se recordó en Oteiza, Eduardo, Oteiza, Martín, *¿Cómo operan determinados principios procesales en Argentina?*, en Mitidiero, Daniel, Nieva Fenol, Jordi, Priori Posada, Giovanni, Ramírez Carvajal, Diana María, Taruffo, Michele, *Principios procesales de la Justicia Civil en Iberoamérica*, que el

La escasa atención prestada a las regulaciones procesales en materia civil refleja una evidente despreocupación institucional por la protección de los derechos. El derecho de tutela efectiva y acceso a la justicia se presentan como nociones esenciales en un ordenamiento jurídico democrático ya que son el principal instrumento para sostener la legalidad y la igualdad de los ciudadanos.

Todos los derechos y, especialmente, los constitucionales y humanos, requieren de efectivos remedios, entendidos como procesos judiciales, que garanticen su vigencia. La división conceptual entre derechos y los mecanismos de protección oculta la inescindible correspondencia entre unos y otros. Los derechos son tan fuertes como los son sus vías de tutela. La conceptualización de los segundos como instrumentales de los primeros, deja en penumbra que, si bien garantizan el resto de los derechos, brindan paralelamente la posibilidad de dejarlos a buen resguardo. El derecho a la tutela efectiva es bifronte, ya que al operativizar el resto de los derechos se manifiesta en su carácter sustancial como derecho de protección de todos los derechos reconocidos¹⁰.

A lo que cabe agregar que los procesos judiciales ofrecen el escenario en el cual los derechos son interpretados y es recreado su alcance. No solamente tienen por finalidad instrumentar su preservación, sino que también permiten ordenar los debates de los que surgen las nuevas lecturas sobre el alcance de la normatividad, debido a que las decisiones al aplicar el derecho a los hechos desarrollan su alcance. De allí que resulte errado limitar su función solamente a la tutela de situaciones particulares ya que su valor social deriva de su función como fuente de nuevas hermenéuticas sobre sus implicancias y características¹¹.

En ese sentido los remedios, entendidos como la calidad del servicio de justicia, reflejan la potencial exigibilidad de los derechos. Son los remedios, en buena medida, los instrumentos que brindan operatividad a los derechos. De allí que la justicia es la garantía o condición de exigibilidad material de los derechos. Los derechos sin tener garantizado su efectivo cumplimiento terminan por ser meramente declarativos.

impacto de la ratificación de la Convención Americana de Derechos Humanos, en 1984, y de la reforma a la Constitución de 1994, que estableció su jerarquía constitucional (Art. 75 inc. 22). El regreso a la vida democrática en 1983 significó el fin de la etapa de la alternancia entre gobiernos civiles y militares. La modificación de la CN en 1994 fue una de las manifestaciones más relevantes en términos institucionales y jurídicos de la transformación ocurrida en la vida civil a partir de la recuperación del Estado de Derecho. El rango constitucional asignado por la CN de 1994 a la CADH expandió el alcance de la garantía de acceder a un proceso justo. Sin embargo, el CPCCN, sancionado por un gobierno militar en 1957 mantuvo su vigencia.

10. Sobre la noción derecho remedio ver Oteiza, Eduardo, *Reforma a la justicia civil en América Latina. Perspectivas generales*, en *El Derecho* del 14.5.2015.
11. Son de interés los desarrollos sobre el alcance del proceso en materia de discusiones sociales realizados ERVO, Laura, *Should fair trial rights be redefined? Civil litigation as a societal discussion*, en *Revisiting Procedural Human Rights Fundamentals of Civil Procedure and the Changing Face of Civil Justice*, Dirigido por Uzelac - van Rhee, 2017, pag. 77 y siguientes.

El PROYECTO brinda un papel central al derecho constitucional y fundamental a la tutela efectiva. Lo coloca en el artículo 1 como el principio que da la clave de interpretación de todo su plexo normativo, y le dedica luego el primer artículo¹² de la parte general para caracterizarlo como derecho. Ese doble cometido de la tutela efectiva es consecuente con el texto constitucional y con la jerarquía asignada a los derechos humanos por el constituyente.

El lugar preponderante asignado rescata la ineludible relación entre el ordenamiento procesal y el derecho fundamental. Desde ese punto de vista coincide con la propuesta de Couture desarrollada en su presentación del *Proyecto de Código de Procedimiento Civil*¹³, donde sostenía: “...Es menester, pues, que el Código de Procedimientos sea la ley reglamentaria de la Constitución mediante los mismos principios que inspiran a ésta. La Constitución consagra la forma democrática y republicana de gobierno. Su espíritu liberal es inequívoco, dentro de las naturales restricciones que a la libertad impone el estado de derecho. El Proyecto aspira, pues, a acentuar el carácter democrático de la justicia, a asegurar la primacía que a ésta corresponde en el sistema republicano de gobierno y a afianzar el libre juego de los derechos individuales inherentes al orden civil. En este último aspecto, la libertad no tiene más limitación que la que surge del concepto dominante en el Proyecto, de que el proceso no sea un duelo de particulares, sino una relación jurídica de derecho público, en la que el Estado es parte esencial y compromete un fin propio”.

II. LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN EL PROYECTO DE CÓDIGO PROCESAL CIVIL. PRINCIPIO Y DERECHO.

Las tareas de elaboración del PROYECTO comenzaron con la constitución de una Comisión¹⁴ encargada de examinar la posibilidad de realizar un cambio en la legislación procesal en el marco del Programa Justicia 2020, cuyas metas eran lograr una justicia

12. Se trata del “Artículo 13. Las partes tienen derecho a jueces independientes e imparciales, que aseguren la tutela judicial efectiva, la intermediación, la contradicción de pretensiones, el respeto a la igualdad real y al resto de los principios enunciados en este Código, en un proceso eficiente, útil y efectivo que debe concluir en un plazo razonable, el que incluye también la pronta ejecución de las resoluciones judiciales. Las pretensiones de las partes estarán dirigidas a obtener una decisión judicial sobre la procedencia de una condena a una prestación, la existencia de derechos o de situaciones jurídicas, la constitución, modificación o extinción de estos últimos, la ejecución, la adopción de medidas cautelares o cualquier clase de tutela que resguarde los derechos cuya protección se invoque ante los jueces”.
13. Consultar en Couture, Eduardo J., *Proyecto de Código de Procedimiento Civil con Exposición de Motivos*, Depalma, Buenos Aires, pp.9-15.
14. Integraron la Comisión de Expertos: Roland Arazi, Patricia Bermejo, Rubén Alberto Calcaterra, Gustavo Calvino, Hernán Calvo, Héctor Mario Chayer, Mabel Alicia de Los Santos, Agustina Díaz Cordero, María Lilia Gómez Alonso, Adrián Patricio Grassi, Pablo Agustín Grillo Ciochini, Francisco Agustín Hankovits, Mario Kaminker, Ángela Ester Ledesma, Juan Pablo Marcet, Eduardo Oteiza, Santiago Pereira Campos, Jorge Walter Peyrano, Jorge Armando Rojas, José María Salgado, Claudia Sbdar y Andrés Antonio Soto.

cercana a la comunidad, moderna, transparente e independiente. La propuesta consistía en estudiar la factibilidad de proyectar una ley procesal más eficiente, que procure promover la intermediación y la concentración como garantías de transparencia de los procesos, que se adapte a los nuevos paradigmas sociales y culturales, que privilegie la economía procesal, la oralidad efectiva y la celeridad.

La primera etapa del trabajo de la Comisión fue la elaboración de las Bases¹⁵. El Capítulo III de las Bases está dedicado a los *Principios Procesales Orientadores*. La finalidad buscada por ellos consistió en darle coherencia a las soluciones adoptadas en cada situación particular. Los principios para la Comisión explicitan, la política perseguida y fijan pautas que cohesionan la lectura del conjunto. Tienen de ese modo una nítida función integradora al procurar una lectura uniforme del conjunto de las disposiciones. El apartado 3 de ese Capítulo, que alude al contenido esencial de los principios, comienza por la *Tutela judicial efectiva y debido proceso*. La Comisión concluyó que: *Se trata de un principio procesal con fuerte respaldo constitucional y convencional. Constituyen sus principales manifestaciones: el acceso irrestricto de los justiciables a jueces independientes e imparciales; el aseguramiento de un debido contradictorio formal; la duración razonable del proceso; la protección ante situaciones de urgencia que requieran tutelas especiales; y la debida y pronta ejecución de las resoluciones judiciales”*.

Luego de una etapa de difusión y discusión de las Bases en diversos escenarios, la Comisión tomó el desafío de plasmar los acuerdos obtenidos en las Bases en un proyecto de código procesal¹⁶.

El principio de tutela judicial efectiva contenido en el artículo 1 del PROYECTO fue redactado tomando como fuente lo expresado en las Bases. Su texto expresamente declara ser una pauta hermenéutica del conjunto del PROYECTO: *Las normas procesales se interpretarán con el objeto de lograr la efectividad de los derechos sustanciales, observando los fines del proceso, las exigencias del bien común, la eficiencia, la legalidad, la proporcionalidad y la razonabilidad, procurando afianzar la tutela efectiva, en especial para los casos de personas en situación de vulnerabilidad. Se asegurará a las partes la igualdad real de oportunidades para la defensa de sus derechos, removiendo*

15. El documento titulado “*Bases para la Reforma Procesal Civil y Comercial*” sintetiza la labor de la Comisión de Expertos y tuvo por finalidad reunir las ideas centrales que debían servir de insumo para la elaboración del PROYECTO. La tarea de compilación y sistematización de las Bases fue realizada por María Lilia Gómez Alonso, Eduardo Oteiza y Santiago Pereira Campos. Las Bases pueden ser consultadas en <http://www.sajj.gob.ar/bases-para-reforma-procesal-civil-comercial-ministerio-justicia-derechos-humanos-nacion-lb000214-2017-08/123456789-0abc-defg-g41-2000blsorbil>
16. La Resolución 829/2017 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos encomendó a Patricia Bermejo, Mario Kaminker, María Lilia Gómez Alonso y Eduardo Oteiza la redacción del PROYECTO y a Roland Arazi, Mabel Alicia De Los Santos, Ángela Ester Ledesma, Jorge Walter Peyrano, Jorge Armando Rojas y Andrés Antonio Soto que realizaran un trabajo de revisión junto con los encargados de elaborar el primer borrador, que luego fue sometido a tratamiento plenario de toda la Comisión mencionada en la nota 17.

obstáculos que impidan o dificulten su ejercicio o coloquen a una de ellas en condición de inferioridad jurídica. El proceso, desde su inicio hasta la ejecución de sentencia, estará sujeto a una duración razonable.

De ese modo el PROYECTO dispone una clave de lectura de todas las normas del código consistente con el derecho constitucional y los tratados. Adopta una pauta interpretativa que resulta adecuada a un Estado Democrático, ausente en la legislación actual, tributaria, insistimos, de un modelo diverso, en el cual la tutela judicial efectiva tenía una dimensión menor.

La parte general del PROYECTO comienza por los derechos, deberes y cargas de las partes. El cambio de orden estructural subraya que el foco de atención se coloca en quien necesita la intervención del Poder Judicial y no en la jurisdicción, como lo hace la legislación vigente. Ese cambio revela que la atención se coloca en el consumidor del servicio en lugar de en los operadores. El artículo 13 adopta el título derecho de acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva. Su esencia es diversa al principio del artículo 1 ya que preceptivamente reconoce en cabeza de las partes el derecho que describe en su contenido.

El artículo 1 del PROYECTO marca dos ejes de protección que todo el ordenamiento y la práctica que se lleve adelante al aplicarlo deben seguir para lograr la efectividad de la tutela judicial. Uno centrado en la efectividad del proceso en relación a los derechos sustanciales (eje objetivo) y el otro referido a las particulares circunstancias de las personas en busca de la igualdad real de las partes (eje subjetivo).

1. La interpretación de las normas y la efectividad de los derechos (eje objetivo)

En la primera parte del texto del artículo 1 del PROYECTO expresamente se le asigna al principio de tutela judicial efectiva un rol exegético, lo que coloca al sistema procesal como un sistema abierto, permeable a ser integrado por los principios que lo rigen, lo cual incrementa su capacidad de respuesta¹⁷. Esta propuesta normativa, persigue la coherencia del sistema con el derecho constitucional y convencional intentando operativizar al derecho procesal con respecto a los compromisos de rango superior. Así la efectividad del sistema procesal respecto de los derechos sustanciales, pone al proceso en un rol claramente instrumental en relación a los derechos de fondo que en él se debaten, mandando a interpretar su contenido íntegro de modo tal que el derecho procesal sea un vehículo de concreción calificada de los derechos sustanciales.

La técnica de las cláusulas procesales abiertas es un medio de tutela del derecho fundamental de acción. La previsión de clausula abierta, al permitir la infiltración del derecho fundamental de acceso a la justicia en el ejercicio de la función judicial de

17. VIGO, Rodolfo, *Implicancias de los principios en la teoría jurídica de Ronald Dworkin*, UNL, Santa Fe, 1993, pag. 34.

determinación de la técnica procesal adecuada para el caso concreto, da lugar a una elaboración teórica en la que la tutela se construye de acuerdo con las necesidades del derecho material y el caso concreto¹⁸.

Esta primera parte del artículo 1 del Proyecto responde entonces al rol instrumental del derecho procesal en relación a los derechos de fondo discutidos en el proceso, en tanto la vigencia efectiva del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva impone al legislador la obligación de diseñar técnicas orgánico-funcionales y procesales, que impliquen verdaderas y propias instituciones equilibradoras de las posiciones concretas de las partes en litigio, adecuadas para la salvaguarda de los derechos¹⁹.

Este principio de tutela judicial efectiva explicita que su primer objetivo es ser una herramienta de interpretación de las normas procesales a los efectos de concretar su protección. Los parámetros que enumera imponen un piso mínimo de adecuación al que deben ajustarse los actos de desarrollo de las normas procesales. Así, los actos procesales previstos a lo largo del PROYECTO, deberán ejecutarse bajo los lineamientos que el artículo 1 enumera y que son: la observancia de los fines sociales del proceso, las exigencias del bien común, la eficiencia, legalidad, proporcionalidad y razonabilidad, los que conforman estándares de razonabilidad en la aplicación concreta del derecho procesal para lograr la tutela judicial efectiva.

2. Igualdad real de las partes (eje subjetivo)

En segundo lugar, impone como premisa procurar la tutela judicial efectiva en relación a las personas, especialmente con respecto a quienes se encuentren en situación de vulnerabilidad. Para ello, dispone a renglón seguido que se deberá asegurar a las partes la igualdad real para la defensa de sus derechos y manda a adoptar medidas de acción positiva para remover los obstáculos.

Esta propuesta normativa muestra la ampliación del paradigma de la tutela judicial en razón de la progresividad de los derechos humanos y su crecimiento hacia esta efectividad real y concreta. En ese sentido dispone de manera central que se asegurará a las partes la igualdad real de oportunidades para las defensas de sus derechos debiendo garantizar su efectividad con especial énfasis en los casos de personas en situación de vulnerabilidad.

La desigualdad de las personas que acceden o intentan acceder a la justicia muestra que la tutela judicial efectiva debe acudir a herramientas igualadoras que permitan el ejercicio efectivo de los medios de tutela y defensa de los derechos que se consideran afectados. Esta realidad que comprende a niñas, niños, adolescentes, adultos mayores,

18. MARINONI, Luiz Guilherme, *El derecho de acción como derecho fundamental*, ed. Temis, Bogotá, 2015, pag. 35.

19. MARINONI, Luiz Guilherme, *Teoria Geral do processo*, Revista dos tribunais, Sao Paulo, 2006, pag. 218/219.

indígenas, personas con discapacidad, migrantes, privados de libertad, personas en situación de pobreza, entre muchas otras causales de vulnerabilidad, había puesto en crisis la aplicación formal igualitaria del derecho procesal y también la efectividad de la tutela judicial garantizada para la región por los ordenamientos internos y por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)²⁰. Circunstancia que fue advertida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación al adherir a las 100 Reglas de Brasilia a través de la Acordada Nº 5/2009²¹, así como en diversos precedentes donde hizo hincapié en los deberes reforzados de protección del acceso a la justicia de las personas en situación de vulnerabilidad marcando una línea en este sentido. Se ha referido a ello al tratar temas tales como nulidades procesales diciendo que *“es criterio reiterado del Tribunal que el respeto de la regla del debido proceso debe ser observado con mayor razón en el caso de quienes padecen un sufrimiento mental debido al estado de vulnerabilidad, fragilidad, impotencia y abandono en el que se encuentran frecuentemente estas personas, lo que reafirma el principio constitucional a una tutela judicial efectiva (conf. arg. Fallos: 328:4832; 331:1859)”*²²; con respecto a la prueba advirtiendo que *“no pudo pasar desapercibido que las circunstancias señaladas adquirirían especial consideración en razón de la índole del asunto planteado que afectaba hondamente los derechos de dos personas particularmente vulnerables, el de identidad de la nieta de la actora y los derivados de la condición de su hija discapacitada y presunta víctima de un acto de violencia sexual, aspectos que necesariamente exigían de los jueces un deber de tutela reforzado (Fallos: 328: 4832; 331: 1859)”*²³; también a las medidas cautelares poniendo vigor en una concepción moderna del proceso la que afirma *“exige poner el acento en el valor “eficacia” de la función jurisdiccional y en el carácter instrumental de las normas procesales, en el sentido de que su finalidad radica en hacer efectivos los derechos sustanciales cuya protección [en el caso una medida anticipatoria] se presentan como una de las vías aptas, durante el trámite del juicio, para asegurar el adecuado servicio de justicia y evitar el riesgo de una sentencia favorable pero ineficaz por tardía”*²⁴.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos condenó a la República Argentina por violar el derecho de acceso a la justicia al interponer trabas a las personas que acudan a los jueces o tribunales en busca de que sus derechos sean determinados o protegidos, dado que el artículo 25 de la CADH impone la obligación positiva del Estado

20. https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

21. Igual temperamento siguió la Procuración General de Río Negro (2009), el Poder Judicial de Chaco (2009), la Corte Suprema de Catamarca (2009), el Superior Tribunal de Chubut (2010), el Superior Tribunal de Corrientes (2010) el Superior Tribunal de Santiago del Estero (2010), la Corte Suprema de Santa Fe (2011), el Superior Tribunal de Justicia de Jujuy (2012) y el Superior Tribunal de Justicia de La Pampa (2011).

22. “Terruli - Ejecución Hipotecaria” CSJN 2015.

23. “G., A. N. e/ S., R. s/ filiación” CSJN 2016.

24. “Pardo” CSJN 2011, considerando 12.

de conceder a todas las personas bajo su jurisdicción un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales, garantía que aplica no sólo respecto de los derechos contenidos en la CADH, alcanzando también a aquéllos que estén reconocidos por la Constitución o por la ley, y para ello no basta con que los recursos existan formalmente, ya que los mismos deben tener efectividad²⁵. Luego también la República Argentina fue condenada por el mencionado Tribunal Regional en el caso “Furlan” en el que se afirmó que debían considerarse las especiales circunstancias de las personas al momento de aplicar las normas procesales.

Las circunstancias de las personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad deben ser consideradas para lograr que el sistema de justicia se torne efectivo, y así que la tutela judicial sea efectiva. Las particularidades y necesidades pasan a ser centrales para el derecho procesal, el que requiere acciones positivas respecto de la igualdad real de posibilidades de las partes en el proceso civil, al mandar el Proyecto en su artículo primero a remover los obstáculos que impidan o dificulten el ejercicio del derecho de acción, o que coloquen a una de las partes en condición de inferioridad jurídica respecto de la otra. Se recepta así la lectura amplia del artículo 75 inciso 23 de la Constitución Nacional imponiendo la adopción de medidas de acción positiva al Poder Judicial al momento de interpretar las normas procesales²⁶.

III. TUTELA JUDICIAL EFECTIVA: CONFIGURACIÓN

El contenido o alcance de la garantía de acceso a la justicia ha mutado a lo largo de los años, pasando básicamente de su mero reconocimiento formal por la ley, al estado actual donde se pone el eje en su contenido real. Resulta un insumo necesario para delimitar la configuración actual de la tutela judicial efectiva, acudir a las líneas y definiciones que surgen de los instrumentos internacionales, como también a la jurisprudencia de los tribunales regionales encargados del juzgamiento de la responsabilidad de los Estado por su violación y las líneas jurisprudenciales marcadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

La Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) consagra la igualdad de las partes y la independencia e imparcialidad del juez como elementos esenciales de

25. CIDH “Cantos vs. República Argentina”.

26. “El derecho pregona que todos los hombres son libres e iguales, pero es necesario darse cuenta que existen diferencias efectivas y que no puede mantenerse la libertad y la igualdad en un plano simplemente formal. Entonces, hay que equilibrar las desigualdades atendiendo al plexo de valores contenidos en las normas fundamentales. Hay que escuchar el lamento de los desheredados, de los victimados, de los desprotegidos, de los pobres, de los niños, de los ancianos, de los migrantes, de los discapacitados, de los vulnerables, en fin, prestando atención no solo a lo teórico del derecho sino también al sentido de la justicia. Y entonces, si los protagonistas de los conflictos en que está en juego una situación de discriminación son los vulnerables, es necesario equilibrar la desventaja que ab initio los caracteriza”, del voto del Dr. de Lazzari, “P., V. B. c. Municipalidad de La Plata s/ pretensión de restablecimiento o reconocimiento de derechos”, SCBA, LA LEY AR/JUR/10676/2019.

la protección judicial. Su artículo 10 expresamente establece que «*toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial...*». Con similar orientación el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (1966) dispone en su artículo 14 que «*todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil*».²⁷ El uso de la voz «todas» tiene un significado consistente con la idea de igualdad. La utilización de la expresión «todas» refuerza la idea igualitaria en que se apoya el debate entre las partes, llamado a concluir en una decisión judicial producida por un tercero independiente e imparcial que se pronuncia sobre los hechos y el derecho en conflicto.

Cabe recordar que las dos revoluciones que marcaron el inicio de la etapa democratizadora y con ellas un cambio radical en las concepciones jurídicas reivindicaron la idea de igualdad. El recordado tridente de la revolución francesa: *liberté, égalité, fraternité* constituye un nítido testimonio del rescate del valor de paridad a escala social. La *Equal Protection Clause* de la Enmienda XIV de la Constitución de los Estados Unidos es expresión del mismo anhelo igualitario²⁸. La utilización de la expresión “todas” en los textos internacionales tiene un explícito valor simbólico, coincidente en destacar que la protección se otorga en tanto las personas son consideradas semejantes y por ello reconocidas sin discriminaciones alguna.

El Comité de Derechos Humanos adoptó la Observación General Nro. 32 sobre «*El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia*»²⁹ que contiene una serie de criterios que surgen del artículo 14 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos. De acuerdo con uno de esos estándares los principios de igualdad de acceso e igualdad de medios procesales asegura que las partes en los procesos sean tratadas sin discriminación alguna. Sostiene, también, que «el requisito de la competencia, independencia e imparcialidad de un tribunal en el sentido del párrafo 1 del artículo 14 es un derecho absoluto que no puede ser objeto de excepción alguna».

27. Formulas semejantes adoptan la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (1990, art.18), la Convención sobre los derechos del niño (1990, art. 37) y la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (2006, arts. 11 y 12), reconocen que el derecho humano al debido proceso requiere que se conjuguen adecuadamente la igualdad de las partes con la independencia e la imparcialidad del juez.

28. Sobre las ideas igualitarias en la Constitución de Estados Unidos puede consultarse, entre la vastísima bibliografía al respecto a Burt, R. A. *The Constitution in Conflict*, First Harvard University Press, especialmente el capítulo 3 sobre la incidencia de las ideas de Abraham Lincoln, pp. 77-103.

29. Puede consultarse en https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Traduttek/Derechos_hum_Base/CCPR/00_2_obs_grales_Cte%20DerHum%20%5BCCPR%5D.html#GEN32

En Europa el concepto de derecho de acceso a la justicia está consagrado en los artículos 6 y 13 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y en el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que garantizan el derecho a un proceso equitativo (*right to a fair trial*) y a un recurso efectivo (*effective remedy*).

En América, primero la Declaración de Derechos Humanos³⁰ y luego la CADH reconocieron el derecho a un proceso judicial. La CADH en el artículo 8 consagra el derecho a las garantías judiciales y en el artículo 25 el derecho a la protección judicial mediante un recurso sencillo y rápido.

Al interpretar la CADH, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), fijó estándares consistentes con la igualdad procesal y la independencia e imparcialidad de quien decide. La jurisprudencia de la Corte IDH ha entendido que las “garantías judiciales” del artículo 8 de la CADH se refieren a las exigencias del debido proceso legal, así como al derecho de acceso a la justicia.

Con respecto a la situación de equilibrio entre las partes implícitamente establecida en el artículo 8 de la CADH, en la Opinión Consultiva 16/99, sobre *Derecho a la información sobre asistencia consultar en el marco de las garantías del debido proceso legal*,³¹ consideró que «para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas»³². Esa posición fue reiterada expresamente en los casos *Baldeón García vs. Perú*³³ (2006) y *Vélez Loor vs. Panamá*³⁴.

La referida lectura se complementa con la sostenida en *Cantos vs. Argentina*³⁵ (2002), al afirmar que debe entenderse contrario al artículo 8 de la CADH cualquier norma o medida de orden interno que imponga costos o dificulte de cualquier otra

30. Artículo XVIII.

31. Consultar en https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_16_esp.pdf Las decisiones de la Corte IDH aquí citadas pueden ser consultadas en <https://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/index.cfm?lang=es>

32. §119.

33. §202.

34. §152.

35. §50.

manera el acceso de los individuos a los tribunales que no esté justificada por razonables necesidades de la propia administración de justicia y en la Opinión Consultiva 21/14, sobre *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, al señalar que «el debido proceso se encuentra íntimamente ligado con la noción de justicia, que se refleja en: i) un acceso a la justicia no sólo formal, sino que reconozca y resuelva los factores de desigualdad real de los justiciables, ii) el desarrollo de un juicio justo, y iii) la resolución de las controversias de forma tal que la decisión adoptada se acerque al mayor nivel de corrección del derecho, es decir que se asegure, en la mayor medida posible, su solución justa»³⁶.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha evolucionado en su concepción sobre el debido proceso³⁷, pasando de un formalismo literal como surge de las líneas marcadas en el caso *Madlener*³⁸, hacia una posición que le asigna un carácter sustantivo y que tiene su origen en la doctrina de la arbitrariedad³⁹, siguiendo por la pauta valorativa fijada por el exceso ritual manifiesto en el caso *Colalillo*⁴⁰, incorporando la garantía de la duración razonable de los procesos⁴¹, la igualdad real de las partes⁴², los límites al abuso procesal⁴³, y la democratización de los procesos a través de los procesos colectivos⁴⁴, las audiencias públicas⁴⁵ y la admisión de los *amicus curiae*⁴⁶.

IV. LA AGENDA 2030 Y LA CONSOLIDACIÓN DE LA EVOLUCIÓN DEL OBJETO DE PROTECCIÓN DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

La Asamblea General de la ONU aprobó el 25 de septiembre de 2015 la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible⁴⁷, uno de cuyos pilares fue lograr que *no one will let behind*⁴⁸. La expresión: *no dejar a nadie atrás* sintetiza la principal aspiración del compromiso asumido. La Agenda 2030 fijó una serie de objetivos a lograr con la finalidad de poner fin a la pobreza y el hambre en todo el mundo, a combatir las desigualdades dentro de los países y entre ellos, a construir sociedades pacíficas,

36. §109.

37. Ver los desarrollos comentados en OTEIZA, Eduardo, *Jurisprudencia y debido proceso. La Corte Suprema Argentina y la Corte Interamericana*, en La Misión de los Tribunales Supremos, Marcial Pons, 2016, pag. 123 y siguientes.

38. Fallos 182:242 (1939).

39. *Carlozzi vs. Tornese Ballesteros*, Fallos 207:72 (1947).

40. Fallos 238:550 (1957).

41. Fallos 246:86 (1960).

42. Fallos 320:1633 (1997), 334:1961 (2011).

43. Fallos 335:2379 (2012).

44. Fallos 332:111 (2009).

45. Acordada 30/07.

46. Acordadas 28/04, 14/06 y 07/13.

47. https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/70/1&Lang=S

48. No dejar a nadie atrás.

justas e inclusivas, a proteger los derechos humanos y promover la igualdad entre los géneros y el empoderamiento de las mujeres y las niñas, y a garantizar una protección duradera del planeta y sus recursos naturales. Se acordó procurar el universal respeto a los derechos humanos y a la dignidad de las personas, el estado de derecho, la justicia, la igualdad y la no discriminación.

El objetivo 16 de la Agenda 2030 consiste en promover sociedades pacíficas e inclusivas para el desarrollo sostenible, facilitar el acceso a la justicia sin exclusiones y construir en todos los niveles instituciones eficaces e inclusivas que rindan cuentas. El subpunto 3 contiene la meta de promover el estado de derecho en los planos nacional e internacional y garantizar la igualdad de acceso a la justicia.

Así, el Objetivo 16.3 de la Agenda 2030 vuelve a poner el acento sobre el derecho igualitario de acceso a la justicia⁴⁹ consolidando la evolución de la tutela judicial como tutela judicial efectiva en el sentido que desarrollamos en el presente ensayo al analizar el texto del artículo 1 del PROYECTO que incluye una concreta lista de derechos humanos procesales que son una derivación de la Constitución y los tratados con jerarquía constitucional.

V. SÍNTESIS CONCLUSIVA

La propuesta normativa analizada recepta a la tutela judicial efectiva como principio en el artículo 1 y como derecho en el artículo 13.

Incluye los contenidos que ponen el objeto de protección en la efectividad del proceso respecto de los derechos y de las personas que intervienen en él al disponer la interpretación de todas sus normas a través de este principio fundamental, dando claridad al contenido de la tutela judicial efectiva al garantizar un núcleo duro o una conformación mínima del proceso en el artículo 13.

El proyecto acompaña la evolución de sentido que la tutela judicial efectiva debió tener en un Estado democrático para así tutelar los derechos en una verdadera dimensión constitucional y convencional⁵⁰, tutela que no es cumplida por el sistema actual y que intenta avanzar en el sentido de no dejar a nadie atrás.

49. Sobre el Objetivo 16.3, ver Nowak, Manfred; Gómez, Verónica; Fischer, Horst; Ahrens, Helen, M, *Equal Access to Justice for All and Goal 16 of Sustainable Development Agenda: Challenges for Latin America and Europe*, en especial capítulos 1 - 3.

50. MITIDIERO, Daniel., *La justicia civil en el Estado Constitucional, Diálogos para un diagnóstico*, Palestra, Perú, 2016, pag.123.

