



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

Alvaro Perez-Ragone ((Pontificia Universidade Católica del Perú)
Antonio Cabral (University of Rio de Janeiro State, Brazil)
Bruno Sassani (University of Rome, Tor Vergata, Italy)
Burkhard Hess (University of Viena, Austria)
Daniel Mitidiero (Federal University of Rio Grande do Sul, Brazil)
Dimitrios Tsikrikas (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)
Hermes Zaneti Jr. (Federal University of Espírito Santo, Brazil)
Jordi Nieva-Fenoll (University of Barcelona, Spain)
José Roberto Bedaque (University of São Paulo, Brazil)
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)
Paula Costa e Silva (University of Lisbon, Portugal)
Paula Sarno Braga (Federal University of Bahia, Brazil)
Remo Caponi (University of Florence, Italy)
Rolf Stürner (University of Freiburg, Germany)
Teresa Arruda Alvim (Pontificia Universidade Católica, São Paulo, Brazil)

Executive Editors

Daniela Bermudes (UFES)
Felipe Batista (UFBA)
Leandro Fernandez (PE)
Marcus Seixas Souza (UFBA)
Paula Pessoa (UNB)
Ravi Peixoto (UERJ)

Reviewers (this issue)

Ana Beatriz Presgrave (UFRN)
Daniela Marques Moraes (Unb)
Elie Eid (USP)
Fabia Tesolin (UFPR)
Lia Batista Cintra (Universidade Federal de São Paulo)
Robson Godinho (USP)
Rodrigo Ramina de Lucca (USP)
Rosalina Motta Pinto Costa (UFPA)
Sérgio Cruz Arenhart (UFPR)
Vinícius Lemos (UFAC)



Civil Procedure Review
AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

Civil Procedure Review

2024





FACULDADE
BAIANA DE
DIREITO

FACULDADE BAIANA DE DIREITO E GESTÃO



ProcNet

Rede Internacional de Pesquisa sobre
Justiça Civil e Processo Contemporâneo

Rua José Peroba, 123, Costa Azul, Salvador/BA. CEP: 41.770-235.
Tel: 3205-7744

Copyright: Faculdade Baiana de Direito

Todos os direitos desta edição reservados a Faculdade Baiana de Direito e ProcNet.
É terminantemente proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio ou processo, sem a expressa autorização do autor, da Faculdade Baiana de Direito e da ProcNet. 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

Anissara Toscan

Ph.D. and Masters in Procedural Law from the Federal University of Paraná (UFPR), Brazil

Fredie Didier Jr.

Full Tenured Professor of Civil Procedure at the Federal University of Bahia (UFBA), Brazil

Giacomo Pirotta

Ph.D. and Research Fellow at University Milano-Bicocca, Italy

Guilherme Mazarello

Masters in Constitutional Law from the University of Paris 1 (Panthéon-Sorbonne). Masters in Procedural Law from the University of Rio de Janeiro State (UERJ).

Guilherme Pupe

Post-doc from the University of Granada, Spain

Ph.D. and Masters from Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP), Brazil

Leandro Fernandez

Ph.D. and Master of Laws from the Federal University of Bahia (UFBA), Brazil

Paulo Mendes

Ph.D. and Master of Laws from the Federal University of Rio Grande do Sul (UFRGS), Brazil

Rodrigo Nery

Ph.D. candidate and Master of Laws from the University of Brasília (UnB), Brazil

Rodrigo Rodrigues Buzzi

Master candidate at the University of São Paulo (USP)



Civil Procedure Review

AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

Sumário

• 1

“Ainda e sempre” a teoria de Liebman sobre a coisa julgada 11

“Still and Always” the Liebman’s Theory of Res Judicata

Anissara Toscan

Considerações iniciais.....	12
1. A tese de Liebman: a coisa julgada como autoridade da sentença e de seus efeitos ...	13
1.1. A suposta confusão entre coisa julgada e efeitos da sentença	13
1.2. A sugerida distinção entre sentença e coisa julgada e o viés “puramente” adjetivista	16
1.3. A pretendida superação da antítese material vs. processual	19
1.4. A proposta de imutabilidade do comando e dos efeitos da sentença.....	20
2. As duas grandes correntes brasileiras de pensamento	22
2.1. A coisa julgada como situação jurídica estabilizante do conteúdo decisório (Barbosa Moreira)	22
2.2. A coisa julgada como qualidade do elemento declaratório da sentença (Baptista da Silva)	26
3. Considerações finais.....	29
Referências bibliográficas.....	30

• 2

L'appello civile francese: un modello processuale privo del divieto di *nova* 34

French civil appeal: a procedural model lacking the *nova* prohibition

Giacomo Pirotta

1) Introduzione all' <i>appel</i> civile francese	35
2) le caratteristiche dell' <i>appel</i>	36
3) La rilevanza dell'effetto devolutivo nella determinazione del <i>novum</i> nell' <i>appel</i> - <i>voie d'achèvement</i>	38
4) I ripetuti tentativi di abbreviazione della durata dell' <i>appel</i>	48
5) Conclusioni: I principi coinvolti nella determinazione dell'ammissibilità di nuove difese nell' <i>appel</i>	55

• 3

Transformações da reclamação no Supremo Tribunal Federal 60

Transformations of the constitutional complaint by
the Brazilian Federal Supreme Court

Fredie Didier Jr. and Leandro Fernandez

1. Introdução	61
2. Notas sobre o surgimento da reclamação e a importância da dimensão prática do fenômeno jurídico	62
3. Aspectos gerais do regime jurídico da reclamação	65
4. Transformações da reclamação	70
4.1. Transformações no parâmetro de controle: a compreensão do sentido do termo "decisão"	70
4.2. Transformações nas funções da reclamação	74
4.2.1. Interpretação do precedente	74
4.2.2. Superação do precedente	76
4.2.3. Reclamação para permitir a revisão de decisão sobre a existência de repercussão geral	78

4.2.4. Sinalização.....	79
4.2.5. Garantia de futuro entendimento.....	79
4.2.6. Distinção	81
4.2.7. Controle incidental de inconstitucionalidade	82
4.2.8. A peculiaridade da reclamação envolvendo liberdade de imprensa. Reclamação como recurso per saltum.....	82
4.2.9. Reclamação e coisa julgada.....	85
5. Reclamação contra ato de ente administrativo ou de controle	91
6. Conclusões.....	97
Referências bibliográficas.....	98

• 4

A “*rimforma Cartabia*”: reflexões sobre a reforma do processo civil italiano de 2022 **101**

The “*rimforma Cartabia*”: reflections on the 2022 reform of the Italian civil procedure

Paulo Mendes, Rodrigo Nery and Rodrigo Rodrigues Buzzi

1. Introdução.....	102
2. Algumas modificações estabelecidas pela reforma Cartabia (“ <i>rimforma Cartabia</i> ”) no Direito Processual Civil italiano.....	103
2.1. Considerações iniciais – o contexto da reforma.....	103
2.2 O <i>Rinvio pregiudiziale in cassazione</i> como meio de produção de um pronunciamento vinculante no processo italiano.....	104
2.3 A obrigação de os atos de postulação serem claros, sintéticos e com indicação específica dos fatos e das razões jurídicas.....	108
2.4 Novas formas de realização de audiências e a possibilidade de substituição por memoriais escritos.....	112
2.5 A instauração de técnicas processuais que possibilitam a rejeição ou o acolhimento sumário da demanda, sem produção de coisa julgada e sob a condição de que, caso sejam revertidas, haverá modificação do juízo que prolatou a decisão.	113
3. Conclusão	117
4. Referências bibliográficas.....	118

• 5

**A repercussão geral e a *question prioritaire de constitutionnalité*:
efemérides em perspectiva comparada do Supremo Tribunal Federal e
do *Conseil Constitutionnel* 122**

The general repercussion and the *question prioritaire de constitutionnalité*:
milestones in a comparative perspective of the Supreme Federal Court
and the *Conseil Constitutionnel*

Guilherme Mazarello and Guilherme Pupe

1. Introdução	123
2. Breve histórico da Repercussão Geral	124
3. Histórico do controle jurisdicional de constitucionalidade no direito francês: uma cultura jurídica de desconfiança em relação aos juízes.....	129
4. A repercussão geral: de filtro recursal ao sistema de precedentes brasileiro	134
5. A alteração do perfil do <i>Conseil Constitutionnel</i> : a França, enfim, possui uma Corte Constitucional?	138
6. Conclusão	143
7. Referências	144

Apêndice - Anteprojeto de Lei sobre os Processos Estruturais..... 147



Civil Procedure Review

AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

1

“Ainda e sempre” a teoria de Liebman sobre a coisa julgada

“Still and Always” the Liebman’s Theory of Res Judicata

Anissara Toscan

Ph.D. and Masters in Procedural Law from the Federal University of Paraná (UFPR), Brazil

Resumo: O presente artigo tem como objetivo apresentar uma visão crítica a respeito da teoria de Enrico Tullio Liebman sobre a coisa julgada, especialmente no que diz respeito à sua relevância sobre a doutrina brasileira e a conformação do instituto no nosso sistema jurídico. A motivação deste texto é inquietação com o fato de que as teses de Liebman, embora populares na Ibero-América, especialmente no Brasil, não tenham obtido o mesmo reconhecimento em outras partes do mundo, inclusive na Itália, seu país de origem.

Abstract: This article aims to present a critical view of Enrico Tullio Liebman’s theory of res judicata, especially with regard to its relevance to the Brazilian doctrine and the conformation of the institute to our legal system. The motivation behind this article concerns the fact that Liebman’s theses, although popular in Ibero-America, especially in Brazil, have not obtained the same recognition in other parts of the world, including Italy, his own country of origin.

Palavras-chave: coisa julgada; segurança jurídica; teorias clássicas; doutrina brasileira.

Keywords: res judicata; legal safety; classical theories; Brazilian doctrine.

Sumário: Considerações iniciais. 1. A tese de Liebman: a coisa julgada como autoridade da sentença e de seus efeitos. 1.1. A suposta confusão entre coisa julgada e efeitos da sentença. 1.2.

A sugerida distinção entre sentença e coisa julgada e o viés “puramente” adjetivista. 1.3. A pretendida superação da antítese material vs. Processual. 1.4. A proposta de imutabilidade do comando e dos efeitos da sentença. 2. As duas grandes correntes brasileiras de pensamento. 2.1. A coisa julgada como situação jurídica estabilizante do conteúdo decisório (Barbosa Moreira). 2.2. A coisa julgada como qualidade do elemento declaratório da sentença (Baptista da Silva). 3. Considerações finais. Referências bibliográficas.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O marco fundamental da teoria brasileira sobre a coisa julgada fixou-se na doutrina de Enrico Tullio Liebman, responsável por estabelecer um método para a abordagem desse instituto que influenciou amplamente a nossa doutrina processual.

De um modo geral, a forma como a coisa julgada foi e permanece sendo entre nós enunciada se fundamenta (i) no *viés* (puramente) *adjetivista* preconizado por Liebman, com a absoluta distinção entre coisa julgada e sentença; e (ii) no *raio de abrangência* por ele sugerido para a imutabilidade, o qual alcançaria, em sua concepção, também os efeitos da sentença sobre o direito material. A elucidação dessas ideias, portanto, é fundamental para se compreender a forma como o instituto vem se delineando na doutrina brasileira, sendo essa a abordagem que propomos no tópico 1 deste texto.

No tópico 2, abordaremos o diálogo da doutrina brasileira com a teoria de Liebman, identificando e descrevendo as duas grandes correntes de pensamento acerca do tema, a saber, a da coisa julgada como *situação estabilizante do conteúdo decisório*, capitaneada por José Carlos Barbosa Moreira (item 2.1), e a da coisa julgada como *qualidade do elemento declaratório da sentença*, encabeçada por Ovídio Baptista da Silva (item 2.2). Como se perceberá, por qualquer desses caminhos, constata-se na doutrina brasileira um percurso de certa forma original, porém com evidentes fundamentos na doutrina de Liebman.

Concluiremos, então, com algumas menções sobre os reflexos dessas ideias sobre o direito positivado e com o nosso posicionamento diante do cenário apresentado. A motivação para a escrita deste texto é inquietação com o fato de que as teses de Liebman, embora populares na Ibero-América (especialmente no Brasil), não tenham obtido o mesmo reconhecimento em outras partes do mundo, inclusive na Itália, seu país de origem;¹ nosso escopo, em suma, consiste em lançar um olhar crítico sobre as ideias correntes acerca da contribuição da teoria de Liebman para a compreensão da coisa julgada no direito brasileiro.

1 A propósito, cf.: CABRAL, Antonio do Passo. “Alguns mitos do processo [II]: Liebman e a coisa julgada”. *Revista de processo*. vol. 217. São Paulo: RT, mar./2013, p. 41-72.

1. A TESE DE LIEBMAN: A COISA JULGADA COMO AUTORIDADE DA SENTENÇA E DE SEUS EFEITOS

1.1. A suposta confusão entre coisa julgada e efeitos da sentença

O primeiro aspecto a se destacar na teoria de Liebman é a sua conhecida *oposição à definição da coisa julgada como eficácia da sentença*,² concepção essa tradicional na doutrina europeia. Essa suposta “confusão” entre sentença e coisa julgada, no entanto, é um dado milenar, e não uma constatação restrita à doutrina contemporânea a Liebman.

No direito romano, a *res iudicata* correspondia à designação atribuída às sentenças em geral, o que era justificável no período republicano, quando ainda não existiam instâncias.³ Todavia, uma vez introduzidas as instâncias, não se cuidou de especificar a terminologia, e a *res iudicata* continuou a significar, assim como anteriormente, toda sentença, ainda que apelável ou que contra ela tivesse sido interposta apelação.⁴ Apesar disso, o risco de se manejar a *exceptio rei iudicatae* com fundamento em sentença sem força de coisa julgada não tinha importância prática, pois para todos os casos dessa espécie, havia a *exceptio rei in iudicium deductae* (exceção de litispendência) cujas consequências eram análogas às da *exceptio rei iudicatae* (exceção de coisa julgada).⁵

Na doutrina do direito comum,⁶ pretendeu-se por meio da *res iudicata* assinalar o momento em que a sentença *seria* ou *se tornaria* coisa julgada, portanto, definindo-a como “algo além” da sentença.⁷ O escopo de então era o de diferenciar a coisa julgada da própria sentença, subordinando-a particularmente ao trânsito em julgado (“*sententia transit in nomen rei iudicatae*”).⁸ Tanto é assim que, à época, se controvertia quanto à *res iudicata* existir logo que tivesse sido pronunciada a sentença, de modo que o recurso interposto lhe suspenderia a eficácia (linha prevalecente entre os civilistas);

2 Segundo Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda (*Comentários ao Código de Processo Civil*. t. V: arts. 444 a 475. 3. ed. rev. e aum. [atualização legislativa: Sérgio Bermudes]. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 100), ao recusar a teoria da coisa julgada material como eficácia da sentença, Enrico Tullio Liebman teria atribuído “ao fator *tempo* importância que ele não tem”, negando “o caráter de força ou de efeito ao que não é força ou efeito *contemporâneo* à publicação da sentença”. Por aí, “Só seriam força e efeitos dos fatos a força e efeitos que eles tivessem imediatamente, – a força e efeitos *próximos*”, e “Tal atitude se chocaria com a ciência do direito; e não somente com ela: com a Física e com a Teoria do Conhecimento, com a Lógica das ciências.”

3 SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Sistema del diritto romano attuale* (trad. dall'originale tedesco di Vittorio Scialoja). vol. VI. Torino: Unione Tipografica, 1896, p. 324-325.

4 SAVIGNY, *Sistema...*, vol. VI, p. 325.

5 SAVIGNY, *Sistema...*, vol. VI, p. 325.

6 PUGLIESE, Giovanni. “Giudicato civile (storia)”. *Enciclopedia del diritto* (dir.: MORTATI, Constantino; PUGLIATTI, Salvatore). vol. XVIII. Varese: Giuffrè, 1969, p. 727-785, p. 765.

7 PUGLIESE, “Giudicato civile (storia)”, p. 766.

8 PUGLIESE, “Giudicato civile (storia)”, p. 766.

ou apenas após o esgotamento das possibilidades impugnativas (linha preponderante entre os canonistas).⁹

A partir daí, o direito canônico passou a identificar a *res iudicata* não mais com as sentenças em geral, mas especificamente com as sentenças transitadas em julgado, *i.e.*, não mais sujeitas a modificação em instância ulterior.¹⁰ Posteriormente, seguindo essa linha, Friedrich Carl von Savigny distinguiria a *sententia* (sentença em geral) da *res iudicata* (sentença com força legal),¹¹ assim como, de um modo geral, as doutrinas alemã e italiana assentariam a concepção da *coisa julgada como eficácia da sentença* transitada em julgado.

Por essas perspectivas, a coisa julgada acabaria se identificando com a própria sentença depois de transitada em julgado, concepção essa que, inclusive, ressoou não apenas na doutrina brasileira – *v.g.*, Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda afirmava que “A sentença que põe fim ao processo é coisa julgada” e que “a coisa julgada é a *vera sententia*”;¹² e Jorge Americano aduzia que “Esgotado o prazo, diz-se da sentença, que faz *cousa julgada*”¹³ –, mas também no CPC/39, que intitulava “Da eficácia da sentença” o capítulo destinado à disciplina da coisa julgada, e na Lei n.º 3.238/1957, que definiu a coisa julgada como a “decisão da qual não caiba recurso”.

Ocorre que, segundo Liebman, essa *inerência* entre coisa julgada e sentença teria sido a causa de um equívoco em se equiparar aquela estabilidade, então enunciada como “eficácia da declaração”, aos efeitos declaratório, constitutivo e executivo da própria declaração.¹⁴ Essa confusão, no entanto, parece-nos que nunca houve realmente. A questão era que, devido à identificação da coisa julgada com a própria sentença depois de transitada em julgado, distinguia-se a coisa julgada, como “eficácia da declaração”, com natureza processual (afinal, o marco teórico da época era a teoria processual da coisa julgada); dos “efeitos constitutivos” por ela produzidos, estes operantes sobre o direito

9 PUGLIESE, “Giudicato civile (storia)”, p. 766.

10 SAVINGY, *Sistema...*, vol. VI, p. 325-326.

11 SAVIGNY, *Sistema...*, vol. VI, p. 324.

12 PONTES DE MIRANDA, *Comentários...*, t. V, p. 105 e 107. Entre os seus contemporâneos que adotaram o mesmo entendimento, Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda cita os autores brasileiros Francisco de Paula Batista; Joaquim Inácio Ramalho; João Mendes de Almeida; Manuel Aureliano de Gusmão e Moacyr Amaral Santos (*ibidem*, p. 106-107).

13 AMERICANO, Jorge. *Da ação rescisória dos julgados no direito brasileiro*. São Paulo: Casa Vanorden, 1922, p. 5.

14 É o que se nota deste excerto: “Semberebbe, a tenore di questa disposizione [*i.e.*, do art. 2909 c.c.], che il solo accertamento potesse considerarsi coperto dall’immutabilità della cosa giudicata, mentre ne resterebbero fuori gli altri possibili effetti. La formulazione della norma risente infatti di quella dottrina che identifica la cosa giudicata con l’efficacia d’accertamento, allineandola accanto agli altri effetti della sentenza. L’errore non ha bisogno di essere rilevato ancora una volta: la cosa giudicata non è un effetto della sentenza e non va posta accanto agli altri effetti possibili, esecutivo, costitutivo ecc., poiché essa è l’indiscutibilità, l’immutabilità che gli effetti della sentenza, dichiarativi, costitutivi ed esecutivi acquistano col passaggio in giudicato della sentenza.” (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile*. vol. I: principi. 5. ed. Milano: Giuffrè, 1992, p. 293).

material.¹⁵ A problemática girava, portanto, aqui e ali, em torno da própria coisa julgada, que era, como dito, a forma assumida pela sentença, depois de transitada em julgado.

Nesse sentido, os adeptos à teoria (processual) da eficácia da declaração sustentavam que os “efeitos constitutivos” decorrentes da coisa julgada operariam “naturalmente” e atingiriam terceiros como qualquer ato constitutivo de direito material, ao passo que a coisa julgada (*i.e.*, a eficácia da declaração), justamente por não ser algo “natural”, haveria de ser estabelecida pelo direito processual, restringindo-se às partes.¹⁶ No mesmo sentido, da teoria de Giuseppe Chiovenda, que concebia a coisa julgada como “eficácia” da sentença, extrai-se a distinção entre os efeitos (“materiais”) da coisa julgada, que diriam respeito a todos, e a autoridade da coisa julgada, que estaria circunscrita às partes.¹⁷ Ainda, no Brasil, seguindo a teoria da eficácia da declaração, Pontes de Miranda também deixou clara a independência entre os conceitos.¹⁸

- 15 Explicava, nesse sentido, Aldo Attardi (“La cosa giudicata”. *Jus*. Milano, 1961, p. 1-89 [64]) que “la cosa giudicata materiale contrassegna uno solo degli effetti della sentenza che abbia pronunciato sulla fondatezza (o infondatezza) di una domanda e precisamente solo l’efficacia d’accertamento manifestantesi al di fuori del processo; essa perciò si distingue dall’immutabilità della decisione quale atto dal quale discendono effetti sia dichiarativi che costitutivi, ed in particolare si contrappone alla cosa giudicata formale che contraddistingue quell’immutabilità quasi assoluta della decisione che si raggiunge a norma dell’art. 324 cod. proc. civ.; del pari la cosa giudicata materiale si differenzia all’immutabilità degli effetti (siano d’accertamento siano costitutivi) della sentenza, stabilità che si manifesta in un successivo processo ed è riflesso del divieto per i nuovi giudici di disapplicare la sentenza stessa *se illegale*.” Outrossim Ernesto Heinitz (*I limiti oggettivi della cosa giudicata*. Padova: Cedam, 1937, p. 101) observava que “La qualifica di carattere processuale attribuita alla cosa giudicata porta [...] delle conseguenze per la distinzione fra gli effetti proprii della cosa giudicata e gli effetti della sentenza. La cosa giudicata è inerente [...] all’accertamento prodotto dalla sentenza, di modo che la cosa giudicata può designarsi quale effetto della sentenza. Vi sono altri effetti della sentenza: la esecutorietà, l’effetto costitutivo, gli effetti della sentenza come fatto. [...] L’effetto di accertamento (cosa giudicata in senso sostanziale) è l’effetto tipico, inerente ad ogni sentenza di merito; gli altri effetti sono particolari e certi gruppi di sentenze.”
- 16 LENT, Friedrich. *Diritto processuale civile tedesco*. Parte prima: il procedimento di cognizione (trad. Edoardo F. Ricci). Napoli: Morano Editore, 1962, p. 258-260.
- 17 “La cosa giudicata come risultato della definizione del rapporto processuale è obbligatoria per soggetti di questo rapporto: e però l’eccezione compete ogni qual volta ‘eadem quaestio inter easdem personas revocatum’. Ma, come ogni atto giuridico riguardante le parti tra cui interviene, la sentenza esiste e vale rispetto a tutti; come il contratto fra A e B vale rispetto a tutti, come contratto fra A e B; così la sentenza fra A e B vale rispetto a tutti *in quanto è sentenza fra A e B*.” (CHIOVENDA, *Istituzioni...*, vol. I, p. 358). Igualmente assentou Giuseppe Chiovenda (“Sulla cosa giudicata”. *Saggi di diritto processuale civile*. vol. II. Milano: Giuffrè, 1993, p. 399-409[400]) que o que decorre “naturalmente” da sentença, como ato de autoridade estatal, é sua exequibilidade, e não sua imutabilidade.
- 18 “Não seria possível negar-se autonomia do efeito executivo, que independe em certos casos, do próprio trânsito em julgado. Nem a da força executiva. Nem a da força e do efeito condenatórios. Nem a da força e do efeito mandamentais [...]. Quando se diz que o recurso não tem efeito suspensivo, quer-se exprimir que a força e o efeito da sentença suscetíveis de serem *produzidos* desde logo não se suspendem com ele. Ora, a sentença, quanto à coisa julgada *material*, é dependente do trânsito em julgado, e não da sentença só. Nenhum juiz pode, noutro processo, atender a exceção de coisa julgada, porque há sentença de que ainda pende recurso com ou sem efeito suspensivo: exige, e cabe exigir, que tenha passado em julgado. A não-suspensividade só aproveita à força e ao efeito que a sentença já tem. Isso põe claro que a força e o efeito de coisa julgada não se confundem com as outras forças e efeitos, – são a consequência da fixação ou incontestabilidade da prestação jurisdicional entregue, algo de semelhante ao pagamento recebido. Tal fixação é no plano do direito processual e não no plano da *justiça* da sentença, isto é, de ser a decisão a verdade sobre o que era o direito.” (PONTES DE MIRANDA, *Comentários...*, t. V, p. 99).

Em suma, a separação entre efeitos da sentença e coisa julgada, ao contrário do que pressupusera Liebman, era lugar-comum na doutrina,¹⁹ ainda que esses institutos (*i.e.*, sentença e coisa julgada) acabassem se identificando e confundindo após o trânsito em julgado. A particularidade estava no fato de que a coisa julgada – atenta, repita-se, ao marco teórico da teoria processual – operaria efeitos no âmbito processual, ao passo que a sentença produziria naturalmente seus efeitos no âmbito material, ou seja, na disciplina das relações jurídicas entre os sujeitos do processo e, eventualmente, terceiros a elas conectados.

1.2. A sugerida distinção entre sentença e coisa julgada e o viés “puramente” adjetivista

Acontece que, com o objetivo de solucionar aquela suposta confusão, Liebman sugeriu uma *absoluta distinção entre sentença e coisa julgada*, esboçando, então, os conceitos de “*eficácia natural da sentença*” e “*autoridade de coisa julgada*”,²⁰ e estabelecendo uma *perspectiva puramente adjetivista*²¹ para a abordagem deste instituto. Desse modo, na sua construção teórica, a coisa julgada seria um elemento novo, uma qualidade externa que à sentença se agregaria para torná-la imutável;²² ou seja, seria a autoridade consistente na imutabilidade do comando emergente da sentença transitada em julgado, inconfundível com a eficácia natural desta (*i.e.*, com a sua aptidão para produzir efeitos materiais).

A propósito, cabe notar que a expressão “autoridade da coisa julgada” estava presente já no direito romano (*auctoritas rei iudicatae*) e era também difundida no direito francês (*autorité de la chose jugée*).²³ Acontece que, como notou Giovanni Pugliese, a romana *auctoritas rei iudicatae*, precursora da *autorité de la chose jugée*²⁴ (da qual também decorre a ideia de *autorità* que a lei atribui à coisa julgada, constante

19 CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas*: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 176.

20 Na doutrina italiana, acolhendo a tese de Enrico Tullio Liebman, Elio Fazzalari (“Il cammino della sentenza e della ‘cosa giudicata’”. *Studi in onore di Enrico Allorio*. t. I. Milano: Giuffrè, 1989, p. 171-180 [172]), sustenta que “Fra ‘giudicato’ ed efficacia della sentenza non vi è rapporto di causa ed effetto: la sentenza proietta la sua efficacia per virtù propria, in forza della sovranità di cui l’organo giudiziario è investito; il passaggio in giudicato costituisce soltanto il *dies a quo* di quell’efficacia: ma anche questo è vero soltanto per la sentenza di accertamento e per quella costitutiva, non per quella di condanna.”

21 Conforme referido por BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Ainda e sempre a coisa julgada”. *Doutrinas Essenciais de Processo Civil*. vol. 6. out./2011, p. 2 (consultada a versão eletrônica). Disponível em: <<https://bit.ly/3htKnh0>> Acesso em: 25.jul.2021. No mesmo sentido, cf.: CABRAL, *Coisa julgada e preclusões dinâmicas*..., p. 87.

22 LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença*: e outros escritos sobre a coisa julgada. (trad. Alfredo Buzaid e Ada Pellegrini Grinover). 4. ed. com notas relativas ao direito brasileiro de Ada Pellegrini Grinover. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 23.

23 PUGLIESE, “Giudicato civile (diritto vigente)”, p. 787.

24 “La présomption légale est celle qui est attachée par une loi spéciale à certains actes ou à certains faits; tels sont [...] 3.º L’autorité que la loi attribue à la chose jugée [...]” (*Code Civil de 1804*, art. 1350).

do art. 1.350²⁵ do Código Civil italiano de 1865), aludiam não à imutabilidade, mas à eficácia vinculante das sentenças.²⁶ Ademais, conforme pontuou Francesco Carnelutti, a semântica da palavra “*autorità*” não comporta qualquer relação com as noções de imutabilidade ou de estabilidade próprias à coisa julgada, e quando alude a “*validità, peso, credito*”, recai propriamente na ideia de “*eficácia*”²⁷ que a teoria Liebman buscava repelir do instituto. Denunciava-se, assim, a dubiedade do significado que Liebman pretendia imprimir ao vocábulo “*autoridade*”.

Em todo caso, o diferencial da teoria de Liebman não estava na terminologia proposta (*i.e.*, autoridade da coisa julgada *versus* eficácia da sentença), mas na *mudança de perspectiva* para o enfrentamento do problema, rejeitando-se assim o viés dito *conteudístico* em prol de um viés *adjetivista* para a abordagem do instituto. Destarte, se o viés *conteudístico* até então preponderante na doutrina europeia identificava a coisa julgada com a própria sentença ou com uma eficácia (a processual) por ela assumida após o trânsito em julgado, a partir do viés (puramente) *adjetivista* de Liebman, a coisa julgada seria contemplada como uma qualidade *neutra e incolor*,²⁸ a qual, sendo-lhe externa, ao comando sentencial aderiria, a fim de a imutabilizar.²⁹ Desse modo, a coisa julgada não corresponderia à própria sentença imutável, mas à imutabilidade que sobre a sentença recai.

No entanto, essa cisão entre sentença e coisa julgada (esse viés *adjetivista*, portanto) nem sequer era original na teoria de Liebman. Ilustrativamente, esse traço estava presente na teoria de Max Pagenstecher, ao sustentar que, no Estado Moderno, a força da sentença não seria inerente à declaração, mas adviria de um *quid (etwas)* que nasce com a sentença e produz segurança jurídica. Esse elemento, por ele denominado “*força legal substancial*”, faria de uma simples declaração (a sentença) uma declaração com força legal (a coisa julgada), e a modificação de direitos daí advinda não seria algo casual ou indesejado pela sentença, mas um efeito condizente com seu escopo de promover segurança jurídica. Por isso é que, segundo Pagenstecher, também a sentença

25 “La presunzione legale è quella che una legge speciale attribuisce a certi atti o a certi fatti. Tali sono [...] 3.^o L'autorità che la legge attribuisce alla cosa giudicata [...]”(Codice Civile del 1865, art. 1350).

26 PUGLIESE, “Giudicato civile (diritto vigente)”, p. 811

27 CARNELUTTI, Francesco. “Efficacia, autorità e immutabilità della sentenza”. *Rivista di diritto processuale civile*. Anno XII, n. 3. Padova: Cedam, lug.-sett./1935, p. 205-214[205]. Nessa linha, extrai-se da obra de Ugo Rocco (. *L'autorità della cosa giudicata e i suoi limiti soggettivi*. Roma: Athenaeum, 1917, p. 5) que “Per autorità di cosa giudicata della sentenza deve quindi intendersi, l'autorità la *forza o l'efficacia* obbligatoria inerente alla *materia* della decisione giudiziale (questione oggetto del giudizio) contenuta nella sentenza.”

28 LIEBMAN, *Eficácia e autoridade da sentença...*, p. 278.

29 Na explicação de Rodolfo Pablo Migliore (*Autoridad de la cosa juzgada*. Buenos Aires: Bibliografica Argentina, 1945, p. 10-11), “Lo incontrovertible es un contenido substancial que vale por sí mismo, abstracción hecha de la idea de incontrovertibilidad. La incontrovertibilidad es una calidad que adquiere el contenido substancial al no poder pretenderse la variación del contenido. Aquí reside, en definitiva, el distingo entre dos expresiones que no siempre se hallan cabalmente diferenciadas: Cosa Juzgada y Autoridad de Cosa Juzgada. La Cosa Juzgada se halla en el contenido substancial, la Autoridad de Cosa Juzgada en su calidad de incontrovertible.”

meramente declaratória constituiria direitos, e a coisa julgada seria análoga à certeza advinda de um contrato transacional entre as partes.³⁰

Por outro lado, ao invocar o fato de que a sentença tem aptidão para produzir alguns efeitos antes do trânsito em julgado, a fim de validar seu posicionamento teórico,³¹ Liebman desconsiderou a excepcionalidade de tal antecipação;³² além disso, a atribuição de eficácia plena à sentença não transitada em julgado, ressaltando-se apenas a imutabilidade, mostra-se inconciliável com o efeito substitutivo dos recursos³³ – este reconhecido seja pelo direito italiano seja pelo brasileiro. E finalmente, é questionável a completa ausência, sugerida por Liebman, de um referencial próprio para a coisa julgada,³⁴ pois parece incontestável que o trânsito em julgado cria uma eficácia antes inexistente,³⁵ a qual não se resume à mera imutabilização da eficácia suposta natural à sentença.³⁶ Nesse sentido, coloca-se em xeque a conclusão de que a coisa julgada seria “*neutra e incolor*”.

30 ROCCO, *L'autorità della cosa giudicata...*, cap. V; MIGLIORE, *Autoridad de la cosa juzgada*, p. 44-45.

31 LIEBMAN, *Manuale...*, vol. I, esp. p. 286 e 262.

32 Nesse sentido, observou José Carlos Barbosa Moreira (“Ainda e sempre a coisa julgada”, p. 4) que “Os efeitos da sentença, estranhos que sejam ao conceito da coisa julgada, em regra começam a produzir-se no momento em que esta se forma, e só excepcionalmente – nos casos taxativos em que a lei assim disponha – a ela se antecipam. [...] Na realidade, a decisão recorrível (sempre com ressalva das exceções expressas) é ineficaz enquanto recorrível, quer já recorrida, quer ainda não.” E prossegue, alertando que “Tal é, também na Itália, a opinião predominante. E – se não é temerário apontar contradição em obra tão dominada pela preocupação de coerência lógica – o próprio Liebman, no fundo, termina por encampá-la ao esclarecer que a eficácia da sentença recorrível ‘se produz para todos os efeitos (e não só para o executório) quando ficam preclusos os recursos ordinários, embora ainda interponíveis os extraordinários’, reconhece que a produção de efeitos se condiciona à formação da coisa julgada, pois, segundo a mais autorizada doutrina, ao menos no sistema do velho Código de 1865, sob o qual ele escrevia, a impugnabilidade da decisão através dos chamados ‘recursos extraordinários’ não obstava ao trânsito em julgado.”

33 CRISTOFOLINI, Giovanni. “Efficacia della sentenza nel tempo”. *Rivista di diritto processuale civile*. vol. XII, parte I. Padova: Cedam, 1335, p. 293-324 (302).

34 A propósito, confira-se crítica semelhante em: CABRAL, *Cosa julgada e preclusões dinâmicas...*, p. 172.

35 Conforme notou Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda (*Comentários...*, t. V, p. 101), “É inegável que, executando-se a sentença, se atende à eficácia declarativa dessa sentença, mas só secundariamente, como componente do elemento declaratório. A força declarativa não está em causa; está o efeito. Esse efeito *mais* a coisa julgada formal é que faz o efeito de coisa julgada das sentenças de condenação. Porém, se tomamos sentença declarativa [...] logo percebemos que nenhuma força tem *antes* de passar em julgado. Aquele elemento declarativo, de que nos servimos na ação de execução de sentença ainda não passada em julgado, somente apareceu mesclado à condenação. Em estado praticamente puro, a sentença declarativa, antes de passar em julgado, não tem nenhuma força. A Enrico Tullio Liebman caberia o ônus de mostrar ação declarativa que tenha eficácia antes do trânsito em julgado. Depois é normal.”

36 Rejeitando a teoria de Enrico Tullio Liebman, Mario Vellani (*Appunti sulla natura della cosa giudicata*. Milano: Giuffrè, 1958, p. 52-53), assevera que a imperatividade adquirida pelo *accertamento*, para os efeitos do art. 2909 do c.c. italiano pressupõe o trânsito em julgado. Em sua compreensão, se fosse realmente imperativa a sentença seja antes ou depois do aludido marco, a eficácia vinculante respectiva à coisa julgada deveria ser (antes e depois) a mesma, com a única diferença de se qualificar como imutável após o trânsito. Essa, todavia, não teria sido a escolha do legislador italiano, pois a sentença ainda não transitada levaria apenas à suspensão de outro processo, e nos casos em que o processo prejudicado fosse suspenso, apenas o trânsito em julgado do processo prejudicial, e não a mera publicação da sentença, teria aptidão para alterar o estado de suspensão (ibidem, p. 53-55). Na mesma linha, observa Aldo Attardi (“La cosa giudicata”, p. 50-51) que “l’intensità del vincolo che promana da una

Na verdade, a referida distinção entre sentença e coisa julgada não necessariamente haveria de levar à redução daquela a um mero adjetivo (“imutável”) – e isso acabou sendo percebido pela doutrina brasileira, que embora adotando tal distinção como método de abordagem do instituto, reconheceu à coisa julgada eficácias próprias e inconfundíveis com as eficácias da sentença (cf. tópico 2). Aliás, na própria teoria de Liebman – se não for temerário apontar estes paradoxos em obra de tamanha importância na doutrina sobre a coisa julgada –, vislumbra-se uma eficácia subjetiva característica à coisa julgada e inconfundível com a eficácia subjetiva da sentença³⁷, além de ele próprio reconhecer que a exceção de coisa julgada não seria um efeito da sentença, uma vez que apenas operaria, no sentido de excluir a emissão de juízos contrários, quando a sentença houvesse logrado autoridade de coisa julgada.³⁸

1.3. A pretendida superação da antítese material vs. processual

Na linha do que vimos argumentando, de acordo com a perspectiva dita “puramente” adjetivista, a coisa julgada seria uma qualidade *vazia de conteúdo próprio*,³⁹ reportando, por isso, integralmente ao conteúdo da sentença, com o escopo de torná-lo imutável; ou seja, seria apenas um adjetivo – “imutável” – a recair sobre a eficácia natural da sentença. Sobre tal fundamento, então, Liebman concluiu que a polêmica entre as teorias materiais e processuais havia se colocado sobre bases equivocadas, porque sendo um aspecto “neutro e incolor” do processo jurisdicional,⁴⁰ a coisa julgada não seria nem material nem processual.⁴¹

Desse modo, *a eficácia natural da sentença é que seria processual*, porquanto essa consubstanciaria um ato do processo, ainda que incidente sobre o direito material, o qual seria, por definição, aquele declarado pelo juiz.⁴² Desse modo, a eficácia natural da

sentenza è quella che è e non muta cammin facendo, e che non ha senso immaginare un accertamento che, già prima che la sentenza sia divenuta immutabile, abbia forza vincolante al di fuori del processo sia pure sino a che non ci si convinca della giustizia e solo dopo vincoli in modo assoluto.”

37 TOSCAN, Anissara. *Coisa julgada revisitada*. São Paulo: RT, 2022, item 4.6.3.2.

38 LIEBMAN, *Eficácia e autoridade da sentença...*, p. 53.

39 Nessa linha, perfilhando a teoria de Enrico Tullio Liebman, Cândido Rangel Dinamarco (*Instituições de direito processual civil*. vol. III. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005, n. 957, p. 303; idem, *Intervenção de terceiros*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 27) defende que “A coisa julgada não tem dimensão própria, mas a dos efeitos sentenciais sobre os quais incide.”

40 LIEBMAN, *Eficácia e autoridade da sentença...*, p. 278.

41 LIEBMAN, *Manuale...*, vol. I, p. 291-292; idem, *Eficácia e autoridade da sentença...*, p. 45.

42 “L’efficacia della sentenza è certo processuale, per la decisiva ragione che la sentenza è un atto del processo, ma essa incide direttamente sul diritto, che per definizione è quello – e solo quello – che il giudice dichiarerà. Questa efficacia sul rapporto controverso è dunque efficacia di accertamento, meramente dichiarativa. Processuale è il mezzo, sostanziale (di solito) è l’oggetto su cui esso esercita la sua funzione dichiarativa: in questo momento o in questo atto diritto e processo si incontrano e si fondano in unità, senza residui né ulteriori distinzioni, superate dalla pronunzia del giudice, che raccoglie in sé ed esprime tutta l’essenza e tutta la forza del diritto.” (LIEBMAN, *Manuale...*, vol. I, p. 292).

sentença sobre a relação controvertida é que seria meramente declaratória,⁴³ em clara adesão à teoria dualista do ordenamento jurídico,⁴⁴ que afinal estava à base das teorias processuais da coisa julgada.

Como consequência disso, os problemas que pelo prisma das teorias conteudísticas⁴⁵ seriam pertinentes à coisa julgada, pelo viés liebmaniano acabariam sendo deslocados para a eficácia natural da sentença, esta cujos contornos, por conseguinte, tendo em vista seu caráter declaratório, por ele defendido, acabariam convergindo com o que já propugnava a teoria processual. Portanto, além de não ter suplantado a referida antítese,⁴⁶ a distinção entre coisa julgada e sentença acabou não implicando grandes alterações práticas em relação a essa temática.⁴⁷

1.4. A proposta de imutabilidade do comando e dos efeitos da sentença

Outro ponto nodal da teoria de Liebman consiste na enunciação de que a coisa julgada revestiria o “ato que pronuncia o *comando*” também em seu conteúdo, e assim, tornaria “imutáveis, além do ato em sua existência formal, os efeitos, quaisquer que sejam, do próprio ato”.⁴⁸ Nesses termos, Liebman sugeriu a extensão da coisa julgada aos efeitos constitutivos operados pela declaração no mundo jurídico, ou seja, aos efeitos dessa sobre o direito material – esclarecendo, posteriormente, que isso diria

43 LIEBMAN, *Manuale...*, vol. I, p. 291-292.

44 Nas palavras do autor, “la legge è la legge, il giudice è soggetto alla legge e perciò non può completarla, né integrarla, ma soltanto applicarla”, e “l’efficacia puramente dichiarativa della sentenza non è una finzione, bensì è la conseguenza naturale del fatto che la legge è efficace ed obbligatoria indipendentemente dalle sentenze” (LIEBMAN, Enrico Tullio. “Giudici legislatori?”. *Rivista di diritto processuale*. vol. 39, n. 3. Padova: Cedam, 1984, p. 756-760 [760]).

45 TOSCAN, *Coisa julgada revisitada*, capítulo 2.

46 Segundo Giovanni Pugliese (“Giudicato civile [diritto vigente]”, p. 812), a distinção entre eficácia e autoridade proposta por Enrico Tullio Liebman “non permetterebbe di accantonare come superata la polemica tra teoria processuale e teoria sostanziale del giudicato. Infatti l’autorità del giudicato, anche se la si voglia o si possa considerare una semplice ‘qualità’ degli effetti della sentenza, comporta l’operare di particolari precetti giuridici e il sorgere per loro effetto di particolari vincoli e doveri a carico delle parti e dei futuri giudici. E allora rimane aperto il problema di sapere quale sia la natura (sostanziale o processuale) di tali precetti e in quale campo (sostanziale o processuale) i corrispondenti vincoli sorgano.”

47 TOSCAN, *Coisa julgada revisitada*, capítulo 4. No mesmo sentido, confira-se a crítica em: CABRAL, “Alguns mitos...”, p. 61. Diversamente, Cândido Rangel Dinamarco (*Instituições...*, vol. III, n. 956, p. 302) afirma que “A distinção entre eficácia da sentença e autoridade de seus efeitos é uma das mais elegantes conquistas da ciência processual no século das luzes processuais (Enrico Tullio Liebman) e a consciência de que se trata de dois fenômenos distintos é a chave para a solução de muitos problemas teóricos e práticos relacionados com o instituto.”

48 LIEBMAN, *Eficácia e autoridade da sentença...*, esp. p. 51. Opondo-se à tese de Enrico Tullio Liebman, Ernesto Heinitz (*I limiti oggettivi della cosa giudicata*, p. 24) aduz que “quel che passa in regiudicata è sempre la ‘certezza della esistenza di una volontà di legge’. Gli altri effetti non sono suscettibili in base alla loro natura di produrre la forza del giudicato. L’esecutorietà ad esempio spetta anche alle sentenze non ancora passate in giudicato formale, e non subisce alcun mutamento in seguito al passaggio in giudicato. Ancora meno potrebbe configurarsi il passaggio in giudicato di qualche effetto secondario.”

respeito à constituição implementada pela sentença, e não à própria situação jurídica constituída, a qual permaneceria mutável.⁴⁹

Como se nota, também essa compreensão se opõe diametralmente à teoria da eficácia da declaração, porque assim se assentou a *abrangência, no raio objetivo da coisa julgada, da alteração produzida pela sentença sobre o direito material*. Essa virada, vale dizer, uma vez que a eficácia da sentença sobre a relação controvertida seria meramente declaratória, foi possível a partir daquele descolamento entre sentença e coisa julgada (item 1.2), admitindo-se então que esta tornasse imutável igualmente o direito material constituído pela declaração, para além da declaração em si.

À base dessa tese, estava uma teórica preocupação de que a própria configuração do direito material não seria, por si só, suficiente para se impor perante os juízos seguintes – o que, no entanto, não convenceu a doutrina italiana, a qual permaneceu majoritariamente⁵⁰ adepta à teoria da eficácia da declaração. No Brasil, diversamente, a teoria de Liebman acerca da extensão da coisa julgada sobre o efeito material da sentença obteve larga repercussão, incluindo entre os seus notórios adeptos, *v.g.*, Moacyr Amaral Santos;⁵¹ Thereza Alvim;⁵² Egas Moniz de Aragão;⁵³ Ada Pellegrini Grinover;⁵⁴ Cândido Rangel Dinamarco.⁵⁵

Nesse sentido, segundo os ensinamentos de Cândido Rangel Dinamarco, como a “sentença de mérito projeta efeitos para fora do processo e sobre a vida das pessoas, já não se cuida apenas de preservá-la contra possíveis questionamentos no processo

49 Nas palavras de Enrico Tullio Liebman (*Eficácia e autoridade da sentença...*, p. 41), “a autoridade da coisa julgada não é efeito da sentença, como postula a doutrina unânime, mas, sim, modo de manifestar-se e produzir-se dos efeitos da própria sentença, algo que a esses efeitos se ajunta para qualificá-los e reforçá-los em sentido bem determinado.” Posteriormente, respondendo a críticas que lhe foram formuladas, no sentido de que a definição proposta “contradiria a circunstância inegável de que uma relação jurídica que foi objeto da sentença pode ser sucessivamente modificada pelas partes”, Liebman esclareceu que a objeção seria infundada, “porquanto confunde o objeto com o resultado do processo: o que a coisa julgada torna imutável é o efeito da sentença, isto é, a declaração ou a mudança, não a relação jurídica em que incide o efeito, relação sobre a qual conservam as partes plena e íntegra sua liberdade de disposição. [...] O que a coisa julgada torna imutável é o efeito produzido pela sentença, no sentido de que já não poderá ser substituído por um efeito diverso, com fundamento em nova e divergente apreciação do caso concreto.” (ibidem, p. 177-178). E em estudos ainda posteriores, Liebman ratifica que o que as partes não poderiam pretender seria “um novo juízo sobre o que foi validamente decidido por intermédio de uma sentença que representa a disciplina concreta da relação jurídica controvertida, tal como resulta do efetivo funcionamento dos mecanismos previstos e regulados pelo ordenamento jurídico” e que “não só a declaração, mas todo o conteúdo da sentença se torna vinculante.” (ibidem, p. 281 e 299).

50 Na doutrina italiana, notório acolhedor da tese de Enrico Tullio Liebman foi Elio Fazzalari (*Istituzioni di diritto processuale*. 7. ed. Milano: Cedam, 1994, p. 465-466), que define a autoridade de coisa julgada como um atributo dos efeitos da sentença, o qual derivaria da irretratabilidade, *i.e.*, da preclusão ou consumação das faculdades e poderes das partes, bem como dos deveres do juiz.

51 SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. vol. III. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 68.

52 ALVIM, Thereza. *Questões prévias e os limites objetivos da coisa julgada*. São Paulo: RT, 1977, p. 43.

53 ARAGÃO, Egas Moniz de. *Sentença e coisa julgada: exegese do Código de Processo Civil (arts. 444 a 475)*. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 197.

54 LIEBMAN, *Eficácia e autoridade da sentença...*, “notas ao § 2º”, p. 33-37.

55 DINAMARCO, *Instituições...*, vol. III, n. 896, 903, e 952, esp. p. 205-206 e 294; idem, *Intervenção de terceiros*, p. 13.

em que foi proferida, mas também de *preservar os seus efeitos*.⁵⁶ Por esse caminho, estariam imunizados os efeitos advindos da sentença sobre as relações dos litigantes entre si e com o bem da vida, obstando-se que esses efeitos fossem objeto de um novo julgamento, dentro ou fora do processo.⁵⁷

E enfim, sobre este último aspecto (*i.e.*, a abrangência, no raio da coisa julgada, da eficácia constitutiva da sentença sobre o direito material), versou sofisticado debate entre José Carlos Barbosa Moreira e Ovídio Baptista da Silva. As discussões travadas entre os expoentes das duas grandes correntes brasileiras sobre a coisa julgada, conforme elucidaremos no tópico seguinte, possibilitou à nossa doutrina um percurso com certas notas de originalidade tanto em relação às teorias alemã e italiana de viés conteudístico, quanto à teoria puramente adjetivista de Liebman.

2. AS DUAS GRANDES CORRENTES BRASILEIRAS DE PENSAMENTO

Na doutrina brasileira sobre a coisa julgada, ressaltadas algumas adesões à teoria material (*v.g.*, Jorge Americano⁵⁸) e à teoria processual (*v.g.*, Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda,⁵⁹ Celso Neves⁶⁰) de vieses conteudísticos, em geral anteriores à vinda de Liebman para o Brasil, foi amplamente acolhida a perspectiva segundo a qual a coisa julgada se manifesta como algo externo à sentença. Apesar disso, percebe-se na nossa processualística um caminho um tanto particular, pois em geral se recusa a abordagem “puramente” adjetivista de Liebman, questionando-se especialmente a noção de que a coisa julgada estaria totalmente vazia de conteúdo e a de que, assim, reportaria inteiramente ao conteúdo da sentença.

Identificam-se duas grandes correntes brasileiras de pensamento acerca do tema: de um lado, a da coisa julgada como *situação estabilizante do conteúdo decisório* (José Carlos Barbosa Moreira); e de outro, a da coisa julgada como *qualidade do elemento declaratório da sentença* (Ovídio Baptista da Silva). De todo modo, essas disputas se revelaram sobretudo teóricas, pois no tocante às suas repercussões práticas sobre os contornos do instituto, essas teses acabaram geralmente convergindo com o que propunha Liebman e, antes dele, os teóricos da corrente processual da coisa julgada.

2.1. A coisa julgada como situação jurídica estabilizante do conteúdo decisório (Barbosa Moreira)

Segundo José Carlos Barbosa Moreira, embora a coisa julgada não se identifique com a sentença transitada em julgado, tampouco com a eficácia da declaração nela

56 DINAMARCO, *Instituições...*, vol. III, p. 294.

57 DINAMARCO, *Instituições...*, vol. III, p. 215.

58 AMERICANO, *Da acção rescisória...*, p. 5.

59 PONTES DE MIRANDA, *Comentários...*, t. V, esp. p. 97 e 104.

60 NEVES, Celso. *Coisa julgada civil*. São Paulo: RT, 1971, p. 443.

contida, igualmente *não se trata de uma qualidade* – nem dos efeitos sentençiais nem da própria sentença.⁶¹ Nesse sentido, argumenta, Liebman havia dado um passo decisivo no sentido de libertar essa problemática da inoportuna vinculação com a eficácia da sentença, porém teria hesitado em “atravessar o Rubicon”, para assentar, no plano conceitual, a absoluta independência entre essa e a autoridade da coisa julgada.⁶²

Para Barbosa Moreira, a coisa julgada não se identifica com o atributo da imutabilidade, de que se reveste a sentença depois do trânsito em julgado, e sim corresponde à *situação jurídica “em que” a sentença passa a existir após esse momento, quando se converte de instável em estável*.⁶³⁻⁶⁴ Assim, à estabilidade característica da nova situação jurídica⁶⁵ é que se referiria a linguagem jurídica ao falar da “autoridade da coisa julgada”,⁶⁶ e a esta, não à coisa julgada, corresponderia o conceito de “imutabilidade”.⁶⁷ A “eficácia da sentença”, a seu turno, nada teria que ver nem com a coisa julgada (situação jurídica) nem com a autoridade da coisa julgada (imutabilidade), sendo-lhes comum apenas o fato de que, via de regra, também a eficácia da sentença subordina-se ao trânsito em julgado.

Dando um passo adiante, observa Barbosa Moreira que a alternativa que teria restado a Liebman, mantida a vinculação com a eficácia da sentença, havia sido a de “identificar a coisa julgada com uma qualidade (imutabilidade) da sentença e... dos seus efeitos!”.⁶⁸ Ocorre que, em sua compreensão, justamente os efeitos da sentença

61 BARBOSA MOREIRA, “Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada”, p. 113.

62 BARBOSA MOREIRA, “Ainda e sempre a coisa julgada”, p. 3.

63 BARBOSA MOREIRA, “Ainda e sempre a coisa julgada”, p. 6. Nas palavras de José Carlos Barbosa Moreira, “Não se expressa de modo feliz a natureza da coisa julgada [...], afirmando que ela é um efeito da sentença, ou um efeito da declaração nela contida. Mas tampouco se amolda bem à realidade, tal como a enxergamos, a concepção da coisa julgada como uma qualidade dos efeitos sentençiais, ou mesmo da própria sentença. Mais exato parece dizer que a coisa julgada é uma situação jurídica: precisamente a situação que se forma no momento em que a sentença se converte de instável em estável. É a essa realidade, característica da nova situação jurídica que a linguagem jurídica se refere [...], quando fala da ‘autoridade da coisa julgada’.” (idem, “Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada”, p. 113).

64 Essa noção, de certa forma, permeia a construção de Roberto P. Campos Gouveia Filho, Ravi Peixoto e Eduardo José da Fonseca Costa (“Estabilização, imutabilidade das decisões antecipadas e eficácia de coisa julgada: uma versão aperfeiçoada”. *Coisa julgada e outras estabilidades processuais* [coord.: DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo]. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 697-718 [704]), ao afirmarem que “Coisa julgada, em si, é o estado da sentença passada em julgado.”

65 Nesse aspecto, José Carlos Barbosa Moreira perfilha a seguinte compreensão de Emilio Betti (“Cosa giudicata e ragione fatta valere in giudizio”, p. 551): “Qualcosa di ben diverso, poi, dal rilevato elemento di novità, è la nuova situazione giuridica che la cosa giudicata vale a creare. Alla parte che ha vinto la lite, essa assicura, di fronte alla parte soccombente, la posizione di preminenza giuridica (o la situazione di diritto oggettivo) cui pretendeva, o rispettivamente, le garantisce la invocata libertà dalla pretesa avversaria. In tal modo la cosa giudicata costituisce, per la parte vittoriosa, un bene il quale è bensì distinto e diverso da quell’altro bene che le era già garantito dalle norme di diritto sostanziale e come tale viene apprezzato anche nella vita di relazione, ma che, ad ogni modo, ha pur sempre esclusivo riferimento alla situazione giuridica preesistente.”

66 BARBOSA MOREIRA, “Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada”, p. 113.

67 BARBOSA MOREIRA, “Ainda e sempre a coisa julgada”, p. 6.

68 BARBOSA MOREIRA, “Ainda e sempre a coisa julgada”, p. 3.

seriam resistentes ao selo da imutabilidade, afirmação essa que, a princípio, poderia sugerir algum alinhamento à teoria da eficácia da declaração. Diante de advertência que, nesse sentido, lhe foi dirigida por Ovídio Baptista da Silva,⁶⁹ Barbosa Moreira respondeu que estaria abrangida pela coisa julgada também a “modificação jurídica”,⁷⁰ ou seja, as eficácias constitutivas da decisão, estas inconfundíveis, porém, com o efeito traduzido na situação nova consequente à modificação (*i.e.*, a situação jurídica constituída), a qual seria mutável.⁷¹

Ocorre que, nesses termos, Barbosa Moreira acabou apenas esclarecendo uma concepção que, de certa forma, já estava contemplada na teoria de Liebman,⁷² pois a verdade é que ambos incluíam no raio de abrangência da coisa julgada a modificação, no mundo jurídico, eventualmente operada pela declaração (*i.e.*, a eficácia constitutiva), embora a situação jurídica em si, advinda daquela modificação (*i.e.*, o efeito constituído), estivesse

69 Para Ovídio Baptista da Silva (“Eficácias da sentença e coisa julgada”, p. 80-81), a teoria de José Carlos Barbosa Moreira, “longe de invalidar a doutrina tradicional, antes a confirma plenamente, pois o ilustre processualista brasileiro faz incidir a tônica dessa imutabilidade a que Liebman denomina autoridade da sentença naquilo que constitui o julgamento propriamente dito realizado pelo juiz, naquilo que o juiz julgou (declarando) existente ou inexistente (no plano do ser ou do não ser). Ora, se os efeitos constitutivos ou condenatórios podem desaparecer sem ofensa à coisa julgada, parece lógico concluir que a imutabilidade só tenha referência ao que foi declarado, à eficácia declaratória da sentença.” Afinal, “desaparecendo os efeitos constitutivos, ou executivos, ou condenatórios que são absolutamente mutáveis, e mesmo assim a *imutabilidade* correspondente à coisa julgada permanecendo inalterada, a conclusão que se impõe é a de que essa *qualidade* só se há de referir ao efeito declaratório.”

70 A propósito, explica José Carlos Barbosa Moreira (“Conteúdo e efeitos da sentença: variações sobre o tema”. *Revista de processo*. vol. 40. São Paulo: RT, out.-dez./1985, p. 7-12 [9]) que aquilo que ele denomina “modificação *enquanto efeito*”, abrangida pela coisa julgada, consiste “na situação nova, consequente ao ato modificativo. As partes achavam-se ligadas por vínculos resultantes do contrato; anulado este, cessam os direitos e obrigações contratuais. Autora e réu eram casados; decretado o divórcio, passam a viver em estado civil diverso. A sentença estrangeira não produzia qualquer efeito no Brasil; uma vez homologada, a sua eficácia manifesta-se no território nacional. Tinha o autor de pagar à ré pensão alimentícia; exonerado, daí em diante não se lhe pode exigir qualquer pagamento a esse título. A nova situação, nascida do ato modificativo, caracteriza-se, respectivamente, pela superveniente inexistência de direitos e obrigações contratuais entre as partes, pelo estado civil de divorciado em que cada qual passa a viver, pela produção, no Brasil, dos efeitos da sentença estrangeira, pelo desaparecimento do dever alimentar. Em todos os casos, a situação que se forma é diferente da que preexistia à sentença, pouco importando, por tal prisma, que esta se compreenda entre as chamadas ‘constitutivas positivas’ (como a de homologação de julgamento estrangeiro) ou entre as denominadas ‘constitutivas negativas’ (qual a de anulação de contrato).” E conclui: “Parece escusado insistir em que o efeito (situação nova) não pode estar incluído no conteúdo da sentença. Trata-se de algo que a ela se segue, que dela resulta, e que portanto, necessariamente, fora dela se situa. O que a sentença contém é o ato de modificar a situação anterior.”

71 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada”. *Temas de direito processual*. Terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 99-113 (esp. p. 112).

72 No mesmo sentido, notou Eduardo Talamini (*Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: RT, 2005, p. 36) que “Rigorosamente, a crítica de Barbosa Moreira é antes um reparo à fórmula sintética da tese de Liebman (‘coisa julgada é qualidade dos efeitos’) do que uma oposição ao conteúdo da teoria liebmaniana como um todo. Do exame geral da exposição feita por Liebman, fica claro que sua preocupação maior estava em diferenciar efeitos e coisa julgada. A afirmação de Liebman de que a coisa julgada é ‘qualidade dos efeitos’ não retrata integralmente tudo o quanto o mestre italiano expõe em seu ensaio.”

excluída da imutabilidade.⁷³ Afinal, a crítica de Liebman à teoria da eficácia da declaração pautava-se no fato de ela excluir da imutabilidade a constituição (que seria “efeito” da declaração sobre o direito material), e em nenhuma ocasião ele expressamente considerou, em seu raio de abrangência, também a situação jurídica constituída.⁷⁴

Conclui Barbosa Moreira, a partir desses fundamentos, que o que estaria “sob o pálio da incontestabilidade” seria a própria sentença ou, mais precisamente, a “norma jurídica concreta” nela contida,⁷⁵ abrangendo-se por esses termos “todo o conteúdo decisório”.⁷⁶ Logo, embora não alcançasse a motivação, tampouco as questões prejudiciais (segundo o CPC/73), a coisa julgada acobertaria também “os elementos do *decisum* de natureza não puramente declaratória”.⁷⁷ Em nossa compreensão, esse arremate não diverge da afirmação de Liebman, de que “A eficácia da sentença deve, lógica e praticamente, distinguir-se da sua imutabilidade. Aquela pode definir-se genericamente, *como um comando*, quer tenha o fim de declarar, quer tenha o de constituir ou modificar ou determinar uma relação jurídica.”⁷⁸

A compreensão de que a coisa julgada atingiria o “conteúdo da sentença”, nele incluída a sua eficácia constitutiva, repercutiu amplamente na doutrina brasileira, tendo sido encampada, *v.g.*, sob a égide do CPC/73, por José Maria Tesheiner;⁷⁹ Eduardo Talamini⁸⁰ e Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes;⁸¹ e sob a do CPC/15, por Paulo Mendes

73 “Aliás, em um dos últimos ensaios que Liebman publicou sobre o tema, em 1979, a formulação por ele proposta aproximou-se significativamente da de Barbosa Moreira: em face da coisa julgada, o que não se permite às partes ‘é pretender um novo juízo sobre o que foi validamente decidido por intermédio de uma sentença que representa a disciplina concreta da relação jurídica controvertida.’” (TALAMINI, *Coisa julgada e sua revisão*, p. 37).

74 Como se nota, discordamos da leitura (aliás, bastante difundida) segundo a qual, em algum momento, Enrico Tullio Liebman teria afirmado que a situação jurídica constituída seria imutável. Até mesmo a afirmação de que seriam “imutáveis, além do ato em sua existência formal, os efeitos, quaisquer que sejam do próprio ato” (LIEBMAN, *Eficácia e autoridade da sentença...*, p. 51) guarda pertinência somente aos efeitos da declaração sobre o direito material, *i.e.*, com a eficácia constitutiva, e não com o efeito constituído. Tanto é assim que no mesmo texto em que consta a aludida afirmação, na página exatamente anterior (*ibidem*, p. 50), está também expresso que “A eficácia da sentença deve, lógica e praticamente, distinguir-se da sua imutabilidade. Aquela pode definir-se genericamente, *como um comando*, quer tenha o fim de declarar, quer tenha o de constituir ou modificar ou determinar uma relação jurídica.”

75 BARBOSA MOREIRA, “Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada”, p. 110.

76 BARBOSA MOREIRA, “Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada”, p. 112.

77 BARBOSA MOREIRA, “Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada”, p. 112. “Se a sentença é, por exemplo, constitutiva, fica coberta pela autoridade da coisa julgada material não apenas a declaração do direito à modificação jurídica, senão também essa modificação, em si mesma: não se poderá jamais, desde o trânsito em julgado, contestar de maneira juridicamente relevante que a modificação se operou, muito embora possam cessar ou alterar-se os respectivos efeitos (a nova situação constituída).” (*ibidem*).

78 LIEBMAN, *Eficácia e autoridade da sentença...*, p. 50.

79 TESHEINER, José Maria. *Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil*. São Paulo: RT, 2001, item 3.2; *idem*, “Sentença e coisa julgada – conceito e controvérsias”. *Revista de processo*. vol. 208. São Paulo: RT, jun./2012, p. 23-58 (consultada a versão eletrônica), p. 4.

80 TALAMINI, *Coisa julgada e sua revisão*, itens 2.1.3 a 2.1.6.

81 LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Limites objetivos e eficácia preclusiva da coisa julgada*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 86.

de Oliveira;⁸² Rennan Thamay;⁸³ Ricardo Alexandre da Silva;⁸⁴ Marcos de Araújo Cavalcanti;⁸⁵ Alexandre Senra,⁸⁶ Thiago Ferreira Siqueira.⁸⁷

Assim, segundo Eduardo Talamini, a coisa julgada seria uma “qualidade de que se reveste a sentença de cognição exauriente, qualidade essa consistente na imutabilidade do conteúdo do comando sentencial.”⁸⁸ Argumenta, ademais, que a relevância concreta da disputa diria respeito à margem de liberdade reconhecida às partes diante da coisa julgada, e como no direito brasileiro não haveria óbice a que essas, no âmbito de suas relações disponíveis, estabelecessem consensualmente outra solução para o litígio, sendo-lhes vedado apenas requerer um novo pronunciamento contrário ao conteúdo do dispositivo, a teoria de Barbosa Moreira seria a mais adequada.⁸⁹

No mesmo sentido, sob a vigência do CPC/15, Ricardo Alexandre da Silva defende que “Nas ações constitutivas o elemento caracterizador é a *modificação*, entendida como *ato de modificar*. A *modificação*, integrante do conteúdo decisório, será coberta pela coisa julgada.” Por outro lado, esclarece, sem a cobertura dessa estabilidade estará “a *situação modificada*, pois as partes, como reflexo de sua liberdade, podem alterar o que foi decidido.”⁹⁰ E conclui, enfim, na linha de Barbosa Moreira e Talamini, que a liberdade das partes para convencionarem outra solução para o litígio confirma que a coisa julgada incida apenas sobre a eficácia, e não sobre os efeitos da sentença.⁹¹

2.2. A coisa julgada como qualidade do elemento declaratório da sentença (Baptista da Silva)

Ovídio Baptista da Silva enuncia a coisa julgada como algo externo à sentença (logo, acolhendo o método de Liebman), que aderiria, porém, apenas ao seu elemento decla-

82 OLIVEIRA, Paulo Mendes de. *Coisa julgada e precedente*: limites temporais e as relações jurídicas de trato continuado. São Paulo: RT, 2015, p. 87-88.

83 THAMAY, Rennan. *Coisa julgada*. São Paulo: RT, 2018, cap. 4.

84 SILVA, Ricardo Alexandre da. *A nova dimensão da coisa julgada*. São Paulo: RT, 2019, item 2.4, esp. p. 96.

85 CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *Coisa julgada & questões prejudiciais*: limites objetivos e subjetivos. São Paulo: RT, 2019, p. 316.

86 SENRA, Alexandre. *A coisa julgada no Código de Processo Civil*: premissas, conceitos, momento de formação, suportes fáticos. 2. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 90-91.

87 SIQUEIRA, Thiago Ferreira. *Limites objetivos da coisa julgada*: objeto do processo e questões prejudiciais. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 399-402. Apesar de declarar sua adesão à teoria processual da coisa julgada, Thiago Ferreira Siqueira defende a atribuição de efeitos substanciais à análise da situação jurídica *prejudicial*, a partir do art. 503, § 1.º, CPC (ibidem, item 3.7.2). Segundo o autor “a regra do art. 503, § 1º, do CPC/15 não trata apenas da extensão da coisa julgada à questão prejudicial, mas, também, da atribuição de efeitos substanciais à apreciação de uma situação jurídica a título incidental. Ou, em outras palavras, o dispositivo é responsável por ampliar o alcance da tutela jurisdicional prestada em um determinado processo, que passa a ir além do objeto do processo e do objeto da decisão.” (ibidem, p. 409).

88 TALAMINI, *Coisa julgada e sua revisão*, p. 30.

89 TALAMINI, *Coisa julgada e sua revisão*, p. 38-40.

90 SILVA, *A nova dimensão da coisa julgada*, item 2.4, p. 96.

91 SILVA, *A nova dimensão da coisa julgada*, item 2.4, p. 96.

ratório, tornando-o imutável.⁹² Sendo assim, não se trataria de uma eficácia imanente à própria declaração, até porque poderia haver eficácia declaratória mesmo que não incidisse a coisa julgada,⁹³ mas sim, de uma qualidade que, sob certas circunstâncias, a ela se agregaria.⁹⁴ Quanto à declaração, alinhando-se à concepção dualista do ordenamento jurídico, assenta que essa “corresponde ao *juízo de subsunção* praticado pelo julgador, ao considerar *incidente* no caso concreto a regra normativa constante da lei”, de sorte que “Declarar, em sentença judicial, outra coisa não é senão afirmar que a espécie submetida à decisão, está sujeita a determinada disciplina legal.”⁹⁵

Baptista da Silva rejeitou a fórmula de José Carlos Barbosa Moreira, pelo fato de o “conteúdo da sentença” ser formado, como visto (item 2.1), não só pela declaração, mas também pelas suas eficácias constitutivas (embora não pela situação jurídica constituída),⁹⁶ ao passo que, em sua concepção, a coisa julgada seria exclusiva à “eficácia

92 “Segundo nosso entendimento, o que transita em julgado é apenas a declaração que o magistrado faz na sentença de que tal ou qual preceito de lei incidiu, transformando-se na ‘lei do caso concreto’. Na ação de separação judicial, não é a modificação (corte do casamento) nem a criação do estado de separados que se tornarão *imutáveis*, mas a declaração de que o autor ou a autora da ação tinham direito de obter a separação, porque uma norma legal lhes reconhecia este direito.” (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Curso de processo civil*. vol. 1: processo de conhecimento. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2001, p. 498). A divergência basilar reside no prisma adjetivista, em contraposição ao conteudístico, característico à teoria alemã (cf.: CABRAL, *Coisa julgada e preclusões dinâmicas...*, p. 87).

93 Essa mesma compreensão havia sido manifestada por Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda (*Comentários...*, t. V, p. 100), que embora adepto à teoria da eficácia da declaração (viés conteudístico), recusava a identificação entre declaração e coisa julgada material, porquanto haveria julgamentos declarativos que não produzem coisa julgada material. Assim, afirma, “A identificação é falsa; mas identificação e causação são coisas diferentes. Tanto erram os que identificam força declarativa e força de coisa julgada material, no que incidiu Konrad Hellwig, e, com ele, ficou quase toda a doutrina, quanto os que, como Enrico Tullio Liebman, pretendem força de coisa julgada material sem elemento de declaração.”

94 BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. “Eficácias da sentença e coisa julgada”. *Sentença e coisa julgada* (ensaios e pareceres). 4. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 71-102[74]. “Pelas considerações precedentes, cremos que se pode concluir, com LIEBMAN, que a coisa julgada não é um *efeito*, mas uma *qualidade* que se ajunta não, como ele afirma, ao conteúdo e a todos os efeitos da sentença, tornando-a imutável, e sim apenas ao efeito declaratório, tornando-o indiscutível (que é o meio de a declaração tornar-se imutável!) nos futuros julgamentos. Este entendimento, que absolutamente não se identifica com a doutrina clássica, que assimila coisa julgada à declaração contida na sentença ou, como diz LIEBMAN [...], com a ‘eficácia de declaração’, constante em todas as sentenças, permite afirmar que, efetivamente, todas elas, inclusive as proferidas nos procedimentos de jurisdição voluntária, contêm eficácia declaratória, mas nem todas produzem coisa julgada material, assim como não se poderá dizer que a sentença que julga procedente a ação cautelar seja completamente destituída de ‘eficácia de declaração’, e também ela, apesar disso, não produz coisa julgada, porque, em qualquer destes casos, existe rarefação do elemento declaratório da sentença, que perde peso em favor da constitutividade ou mandamentalidade, existentes em maior grau nestas sentenças.” (idem, *Curso...*, vol. 1, p. 497).

95 BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. “Conteúdo da sentença e coisa julgada”. *Sentença e coisa julgada* (ensaios e pareceres). 4. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 163-183[172].

96 BAPTISTA DA SILVA, *Curso...*, vol. 1, item 19.2. Explica o autor: “O raciocínio, por conseguinte, para não violentar um princípio de lógica elementar, deverá ser conduzido para a conclusão de que se deve fazer uma distinção básica, entre *conteúdo constitutivo* e *conteúdo da sentença constitutiva*, quando quisermos inserir nela o efeito produzido por uma sentença desta espécie. O ‘ser constitutivo’ não pode, em sua ontologia, conter o efeito, mas a sentença constitutiva terá em seu conteúdo o *ato de modificar* e a *modificação*, como seu efeito, assim

declaratória”.⁹⁷ A modificação, desse modo, seja como eficácia constitutiva (contida, então, no conteúdo da sentença), seja como efeito constitutivo (externo, portanto, àquela),⁹⁸ seria alterável por natureza; e apenas o elemento (a eficácia e o efeito) declaratório seria imutável.⁹⁹

À base desse raciocínio, estava a noção de que *a situação jurídica constituída não existe por si, de modo que admitir a sua modificação pressuponha admitir a modificação também da sua causa eficiente, ou seja, da sua eficácia (por conseguinte, do seu conteúdo)*. E com efeito, parece mesmo questionável a alterabilidade da situação constituída, conforme sugerira Barbosa Moreira, sem que se repute alterável também a sua causa eficiente (*i.e.*, a eficácia constitutiva). Ocorre que isso importaria – como de fato a teoria de Baptista da Silva parece ter importado, embora adotando a distinção entre coisa julgada e sentença – um retorno à abrangência proposta pela teoria da eficácia da declaração, excluindo-se do raio da coisa julgada seja a eficácia constitutiva seja a situação constituída.

Os pontos nodais da teoria de Baptista da Silva foram encampados, sob a vigência tanto do CPC de 1973, quanto do de 2015, por Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero. Segundo esses autores, a eficácia da sentença, sendo “mera virtualidade”, sem existência concreta, não poderia se tornar imutável, diversamente dos efeitos, que operando do mundo concreto, lograriam tal aptidão. Esclarecem, todavia, que nem todos os efeitos estariam aí incluídos, e notadamente não estariam aqueles que dependessem de agentes externos à sentença, os quais poderiam

como a sentença condenatória terá o ato de condenar e a condenação igualmente como conteúdo dela.” (ibidem, p. 494). Ainda: “O ‘conteúdo’ das sentenças, como ato jurisdicional, é *igual à soma de suas eficácias*, como virtualidades, ou como diz Barbosa Moreira, como aptidões para a produção de seus efeitos. E, nesta perspectiva, o que torna especial a sentença constitutiva é ‘conter’ o *ato* de modificar e a *modificação*, o *agir* do Estado em substituição ao agir privado proibido; e o *resultado de sua ação*, o estado modificado.” (idem, “Conteúdo da sentença e coisa julgada”, p. 179).

97 O exemplo do pagamento de dívida declarada existente é esclarecedor: fazendo com que a dívida “desapareça do mundo jurídico”, ele elimina “qualquer pretensão creditícia do antigo credor”. Apesar disso, “se a relação creditícia ‘certificada’ como existente pela sentença (declaratória ou condenatória, ou mesmo constitutiva, como acontece na sentença proferida na ação revisional de aluguel, ou na sentença que julga procedente a ação de abatimento de preço, *actio quanti minoris*) desaparece com o pagamento, o efeito ‘certificativo’, contido na declaração sentencial, indiscutivelmente perdura, como núcleo e essência da coisa julgada.” (BAPTISTA DA SILVA, “Conteúdo da sentença e coisa julgada”, p. 171-172).

98 É fundamental, na teoria de Ovidio Baptista da Silva, a distinção entre eficácias e efeitos da sentença. “A primeira categoria – a das eficácias – faz parte do ‘conteúdo’ da sentença, com virtualidade operativa capaz da produção de efeitos, ao passo que estes, quer se produzam no mundo jurídico, quer no mundo dos fatos, não de ter-se como *atualizações*, no sentido aristotélico, das eficácias.” (BAPTISTA DA SILVA, “Conteúdo da sentença e coisa julgada”, p. 176). Elucidativamente: “O efeito representado, no caso da sentença do mandado de segurança, pela efetiva expedição e cumprimento do mandado, é resultado que está fora do ‘conteúdo’ da sentença; e que poderá, até mesmo, jamais se tornar efetivo, sem que o ato jurisdicional perca qualquer de suas eficácias. Mas o ser, neste caso, externo o efeito mandamental, não faz com que a sentença correspondente, deixe de ‘conter’, como *potência* e como *ato*, a eficácia de mandamento, como algo imanente a seu ‘conteúdo’.” (ibidem, p. 176-177).

99 BAPTISTA DA SILVA, “Conteúdo da sentença e coisa julgada”, p. 180.

ou não operar efetivamente, como seria o caso dos inerentes às eficácias executiva e mandamental. Por isso, concluem que “*Somente o efeito declaratório é que pode, efetivamente, tornar-se imutável em decorrência da coisa julgada*”, o que tocaria, porém, o elemento declaratório à base não apenas da sentença declaratória, mas igualmente das sentenças condenatórias, constitutivas, executivas e mandamentais.¹⁰⁰

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A distinção entre coisa julgada e sentença preconizada por Enrico Tullio Liebman já se havia feito notar na redação do art. 467 do CPC/73, ao definir a coisa julgada (material) como a eficácia “*que torna*” imutável e indiscutível a sentença – logo, como algo externo à própria sentença.¹⁰¹ O CPC/15 encampou definitivamente essa distinção, ao conceituar a coisa julgada (material) como *autoridade* “que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso” (art. 502), abdicando com isso da noção de “eficácia”, expressa nos CPC de 1939 e de 1973, em prol da de “autoridade”.¹⁰²

Neste ponto, cabe reproduzir a crítica de Antonio do Passo Cabral, à “demonização” do uso das expressões “efeito” ou “eficácia” para conceituar a coisa julgada, refletida no CPC de 2015.¹⁰³ Afinal, o fato de não ser concebida como um efeito da sentença não significa que não possa ser um efeito de nada mais no ordenamento jurídico,¹⁰⁴ e

100 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*. vol. 2: tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados. 3. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: RT, 2017, item 14.3.

101 A esse respeito, José Carlos Barbosa Moreira (“La definizione di cosa giudicata sostanziale nel Codice di Procedura Civile brasiliano”. *Studi di diritto processuale civile in onore di Giuseppe Tarzia*. tomo II. Milano: Giuffrè, 2005, p. 981-989[982]) observou, a propósito do art. 467 do CPC/73, segundo o qual a coisa julgada “torna” imutável e indiscutível a sentença, que seria impensável que a própria sentença fosse a fonte da eficácia na qual reside a essência da coisa julgada – haveria, nesse caso, uma sentença “boomerang”, i.e., que é, ao mesmo tempo, causa e objeto da eficácia. Em suas palavras, “chiunque parla di effetto non può non parlare di causa, di qualcosa cioè cui si attribuisce la produzione dell’effetto [...]. Non ha senso alludere ad un’efficacia senza chiarire da dove essa emana. Il testo dell’art. 467, però, è carente al riguardo. Esso dice che la cosa giudicata sostanziale consiste in un’efficacia, ma non risponde a questa inevitabile domanda: efficacia di cosa? Si è forse tentati di rispondere: efficacia della sentenza. Ma la risposta sarebbe tutt’altro che soddisfacente. Se il giudicato sostanziale *rende* (in portoghese ‘*torna*’) immutabile e indiscutibile la sentenza, è impensabile che questa sia la fonte dell’efficacia nella quale risiede l’essenza del giudicato stesso. Si avrebbe una sentenza di tipo ‘boomerang’: causa e nel contempo oggetto dell’efficacia!”.

102 Sendo assim, “torna-se certo que, entre nós, não mais se discute sobre ser ou não a *res iudicata* um efeito da decisão judicial. É ela, para nosso direito processual, uma *qualidade* do julgado, que o torna imutável e indiscutível – no mesmo processo ou em futuras causas entre as mesmas partes, em torno da mesma questão – aquilo que restou assentado em decisão de mérito contra a qual não mais caiba recurso algum.” (THEODORO JR., Humberto. “Limites objetivos da coisa julgada no novo Código de Processo Civil”. *Coisa julgada e outras estabilidadees processuais* [coord.: DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo]. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 165-188[165]).

103 CABRAL, *Coisa julgada e preclusões dinâmicas...*, p. 173.

104 “De fato, se a coisa julgada ‘surge’ ou ‘se produz’, e então ‘se agrega’ à sentença, como afirma Liebman, é porque fora produzida por alguém ou por algo, no sentido de que é consequência, e portanto efeito, de algum

realmente, “a coisa julgada pode ser retratada como um *efeito sistêmico*, decorrente não da decisão, mas do trânsito em julgado ou da preclusão das vias recursais”.¹⁰⁵ Assim, na visão desse autor e por nós encampada,¹⁰⁶ a coisa julgada (material) se traduz em um *efeito jurídico*,¹⁰⁷ advindo de norma externa à decisão, para além de ostentar uma eficácia própria, inconfundível com a eficácia da decisão.

Por outro lado, ao especificar o elemento sobre o qual opera essa autoridade, o CPC/15 estabeleceu como tal a “decisão de mérito” (além de, satisfeitos os requisitos do art. 503, §§ 1.º e 2.º, a de questões a ele prejudiciais). Com isso, resguarda-se pela coisa julgada a *decisão judicial*, compreendida como a *norma jurídica* veiculada para a disciplina da relação jurídica informada no mérito e, eventualmente, na prejudicial de mérito.¹⁰⁸ Essa concepção se alinha, em certo aspecto, ao que propunha Barbosa Moreira, ao assentar que estaria “sob o pálio da incontestabilidade” a própria sentença ou, mais precisamente, a “norma jurídica concreta” nela contida,¹⁰⁹ abrangendo-se por esses termos “*todo o conteúdo decisório*”.¹¹⁰

Ainda assim, a seguinte ressalva deve ser consignada: em nossa compreensão a respeito da celeuma elucidada neste texto, enquanto não se desconecte a coisa julgada da ideia de imutabilidade, não parece defensável a tese de que essa estabilidade alcance também a eficácia constitutiva contemplada no conteúdo da sentença, pois sendo alterável o efeito, igualmente alterável revela-se sua *causa efficiens* – logo, neste aspecto, concordamos com a teoria de Baptista da Silva. Por outro lado, desconectando-se a coisa julgada da ideia de imutabilidade, na forma como sustentamos,¹¹¹ passa a ser defensável que estejam resguardadas, em seu raio de proteção, seja as eficácias seja os efeitos da norma jurídica veiculada na sentença. Esse é tema, no entanto, para um próximo texto.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVIM, Thereza. *Questões prévias e os limites objetivos da coisa julgada*. São Paulo: RT, 1977.
- ARAGÃO, Egas Moniz de. *Sentença e coisa julgada: exegese do Código de Processo Civil* (arts. 444 a 475). Rio de Janeiro: Aide, 1992.

fenômeno no ordenamento jurídico.” (CABRAL, *Coisa julgada e preclusões dinâmicas...*, p. 173).

105 CABRAL, *Coisa julgada e preclusões dinâmicas...*, p. 173.

106 TOSCAN, *Coisa julgada revisitada*, item 11.1.1.

107 Com isso, perfilhamos a crítica de Antonio do Passo Cabral quanto à opção contemplada no art. 502 do CPC/15, que ao tomar partido pela tese de Enrico Tullio Liebman, deixou de conceituar a coisa julgada como um “efeito” (CABRAL, *Coisa julgada e preclusões dinâmicas...*, p. 174).

108 TOSCAN, Anissara. *Coisa julgada revisitada*. São Paulo: RT, 2022, capítulos 11 e 12.

109 BARBOSA MOREIRA, “Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada”, p. 110.

110 BARBOSA MOREIRA, “Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada”, p. 112.

111 Confira-se a nossa abordagem a respeito em: TOSCAN, *Coisa julgada revisitada*, esp. capítulo 9.

- AMERICANO, Jorge. *Da acção rescisoria dos julgados no direito brasileiro*. São Paulo: Casa Vanorden, 1922.
- ATTARDI, Aldo. "La cosa giudicata". *Jus*. Milano, 1961, p. 1-89.
- BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Curso de processo civil*. vol. 1: processo de conhecimento. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2001.
- BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. "Eficácias da sentença e coisa julgada". *Sentença e coisa julgada* (ensaios e pareceres). 4. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 71-102.
- BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. "Conteúdo da sentença e coisa julgada". *Sentença e coisa julgada* (ensaios e pareceres). 4. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 163-183.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. "Ainda e sempre a coisa julgada". *Doutrinas Essenciais de Processo Civil*. vol. 6. out./2011 (consultada a versão eletrônica). Disponível em: <<https://bit.ly/3htKnh0>>. Acesso em: 25.jul.2021.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. "Conteúdo e efeitos da sentença: variações sobre o tema". *Revista de processo*. vol. 40. São Paulo: RT, out.-dez./1985, p. 7-12.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. "Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada". *Temas de direito processual*. Terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 99-113.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. "La definizione di cosa giudicata sostanziale nel Codice di Procedura Civile brasiliano". *Studi di diritto processuale civile in onore di Giuseppe Tarzia*. tomo II. Milano: Giuffrè, 2005, p. 981-989.
- BETTI, Emilio. "Cosa giudicata e ragione fatta valere in giudizio". *Rivista di diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*. vol. XXVII, parte prima. Milano: Dott. Francesco Vallardi, 1929, p. 544-561.
- CABRAL, Antonio do Passo. *Cosa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2019.
- CABRAL, Antonio do Passo. "Alguns mitos do processo [II]: Liebman e a coisa julgada". *Revista de processo*. vol. 217. São Paulo: RT, mar./2013, p. 41-72.
- CARNELUTTI, Francesco. "Efficacia, autorità e immutabilità della sentenza". *Rivista di diritto processuale civile*. Anno XII, n. 3. Padova: Cedam, lug.-sett./1935, p. 205-214.
- CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *Cosa julgada & questões prejudiciais: limites objetivos e subjetivos*. São Paulo: RT, 2019.
- CHIOVENDA, Giuseppe. "Sulla cosa giudicata". *Saggi di diritto processuale civile*. vol. II. Milano: Giuffrè, 1993, p. 399-409.
- CRISTOFOLINI, Giovanni. "Efficacia della sentenza nel tempo". *Rivista di diritto processuale civile*. vol. XII, parte I. Padova: Cedam, 1335, p. 293-324.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. vol. III. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Intervenção de terceiros*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

- FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. 7. ed. Milano: Cedam, 1994.
- FAZZALARI, Elio. “Il cammino della sentenza e della ‘cosa giudicata’”. *Studi in onore di Enrico Allorio*. t. I. Milano: Giuffrè, 1989, p. 171-180.
- GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; PEIXOTO, Ravi; COSTA, Eduardo José da Fonseca. “Estabilização, imutabilidade das decisões antecipadas e eficácia de coisa julgada: uma versão aperfeiçoada”. *Cosa julgada e outras estabilidades processuais* (coord.: DIDIER JR., Freddie; CABRAL, Antonio do Passo). Salvador: JusPodivm, 2018, p. 697-718.
- HEINITZ, Ernesto. *I limiti oggettivi della cosa giudicata*. Padova: Cedam, 1937.
- LENT, Friedrich. *Diritto processuale civile tedesco*. Parte prima: il procedimento di cognizione (trad. Edoardo F. Ricci). Napoli: Morano Editore, 1962.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença: e outros escritos sobre a coisa julgada*. (trad. Alfredo Buzaid e Ada Pellegrini Grinover). 4. ed. com notas relativas ao direito brasileiro de Ada Pellegrini Grinover. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. “Giudici legislatori?”. *Rivista di diritto processuale*. vol. 39, n. 3. Padova: Cedam, 1984, p. 756-760.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile*. vol. I: principi. 5. ed. Milano: Giuffrè, 1992.
- LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Limites objetivos e eficácia preclusiva da coisa julgada*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*. vol. 2: tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados. 3. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: RT, 2017.
- MIGLIORE, Rodolfo Pablo. *Autoridad de la cosa juzgada*. Buenos Aires: Bibliografica Argentina, 1945.
- NEVES, Celso. *Cosa julgada civil*. São Paulo: RT, 1971.
- OLIVEIRA, Paulo Mendes de. *Cosa julgada e precedente: limites temporais e as relações jurídicas de trato continuado*. São Paulo: RT, 2015.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. t. V: arts. 444 a 475. 3. ed. rev. e aum. (atualização legislativa: Sérgio Bermudes). Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- PUGLIESE, Giovanni. “Giudicato civile (storia)”. *Enciclopedia del diritto* (dir.: MORTATI, Constantino; PUGLIATTI, Salvatore). vol. XVIII. Varese: Giuffrè, 1969, p. 727-785.
- ROCCO, Ugo. *L'autorità della cosa giudicata e i suoi limiti soggettivi*. Roma: Athenaeum, 1917.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. vol. III. São Paulo: Saraiva, 1997.
- SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Sistema del diritto romano attuale* (trad. dall'originale tedesco di Vittorio Scialoja). vol. VI. Torino: Unione Tipografica, 1896.

- SENRA, Alexandre. *A coisa julgada no Código de Processo Civil: premissas, conceitos, momento de formação, suportes fáticos*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019.
- SILVA, Ricardo Alexandre da. *A nova dimensão da coisa julgada*. São Paulo: RT, 2019.
- SIQUEIRA, Thiago Ferreira. *Limites objetivos da coisa julgada: objeto do processo e questões prejudiciais*. Salvador: JusPodivm, 2020.
- TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: RT, 2005.
- THAMAY, Rennan. *Coisa julgada*. São Paulo: RT, 2018.
- TESHEINER, José Maria. *Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil*. São Paulo: RT, 2001.
- TESHEINER, José Maria. "Sentença e coisa julgada – conceito e controvérsias". *Revista de processo*. vol. 208. São Paulo: RT, jun./2012, p. 23-58 (consultada a versão eletrônica).
- THEODORO JR., Humberto. "Limites objetivos da coisa julgada no novo Código de Processo Civil". *Coisa julgada e outras estabilidades processuais* (coord.: DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo). Salvador: JusPodivm, 2018, p. 165-188.
- TOSCAN, Anissara. *Coisa julgada revisitada*. São Paulo: RT, 2022.
- VELLANI, Mario. *Appunti sulla natura della cosa giudicata*. Milano: Giuffrè, 1958.



L'appello civile francese: un modello processuale privo del divieto di nova

French civil appeal: a procedural model
lacking the nova prohibition

Giacomo Pirotta

Ph.D. and Research Fellow at University Milano-Bicocca, Italy

Riassunto: Lo scritto analizza l'appello civile francese valutandone soprattutto la “variabilità” di oggetto e l'apertura a nuove difese. Nel corso della trattazione, si sono innanzitutto accertate la natura del gravame e, soprattutto, l'operatività dell'*effet dévolutif*; come emerso, infatti, il suo recepimento ha comportato un'ingente apertura a nuove *prétentions*, nuove difese del convenuto e nuova attività istruttoria. Come dimostrato, tale liberalità non contraddice però le finalità dell'impugnazione: l'appello francese persegue infatti lo scopo di completare, di portare a termine il litigio, “svuotandolo”. Se tale necessità può di certo condividersi, l'eccessiva elasticità della procedura ha dato però adito ad interpretazioni distorsive che ne hanno esteso la durata; per questa ragione, la parte seguente dello scritto si sofferma sulle riforme - tentate o attuate - della disciplina per valutare l'effettiva soddisfazione degli operatori del diritto verso siffatta conformazione del gravame. In chiusura, vengono proposti alcuni spunti *de iure condendo* che tengono conto dei principi generali che dovrebbero governare non solo l'appello, ma l'intero processo civile francese.

Abstract: The article examines the French civil appeal with reference to its subject mutability and openness to new defences. In doing so, it investigates the appeal principal characters and especially the impact of the *effet dévolutif*; in fact, it resulted that its transposition in the civil

procedure code triggered a significant openness to new *prétentions*, new defendant's defences, as well as new evidence. However, this flexibility of the appeal is not in conflict with the purpose of the remedy: the French civil appeal pursues the aim of completing, settling the dispute by "emptying it". Despite the remarkable aim, the excessive elasticity of the procedure gave rise to distorting interpretations that extended its duration, so slowing down the appeal; therefore, the following part of the article analyses the attempted or achieved reforms, as a premise for evaluating the legal practitioners' satisfaction. At the end, some *de iure condendo* reflections are proposed considering all the general principles that could characterize not only the appeal but also the whole French trial.

Keywords: French appeal; new defenses; devolutive effect; French procedural reforms.

Parole chiave: appello francese; nuove difese; effetto devolutivo; riforme del processo francese.

SOMMARIO: 1) Introduzione all'*appel* civile francese. 2) Le caratteristiche dell'*appel*. 3) La rilevanza dell'effetto devolutivo nella determinazione del *novum* nell'appello-voie d'*achèvement*. 4) I ripetuti tentativi di abbreviazione della durata dell'*appel*. 5) Conclusioni: i principi coinvolti nella determinazione dell'ammissibilità di nuove difese nell'*appel*.

1) INTRODUZIONE ALL'APPEL CIVILE FRANCESE

Il presente scritto intende esaminare alcune caratteristiche e peculiarità dell'appello francese concentrandosi, in particolare, sulla "variabilità" del suo oggetto e sull'apertura a nuove difese.

La scelta di soffermarsi su tale ordinamento discende essenzialmente dalle ragioni di carattere storico che legano la normativa domestica a quella d'oltralpe: sebbene, infatti, il codice italiano del '42 abbia sviluppato evidenti peculiarità, è indubbio che la disciplina processuale del nostro ordinamento – a partire dal codice del Regno d'Italia – abbia subito, nell'impostazione originaria, una sensibile influenza da parte del codice napoleonico del 1806, influenza che è poi rimasta salda nel tempo¹.

Sotto un altro profilo, l'interesse per il processo francese potrebbe proprio discendere dalle opzioni legislative ivi accolte: se, infatti, l'ordinamento italiano – predisponendo rigide barriere preclusive – dà vita ad un processo generalmente chiuso a elementi innovatori, all'opposto, il codice francese – prevedendo una serie di norme che determinano la piena *recevibilité* di nuove difese² – disegna un *iter* giudiziale contrassegnato da maggiore libertà per la parte e, in modo correlato, al nuovo esercizio di poteri.

1 Tale influenza è essenzialmente dipesa dalla diffusa applicazione del codice napoleonico negli stati preunitari nel periodo di dominazione francese; sul ruolo della normativa d'oltralpe prima dell'approvazione del codice italiano del 1865, si vedano ZIINO, *Esecuzione forzata e intervento dei creditori*, Palermo, 2004, 51 ss.; CRISTOFOLINI, voce *Codice di procedura civile*, in *Enc. It.*, Milano-Roma, 1939, 685 ss.; CIPRIANI, *Il processo civile in Italia dal Codice Napoleonico al 1942*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, 69 ss. In particolare, sull'influsso del codice francese, si veda SATTA, voce *Codice di procedura civile*, in *Enc. Dir.*, VII, Milano, 1960, 280.

2 In via esemplificativa, la disciplina generale sull'attività difensiva prevede che, ai sensi dell'art. 144 c.p.c. francese, «*les mesures d'instruction peuvent être ordonnées en tout état de cause, dès lors que le juge ne dispose pas d'éléments suffisants pour statuer*»; similmente, l'art. 563 c.p.c., sul *novum* probatorio in appello,

Prima di concentrarsi sulla tematica dei *nova* in appello, ragioni di completezza invitano, però, a una più ampia riflessione che coinvolga la natura della *voie de recours* ed i poteri delle parti; d'altro canto, la scelta del legislatore francese potrà realmente apprezzarsi soltanto a seguito dell'individuazione dei principali connotati del gravame: la presenza di rigide (o flessibili) interdizioni alle prerogative di parte poco dice delle reali intenzioni dei *conditores*, posto che è altresì ipotizzabile l'adozione di una differente concezione di gravame, così come l'esistenza di diversi meccanismi limitativi delle nuove difese in appello.

2) LE CARATTERISTICHE DELL'APPEL

Prima di addentrarsi nella disciplina dei *nova* in *appel*, pare opportuno soffermarsi sulle caratteristiche generali del gravame: una visione d'insieme sembra, infatti, preferibile per evitare di giungere a conclusioni che rischierebbero di essere non meditate a sufficienza, quando addirittura aprioristiche e preconcrete.

Dalla disciplina generale in materia di impugnazioni, si evince che l'*appel* costituisce un rimedio ordinario, una *voie de recours ordinaire*. Tale qualità, direttamente ricavabile dal dato testuale³, non deve tuttavia ingannare l'interprete italiano; nei due sistemi processuali vige, infatti, un concetto di "ordinarietà" differente: nell'ordinamento francese – diversamente da quello domestico – le impugnazioni ordinarie sono caratterizzate dall'atipicità delle doglianze sollevabili⁴ e dalla sospensione dell'efficacia esecutiva⁵.

L'atipicità dei motivi di gravame origina, quindi, un'ampia *voie de réformation* e/o *d'annulation*⁶ che attribuisce ad un organo diverso, *rectius* a persone fisiche differenti, il controllo sull'operato del primo giudice; la diversità del magistrato, desumibile dal

prevede che «*pour justifier en appel les prétentions qu'elles avaient soumises au premier juge, les parties peuvent (...) produire de nouvelles pièces ou proposer de nouvelles preuves*».

- 3 L'art. 527 c.p.c. prevede espressamente che «*les voies ordinaires de recours sont l'appel et l'opposition, le recours extraordinaire la tierce opposition, le recours en révision et le pourvoi en cassation*».
- 4 Tale elemento è ricavabile a contrario dall'art. 580 c.p.c. nella parte in cui precisa che «*les voies extraordinaires de recours ne sont ouvertes que dans les cas spécifiés par la loi*». Su questo aspetto, si veda FERRAND, voce *Appel*, in *Répertoire de procédure civile Dalloz*, marzo 2012 (agg. settembre 2017), n. 7.
- 5 Ai sensi dell'art. 539 c.p.c. «*le délai de recours par une voie ordinaire suspend l'exécution du jugement. Le recours exercé dans le délai est également suspensif*»; tale disposizione – benché risulti tuttora immutata – ha subito però un'evidente contrazione applicativa con il *Décret* n. 2019-1333 del 11 dicembre 2019 mediante il quale si è generalizzata l'*exécution provisoire* dei provvedimenti di primo grado (v. artt. 514 ss. c.p.c.).
- 6 Al di là delle ordinarie funzioni di riforma e annullamento del provvedimento, la giurisprudenza francese ha altresì creato il peculiare strumento dell'*appel-nullité*. Tale impugnazione è stata istituita con la finalità di sottoporre ad un controllo quelle decisioni che, non soggette ad appello, sono affette da un *excès de pouvoir* del magistrato. Su questo rimedio, si veda Cass. Comm., 13 mai 2014, n. 13-11.622; in dottrina, BARRET, *L'appel-nullité dans le droit commun de la procédure civile*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 1990, 199 ss.; CHAINAIS – FERRAND – GUINCHARD, *Procédure civile. Droit interne et européen du procès civil*, Parigi, 2016, 821 ss.

codice dell'ordinamento giudiziario francese⁷, garantisce l'“imparzialità” della corte evitando che il ruolo di controllore si sovrapponga a quello di controllato⁸. In questa fattispecie, peraltro, l'alterità del giudicante è imprescindibile, considerato che l'*appel* si concreta in un riesame della causa, più che in una *voie de rétractation*⁹.

Un elemento di parziale dissonanza con l'ordinamento italiano è poi dato dal requisito della generalità; sebbene, infatti, l'*appel* possa comunque definirsi uno strumento di carattere generale¹⁰, la sua estensione applicativa è certamente inferiore rispetto a quella del gravame italiano: il codice francese prevede, infatti, la coesistenza dell'appello con un'altra impugnazione ordinaria, l'*opposition*¹¹, che garantisce l'esatto espletarsi del contraddittorio nei giudizi contumaciali.

Una somiglianza tra i due sistemi è invece riscontrabile nella natura sostitutiva della sentenza d'appello; tale requisito, che discende dall'operatività dell'effetto devolutivo, oltre ad attribuire la cognizione della causa alla corte d'appello, impone che la decisione avvenga in quella specifica sede¹².

7 L'art. L111-6 cod. org. jud. prevede che la ricusazione del giudice possa essere avanzata se egli «*a précédemment connu de l'affaire comme juge*».

8 Si veda RAVANI, *Interrogations autour d'un droit fondamental: l'appel*, in *Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*, Parigi, 2010, 355 ss.

9 Le misure di *rétractation*, a differenza dell'appello e del ricorso per cassazione, permettono alle parti di rivolgersi allo stesso giudice che ha pronunciato il provvedimento impugnato in considerazione della parzialità della cognizione della prima decisione; sul punto, DOUCHY-ODOT, *Procédure civile*, Mayenne, 2014, 399 ss.

10 La generalità del rimedio è desumibile dall'art. 543 c.p.c. laddove si specifica che «*la voie de l'appel est ouverte en toutes matières, même gracieuses, contre les jugements de première instance s'il n'en est autrement disposé*». Tale generalità, oltre a consacrare il principio del doppio grado di giurisdizione, fonda il cd. *principe de droit d'appel* nonché l'eccezionalità delle ipotesi in cui il provvedimento di primo grado non è impugnabile. Sul principio e sulle sue eccezioni, si veda GALLET – DE LEIRES, *La procédure civile devant la cour d'appel*, Parigi, 2018, 7 ss.

11 La normativa sul giudizio di opposizione proponibile dal contumace *défaillant* è contenuta negli artt. 571 e ss. c.p.c.; sull'impugnazione, si veda BOURSIER, voce *Opposition* (agg. di BOTREL), in *Répertoire de procédure civile* Dalloz, marzo 2014; D'AMBRA, *Opposition*, in *Droit et pratique de la procédure civile. Droit interne et européen* (diretto da GUINCHARD), Parigi, 2016, 1773 ss.

12 Sebbene il termine “effetto sostitutivo” sia estraneo al sistema francese, tale caratteristica sarebbe desumibile dall'operatività dell'effetto devolutivo e dall'obbligo per la corte d'appello di pronunciare nel merito; sulla tale aspetto, si veda di P. GERBAY, *Nouvelles réflexions sur les effets de l'appel voie d'annulation*, in *Gazette du Palais*, 24-25 gennaio 2003, 72-79; FERRAND, *op. cit.*, nn. 899 ss. Sono rare le ipotesi in cui la corte d'appello si limita a caducare il provvedimento di primo grado senza statuire sulla domanda; essenzialmente, ciò si verifica nelle fattispecie in cui l'effetto devolutivo non opera. Ad esempio, la questione si pone per le sentenze di primo grado affette da nullità; difatti, sebbene l'art. 562, comma 2, c.p.c. preveda che «*la dévolution ne s'opère pour le tout que lorsque l'appel tend à l'annulation du jugement (...)*», la dottrina e soprattutto la giurisprudenza hanno individuato alcune ipotesi in cui tale regola non si applica. Nello specifico, si tratta di casi in cui si verifica una *irrégularité de la saisine*, come nelle ipotesi di *irrégularité affectant l'acte introductif d'instance lui-même*, o *irrecevabilité de la demande pour défaut de qualité du défendeur*; le ragioni di tale deroga dipendono dal fatto che il vizio dell'atto introduttivo ha impedito il sorgere e il corretto svilupparsi del giudizio di prime cure. Conseguentemente, al fine di garantire il doppio grado di giurisdizione, si è preferito prevedere la rimessione al primo giudice piuttosto che la decisione diretta da parte della corte d'appello. Sulle deroghe all'operatività dell'effetto devolutivo per invalidità della *saisine*, si veda JULIEN, *L'effet dévolutif de l'appel au regard de l'appel tendant à l'annulation du jugement*, in *Bulletin d'information de la Cour de cassation*, aprile 2003, fuori serie

Rinviando la trattazione della tematica al prossimo paragrafo (*infra* § 3), può anticiparsi che l'appello francese è governato dall'effetto devolutivo, strumento di delimitazione e selezione dell'oggetto del gravame; la centralità di tale fenomeno – molto più evidente in Francia che in Italia – è frutto della previsione di un'intera sottosezione del codice di rito (artt. 561-567) che ne disciplina la portata e l'ampiezza.

A seguito di questa breve ma doverosa ricognizione, si può sostenere che l'appello francese costituisca il principale rimedio avverso la sentenza di prime cure; la sua promozione consente di accertare l'ingiustizia o l'invalidità del provvedimento, pronunciando su qualsiasi doglianza in fatto e in diritto.

Chiarita la natura del gravame, sarà ora necessario concentrarsi sull'operatività dell'effetto devolutivo: se è vero, infatti, che la sua applicazione incide sull'ampiezza della *cognitio appellationis*, l'analisi del suo recepimento diviene imprescindibile ai fini dell'individuazione delle novità ammesse.

3) LA RILEVANZA DELL'EFFETTO DEVOLUTIVO NELLA DETERMINAZIONE DEL NOVUM NELL'APPELLO-VOIE D'ACHÈVEMENT

Come detto, il prosieguo della ricerca imporrà un chiarimento sul ruolo ricoperto dall'effetto devolutivo, fenomeno processuale che determina il passaggio della regiudicanda dal giudice di primo grado a quello del gravame¹³.

Guardando al codice francese, emerge evidente che la prima e più pregnante espressione dell'effetto devolutivo è contenuta nell'art. 561 c.p.c., nella parte in cui specifica che «*l'appel remet la chose jugée en question devant la juridiction d'appel*».

Tale disposizione ha una duplice finalità: da un lato, incide sulle dinamiche processuali, effettuando il "trasferimento" della causa alla corte d'appello¹⁴; dall'altro, incide

n. 2, 52. Al di là di questa ipotesi, la devoluzione non opera se: 1) le parti sono d'accordo per limitare la *saisine* della corte d'appello ad alcuni specifici punti della lite e domandare il rinvio per i restanti profili (Cass., 21 oct. 1952, *Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation*, I, n. 272); 2) se il capo su cui dovrebbe pronunciare l'appello è inscindibilmente legato ad altre questioni pendenti davanti al giudice di primo grado (Cass., 18 janv. 1952, in *Recueil Sirey*, 1953, I, 18).

13 In dottrina, D'AMBRA, *Droit et pratique de l'appel*, Parigi, 2018, 113; P. GERBAY – N. GERBAY, *Guide du procès civil en appel*, Parigi, 2017, 249; DUHAMEL, *L'effet dévolutif de l'appel au regard de l'acte d'appel et des écritures des parties*, in *Bulletin d'information de la Cour de cassation*, aprile 2003, fuori serie n. 2, 48.

14 Secondo N. GERBAY, voce *Appel. Effet dévolutif*, in *Juris-Classeur de procédure civile*, fasc. 900-90, 2017, nn. 5 ss., e FERRAND, *op. cit.*, nn. 888 ss., l'operatività dell'effetto devolutivo genera tre conseguenze a livello procedimentale. In primo luogo, esso determina un *dessaisissement des premières juges*, un definitivo spossessamento della controversia nei confronti del giudice di primo grado; difatti, sebbene questi venga privato di una parte ingente dei suoi poteri con la pronuncia della sentenza, solo la promozione dell'impugnazione provoca la definitiva perdita delle sue prerogative sulla controversia. In particolare, con la promozione del gravame verrebbero meno le prerogative previste dall'art. 481, comma 3, c.p.c., ossia la possibilità per il giudice di interpretare e/o rettificare la propria pronuncia ai sensi degli artt. 461 e ss. Così, Cass., 29 mai 1979, n. 77-15004, in *Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation*, II, n.

sulla disciplina statica del processo, determinando l'estensione dell'oggetto del gravame. Sancendo la corrispondenza tra i *themata decidenda* dei gradi di merito, la disposizione incarna il brocardo *tantum devolutum quantum iudicatum*.

Accogliendo tale adagio, il legislatore d'oltralpe si è fatto portavoce di plurimi principi processuali¹⁵: per un verso, ha infatti recepito il principio del doppio grado di giurisdizione¹⁶, impedendo ai litiganti di omettere un grado di giudizio; per un altro, invece,

163; Cass., 4 mars 1980, n. 78-13302, in *Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation*, III, n. 49. Cfr. FRICERO, *Les voies de recours en interprétation, rectification ou complément de jugement*, in *Droit et pratique de la procédure civile. Droit interne e européen* (diretto da GUINCHARD), Parigi, 2016, 1585 ss. In secondo luogo, l'effetto devolutivo determina l'automatica *acquisition pour la cour d'appel de la connaissance du litige*. Sul punto, è diffusa la massima giurisprudenziale secondo la quale «*les juges du second degré se trouvent investis de plein droit de la connaissance du litige*» (così, Cass., 2 févr. 1962, in *Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation*, II, n. 151; Cass., 28 oct. 1987, n. 86-14040, in *Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation*, III, n. 176); ciò giustifica l'imperatività della devoluzione nei limiti di quanto costituisce oggetto d'appello. Prescindendo dal tema dell'estensione della cognizione del giudice, si deve rilevare che la peculiarità dell'effetto devolutivo risiede nell'imperatività e nell'automaticità del suo operare; tale elemento è ancor più evidente se si confronta con il potere di *évocation* della corte d'appello medesima. Tale istituto è disciplinato dall'art. 568 c.p.c., laddove prevede che «*lorsque la cour d'appel infirme ou annule un jugement qui a ordonné une mesure d'instruction, ou qui, statuant sur une exception de procédure, a mis fin à l'instance, elle peut évoquer les points non jugés si elle estime de bonne justice de donner à l'affaire une solution définitive, après avoir ordonné elle-même, le cas échéant, une mesure d'instruction*»; con l'avocazione, quindi, il giudice d'appello ha il potere discrezionale di mettere fine al litigio statuendo su una questione non ancora decisa, purché ciò sia di «*bonne justice*». In definitiva, l'istituto legittima la decisione della corte d'appello su questioni non decise in primo grado (e quindi non devolvibili), ma discrezionalmente requisite; l'effetto devolutivo, invece, determina un automatico passaggio della regiudicanda in seno al giudice di seconde cure. Sull'*évocation* si veda PELLERIN, *Effets de l'appel*, in *Droit et pratique de la procédure civile. Droit interne e européen* (diretto da GUINCHARD), Parigi, 2016, 1717 ss.; COHEN, *Le domaine de l'évocation*, in *Mélanges dédiés à la mémoire du Doyen Jacques Héron*, Parigi, 2008, 173 ss.; MOTULSKY, *Nouvelles réflexions sur l'effet dévolutif de l'appel et l'évocation*, in *Semaine Juridique Édition Générale*, 1958, I, n. 1423). In terzo ed ultimo luogo, l'effetto devolutivo determina l'*obligation pour la cour de statuer en fait et en droit*, di decidere nel merito la controversia. Questa conseguenza, di cui si è già anticipato parlando della natura sostitutiva della sentenza d'appello, impone al giudice di secondo grado di decidere *sur le fond* della controversia, evitando – o quantomeno riducendo ad eccezione – le ipotesi in cui si rende necessario il rinvio al giudice di primo grado (si veda nota n. 12).

- 15 Così, PÉTEL-TEYSSIE, voce *Demande nouvelle*, in *Répertoire de procédure civile Dalloz*, gennaio 2008, n. 35.
- 16 In questo senso, D'AMBRA, *op. ult. cit.*, 115. A tale principio di "buona giustizia" è attribuito un valore paracostituzionale; malgrado, infatti, non assurga a principio generale del diritto – poiché numerose deroghe sono previste a livello legislativo – il "doppio grado" ha un'influenza decisiva sulla conformazione dei mezzi d'impugnazione (cfr. MOLFESSIS, *La protection constitutionnelle du double degré de juridiction*, in *Justices*, 1996, 4, 17). D'altro canto, la Corte Europea dei diritti dell'uomo ha più volte affermato che, sebbene l'ordinamento nazionale possa introdurre dei filtri volti a ridurre il contenzioso in appello, occorre che: 1) l'applicazione del filtro sia sempre motivata (CEDU, 2 ottobre 2014, Hansen c/ Norvegia, in *Procédures*, 2015, n. 43); 2) venga rispettato il principio di proporzionalità tra il filtro applicato e lo scopo perseguito con la sua introduzione (CEDU, 11 marzo 2004, Justamente c/ France); 3) il filtro non imponga eccessivi formalismi (CEDU, 10 luglio 2001, Tricard c/ France). La rilevanza del principio è peraltro desumibile da quelle pronunce di legittimità che attribuiscono al diritto d'appello carattere di ordine pubblico (così, Du Rusquec, *Appel (en matière civile) - Caractère d'ordre public du droit d'appel - Commentaire*, in *Semaine Juridique Édition Générale*, 23, 3 Juin 1998, II, n. 10090). Per un'analisi dell'evoluzione storica del principio, DEGUERGUE, *Le double degré de juridiction*, in *AJDA*, 2006, 1308 ss.; cfr. con AA.VV., *Droit processuel. Droits fondamentaux du procès*, Parigi, 2017, 786 ss.

ha preservato il principio dell'*immutabilité du litige*¹⁷, imponendo alla *cour* di decidere la disputa nelle condizioni in cui venne conosciuta dai giudici di primo grado¹⁸.

Agendo sul piano dei principi generali, l'art. 561 sembrerebbe imporre una limitazione della *cognitio appellationis* assimilabile al divieto di *nova* nel processo italiano; se così fosse, l'ammissibilità di nuove difese sarebbe molto contenuta, se non del tutto inesistente.

Tuttavia, accanto all'enunciazione di tale principio, il legislatore ha altresì modulato la portata del fenomeno, attuandolo in regole di dettaglio.

Innanzitutto, la scelta di mantenere la corrispondenza di oggetti è passata per la previsione di una generale interdizione a proporre nuove *prétentions*¹⁹ in secondo grado²⁰ (artt. 564 e 565 c.p.c.²¹), ovvero sia per l'impossibilità di introdurre tutte quelle richieste ed istanze di parte non confluite nelle conclusioni di prime cure²².

17 Il principio di immutabilità (di cui si parlerà *infra* § 5) è un principio antico, valorizzato dalla dottrina tradizionale, ma divenuto in larga parte obsoleto. Dal punto di vista astratto, una rigorosa applicazione di tale principio dovrebbe vietare alle parti di modificare la regiodicanda nel corso del processo; concretamente, dovrebbe quindi impedire la modifica della domanda iniziale e l'aggiunta di ulteriori domande nel corso della causa. Il suo ambito di applicazione è, però, discusso; difatti, sebbene l'art. 4 c.p.c. specifichi che le domande sono fissate dalle parti – *in limine litis* – con l'atto introduttivo del giudizio e con le conclusioni, il principio è svuotato del suo contenuto a causa delle rilevanti eccezioni. Nel corso del primo grado, infatti, le parti possono introdurre le cd. *demandes incidentes* (domande riconvenzionali, addizionali e d'intervento) che abbiano un *lien suffisant* con la domanda originaria (art. 4 c.p.c.); allo stesso modo, il legislatore si è premurato di prevedere ampie deroghe che legittimassero l'introduzione in appello di alcune specifiche nuove domande (sul punto, si veda CHAINAIS – FERRAND – GUINCHARD, *op. cit.*, 396; CAYROL, voce *Action en justice*, in *Répertoire de procédure civile Dalloz*, marzo 2013 (agg. settembre 2017), nn. 271 ss.).

18 Così, PELLERIN, *op. cit.*, 1708; cfr. CHAINAIS – FERRAND – GUINCHARD, *op. cit.*, 878.

19 Il concetto di *prétention* non coincide esattamente con quello di domanda, ma si sovrappone maggiormente al concetto italiano di *petitum* mediato, di "richiesta sostanziale" mossa al giudicante. Ciò è direttamente ricavabile dall'art. 53, comma 1, c.p.c. laddove prevede che «la demande initiale est celle par laquelle un plaideur prend l'initiative d'un procès en soumettant au juge ses prétentions». Tuttavia, nella manualistica e nei testi scientifici, i termini vengono spesso utilizzati come sinonimi; così, ad esempio, PERROT, *Demande nouvelle et moyen nouveau*, in *Procédures*, 5, 2013, comm. 137; BAGANINA, *Immutabilité du litige et recevabilité des demandes nouvelles en appel*, in *Gazette du Palais*, n. 29, 2008, 2.

20 Sul rapporto di derivazione tra effetto devolutivo e impossibilità di introdurre nuove domande, si veda FERRAND, *op. cit.*, n. 963; N. GERBAY, voce *Appel. Effet dévolutif. Prétentions nouvelles*, in *Juris-Classeur de procédure civile*, fasc. 900-95, 2017, nn. 1-2.

21 Entrambe le norme contribuiscono a determinare l'interdizione all'introduzione di nuove *prétention* in appello. L'art. 564 c.p.c., che introduce il divieto, prevede che «a peine d'irrecevabilité relevée d'office, le parties ne peuvent soumettre à la cour de nouvelles prétentions si ce n'est pour opposer compensation, faire écarter les prétentions adverses ou faire juger les questions nées de l'intervention d'un tiers, ou de la survenance ou de la révélation d'un fait»; diversamente, l'art. 565 c.p.c. specifica il concetto di nuova *prétention* affermando che «les prétentions ne sont pas nouvelles dès lors qu'elles tendent aux mêmes fins que celles soumises au premier juge même si leur fondement juridique est différent».

22 Nel senso che il concetto di novità debba essere valutato valorizzando il contenuto delle conclusioni del primo grado, si vedano, in giurisprudenza, CA Rennes, 15 janv. 2004, in *Bulletin d'information de la Cour de cassation*, 2004, n. 966, e, in dottrina, P. GERBAY – N. GERBAY, *op. cit.*, 254.

La disposizione che simbolizza detto limite è l'art. 564 c.p.c.; tale articolo, in modo abbastanza intuibile, specifica che – fatte salve le puntuali eccezioni di cui si parlerà²³ – le parti «*ne peuvent soumettre à la cour de nouvelles prétentions*».

Premesso che il significato di *prétention* non coincide perfettamente con quello di domanda processuale, ma è piuttosto assimilabile al concetto di *petitum* mediato (di “richiesta sostanziale”), deve ritenersi che nell'appello francese non possano esigersi delle utilità che travalichino la *chose jugée*, *rectius* le conclusioni di prime cure²⁴.

Accanto alla generale interdizione, il legislatore si è peraltro premurato di prevedere agli una serie di ipotesi derogatorie a tale divieto (artt. 564, 566 e 567 c.p.c.). Tali disposizioni legittimano la proposizione di specifiche domande volte ad ampliare il *thema decidendum* e – quindi – il *thema probandum* nel giudizio d'appello.

Alla luce della succitata normativa, sono in primo luogo ammissibili una serie di *prétentions* che consentono l'adattamento del processo all'*évolution du litige*, ossia che legittimino una decisione del giudice alla luce degli sviluppi verificatisi²⁵; fanno parte di questa categoria le nuove *prétentions* rese necessarie dall'intervento di un terzo²⁶, dalla sopravvenienza di un fatto o dalla sua rivelazione²⁷.

23 La disposizione prevede tre specifiche deroghe normative (*prétention pour opposer compensation*, *prétention visant à faire écarter les prétentions adverses* e *prétention pour faire juger les questions nées de l'intervention d'un tiers, ou de la survenance ou de la révélation d'un fait*) che si affiancano a quelle previste dagli articoli successivi (artt. 566 e 567 c.p.c.) e a quelle di origine pretorile.

24 Non si tratta necessariamente delle conclusioni iniziali proposte dall'attore; l'ordinamento processuale francese prevede, infatti, l'introducibilità di domande incidenti nel corso del primo grado di giudizio. Nello specifico, si possono introdurre le domande *additionnelles*, *reconventionnelles* e *d'intervention*; la loro ammissibilità dipende dalla sussistenza di un *lien suffisant*, un collegamento sufficiente, con la domanda introduttiva (tale requisito è esplicitamente richiesto dagli artt. 70 e 325 c.p.c.). Sul concetto di domande incidenti e sul concetto di *lien suffisant*, si veda HOONAKKER, *Les demandes incidentes*, in *Droit et pratique de la procédure civile. Droit interne et européen* (diretto da GUINCHARD), Parigi, 2016, 909 ss.

25 La *ratio* sottesa a dette deroghe dovrebbe limitare la loro estensione, escludendo l'introducibilità di nuove domande fondate su fatti completamente estranei al primo grado; come chiarito da N. GERBAY, voce *Appel. Effet dévolutif. Prétentions nouvelles*, cit., nn. 96 e 100, queste richieste non devono portare ad uno stravolgimento totale della lite, bensì devono avere un legame con le *prétentions* proposte in primo grado.

26 La possibilità di introdurre nuove domande verso il terzo intervenuto, benché costituisca un ovvio contemperamento all'effetto devolutivo, non fa altro che accrescere l'apertura del *thema decidendum* negli ampi casi in cui è ammissibile l'*intervention des tiers en cause d'appel*; in effetti, sul punto, la legislazione francese è particolarmente permissiva laddove prevede che «*peuvent intervenir en cause d'appel dès lors qu'elles y ont intérêt les personnes qui n'ont été ni parties ni représentées en première instance ou qui y ont figuré en une autre qualité*» (art. 564 c.p.c.) e che «*ces mêmes personnes peuvent être appelées devant la cour, même aux fins de condamnation, quand l'évolution du litige implique leur mise en cause*» (art. 565 c.p.c.). Sull'intervento in appello, si veda TERRÉ, *Intervention en appel*, in *La Voie d'appel : Colloque national de droit judiciaire*, Aix-en-Provence, 1963, 113.

27 L'art. 564 c.p.c. parla di *fait survenu* o *révélé*. Sulla prima qualità non si sono create particolari dispute; la seconda, invece, è più incerta. In particolare, la condizione potrà dirsi rispettata quando il fatto preesista all'appello, ma sia stato ignorato dalla parte proponente; così, Cass. 27 mars 1974, in *Semaine Juridique Édition Générale*, 1974, IV, 177, ha affermato che la *révélation* possa dipendere da alcuni nuovi documenti (soprattutto la relazione del consulente tecnico) prodotti per la prima volta in appello. Al contrario, non soddisfa detto requisito il fatto che, sebbene si affermi rivelato, fosse già conosciuto dalla parte nel primo grado di giudizio (così, CA Poitiers, 16 janv. 1973, in *Gazette du Palais*, 1973, I, 410).

Oltre a queste, è possibile introdurre in appello le *prétentions qui constituent des défenses*²⁸, ossia quelle domande che tendono a “neutralizzare” le richieste avverse (artt. 564 e 567 c.p.c.). Fanno parte di tale categoria: le domande di compensazione (giudiziale²⁹), le domande riconvenzionali³⁰ e le domande tendenti a respingere le domande avverse³¹.

Infine, è riconosciuta la ricevibilità di quelle *prétentions* che costituiscono lo sviluppo delle domande proposte in primo grado, come le *prétentions accessoires, conséquentes o complément nécessaires* (art. 566 c.p.c.)³².

Guardando all’ampiezza delle *prétentions* ammissibili, si coglie l’estrema elasticità del sistema francese: il legislatore, utilizzando termini generali, ha inteso preservare il diritto di difesa, ammettendo persino domande su fatti rilevanti non sopravvenuti³³.

Accanto all’introduzione di nuove domande, è però possibile che le parti processuali ambiscano ad una mera alterazione delle *prétention* originarie. In questa ipotesi, le reazioni dell’ordinamento francese variano a seconda della modifica richiesta: come nel processo italiano, anche in quello d’oltralpe è vietata la *mutatio* della domanda iniziale, mentre è perfettamente legittima l’*emendatio libelli*.

28 L’esistenza di questa categoria è colta da D’AMBRA, *op. ult. cit.*, 117.

29 Così, correttamente, PELLERIN, *op. cit.*, 1714.

30 Il dato testuale dell’art. 567 c.p.c. impone di ritenere che i requisiti d’ammissibilità della domanda riconvenzionale in appello coincidano con quelli del primo grado di giudizio (così, Cass. 10 mars 2010, n. 09-10412); così, ai sensi dell’art. 70, comma 1, c.p.c., la domanda riconvenzionale potrà ammettersi solo se un legame sufficiente la mette in relazione con le domande originarie (sul concetto di *lien suffisant*, si veda ancora DOUCHY-UDOT, voce *Demande reconventionnelle*, in *Répertoire de procédure civile Dalloz*, settembre 2017, nn. 15 ss.). *Contra*, PERROT, *Appel. Les demandes nouvelles et la notion de «lien suffisant»: que reste-t-il de la prohibition de demandes nouvelles en cause d’appel ?*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 1980, 624 ss.

31 Questa fattispecie è di certo la meno intellegibile; ciò nonostante, in virtù di alcuni arresti giurisprudenziali, può ormai ritenersi che la norma legittimi la proposizione di domande su diritti non previamente invocati con il solo scopo di far fallire la domanda attorea. Non si tratta di domande che permettono semplicemente di trionfare sull’avversario, stante la necessità di una maggiore incidenza sul diritto invocato dall’attore (si cfr. PELLERIN, *op. cit.*, 1715); come osservato da N. GERBAY, voce *Appel. Effet dévolutif. Prétentions nouvelles*, cit. n. 83, si tratta di domande funzionali a neutralizzare la *prétention* originaria che implicano una decisione distinta da quella sulla domanda principale; così, ad esempio, la domanda di nullità del contratto che influisce sulle domande di adempimento proposte dal locatario (Cass. 29 janvier 2002, n. 00-17840). Per altre applicazioni, cfr. Cass. 15 juin 1996, in *Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation*, I, n. 364; Cass. comm. 3 mai 1994, n. 92-10746. Si cfr. anche le osservazioni di P. GERBAY – N. GERBAY, *op. cit.*, 258-259.

32 La Corte di cassazione francese ha via via ampliato il catalogo delle domande riconducibili a detta disposizione; così, sono oggi ammissibili ai sensi dell’art. 566 c.p.c. le domande funzionali a richiedere gli interessi, la capitalizzazione degli interessi, gli *astreintes*, l’indennità d’occupazione di un immobile accanto alla domanda di risoluzione del contratto di locazione, ecc. Per altre fattispecie, PELLERIN, *op. cit.*, 1173.

33 Rileggendo le deroghe normative al divieto di nuove domande, è evidente che molte di queste insistano su fatti preesistenti; previsioni come l’art. 567 c.p.c. («*les demandes reconventionnelles sont également recevables en appel*») non permettono distinzioni sui fatti posti a fondamento della *prétention* e legittimano l’introduzione di fatti allegabili in primo grado. A ben vedere, considerato che l’art. 564 prevede l’ammissibilità di domande fondate su fatti *survenus*, sembra che l’art. 567 legittimi proprio la deduzione di riconvenzionali su fatti non sopravvenuti e – quindi – deducibili in primo grado.

Anche nel sistema francese, quindi, la valutazione circa l'ammissibilità di tali modifiche presuppone, dapprima, la corretta individuazione delle *prétentions*³⁴ e, successivamente, il loro raffronto: all'esito di tale attività, l'alterazione sarà inammissibile quando il mutamento riguardi l'oggetto³⁵ e/o i soggetti coinvolti³⁶; al contrario, la modifica sarà ricevibile se fondata sull'introduzione di una causa diversa.

Seguendo tale impostazione, abbracciata invero dalla dottrina maggioritaria, l'emendabilità della domanda dipende essenzialmente dalla libera introducibilità di nuovi fondamenti giuridici; non a caso, l'art. 565 c.p.c. prevede che «le richieste non sono nuove se tendono ai medesimi fini di quelle sottoposte al primo giudice, anche se il loro *fondamento giuridico* è differente»³⁷.

Tuttavia, circoscrivere la portata dell'art. 565 c.p.c. alle sole modifiche della *causa petendi* significherebbe sminuire le maggiori potenzialità della disposizione: il succitato articolo potrebbe persino interpretarsi estensivamente, al punto di consentire la deduzione di nuovi diritti e l'allegazione di nuovi fatti costitutivi. Tale interpretazione pare preferibile giacché valorizza l'unico elemento rilevante preso in considerazione dai *conditores*, ossia il *but*, il fine perseguito dall'attore con la domanda originaria³⁸: sposando

34 L'individuazione della domanda avviene, come nel sistema italiano, alla luce degli elementi identificatori; in questo modo opera, per esempio, N. GERBAY, voce *Appel. Effet dévolutif. Prétentions nouvelles*, cit., n. 9 ss.: l'individuazione della domanda passa per il riconoscimento di tre elementi ossia le *parties*, la *cause* e l'*objet*. Su quest'ultimo elemento, sarà sufficiente chiarire che – similmente al processo italiano – l'oggetto della domanda è «ce qui est demandé par le requérant»; ciò ricomprende il diritto o il vantaggio reclamato e la *res* sulla quale si vanta il diritto (con questi termini molto generali, PÉTEL-TEYSSIE, *op. cit.*, n. 29). Sull'individuazione del concetto di *cause*, si dirà invece a breve.

35 La domanda è nuova quando l'oggetto è *absolument différent*. Ad esempio, una domanda di accertamento della nullità di un contratto di locazione è nuova e inammissibile quando, in primo grado, sia stato richiesto di dichiarare la valida conclusione del contratto medesimo (Cass., 3 juill. 1973, in *Semaine Juridique Édition Générale*, 1973, IV, 315). In linea di massima, viene detto che la novità della domanda dipende dalla sostituzione del diritto ad essa sotteso (così, N. GERBAY, voce *Appel. Effet dévolutif. Prétentions nouvelles*, cit., n. 14; in giurisprudenza Cass. comm., 18 janv. 1984, n. 82-11958 che ha considerato nuova la domanda di riduzione del prezzo di un bene, promossa da colui che – in primo grado – aveva richiesto annullamento del contratto di compravendita).

36 La giurisprudenza francese ha individuato due ipotesi di mutamento soggettivo: la prima fattispecie presuppone la formulazione di una domanda in appello verso una persona non citata in primo grado (fra le molte, Cass., 21 juill. 1969, in *Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation*, II, n. 260); la seconda, invece, si fonda sull'attribuzione di una qualità differente ad un soggetto già coinvolto in prime cure (così, Cass. 24 avr. 1959, in *Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation*, II, n. 340).

37 Il testo in lingua originale prevede che «les prétentions ne sont pas nouvelles dès lors qu'elles tendent aux mêmes fins que celles soumises au premier juge, même si leur fondement juridique est différent». Sul punto, N. GERBAY, voce *Appel. Effet dévolutif. Prétentions nouvelles*, cit., nn. 10 ss.; D'AMBRA, *op. ult. cit.*, 115.

38 Così, Cass., 4 mai 2000, n. 98-14014. Il concetto di "fine" si fonda sulla concezione di domanda come strumento idoneo a far venire meno l'*acte litigieux* (PÉTEL-TEYSSIE, *op. cit.*, n. 38); riconosciuta maggiore pregnanza a siffatto elemento, dovranno disapprovarsi quei vecchi orientamenti di merito che escludevano l'applicabilità della disposizione quando il cambiamento di *prétention* imponeva altresì un mutamento del diritto ad essa sotteso (in questo senso, invece, CA Lyon, 8 janv. 1962, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 1962, 539, dichiarava irricevibile l'*action de gestion d'affaires* quando il primo grado era stato fondato su un'azione di *responsabilité civile*). Si dovrebbe quindi propendere per l'orientamento di Cassazione che avvalla tali mutamenti (si vedano, ad esempio, Cass., 30 janv. 1991, n. 89-18129 e anche Cass., 4 juin 1993, n. 91-20917, con quale la Corte ha

tale tesi, si attribuirebbe, peraltro, maggiore dignità a un'altra norma del codice di rito francese – l'art. 563³⁹ – laddove consente alle parti di introdurre nuovi *moyens*, nuovi "mezzi", a sostegno delle domande originarie⁴⁰.

Se è vero, infatti, che nel concetto di *moyen* ex art. 563 rientra altresì quello di *fondement juridique*⁴¹, le alterazioni che incidano sulla sola causa della domanda dovrebbero trovare la propria giustificazione in tale norma e non nell'art. 565⁴². In altre parole, stante la sovrapponibilità dei concetti di *moyen* e di *fondement juridique*, pare più opportuno applicare il disposto dell'art. 563 c.p.c. alle modifiche incidenti sulla sola causa e quello dell'art. 565 c.p.c. ai mutamenti più incisivi⁴³.

L'elasticità nell'esercizio delle difese non riguarda, però, il solo attore; guardando, infatti, alla disciplina generale del processo, si nota che anche il convenuto potrà sempre dedurre nel corso del gravame dei nuovi *moyens de défense*⁴⁴.

Più nello specifico, questi potrà sempre introdurre nuove *défenses au fond* (ossia quei *moyens* che tendono a far rigettare la domanda dopo l'esame nel merito della questione) e nuovi *fins de non-recevoir* (ossia quei *moyens* che portano alla chiusura del processo senza un esame completo del merito, come la carenza di interesse, la prescrizione

cassato una decisione di appello nella quale si era dichiarata irricevibile la domanda di restituzione di un bene in *leasing* fondata sul diritto di proprietà della società, quando in primo grado la domanda era invece fondata sulla rescissione del contratto. Come osservato dal giudice di legittimità, l'unico aspetto che deve realmente prendersi in considerazione è il fine perseguito dall'attore di ottenere la restituzione del bene concesso in *leasing*). Sebbene letture ampliative siano condivise da esponenti della dottrina, sarebbe comunque preferibile evitare aperture eccessive; in tal senso, non sarebbe quindi condivisibile il vecchio orientamento di Cass. 2 mai 1979, *Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation*, III, 1979, n. 94, (criticata da PERROT, *Appel : les virtuosités de l'appel « voie d'achèvement »*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 2004, 141), che affermava la sussistenza del medesimo fine in una domanda di risoluzione del contratto di compravendita e in quella funzionale ad ottenere la sua esecuzione. Più di recente, tale orientamento è stato disatteso con Cass. 20 nov. 2003, n. 02-10465, in *Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation*, II, n. 341.

39 L'art. 563 c.p.c. specifica che «pour justifier en appel les prétentions qu'elle avaient soumises au premier juge, les parties peuvent invoquer des moyens nouveaux (...)».

40 Il significato della parola *moyen* è discusso e la dottrina è divisa nel tentativo di attribuirgli un valore univoco. Secondo, PELLERIN, *op. cit.*, 1701, il *moyen* è «le fondement juridique, le développement d'une argumentation de droit propre à conduire au succès d'une prétention. Il est aussi l'ensemble des raisonnements conduit sur les faits de l'espèce»; secondo FRICERO, *Procédure civile*, Issy-les-Moulineaux, 2018, 213, in senso ancora più ampio, i *moyens* costituiscono ciò «qui permet de justifier les prétentions, qu'il s'agisse de l'énonciation d'un fait, d'un acte ou d'un texte, d'où, par un raisonnement juridique, on peut déduire le bien-fondé de la demande».

41 Si veda la dottrina citata nella nota precedente.

42 Peraltro, l'individuazione della norma che legittima tale facoltà influisce altresì sull'attività decisoria del magistrato: secondo la tesi in discussione, alla corte sarebbe unicamente richiesto di accertare che il nuovo *moyen* sostenga una *prétention* originaria; al contrario, abbracciando la tesi della dottrina maggioritaria, si chiederebbe al giudice di valutare l'incisività della modifica rispetto ai fini concretamente perseguiti dall'attore.

43 Sviluppando il ragionamento di PELLERIN, *op. cit.*, 1701, quando afferma che l'articolo 565 c.p.c. completa e precisa la distinzione tra nuovi *moyens* ammessi ex art. 563 c.p.c. e *prétentions* nuove, si può concludere che tra le norme esista un vero e proprio rapporto di complementarità. Cfr. PÉTEL-TEYSSIÉ, *op. cit.*, n. 29.

44 Il codice di rito francese prevede espressamente – agli artt. 71, 73 e 122 – che all'interno delle difese del convenuto confluiscono le *défenses au fond*, le *exceptions de procédure* e, infine, i *fins de non-recevoir*.

del diritto, la cosa giudicata ecc.); lo stesso non potrà, invece, dirsi per le *exceptions de procédure* (ovvero quei *moyens* che tendono a far dichiarare la procedura irregolare o a sospenderla) che devono essere proposte entro limiti temporali stringenti⁴⁵.

Se l'introduzione di nuove domande ed allegazioni non riscontra limiti stringenti, ancor più ampia è la possibilità di dedurre nuovo materiale istruttorio. In questo ambito, infatti, l'estensione della cognizione può dipendere non solo dall'ampliamento del *thema probandum* conseguente alle nuove allegazioni, ma anche dall'ammissibilità di nuove prove a sostegno di difese già articolate.

Per quanto riguarda la seconda delle citate fattispecie, la disciplina del già citato art. 563 c.p.c. consente espressamente la producibilità di nuovi documenti (*pièces*)⁴⁶ e la proponibilità di nuove prove (*preuves*)⁴⁷ a sostegno delle *prétentions* originarie. Tale concessione non dovrebbe però stupire giacché si allinea perfettamente con le disposizioni generali - l'art. 144 c.p.c. - laddove prevedono l'ammissibilità di nuovi mezzi istruttori, in ogni stato e grado del giudizio, quando il giudice non abbia elementi sufficienti per decidere la causa⁴⁸.

Passando, invece, ad analizzare le conseguenze discendenti dal compimento di nuove attività, deve rilevarsi che il maggior aggravio è proprio dato dall'esercizio dei poteri istruttori, siano essi a sostegno di fatti sopravvenuti o già allegati.

Innanzitutto, la necessità di procedere con l'assunzione di nuove prove comporta la riapertura della fase istruttoria (la cd. *mise en état*)⁴⁹; tale attività – che può pro-

45 L'art. 72, in tema di *défenses au fond*, prevede – infatti – che «*les défenses au fond peuvent être proposées en tout état de cause*»; similmente, l'art. 123, sui *fin de non-recevoir*, statuisce che «*les fins de non-recevoir peuvent être proposées en tout état de cause, à moins qu'il en soit disposé autrement et sauf la possibilité pour le juge de condamner à des dommages-intérêts ceux qui se seraient abstenus, dans une intention dilatoire, de les soulever plus tôt*». All'opposto, l'art. 74 prevede stringenti limiti alla proposizione delle *exceptions de procédure* che sono inammissibili in grado d'appello (l'articolo prevede che «*les exceptions doivent, à peine d'irrecevabilité, être soulevées simultanément et avant toute défense au fond ou fin de non-recevoir (...)*»).

46 Sulla nozione di *pièce*, si veda COLSON, voce *Recours en révision*, in *Répertoire de procédure civile* Dalloz, giugno 2017, n. 59, il quale ritiene che «*la notion de pièce est entendue de manière large. Il s'agit de tout document prouvant l'existence d'un fait juridique ou établissant l'existence, l'étendue, l'extinction d'un droit ou d'une obligation*».

47 Sulle diverse concezioni di prova nel processo francese, cfr. VERGÈS – VIAL – LECLERC, *Droit de la preuve*, Parigi, 2015, *passim*; AYANÈS – VUITTON, *Droit de la preuve*, Parigi, 2017, *passim*. Ai fini del presente scritto, si parlerà di *preuves*, riferendosi ai mezzi di prova, ossia a quegli strumenti attraverso i quali il giudice acquisisce conoscenza dell'esistenza (o dell'inesistenza) dei fatti allegati dalle parti.

48 Si tratta di un potere discrezionale e insindacabile del giudice di merito (Cass. Comm. 2 juin 1970, in *Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation*, II, n. 184; Cass. 25 avr. 1979, in *Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation*, I, n. 120). L'unico limite all'ammissibilità di nuove istanze istruttorie è interno al singolo grado di giudizio ed è essenzialmente dato dalla emanazione dell'*ordonnance de clôture* della fase di *mise en état*; cfr., LACROIX-ANDRIVET, *Procédure devant le tribunal de grande instance*, in *Droit et pratique de la procédure civile. Droit interne et européen* (diretto da GUINCHARD), Parigi, 2016, 1046 ss.

49 La *mise en état* è la fase processuale che ha la funzione di istruire la causa prima della sua decisione; nel primo grado di giudizio, essa è lasciata alla conduzione di un magistrato specializzato chiamato giudice *de la mise en état*. Il principale compito attribuitogli in questa fase consiste nel vegliare affinché la causa si sviluppi correttamente (*le bon déroulement de l'instance*); per questo motivo, il magistrato accerta che le parti si

trarre il gravame per diversi mesi e talvolta anni – nei casi più complessi, subisce una calendarizzazione in diverse udienze destinate all'assunzione delle *preuves* nonché alla discussione sulla produzione e la comunicazione⁵⁰ delle *pièces*. La gestione di tale attività è affidata al *Conseiller de la mise en état*⁵¹ che determina l'ampiezza dell'attività probatoria accogliendo o rigettando le istanze istruttorie.

La funzione di questo giudice non si esaurisce, però, nell'assunzione delle prove richieste giacché egli può sempre disporre *ex officio* l'assunzione di tutte le prove ritenute necessarie ai fini della conoscenza della causa⁵².

La riapertura della *mise en état* non è però l'unica conseguenza della nuova attività istruttoria: la produzione di *pièces* può interferire con lo svolgimento dell'appello provocando l'instaurazione dei procedimenti incidentali di *vérification d'écriture* e di *faux*⁵³.

Ciò chiarito, gli aggravii discendenti dal *novum* ammissibile non sarebbero, però, ingiustificati: secondo la dottrina francese, gli ampliamenti della cognizione sarebbero

comportino correttamente e che siano puntuali nello scambio delle conclusioni, i principali atti difensivi che contengono le rispettive difese. Per le altre funzioni riservate al giudice della *mise en état*, si veda SALATI, voce *Mise en état*, in *Répertoire de procédure civile* Dalloz, marzo 2012 (agg. maggio 2017), nn. 85-157; FRICERO – JULIEN, *Procédure civile*, Issy-les-Moulineaux, 2014, 179 ss.

50 L'accesso di prove documentali non si verifica con il solo inserimento nel fascicolo di causa, ma richiede altresì la *communication* alle altre parti; su tale atto, si veda BRAHIC LAMBREY, voce *Communication de pièces*, in *Répertoire de procédure civile* Dalloz, 2015.

51 I poteri del *Conseiller* si sovrappongono quasi totalmente con quelli del giudice della *mise en état*; tale corrispondenza dipende dalla formulazione dell'art. 907 c.p.c., nella parte in cui afferma che «(...) l'affaire est instruite sous le contrôle d'un magistrat de la chambre à laquelle elle est distribuée, dans les conditions prévues par les articles 780 à 807 et sous réserve des dispositions qui suivent». Per un'analisi di discrepanze e similarità, si veda LAFFLY, voce *Cour d'appel: procédure*, in *Répertoire de procédure civile*, Novembre 2020 (agg. marzo 2023) nonché FRICERO, voce *Appel – Procédure ordinaire en matière contentieuse. Procédure avec représentation obligatoire – Instruction de l'affaire. Mise en état*, in *Juris-Classeur de procédure civile*, fasc. 1000-10, 2018, nn. 74 ss.

52 L'art. 789, n. 5, c.p.c. prevede che «lorsque la demande est présentée postérieurement à sa désignation, le juge de la mise en état est, jusqu'à son dessaisissement, seul compétent, à l'exclusion de toute autre formation du tribunal, pour: (...) 5. Ordonner, même d'office, toute mesure d'instruction». D'altro canto, tale disposizione è il riflesso degli ampi poteri officiosi attribuiti in generale al giudice; infatti, sebbene sul piano dei principi l'art. 9 c.p.c. preveda che «il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention», il successivo art. 10 finisce col mitigarne la portata affermando che «le juge a le pouvoir d'ordonner d'office toutes les mesures d'instruction légalement admissibles». Sul rapporto tra queste norme e sulla necessità di non neutralizzare la regola dell'onere della prova, si veda AYANÈS – VUITTON, *op. cit.*, 63 ss.; cfr. TARZIA, *Les pouvoirs d'office du juge civil en matière de preuves*, in *Mélange en l'honneur de Roger Perrot*, Parigi, 1996, 469 ss.

53 Anche in Francia, i procedimenti di verifica di scrittura privata e di querela di falso possono svilupparsi a titolo principale o incidentale; diversamente da quanto avviene in Italia, però, quando la verifica o la querela di falso sono promosse in via incidentale, il giudice competente per la loro decisione è sempre il giudice della causa principale ex artt. 285 e 286 c.p.c. Questa regola è valida anche per la corte d'appello che decide autonomamente l'incidente senza sospendere il giudizio principale. Sui procedimenti di *vérification d'écriture* e di *faux*, si veda LACROIX-ANDRIVET, *Pièces*, in *Droit et pratique de la procédure civile. Droit interne et européen* (diretto da GUINCHARD), Parigi, 2016, 1167 ss.

connaturati al giudizio di appello e, nello specifico, ad un altro profilo dell'effetto devolutivo.

Se è vero, infatti, che il principio del *tantum devolutum quantum iudicatum* circoscrive le iniziative di parte, una possibile estensione alle nuove *prétentions* e alla nuova attività istruttoria dovrebbe ritenersi conseguenza indiretta del profilo dinamico della devoluzione. In altre parole, la possibilità di introdurre nuove domande e assumere nuove prove dipenderebbe dall'onnicomprendività dei poteri della corte nell'esercizio dell'attività decisoria⁵⁴; a dire della dottrina, infatti, la necessità di risolvere la controversia – definendola in appello – giustificerebbe l'esame di nuove difese, evitando inutili rinvii al giudice di prime cure⁵⁵.

Secondo questa lettura, sarebbe quindi l'attuale regolamentazione dell'effetto devolutivo a legittimare l'apertura a nuove difese: sul versante dell'attività assertiva, le deroghe normative al divieto di nuove *prétentions* indebolirebbero la corrispondenza tra oggetti dei processi di merito; all'opposto, sul piano dell'attività asseverativa, la devoluzione avallerebbe un ampliamento del materiale di causa consentendo l'esercizio di ampie prerogative in grado d'appello.

Riducendo ad un *unicum* tali considerazioni, dovrebbe concludersi che l'appello francese incarna un modello di gravame tendenzialmente liberale, ove le parti possono ampiamente dilatare le difese sviluppate nel corso del primo grado.

Tale flessibilità renderebbe l'appello francese una *voie d'achèvement*⁵⁶, laddove il verbo *achever* significa terminare, completare, portare a termine; d'altro canto, è difficile negare che tale concezione di gravame sia la più idonea "svuotare" il litigio, riducendo l'eventualità di nuovo contenzioso⁵⁷.

54 Così, N. GERBAY, voce *Appel. Effet dévolutif*, cit., nn. 14 ss., spt. 16; ID., voce *Appel. Effet dévolutif. Prétentions nouvelles*, cit., n. 32; PELLERIN, *op. cit.*, 1701. Secondo, CHAINAIS – FERRAND – GUINCHARD, *op. cit.*, 879, «cette règle est liée au sens même de l'effet dévolutif de l'appel; le juge d'appel devant reprendre intégralement le litige, en fait et en droit, il est normal que le parties puissent lui apporter tous les éléments susceptibles d'éclairer sa décision et d'appuyer leurs prétentions, par la production de nouvelles pièces ou preuves».

55 Così, in riferimento all'attività istruttoria, Cass. 23 oct. 1991, n. 90-13524, in *Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation*, n. 265.

56 Secondo FISCHER, *La notion d'évolution du litige et la politique de la Cour de cassation quant au double degré de juridiction*, in *Recueil Dalloz*, 2005, 2368, tale qualità discenderebbe dalla possibilità per le parti di chiamare in appello un terzo ex art. 555 c.p.c., di dedurre *moyens nouveaux, preuves nouvelles* e alcune *prétentions nouvelles* nonché dalla facoltà della corte di avvalersi del potere di avocazione di cui all'art. 568 c.p.c. Sul concetto di appello *voie d'achèvement*, si veda anche BECQUET, *L'appel, voie d'achèvement du procès, et l'appelé en garantie devant le tribunal*, in *Recueil Dalloz*, 2001, 2541; PERROT, *Appel : le virtuosité de l'appel « voie d'achèvement »*, cit., 141 ss. Al concetto di *voie d'achèvement* è sovente contrapposto al concetto di appello come *voie de réformation*, come strumento d'impugnazione funzionale a concedere una mera *revisio* di quanto statuito in prime cure; tuttavia, come è stato osservato da SÉRINET, *La sanction par l'irrecevabilité des demandes nouvelles en appel*, in *Semaine Juridique Édition Générale*, 2010, 1018 ss., sarebbe opportuno prescindere da una rigida classificazione, ritenendo che la concezione d'appello possa variare nel tempo e tendere ad assestarsi su modelli intermedi.

57 PERROT, *Les effets de l'appel en droit français*, in *Le double degré de juridiction - Étude de droit comparé* (diretto da VAN COMPERNOLLE – SALETTI), Bruxelles, 2010, 284.

Tale peculiarità non osta, peraltro, alla funzione principale dell'impugnazione, ossia alla riforma della sentenza di primo grado; come già detto, l'appello francese – al pari di quello italiano – costituisce un gravame di portata generale, a critica libera, promovibile per qualsiasi doglianza in fatto e in diritto. La principale differenza risiede quindi nel fatto che l'apertura a nuove difese finisce col legittimare l'esercizio di un nuovo potere decisorio su di un litigio potenzialmente differente⁵⁸.

Solo ora, quindi, alla luce della natura del gravame e dell'operatività dell'*effet dévolutif*, è realmente apprezzabile la scelta del legislatore francese di ammettere nuove difese in *appel*: l'assenza di preclusioni non viene concepita come una deroga ad un gravame tendenzialmente chiuso, come un anomalo eccesso di liberalità nella normativa di un'impugnazione-*revisio*; all'opposto, il libero esercizio delle facoltà difensive risulta connaturato al modello d'impugnazione prescelto. In sintesi, il libero esercizio dei poteri in appello è coerente con le finalità del gravame-*voie d'achèvement*, ossia la completa e definitiva composizione della lite in senso sostanziale.

Se il fine perseguito è evidentemente meritevole, occorrerebbe – però – che nell'interpretazione del dato normativo si scongiurino eccessive aperture a nuove difese e ritardi patologici nella conclusione della lite.

4) I RIPETUTI TENTATIVI DI ABBREVIAZIONE DELLA DURATA DELL'APPEL

Chiarito che l'appello francese – diversamente da quello italiano – può prestarsi ad ampliamenti talvolta eccessivi della *cognitio appellationis*, può essere d'interesse valutare se – ed in che misura – il legislatore d'oltralpe abbia mai dubitato dell'opportunità di siffatta conformazione del gravame. Sebbene, infatti, la dottrina italiana auspicherebbe ad un allentamento delle preclusioni da *nova*, non è detto che – in Francia – tale necessità sia effettivamente percepita e neppure che il modello di appello-*voie d'achèvement* sia realmente gradito.

58 Così, CADIET – NORMAND – AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, Parigi, 2013, 935; secondo la dottrina, la particolarità di questa concezione d'appello è proprio data dal fatto che permette di «mettre fin au litige en tranchant des questions qui n'avaient pas été posée au premier juge» (così, LE BARS, LE BARS, *Les métamorphoses de l'appel*, in *Le métamorphoses de la procédure civile*, in *Gazette du Palais*, 2014, n. 212); cfr. con CAYROL, *La saisine de la cour d'appel*, in *Cahier du C.D.P.C.*, 2011, 8, 19; AMRANI-MEKKI, *Introduction générale*, in *Repenser l'appel*, in *Gazette du Palais*, 2016, fuori serie n. 3, 5. L'apertura a nuove difese garantirebbe l'efficienza dell'intero sistema processuale scongiurando la creazione di «queue de litige» e possibili contrasti tra pronunce; così, CADIET – NORMAND – AMRANI-MEKKI, *op. cit.*, 935; così anche N. GERBAY, *Vers une nouvelle conception de l'appel en matière civile?*, in *Semaine Juridique Édition Générale*, 2013, n. 825; JAPIOT, *Traité élémentaire de procédure civile et commerciale*, Parigi, 1916, 654. Sull'idoneità dell'*appel-voie d'achèvement* a mantenere l'unità sostanziale del litige, si veda GIVERDON, voce *Appel, effet dévolutif, prétentions nouvelles*, in *Juris-Classeur de procédure civile*, Fasc. 717-2, 3, 1995, n. 2. Si vedano anche le riflessioni di GAMBINERI, *L'evoluzione dell'appello nell'ordinamento francese tra autorità de la chose jugée e office du juge*, in *Riv. dir. proc.*, 2020, *passim*, la quale osserva che l'impossibilità di introdurre nuovo materiale in *appel* potrebbe comportare un diniego di giustizia laddove la rilevante ampiezza della *chose jugée* potrebbe impedire la proposizione in primo grado di una nuova domanda con elementi di comunanza a quella già decisa.

Per tale ragione, si guarderà alle riforme – e ai tentativi di riforma – del processo francese per verificare se sia mai stata realizzata – o ipotizzata – una riduzione delle novità difensive esperibili in *appel*.

Prima di valutarne le più recenti evoluzioni, deve però osservarsi che l'attuale configurazione del gravame si differenzia dall'originaria impostazione dettata dal codice del 1806. Nella vigenza del codice napoleonico, infatti, l'*appel* si concretava in una *voie de stricte réformation* che radicalizzava il principio del doppio grado di giurisdizione, acuendo gli effetti statici della devoluzione. Questa concezione di gravame, che assicurava il rispetto dell'immutabilità del litigio, ha conformato l'ordinamento processuale francese per ben oltre un secolo⁵⁹.

Una prima breccia a tale rigidità si ebbe, però, con un *décret loi* del 30 ottobre del 1935 che ammise la modifica delle iniziali *prétentions* attraverso l'emendamento della loro causa⁶⁰; il cambiamento radicale d'impostazione si ebbe tuttavia solo negli anni 70, mediante un *décret* del 28 agosto del 1972.

Il testo riformato – che divenne parte integrante del codice del 2008 – abbracciava l'attuale concetto di *appel-voie d'achèvement*, recependo le riflessioni dei migliori processualisti degli anni 60⁶¹.

Alla fine degli anni 90, però, un radicale aumento della litigiosità invitò il legislatore a riflettere sulla struttura del processo e sull'intero sviluppo delle sue fasi⁶²; i dati più allarmanti provenivano proprio dalle corti d'appello considerato che, dal 1975 al 1995, la crescita del contenzioso si era attestata attorno al +208%. Tale aggravio – nonostante l'incremento di produttività delle *cours* (il numero di pendenze concluse è aumentato del 219%) – ha determinato il moltiplicarsi dell'arretrato per 7,3 punti.

Alcuni autori – alla luce di tali dati – hanno prospettato un progressivo rallentamento della procedura che avrebbe portato le corti d'appello al definitivo collasso (si era infatti ipotizzato un incremento della durata media di pendenza dell'arretrato da 17,3 mesi nel 1994 a 24 mesi nel 2000)⁶³.

59 Per una ricognizione del dato normativo, si veda CORNU – FOYER, *Procédure civile*, Parigi, 1996, 615; si cfr LE BARS, *op. loc. cit.*

60 L'art. 464 c.p.c. abrogato, emendato nel 1935, prevedeva che «*ne pourra être considérée comme nouvelle, la demande procédant directement de la demande originaire et tendant au même fins, bien que fondant sur des causes ou de motifs différents*».

61 Un ruolo di estrema rilevanza è stato ricoperto dai lavori del colloquio nazionale di diritto giudiziario tenutosi ad Aix-en-Provence, in data 22 e 23 febbraio 1963, sotto la direzione degli *Instituts d'études judiciaires* e le cui relazioni sono confluite negli *Annales de la faculté de droit et des sciences économiques d'Aix-en-Provence*, Aix-en-Provence, 1964. Si vedano le significative pagine di SOLUS, *Conclusions générales du Colloque*, in *La Voie d'appel: Colloque national de droit judiciaire*, Aix-en-Provence, 1963, 221 ss. Sulla rilevanza della conferenza, si veda CORNU – FOYER, *op. cit.*, 615.

62 Sul punto, ARENS, *Repenser l'appel: mot d'accueil*, in *Repenser l'appel*, in *Gazette du Palais*, 2016, fuori serie n. 3, 4.

63 Questi dati sono reperibili in COULON (diretto da), *Réflexions et proposition sur la procédure civile, rapport au ministre de la Justice: la Documentation française*, 1997, 11 ss., da ora anche *Rapport Coulon*.

Il Ministro della Giustizia, allarmato dalla situazione, incaricò diverse commissioni affinché si addivenisse ad una riforma dell'ordinamento processuale o, più nello specifico, della procedura d'appello.

La prima commissione, incaricata nel 1995 e guidata dal Presidente del *Tribunal de Grande Instance* di Nanterre, Jean-Marie Coulon, esordì proponendo di salvaguardare il concetto di *appel-voie d'achèvement*, influenzando solo sulla sua portata⁶⁴. La *solution médiane* che si prospettava suggeriva quindi il mantenimento dell'ammissibilità di nuovi *moyens*, nuove *preuves* e nuove *pièces*⁶⁵, incidendo unicamente sull'irricevibilità di nuove domande.

Il rapporto esortava quindi ad evitare completi sconvolgimenti della procedura d'appello optando unicamente per una maggiore effettività dell'originaria sanzione⁶⁶: sebbene, infatti, l'art. 564 c.p.c. già prevedesse il principio dell'irricevibilità di nuove *prétentions*, l'assenza di una previsione che ne legittimasse la rilevabilità officiosa rendeva inattuata e comunque inefficace tale interdizione.

Malgrado tali riflessioni, la disciplina dell'appello rimase perlopiù inalterata; così, qualche anno più tardi, ed esattamente nel dicembre 2003, il nuovo Guardasigilli diede mandato ad un'altra commissione per individuare possibili soluzioni volte risanare i tribunali e le corti d'appello. Questa volta l'incarico fu affidato a Jean-Claude Magendie, Presidente del *Tribunal de Grande Instance* di Parigi.

Le conclusioni della commissione (confluite poi in una relazione al Ministro della Giustizia⁶⁷), in parte, si sovrapponevano a quelle del precedente *Rapport Coulon*, e, in parte, suggerivano nuovi spunti di riflessione. Diversi paragrafi della relazione si soffermarono sul binomio *voie d'achèvement-voie de stricte réformation*, giungendo a confermare la necessità di un irrigidimento dell'appello, nel rispetto del principio dell'immutabilità del litigio⁶⁸.

Ciò nonostante, il timore di un incremento di nuove prime istanze suggerì di conservare margini di aggiornamento della regiudicanda; più precisamente, la relazione optò per un sistema intermedio, una *voie d'achèvement tempérée*, che differenziasse le difese ricevibili da quelle *tout court* inammissibili. Secondo il *Rapport Magendie I*, le nuove *prétentions* dovevano *tout court* vietarsi, mentre le restanti difese (*pièces* e

⁶⁴ *Rapport Coulon*, 83.

⁶⁵ La conclusione era invece diversa per il giudizio di rinvio a seguito di cassazione; infatti «*il apparaît donc nécessaire de poser le principe de l'interdiction des nouveaux moyens et des nouvelles pièces dans les procédures qui viennent devant la cour d'appel sur renvoi après cassation*» (*Rapport Coulon*, 84).

⁶⁶ Si veda FERRAND, *op. cit.*, n. 970.

⁶⁷ Si tratta di MAGENDIE (diretto da), *Célérité et qualité de la justice: la documentation française*, 2004, da ora anche *Rapport Magendie I*.

⁶⁸ Secondo il *Rapport Magendie I*, 62, l'opportunità di tale restrizione sarebbe dipesa dalla preesistenza di un intero grado giudizio per sviluppare liberamente le proprie difese.

preuves comprese) dovevano ammettersi, ma solo a seguito di un'espressa autorizzazione da parte del magistrato⁶⁹.

Abbracciando tali riflessioni, si sarebbero ridotte le ipotesi di riattivazione della *mise en état*, ammettendola unicamente nei casi di *évolution* della lite e, quindi, nell'ipotesi di sopravvenienza di nuove prove nonché per la rivelazione o la sopravvenienza di nuovi fatti⁷⁰.

Le riflessioni contenute nel *Rapport Magendie I* avviarono una serie di riforme che ridussero la durata del processo di primo grado, ma non d'appello; così, l'arretrato continuò ad aumentare di anno in anno finché, nel 2007, un nuovo mandato di studio venne conferito a Jean-Claude Magendie.

Considerata la crisi del giudizio d'appello, le attenzioni della nuova commissione si focalizzarono unicamente sul secondo grado di giudizio con la speranza di risolverne le sorti. Nello specifico, la missione *Magendie II* ha prospettato un mutamento radicale del gravame suggerendo la trasformazione dell'appello in una *voie d'achèvement maîtrisée*, più che in una *voie d'achèvement tempérée*⁷¹.

L'idea di incidere sull'ampiezza dell'effetto devolutivo venne quindi abbandonata, rifiutando un'ipotetica chiusura a nuove prove e proponendo unicamente l'introduzione dell'inammissibilità *ex officio* delle nuove *prétentions*⁷² (come prima fece il *Rapport Coulon*).

69 Il succitato art. 563 c.p.c. avrebbe dovuto così risciversi: «*pour justifier en appel les prétentions qu'elles avaient soumises au premier juge, les parties peuvent invoquer des moyens nouveaux. Toutefois, elles ne peuvent produire de nouvelles pièces ou proposer de nouvelles preuves que si elles sont apparues postérieurement au prononcé du jugement de première instance ou si elles sont devenues nécessaires par la survenance ou la révélation d'un fait*» (*Rapport Magendie I*, 44). In senso critico, si veda CAHEN, *Vite, au rapport ! (à propos du rapport Magendie)*, in *Gazette du Palais*, 17-18 novembre 2004, n. 322-323, 2. In senso favorevole al mantenimento della *voie d'achèvement*, si veda – altresì – FERRAND, *op. cit.*, n. 971.

70 Peraltro, l'impedimento alle nuove istanze istruttorie avrebbe contribuito al principale obiettivo della riforma, ossia al recepimento del principio della concentrazione nel primo grado di giudizio; come osservato nella relazione, «*une telle exigence présenterait l'avantage de contraindre les parties à recentrer les problèmes de preuve au niveau du premier degré de juridiction. La vérité judiciaire en serait moins contingente et le vrai débat probatoire aurait lieu devant le premier juge, celui qui rend une décision qui - les statistiques en attestent - mettra définitivement fin à la contestation*», così, *Rapport Magendie I*, 44); in generale, sulla concentrazione delle difese in primo grado, si veda invece 45 ss. In un'intervista rilasciata a seguito della presentazione del rapporto, Magendie ha confermato quanto già indicato nella relazione affermando che occorre «*limiter la production de pièces nouvelles devant la cour d'appel pour que la procédure devant le tribunal ne soit plus un galop d'essai, les pièces les plus importantes étant ensuite présentées comme un trophée devant la cour d'appel!*» (il testo è reperibile in *Célérité et qualité de la justice : le Rapport Magendie*, in *Recueil Dalloz*, 2004, 2309 ss.).

71 I lavori della commissione sono reperibili in MAGENDIE (diretto da), *Célérité et qualité de la justice devant la cour d'appel: la documentation française*, 2008, da ora anche *Rapport Magendie II*.

72 Il *Rapport Magendie II* preferisce una concezione di appello più liberale poiché questa soluzione porta con sé plurimi vantaggi; secondo la commissione, essa «*apporte à l'effectivité du droit au juge*», «*assure en effet le respect d'un délai raisonnable dans le prononcé d'une décision définitive sur le fond*», «*contribue à l'amélioration de la qualité de la décision, puisque le juge d'appel dispose d'une vision globale du litige, qui englobe toutes les évolutions factuelles et juridiques depuis la première instance, ainsi que toutes les prétentions accessoires et complémentaires*» (*Rapport*, 39 ss.).

A fronte di tale esitazione, la commissione esortò però il legislatore a recepire il *principe de concentration*: la sua introduzione avrebbe portato razionalità nella procedura attraverso la previsione di termini decadenziali infragraduali per presentare le nuove difese ed introdurre le nuove domande (laddove concesse).

Secondo questa prospettiva, le barriere procedurali avrebbero abbreviato la durata del processo, assicurando un contraddittorio rapido ed efficace rispettoso del diritto di difesa e della *loyauté procédurale*.

Il nuovo rapporto, a dire della dottrina, proponeva la creazione di un «*véritable office des parties*» che avrebbe imposto il rispetto di un rigido calendario processuale, caratterizzato dalla comunicazione rapida dei documenti e da un'immediata indicazione delle nuove prove da assumersi⁷³.

Entrambe le misure indicate (ossia la rilevabilità officiosa dell'irricevibilità di nuove domande⁷⁴ e l'introduzione del principio della concentrazione) vennero recepite con il *décret* n. 2009-1524 del 9 dicembre 2009. Ciò nonostante, le soluzioni adottate dal legislatore destarono parecchie critiche⁷⁵: malgrado i buoni propositi, i risultati conseguiti con l'emanazione del decreto furono tutt'altro che soddisfacenti⁷⁶.

In questo clima di malcontento, le reazioni provenienti dagli operatori del diritto furono le più disparate.

Particolarmente severa fu la risposta della magistratura francese: in occasione di un seminario tenutosi a La Baule il 31 maggio 2013, la *conférence* dei primi presidenti delle corti d'appello propose una radicale trasformazione del gravame nell'ottica del pieno recepimento dell'*appel-voie de réformation*. Nel rispetto di tale ideologia, il consesso propose, tra le altre misure, l'introduzione di una forte chiusura ai nuovi fatti e alle nuove prove⁷⁷.

⁷³ FERRAND, *op.cit.*, n. 972.

⁷⁴ Secondo CHAINAIS – FERRAND – GUINCHARD, *op. cit.*, 396, tale innovazione avrebbe rinnovato l'applicazione in appello del principio dell'immutabilità del litigio.

⁷⁵ Per una sintesi delle diverse critiche mosse al decreto, si veda AMRANI-MEKKI, *Les métamorphoses de l'appel*, in *Gazette du Palais*, 2014, n. 212; cfr. con SÉRINET, *op. cit.*, 1018 ss.; WEILLER, *Réforme de la procédure d'appel: entre efficience et équité*, in *Recueil Dalloz*, 2010, 591 ss.

⁷⁶ Le riforme approvate non furono in grado di sostenere l'incremento di cause verificatosi. L'arretrato aumentò, così come aumentò (salvo un lieve calo nel 2010) il tempo medio di permanenza dell'arretrato e quello di durata delle cause concluse. Se nel 2009 l'arretrato si attestava a 220.122 cause, nel 2012 era aumentato a 237.095; similmente, il tempo medio di permanenza dell'arretrato aumentò da 9,6 a 10,2 mesi e quello di durata media della causa passò da 11,4 a 11,7. Tutti questi dati sono reperibili sul sito del Ministero della giustizia francese, all'indirizzo <http://www.justice.gouv.fr/statistiques.html>.

⁷⁷ «*La conférence préconise l'abandon de l'appel voie d'achèvement et le retour à la tradition française de l'appel réformation avec des aménagements pour tenir compte par exemple de la survenance entre le premier et le second degré de juridiction, de pièces ou de faits nouveaux*», così CONFÉRENCE DES PREMIERS PRÉSIDENTS, *Délibération sur l'accès au droit – l'office du juge – l'organisation judiciaire et processuelle adoptée*, 2013, 2, il testo è reperibile in <http://fr.wikimeditation.org/>

Altrettanto radicali furono le osservazioni sviluppate nel *Rapport «La prudence et l'autorité. L'office du juge au XXI^e siècle»* predisposto dall'IHEJ (*Institut des Hautes Études sur la Justice*) su esplicita richiesta del Ministro della Giustizia nel 2013.

La strada indicata da tale rapporto non fu quella di impedire la ricevibilità di nuove difese, bensì di attribuire maggior ruolo ai motivi d'appello (la *critique*), mitigando l'automatica estensione dell'effetto devolutivo; in tal senso, si propose quindi un incisivo recepimento dell'adagio *tantum devolutum quantum appellatum* e una riduzione della devoluzione alle sole questioni effettivamente controverse⁷⁸.

Tre anni più tardi, con il *décret* n. 2017-891 del 6 maggio 2017⁷⁹, le indicazioni dell'IHEJ vennero recepite nel codice di rito: il meccanismo di formazione dell'oggetto del gravame rimase inalterato, ma la funzione selettiva dell'effetto devolutivo venne completamente rivista⁸⁰. A prescindere da questa novità, il legislatore ha lievemente

78 La limitazione prospettata è frutto del temperamento dell'automaticità della devoluzione con il principio dispositivo (così, CORNU – FOYER, *op. cit.*, 613). In particolare, il *Rapport IHEJ* suggerisce di agire sul contenuto dell'atto d'appello poiché l'ampiezza della devoluzione era (ed è tuttora) determinata dal solo atto introduttivo (Cass., 22 juin 1999, n. 97-15225, in *Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation*, I, n. 206, 134) e non dalle successive scritture delle parti. Brevemente, l'appellante avrebbe individuato con l'atto d'appello le parti della sentenza da riformare; le parti indicate avrebbero determinato l'estensione della devoluzione e, infine, la devoluzione avrebbe determinato l'oggetto dell'appello; gli altri atti successivi – ossia le conclusioni dell'appellante e dell'intimato – non avrebbero inciso sulla estensione della devoluzione, ma avrebbero tuttal più circoscritto la cognizione del giudice. Come è stato correttamente osservato, occorrerebbe infatti tenere distinto l'*effet dévolutif de l'appel* da l'*étendue de la saisine de la cour d'appel/objet du litige*, rectius l'oggetto dell'appello dall'oggetto della contestazione/critica; sul punto, P. GERBAY – N. GERBAY, *op. cit.*, 251; N. GERBAY, voce *Appel. Effet dévolutif*, cit., n. 28; in giurisprudenza, Cass., 8 janv. 2002, n. 99-20773, in *RTD civ.*, 2002, 361..

79 In generale sulla riforma, si veda LASSERE, *La nouvelle Procédure civile après les réformes*, Issy-les-Moulineaux, 2018; sulla riforma del giudizio d'appello, si cfr. con FRICERO, *L'appel nouveau est arrivé*, in *Recueil Dalloz*, 2017, 1057; ANDRIEU, *La réforme de la procédure d'appel*, in *Gazette du Palais*, n. 37, 2017, 45.

80 Prima della riforma, l'art. 542 c.p.c. prevedeva genericamente che le parti potessero domandare alla corte d'appello la riforma o l'annullamento di una decisione resa in primo grado, mentre l'art. 562 c.p.c. statuiva che il deferimento alla corte fosse limitato ai soli capi espressamente o implicitamente criticati e quelli da essi dipendenti. In particolare, quest'ultima previsione statuiva che «1. *L'appel ne défère à la cour que la connaissance des chefs de jugement qu'il critique expressément ou implicitement et de ceux qui en dépendent.* – 2. *La dévolution s'opère pour le tout lorsque l'appel n'est pas limité à certains chefs, lorsqu'il tend à l'annulation du jugement ou si l'objet du litige est indivisible*». In assenza di una espressa critica, la devoluzione operava per il tutto (il cd. *appel général*), come avviene per l'impugnazione esperita per l'annullamento del giudizio o per quella contro una sentenza con oggetto indivisibile. Dal punto di vista procedimentale, l'atto d'appello poteva essere generale (quando non indicava i capi impugnati) o limitato (nell'ipotesi in cui detta indicazione sussistesse). Nel primo caso, come nell'eventualità di appello-annullamento e di appello su oggetto indivisibile, la devoluzione operava per il tutto, e il *decisum* in primo grado poteva completamente rimettersi in discussione; nel secondo caso, invece, le barriere imposte dall'atto introduttivo rendevano successivamente indiscutibili i capi non appellati (si veda Cass., 22 juin 1999, n. 97-15225, cit., 134; CA Lyon, 20 mai 1980, *Gazette du Palais*, 1981, I, 93). Nella più parte dei casi, si parlava di appello generale *implicite* per identificare questo gravame caratterizzato dall'automatica devoluzione totale della regiudicanda. A fronte di una piena devoluzione, la cognizione del giudice poteva poi concentrarsi sui soli capi contestati nelle conclusioni; in questa ipotesi, la corte pronunciava su tutti capi impugnati e devoluti, ma la decisione d'appello non poteva che essere conforme nelle parti non contestate (Così, Cass., 24 juin 2004, n. 02-11160, in *Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation*, II, n. 309; in dottrina, CAYROL, *op. ult. cit.*, 15). Ovviamente, nulla escludeva che l'appellante, con l'atto introduttivo, decidesse di circoscrivere *ab origine* la devoluzione limitando l'impugnazione a specifici

inciso sull'introducibilità di nuovi elementi in appello, abrogando specifiche previsioni che consentivano l'accesso a nuove *prétentions*⁸¹. Nulla è stato espressamente previsto a livello di attività asseverativa, ma l'interdizione al compimento di nuove attività di allegazione ha di riflesso comportato una riduzione delle riaperture della *mise en état*.

Un'importante modifica – non incidente, però, sull'effetto devolutivo dell'appello – è recentemente intervenuta con il decret n. 2019-1333 dell'11 dicembre 2019 che, da un lato, ha consacrato il principio dell'esecuzione provvisoria delle decisioni di primo grado e, dall'altro, ha modificato le procedure di primo grado applicabili, per rinvio normativo, al grado di appello⁸².

Alla luce di questo breve *excursus*, deve quindi notarsi che – malgrado le plurime opportunità di riforma – il legislatore francese ha preferito mantenere la *voie d'achèvement* a discapito della *voie de réformation*. Ciò nonostante, il malcontento dei più si è ormai palesato: considerato il continuo dibattito sul punto, pare ormai innegabile che codesta configurazione di gravame determini – per l'eccessiva durata del giudizio e per le distorsioni a cui si presta – un'evidente insoddisfazione negli operatori del diritto.

capi della sentenza. Sebbene dal testo traspaia con difficoltà, nella prassi prevaleva il ricorso all'*appel général*, mentre l'appello limitato, frutto della specifica volontà delle parti, costituiva l'eccezione (così, DUHAMEL, *op. cit.*, 48; in giurisprudenza, così già da Cass, 28 aprile 1903, in *Recueil périodique et critique mensuel Dalloz*, 1903, 1, 296). La proposizione di un *appel-limité* era un'eventualità piuttosto rara poiché la difesa dell'appellante non aveva interesse a precludersi la possibilità di mettere in discussione taluni capi della sentenza, quando la riduzione della cognizione poteva intervenire in un secondo momento con la circoscrizione dell'oggetto del litigio proveniente dalle sue conclusioni (v. ancora DUHAMEL, *op. loc. ult. cit.*). L'attuale testo di legge, a seguito della riforma del 2017, ha invece attribuito maggiore rilevanza all'attività selettiva dell'appellante, chiedendo l'espressa indicazione dei capi criticati all'interno dell'atto d'appello. Così, il nuovo art. 542 ha specificato che l'*appel* tende alla riforma o all'annullamento della decisione in forza di una critica al giudizio di primo grado («l'*appel* tend, par la critique du jugement rendu par une juridiction du premier degré, à sa réformation ou à son annulation par la cour d'appel»); allo stesso tempo, l'art. 562 c.p.c. ha chiarito che il deferimento avviene per i soli capi espressamente criticati («1. L'*appel* défère à la cour la connaissance des chefs de jugement qu'il critique expressément et de ceux qui en dépendent. – 2. La dévolution ne s'opère pour le tout que lorsque l'*appel* tend à l'annulation du jugement ou si l'objet du litige est indivisible»). Coerentemente, il requisito della critica è stato comminato, a pena di nullità, dall'art. 901 c.p.c. La riforma ha abolito quindi la possibilità di redigere un appello generale richiedendo esplicitamente l'individuazione specifica dei capi da sottoporre alla corte (v. P. GERBAY – N. GERBAY, *op cit.*, 251; si veda, però, la corretta specificazione dello stesso N. GERBAY, voce *Appel. Effet dévolutif*, cit., n. 47, quando afferma che nulla esclude che l'appellante possa riproporre la generalità delle questioni sollevate davanti al giudice di primo grado. A ben vedere, infatti, ciò che è venuto meno è solo l'*appel général implicite* che comportava la completa devoluzione dei capi di sentenza in assenza di qualsivoglia attività di specificazione da parte dell'appellante).

81 In particolare, l'unica disposizione riformata è l'art. 566 c.p.c.; originariamente, infatti, accanto alla possibilità di introdurre le cd. domande accessorie/di completamento, il legislatore consentiva altresì di esplicitare le *prétentions* che erano *virtuellement comprises* nelle domande e nelle difese di primo grado. Su questa deroga ormai abrogata, si veda, anche per i rinvii alla giurisprudenza, P. GERBAY – N. GERBAY, *Guide du procès civil en appel*, Parigi, 2015, 246.

82 SCHREIBER, *Réforme de la procédure civile: exécution provisoire de droit des décisions de justice*, in *D.Actu.*, 17 dicembre 2019; FERRAND, *Appel: introduction générale – Évolutions réglementaires ultérieures*, in *Répertoire de procédure civile*, novembre 2021 (agg. gennaio 2023).

5) CONCLUSIONI: I PRINCIPI CONVOLTI NELLA DETERMINAZIONE DELL'AMMISSIBILITÀ DI NUOVE DIFESE NELL'APPEL

La volontà di rendere l'*appel* uno strumento di completamento del processo ha indotto il legislatore francese a mantenere – ma altresì a modulare – l'apertura a nuove difese.

Come emerso dalla trattazione, il confine tra novità ammissibili ed inammissibili è stato individuato nel temperamento tra principi confliggenti: il *principe de l'immuabilité du litige* e quello della sua *évolution*⁸³.

L'immutabilità del litigio – valore cardine dell'abrogato codice del 1806 – opera come principio generale del processo francese preservando l'inalterità della regiudicanda⁸⁴. Benché depotenziato, siffatto valore continua a regolare l'intero svolgimento della procedura⁸⁵ inasprendosi progressivamente col maggiore grado di stabilità acquisito dal giudizio⁸⁶. Per quanto riguarda la fase d'appello, la sua operatività risulta persino rafforzata dal fenomeno dell'effetto devolutivo e dal principio del doppio grado di giurisdizione.

In astratto, la pregnanza e la portata di siffatto valore influiscono in modo rilevante sul giudizio d'*appel*: un ipotetico inasprimento di tale principio condurrebbe alla creazione di una *voie de stricte réformation*⁸⁷ idonea a scongiurare potenziali condotte abusive.

Ciò chiarito, è di tutta evidenza che il legislatore francese non abbia optato per questa impostazione privilegiando, invece, una concezione d'appello mediana: come riferito, la funzione riformatrice del gravame è stata affiancata a quella di completamento/prosecuzione caratterizzata dall'introducibilità di nuove difese (*supra* § 3).

83 Sul rapporto tra il principio dell'immutabilità e quello di evoluzione del litigio, si veda ampiamente MIGUET, *Immutabilité et évolution du litige*, Parigi, 1997, *passim*.

84 Le norme che recepiscono tale valore sono quelle contenute nell'art. 4, 70 e 564 c.p.c. Tralasciando l'art. 564 c.p.c. (di cui si è già ampiamente parlato, *supra* § 3), gli artt. 4 e 70 c.p.c. contribuiscono a mantenere immutata la regiudicanda in primo grado. L'art. 4 prevede, infatti, che «1. *L'objet du litige est déterminé par les prétentions respectives des parties. 2. Ces prétentions sont fixées par l'acte introductif d'instance et par les conclusions en défense. Toutefois l'objet du litige peut être modifié par des demandes incidentes lorsque celles-ci se rattachent aux prétentions originaires par un lien suffisant*»; mentre l'art. 70 c.p.c. statuisce che «1. *Les demandes reconventionnelles ou additionnelles ne sont recevables que si elles se rattachent aux prétentions originaires par un lien suffisant. 2. Toutefois, la demande en compensation est recevable même en l'absence d'un tel lien, sauf au juge à la disjoindre si elle risque de retarder à l'excès le jugement sur le tout*».

85 Così, BAGANINA, *op. cit.*, 2; VINCENT – GUINCHARD, *Procédure civile*, Parigi, 2003, n. 625.

86 Come osservato da DEBBASCH - RICCI, *Contentieux administratif*, Parigi, 2001, 431, «*plus le procès évolue et plus il se fige*».

87 LE BARS, *op. loc. cit.* Per una sintetica individuazione dei caratteri astratti dell'*appel-voie de stricte réformation*, si veda LAGARDE, *L'achèvement du procès, principale utilité de l'appel*, in *Repenser l'appel*, in *Gazette du Palais*, 2016, fuori serie n. 3, 13 ss.

A ben vedere, peraltro, siffatta elasticità dovrebbe proprio dipendere dall'altro dei sopra citati principi, ovvero dall'evoluzione del litigio⁸⁸: in forza di tale valore, il giudizio si garantirebbe un'opportuna variabilità di oggetto fondata sul dinamismo dei rapporti umani, sostanziali o processuali che siano.

D'altro canto, la possibilità che una lite evolva nel tempo e modifichi le proprie caratteristiche e i propri connotati anche portanti è una garanzia di fondamentale importanza per qualsiasi stato di diritto: i consociati difficilmente accetterebbero una decisione inattuale frutto di un processo non adattabile e, anzi, totalmente impermeabile ai mutamenti intervenuti⁸⁹. Sotto questo punto di vista, quindi, la *trasformation des données* della lite imporrebbe certamente – da un lato – un adattamento della vicenda processuale e – da un altro – la pronuncia di una *nuova* decisione alla luce degli elementi sopravvenuti⁹⁰.

Se tutti i *nova* fossero quindi giustificati dall'evoluzione del litigio, l'apertura a nuove difese non comporterebbe problemi di sorta; nella ricerca del giusto punto di equilibrio tra *voie d'achèvement* e *voie de stricte réformation*, i *conditores* hanno però ignorato i suindicati principi favorendo talvolta degenerazioni lassiste⁹¹.

Rileggendo infatti i paragrafi precedenti, è di tutta evidenza che il legislatore francese abbia favorito non solo l'evoluzione della lite, ma anche una serie di dilatazioni del tutto ingiustificate⁹²; si pensi, ad esempio, alla libera producibilità di nuove *pièces* di cui all'art. 563 c.p.c.: siffatta norma autorizza la ritenzione di documenti per tutto il primo grado di giudizio e la loro successiva produzione in corso d'appello. Lo stesso può inol-

88 Il principio è di difficile definizione poiché, come osservato da BAGANINA, *op. cit.*, 2, si tratta essenzialmente di un concetto fluido.

89 Così, CADIET – NORMAND – AMRANI-MEKKI, *op. cit.*, 794.

90 Guardando al dato normativo, è evidente la molteplicità delle disposizioni che garantiscono l'*évolution du litige* in appello: in primo luogo, l'art. 555 c.p.c. consente l'*intervention forcée* di terzi nel caso in cui l'evoluzione del litigio implichi la loro messa in causa (l'articolo, di cui si è già accennato, prevede che «*ces mêmes personnes (i terzi interessati) peuvent être appelées devant la cour, même aux fins de condamnation, quand l'évolution du litige implique leur mise en cause*»); in secondo luogo, l'art. 564 c.p.c. prevede il potere di proporre nuove *prétentions* nate dall'intervento di un terzo, dalla sopravvenienza di un fatto o dalla sua rivelazione (per l'interpretazione di questa norma si veda *supra* § 3, note 25 ss.); infine, l'art. 568 c.p.c., sull'istituto dell'*évocation* (il testo della disposizione è riportato *supra* § 3, nota 14), tiene conto dell'evoluzione del litigio disponendo che, se la corte d'appello riforma o annulla un provvedimento che ha ordinato una misura d'istruzione, o un giudizio che – statuendo su un'eccezione di procedura – ha messo fine al primo grado, questa può avocare le questioni della controversia non decise se ritiene di “buona giustizia” dare una chiusura definitiva alla lite.

91 Come è stato osservato da BUFFET, *Préface*, in GALLET, *La procédure devant la Cour d'appel*, Paris, 2003, IX, sebbene l'appello costituisca una garanzia di “buona giustizia”, «*il offre des tentations dilatoires*».

92 Questi comportamenti non dovrebbero essere ammessi, considerato altresì che il principio dell'*évolution du litige* – primario antagonista dell'immutabilità della lite – non dovrebbe estendersi sino a consentire un «*changements de stratégies*» nel corso dei gradi successivi di giudizio (così, BAGANINA, *op. cit.*, 2). Allo stesso tempo, il principio dovrebbe impedire di giustificare «dimenticanze sospette» (di questo avviso, CADIET – NORMAND – AMRANI-MEKKI, *op. cit.*, 768. Cfr. GISSER-PIERRAND, *L'évolution du litige*, in *Semaine Juridique Édition Générale*, 1978, I, n. 2888.

tre dirsi per le nuove prove e per le nuove domande riconvenzionali la cui proponibilità è soggetta ai medesimi limiti delle prime cure.

Tali fattispecie tradiscono un'eccessiva liberalità che rischia di legittimare comportamenti arbitrari e persino distorsivi: l'assenza di limitazioni rischia di compromettere la procedura d'appello attribuendo alla volontà/arbitrio delle parti un ruolo preponderante e finanche eccessivo.

Per ovviare a tale pericolo, occorrerebbe quindi che l'intero sistema processuale si conformasse al valore della *loyauté procédurale*⁹³, ossia a quel principio di correttezza e probità che dovrebbe ispirare la condotta dei litiganti.

Tale valore imporrebbe, infatti, l'immediato esercizio di tutti i poteri processuali consentendo all'avversario di difendersi adeguatamente e scongiurando l'invocazione tardiva di nuovi elementi; a ben riflettere, un suo potenziamento finirebbe proprio col legittimare il potenziamento cd. principio della concentrazione⁹⁴.

Peraltro, il recepimento di tale valore non comporterebbe una definitiva rinuncia all'evoluzione della lite: anche in tal caso, sarebbe infatti possibile introdurre una serie di correttivi volti a garantire l'elasticità della procedura.

Come da taluni ipotizzato, la concentrazione potrebbe proprio subire il correttivo dell'evoluzione del litigio prevedendo, ad esempio, che «*seuls les pièces, les faits et les moyens nouveaux qui seraient justifiés par la nécessité de répondre à la défense de l'adversaire trouveraient grâce devant cette exigence de concentration*»⁹⁵.

Cercando di sintetizzare, si potrebbe concludere che la determinazione del giusto punto di equilibrio tra rigidità ed elasticità dell'appello debba tener conto di tutti i suc-

93 Sulla lealtà processuale, si vedano – anche con opinioni discordanti – DOUCHY-OUODOT, *La loyauté procédurale en matière civile*, in *Gazette du Palais*, 17 nov. 2009, 3 ss.; MINIATO, *L'introuvable principe de loyauté en procédure civile*, in *Recueil Dalloz*, 2007, 1035 ss. Tale valore – da taluni negato – è stato definitivamente recepito nel processo francese mediante l'applicazione della regola anglosassone dell'*estoppel* (è di questo avviso, ROLAND, voce *Loyauté*, in *Lexique des termes juridiques* (diretto da GUINCHARD – DEBARD), Parigi, 2017, 694). Il principio dell'*estoppel* – ossia la regola in virtù della quale «*une partie ne peut se prévaloir d'une position contraire à celle qu'elle a prise antérieurement lorsque ce changement se produit au détriment d'un tiers*» – è stata definitivamente recepita dalla giurisprudenza francese con Cass. Ass. Pléin., 27 févr. 2009, n. 07-19841, in *BICC*, n°700, 2009. Tale principio, valido per l'attività di allegazione (ma non per quella di asseverazione), è stato però ritenuto inapplicabile in grado d'appello per limitare l'accesso di nuovi *moyens*; così, Cass. comm., 10 févr. 2005, n. 13-28262, in *Jurisdata*, n. 2015-002261. Su quest'ultima pronuncia, si veda FRICERO, *La recevabilité de moyens nouveaux en appel ou le droit de se contredire*, in *Semaine Juridique Édition Générale*, 20 aprile 2015, 16, n. 470.

94 Tale riflessione si è sviluppata in seno alla commissione incaricata nel 2003 dal Ministro della Giustizia per studiare una riforma che abbreviasse la durata del processo ed è confluita nel citato *Rapport Magendie I*. Come è stato emblematicamente osservato, l'introduzione di una concentrazione nell'esercizio dei poteri difensivi «*participe (...) clairement du principe de loyauté processuelle*» (*Rapport Magendie I*, 45). Il rapporto di derivazione intercorrente tra principio di lealtà e principio della concentrazione è ben colto da DOUCHY-OUODOT, *op. ult. cit.*, 3 ss.

95 *Rapport Magendie I*, 45.

citati valori, ossia del *principe de l'évolution du litige*, del *principe de l'immutabilité* e del *principe de loyauté*⁹⁶.

Astrattamente parlando, il principio dell'immutabilità imporrebbe il mantenimento della medesima regiudicanda, quello dell'evoluzione attribuirebbe parziale elasticità alla procedura e, infine, il principio di lealtà tutelerebbe le parti da ingiustificate derive lassiste.

Così facendo, si garantirebbe maggiore velocità al processo, ma – al contempo – si impedirebbero decisioni superate ed anacronistiche. Nel complesso, la coesistenza di questi tre valori condurrebbe quindi la procedura *d'appel* ad una ragionevole ed auspicabile razionalizzazione.

De iure condendo, si potrebbe ipotizzare il recepimento del requisito dell'evoluzione del litigio per tutte le fattispecie⁹⁷; in tal modo, l'ampliamento della cognizione deriverebbe dai soli mutamenti sostanziali e processuali della controversia, vanificando i comportamenti abusivi provenienti dalle parti⁹⁸. Sul piano pratico, tale misura determinerebbe l'estensione del principio della concentrazione oltre le barriere del singolo grado di giudizio, nell'intero processo concepito come un *unicum*⁹⁹.

In virtù dell'attuale normativa, per quanto sia auspicabile l'estensione per via giurisprudenziale e applicativa di siffatto meccanismo, la sua messa in atto pare difficilmente attuabile considerate soprattutto le possibili resistenze della classe forense: finché il gravame verrà concepito come uno strumento volto a riparare le carenze difensive del

96 Peraltro, i tre principi non sono del tutto autonomi e scollegati; come è stato osservato da ROLAND, voce *Immutabilité du litige (principe de l')*, in *Lexique des termes juridiques* (diretto da GUINCHARD – DEBARD), Parigi, 2017, 588, il principio dell'immutabilità, imponendo il mantenimento della medesima regiudicanda, sarebbe comunque destinato a favorire la lealtà del processo.

97 Questa generalizzazione imporrebbe, però, di pensare ancor più approfonditamente il concetto di evoluzione del litigio; a mio avviso, una corretta riflessione potrebbe muovere dal testo di GISSER-PIERRAND, *op. loc. ult. cit.*, nel quale l'A. giunge alla conclusione che tale situazione si concreti nel caso in cui: 1) si verifichi o si riveli un nuovo fatto idoneo ad attribuire una nuova luce alla valutazione della causa; 2) evolva la visione giuridica dei fatti allegati; 3) intervenga di un terzo nel processo. Si vedano, in giurisprudenza, CA Paris, 17 apr. 1975, in *Gazette du Palais*, 1975, 2, 442; CA Lyon, 2 apr. 1974, *Semaine Juridique*, 1975, IV, 12, voce *Intervention*. Tali conclusioni vanno specificate aggiungendo che il concetto di evoluzione non dovrebbe limitarsi ai fatti ma potrebbe riguardare anche la sopravvenienza di un nuovo testo di legge (così, GALLET – DE LEIRES, *op. cit.*, 144).

98 Come accade per l'intervento forzato del terzo, il recepimento dell'evoluzione del litigio dovrebbe impedire l'introduzione di nuove difese in appello in tutti quei casi in cui la parte avrebbe potuto esercitare il potere in primo grado. Per l'applicazione di detta regola all'intervento, si veda D'AMBRA, *op. ult. cit.*, 64; in giurisprudenza, Cass., 22 mars 1977, n. 75-12.213, in *Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation*, I, n. 145.

99 Dal punto di vista generale, il recepimento del principio dell'evoluzione del litigio sarebbe preferibile rispetto alla mera introduzione del criterio della concentrazione (dell'opinione opposta, FISCHER, *op. cit.*, n. 14). Infatti, sebbene il concetto di evoluzione determini una clausola elastica di difficile interpretazione, la sua flessibilità consentirebbe un adattamento del giudizio alle novità sopravvenute dopo la pronuncia di primo grado; al contrario, tale qualità non caratterizzerebbe il principio di concentrazione che opererebbe rigidamente vietando *tout court* l'esercizio di nuovi poteri.

primo grado¹⁰⁰, difficilmente si potrà avviare una discussione sulla diminuzione quantitativa delle difese esperibili in grado d'appello.

Nel complesso, sarebbe quindi auspicabile – da un lato – un allontanamento del legislatore francese dalla sterile diatriba *voie d'achèvement* e *voie de stricte réformation* e – dall'altro – un intervento pregnante sul *background* culturale degli operatori del diritto.

In definitiva, si dovrebbe negare che - in Francia come in Italia - il rimedio contro le distorsioni del giudizio di appello possa concretarsi in modesti interventi (*si licet*, quasi dei "rattoppi") normativi, volti a limitare i poteri delle parti; esclusa la possibilità di incrementare le risorse del comparto giustizia¹⁰¹, l'unica strada percorribile pare allora piuttosto quella di porre in essere con serietà e coraggio ampi interventi riformatori che tengano conto dell'intero sviluppo del processo e, quindi, del suo completo svolgimento nei diversi gradi di giudizio¹⁰².

100 Si veda AMRANI-MEKKI, *Présentation générale*, in *La réforme de la procédure d'appel* (diretto da CADIET – LORIFERNE), Parigi, 2011, 22.

101 Sul punto, si veda GAMBINERI, *op. cit.*, 340, la quale effettua delle valutazioni in merito all'organizzazione delle Corti di appello italiane.

102 Nell'ottica di ripensare all'appello in rapporto agli altri gradi di giudizio, PELLERIN, *Repenser l'appel: mot d'accueil*, in *Repenser l'appel*, in *Gazette du Palais*, 2016, fuori serie n. 3, 31 ss.; CHAINAIS, *Repenser l'appel à la lumière de projets de réforme de la Cour de cassation: exercice de juridique-fiction*, in *Repenser l'appel*, in *Gazette du Palais*, 2016, fuori serie n. 3, 22 ss.



Civil Procedure Review

AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

3

Transformações da reclamação no Supremo Tribunal Federal¹⁻²

Transformations of the constitutional complaint by
the Brazilian Federal Supreme Court

*Fredie Didier Jr.*³

Full Tenured Professor of Civil Procedure at the
Federal University of Bahia (UFBA), Brazil

*Leandro Fernandez*⁴

Ph.D. and Master of Laws from the Federal University of Bahia (UFBA), Brazil

- 1 Este ensaio é resultado do grupo de pesquisa “Transformações nas teorias sobre o processo e o Direito processual”, vinculado à Universidade Federal da Bahia, cadastrado no Diretório Nacional de Grupos de Pesquisa do CNPq no endereço: [dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/795837861680053]. O grupo é membro fundador da “ProcNet – Rede Internacional de Pesquisa sobre Justiça Civil e Processo contemporâneo” (<http://laprocon.ufes.br/rede-de-pesquisa>).
- 2 Parcela das ideias apresentadas neste ensaio foi anteriormente exposta por um dos autores, Fredie Didier Jr., em: DIDIER JR., Fredie. *Congresso: Sistema Brasileiro de Precedentes*. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=8kwl_YmVE>; DIDIER JR., Fredie. *Reclamação das Cortes Supremas*. Disponível em: <<https://m.youtube.com/watch?v=Yk4LuUIDIkw&pp=ygUYUmVjbGFtYWVhbyBmcmVkaWUgZGlkaWVv>>; DIDIER JR., Fredie. *Reclamação*. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=9n7H--lrVeQ>>.
- 3 Professor Titular da Universidade Federal da Bahia, nos cursos de Graduação, Mestrado e Doutorado. Advogado. Pós-Doutorado pela Universidade de Lisboa. Livre-Docente pela USP. Doutor em Direito pela PUC-SP. Mestre em Direito pela UFBA. Membro da Associação Internacional de Direito Processual, do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual, do Instituto Brasileiro de Direito Processual e da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo. frediedidier@gmail.com.
- 4 Juiz do Trabalho no TRT-6. Doutor e Mestre em Direito (UFBA). Membro da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo e do Instituto Brasileiro de Direito Processual. fernandez.leandro@hotmail.com.

Resumo: O artigo analisa a evolução da compreensão a respeito da reclamação promovida pela prática da sua utilização no Supremo Tribunal Federal, especialmente quanto à reclamação para garantia da autoridade de decisão.

Palavras-chave: Direito Processual Constitucional. Reclamação. Supremo Tribunal Federal.

Sumário: 1. Introdução. 2. Notas sobre o surgimento da reclamação e a importância da dimensão prática do fenômeno jurídico. 3. Aspectos gerais do regime jurídico da reclamação. 4. Transformações da reclamação. 4.1. Transformações no parâmetro de controle: a compreensão do sentido do termo “decisão”. 4.2. Transformações nas funções da reclamação. 4.2.1. Interpretação do precedente. 4.2.2. Superação do precedente. 4.2.3. Reclamação para permitir a revisão de decisão sobre a existência de repercussão geral. 4.2.4. Sinalização. 4.2.5. Garantia de futuro entendimento. 4.2.6. Distinção. 4.2.7. Controle incidental de inconstitucionalidade. 4.2.8. A peculiaridade da reclamação envolvendo liberdade de imprensa. Reclamação como recurso *per saltum*. 4.2.9. Reclamação e coisa julgada. 5. Reclamação contra ato de ente administrativo ou de controle. 6. Conclusões. Referências bibliográficas.

Abstract: *The article analyzes the evolution of the understanding of the claim promoted by the practice of its use in the Brazilian Federal Supreme Court, especially regarding the claim to guarantee the authority of a decision.*

Keywords: *Constitutional Procedural Law. Claim. Brazilian Federal Supreme Court.*

Contents: 1. Introduction. 2. Notes on the emergence of the claim and the importance of the practical dimension of the legal phenomenon. 3. General aspects of the legal regime of the claim. 4. Transformations of the claim. 4.1. Transformations in the control parameter: understanding the meaning of the term “decision”. 4.2. Transformations in the functions of the claim. 4.2.1. Interpreting the precedent. 4.2.2. Overruling the precedent. 4.2.3. Claim to allow review of decision on the existence of general repercussion. 4.2.4. Signaling. 4.2.5. Guarantee of future understanding. 4.2.6. Distinction. 4.2.7. Incidental control of constitutionality. 4.2.8. The peculiarity of the claim involving freedom of the press. Claim as *per saltum* appeal. 4.2.9. Claim and *res judicata*. 5. Claim against an act of an administrative or control entity. 6. Conclusions. Bibliographic references.

1. INTRODUÇÃO

O objetivo deste ensaio é examinar as transformações ocorridas na reclamação.

A abordagem não se restringirá às mudanças operadas no regime jurídico do instituto pelo Código de Processo Civil de 2015. Ela será dedicada a analisar a evolução da compreensão a respeito da reclamação promovida pela *prática* da sua utilização no Supremo Tribunal Federal, especialmente quanto à reclamação para garantia da autoridade de decisão.

Além das suas funções tradicionais, o Supremo Tribunal Federal tem conferido outras funções à reclamação: interpretação do precedente, superação do precedente, viabilização da revisão de decisão sobre repercussão geral, utilização das técnicas de

distinção (*distinguishing*) e sinalização (*signaling*), garantia de futuro entendimento, realização de controle incidental de inconstitucionalidade, recurso *per saltum* em matéria de liberdade de imprensa, desconstituição da coisa julgada, cessação da eficácia de decisão transitada em julgado, revisão da coisa julgada, solução de conflito entre duas decisões após o trânsito em julgado.

O ensaio também tem o objetivo de contribuir para a *organização* da abordagem conferida aos efeitos das decisões em reclamação. Nem sempre, na fundamentação de decisões do Supremo Tribunal Federal, tem sido adotado maior rigor dogmático na alusão a categorias jurídicas muito diferentes entre si: “rescisão”, “revisão”, “superação”, “precedente”, “coisa julgada”, por exemplo, são termos por vezes mal empregados ou inapropriadamente omitidos nas decisões. Ao fazê-lo, o tribunal não comunica bem o resultado da sua atuação, o que parece dificultar o desenvolvimento da doutrina sobre a reclamação. Busca-se, aqui, ajudar a “limpar o terreno” para o avanço de novas reflexões.

Ao final, será proposta uma nova interpretação para a reclamação contra ato administrativo por contrariedade a precedente do Supremo Tribunal Federal.

2. NOTAS SOBRE O SURGIMENTO DA RECLAMAÇÃO E A IMPORTÂNCIA DA DIMENSÃO PRÁTICA DO FENÔMENO JURÍDICO

Além do estudo dos fundamentos teóricos da Ciência do Direito Processual e das manifestações da jurisprudência sobre a interpretação e a aplicação do Direito, a identificação e a compreensão das soluções construídas a partir da dimensão prática do fenômeno jurídico — notadamente, das *boas práticas*⁵ — são tarefas que não devem ser negligenciadas pelo processualista⁶.

A indeterminação, a vagueza ou mesmo a lacuna das disposições normativas processuais oferecem oportunidade para que os operadores do Direito – juízes, advogados, membros do Ministério Público, defensores públicos etc. – encontrem soluções práticas dogmaticamente interessantes e eficientes para o adequado funcionamento do sistema de justiça.

Desde práticas em julgamentos colegiados (o relator anunciar previamente o resultado do seu voto, de modo a que o advogado possa, se for o caso, abdicar da sustentação oral, por exemplo), as práticas em processos estruturais (audiência preliminar para

5 “Uma prática deve ser qualificada como *boa* não por ser do agrado dos operadores envolvidos com o caso, mas a partir do atendimento de quatro requisitos essenciais aferíveis objetivamente à luz do ordenamento jurídico e do resultado concreto das ações adotadas: adequação a um caso, a um perfil de casos ou a determinada demanda social; conformidade com o ordenamento jurídico; caráter inovador; promoção de determinado bem jurídico em extensão superior àquela assegurada pelos modelos básicos tradicionalmente adotados” (DIDIER JR., Fredie; FERNANDEZ, Leandro. *O Conselho Nacional de Justiça e o Direito Processual: administração judiciária, boas práticas e competência normativa*. 2. ed. São Paulo, Juspodivm, 2023, p. 129).

6 DIDIER JR., Fredie. “Do que se ocupa um processualista?”. *Civil Procedure Review*, v. 12, 2021, p. 123.

conhecimento do caso, ilustrativamente); de práticas na arbitragem internacional relacionadas ao controle da imparcialidade do julgador (como os comportamentos devidos pelo árbitro no sentido de informar as partes, exemplificativamente), àquelas relativas à produção da prova (como os testemunhos em conferência, por exemplo).

Seria equivocado afirmar que o sistema brasileiro de justiça simplesmente *tolera* a adoção de práticas inovadoras; ele, na verdade, as *estimula*. Mais ainda: *supõe* que serão adotadas pelos operadores do Direito e *oferece* fundamentos normativos para tanto⁷.

O instituto da reclamação é um dos mais evidentes exemplos de como a prática processual pode produzir resultados virtuosos e mesmo promover mudanças no Direito.

Modelada pela criatividade do Supremo Tribunal Federal, em uma iniciativa, provavelmente não planejada, de experimentação processual, não linear nem uniforme, a reclamação é um instrumento concebido para a solução de problemas práticos no exercício das competências do tribunal⁸. Diante da ausência de previsão legal específica, teve sua base dogmática desenvolvida, inicialmente, a partir da *teoria dos poderes implícitos*⁹.

Mesmo após sua incorporação ao Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal¹⁰ e sua previsão na Constituição Federal e na legislação, a reclamação permanece *em movimento*.

7 DIDIER JR., Fredie; FERNANDEZ, Leandro. *O Conselho Nacional de Justiça e o Direito Processual: administração judiciária, boas práticas e competência normativa*, cit., p. 127.

8 DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. *Reclamação constitucional no direito brasileiro*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2000, p. 469.

9 STF, Pleno, Rcl n. 141 primeira, rel. Min. Rocha Lagoa, j. em 25.01.1952, publicado em 17.04.1952. Após uma etapa inicial em que se entendia pela possibilidade de uso da reclamação exclusivamente no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF, Pleno, Rp n. 1.092, rel. Min. Djaci Falcao, j. em 31.10.1984, publicado em 19.12.1984), passou-se a admitir seu ajuizamento perante Tribunais de Justiça, desde que houvesse previsão nesse sentido na Constituição estadual (STF, Pleno, ADI n. 2.212, rel. Min. Ellen Gracie, j. em 02.10.2003, publicado em 14.11.2003), e, mais adiante, mesmo na ausência de tal previsão, como decorrência dos poderes implícitos dos tribunais (STF, Pleno, ADI n. 2.480, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 02.04.2007, publicado em 15.06.2007), compreensão que, porém, não foi estendida em relação ao Tribunal Superior do Trabalho (STF, Pleno, RE n. 405.031, rel. Min. Marco Aurélio, j. em 15.10.2008, publicado em 17.04.2009). A teoria dos poderes implícitos já foi adotada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal para fundamentar, por exemplo, o poder investigatório do Ministério Público (STF, Pleno, RE n. 593.727, rel. Min. Cezar Peluso, rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, j. em 14.05.2015, publicado em 08.09.2015), a competência do Tribunal de Contas da União para realizar a desconsideração da personalidade jurídica (STF, Pleno, MS n. 35.506, rel. Min. Marco Aurélio, rel. p/ acórdão Min. Ricardo Lewandowski, j. em 10.10.2022, publicado em 14.12.2022), o poder de requisição da Defensoria Pública (STF, Pleno, ADI n. 6.875, rel. Min. Alexandre de Moraes, j. em 21.02.2022, publicado em 17.03.2022), a competência do Conselho Nacional de Justiça para editar atos normativos e para adotar providências cautelares (respectivamente, STF, Pleno, ADC n. 12, rel. Min. Carlos Britto, j. em 20.08.2008, publicado em 18.12.2009, e STF, 1ª T., MS n. 38.055 AgR, rel. Min. Rosa Weber, j. em 04.11.2021, publicado em 16.11.2021).

10 Emenda Regimental aprovada em 2/10/1957 inseriu, no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal de 1940, o Capítulo V-A do Título III, com a disciplina sobre a reclamação.

O instituto parece ser vocacionado à criação de condições para a instrumentalização dos avanços na compreensão sobre o modo de exercer a função jurisdicional.

Não por acaso, a evolução do controle de constitucionalidade e do sistema de precedentes vinculantes no Brasil foi acompanhada de expressivas mudanças em relação ao cabimento e às funções da reclamação¹¹, como manifestações integradas de um mesmo fenômeno histórico de nova compreensão do modo de se fazer justiça via Poder Judiciário.

Esse processo produziu, também, uma impressionante elevação no quantitativo de reclamações no Supremo Tribunal Federal nas últimas décadas:

- i. até 1990, foram ajuizadas 349 reclamações¹²;
- ii. de 1991 até 2000, foram ajuizadas 1.429 reclamações;
- iii. de 2001 até 2010, foram ajuizadas 9.320 reclamações;
- iv. de 2011 até 2020, foram ajuizadas 34.295 reclamações;
- v. de 2021 até julho de 2024 (três anos e meio, portanto), foram ajuizadas 24.828 reclamações¹³.

Por tudo isso, é relevante apresentar as transformações promovidas pelo Supremo Tribunal Federal no instituto da reclamação. Essas mudanças têm sido concentradas, com maior intensidade, na reclamação para garantir a autoridade de decisão, que, por essa razão, será o objeto principal deste ensaio.

É inevitável, porém, antecipar uma conclusão. Assim como ocorreu com o recurso extraordinário, as transformações vivenciadas pela reclamação evidenciam um claro processo de *objetivação* do instituto, que passa a desempenhar um novo

- 11 DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro; BRANCO, Pedro Gonet. “A construção da reclamação constitucional e sua importância para a realização da justiça”. In: RODRIGUES, Maria Isabel Diniz Gallotti; FONSECA, Reynaldo Soares da (coord.). *Repensar a justiça: estudos em homenagem à Ministra Assusete Magalhães*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2023, p. 148; DANTAS, Bruno; LEME, Hugo. “A resignificação da reclamação e o conceito de “esgotamento de instância” previsto no art. 988, §5º, II, do CPC/2015: um novo requisito de procedibilidade instituído pela minirreforma do CPC 2015”. In: MARINONI, Luiz Guilherme; SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). *Processo constitucional*. São Paulo: RT, 2019, p. 672. Georges Abboud visualiza como funções contemporâneas da reclamação a cognitiva (destinada à revisão de decisões vinculantes), a esclarecedora-integrativa, a preventiva e a extensiva (ABBOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2021, p. 1.047-1.055).
- 12 A partir da vigência do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal de 1970, iniciou-se nova sequência numérica das reclamações. Antes desse marco, reclamações e representações eram registradas sob a mesma sequência numérica (MENDES, Gilmar Ferreira. “A Reclamação Constitucional no Supremo Tribunal Federal: algumas notas”. *Direito Público*, n. 12, abr./jun. 2006, p. 25).
- 13 É notável o fenômeno recente de ajuizamento de expressivo número de reclamações no Supremo Tribunal Federal em matéria trabalhista, geralmente associadas aos temas dos contratos de terceirização e de outras formas de divisão de trabalho (tendo como paradigmas a ADPF n. 324, o RE n. 958.252, a ADI n. 5.625 e a ADC n. 48) e da responsabilidade subsidiária da Administração Pública em relação a créditos trabalhistas (sendo paradigmas a ADC n. 16 e o RE n. 760.931). É razoável supor que parcela considerável dos novos casos registrados corresponda a esse fenômeno.

— e importantíssimo — papel no controle de constitucionalidade e no sistema brasileiro de precedentes¹⁴.

3. ASPECTOS GERAIS DO REGIME JURÍDICO DA RECLAMAÇÃO

A reclamação está prevista nos arts. 102, I, *l*, e 103-A, § 3º (Supremo Tribunal Federal), 105, I, *f* (Superior Tribunal de Justiça), e 111-A, § 3º (Tribunal Superior do Trabalho), da Constituição Federal, nos arts. 988 a 993 do Código de Processo Civil¹⁵, no art. 7º da Lei n. 11.417/2006, nos arts. 56, § 3º, 64-A e 64-B da Lei n. 9.784/1999 e nos arts. 584 a 587 do Código de Processo Penal Militar¹⁶. No âmbito do Supremo Tribunal Federal, as principais disposições a respeito são os arts. 9º, I, *c* (competência das Turmas), 70 (distribuição), 149, III (prioridade no julgamento), e 156 a 162 (processamento).

O Código de Processo Civil estabeleceu a possibilidade de utilização da reclamação no âmbito de qualquer tribunal (art. 988, § 1º). A competência para julgamento da ação¹⁷ será do órgão jurisdicional cuja competência se busca preservar ou cuja autoridade se pretenda garantir.

- 14 “(...) o papel da reclamação na jurisdição constitucional está em processo de redefinição a fim de, desprendendo-se de um perfil subjetivista, caracterizar-se como um instrumento de tutela do *ius constitutionis*. Dito de maneira mais explícita, opera-se uma ressignificação da reclamação em prol, à semelhança do que ocorreu com o recurso extraordinário, de sua objetivação, ou seja, de *locus* de fixação de teses jurídicas” (STF, decisão monocrática, Rcl n. 30.304, rel. Min. Luiz Fux, j. em 22.05.2019, publicado em 24.05.2019).
- 15 O art. 1.072, IV, do Código de Processo Civil revogou os arts. 13 a 18 da Lei n. 8.038/1990, que disciplinavam a reclamação no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça.
- 16 Os arts. 584 a 587 do Código de Processo Penal Militar preveem a reclamação ao Superior Tribunal Militar. A disciplina ali contida é, em essência, idêntica àquela que viria a ser adotada pelo Código de Processo Civil, com exceção em relação aos prazos.
- 17 A reclamação é ação autônoma, de competência originária de tribunal (DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. 21ª ed. São Paulo: Juspodivm, 2024, v.3, p. 711; MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, t. 5, p. 287; GÓES, Gisele Santos Fernandes. “Reclamação constitucional”. In: DIDIER, Fredie (Org.). *Ações Constitucionais*. Salvador: Juspodivm, 2007, p. 508; MORATO, Leonardo L. *Reclamação e sua aplicação para o respeito da súmula vinculante*. São Paulo: RT, 2007, p. 109; SANTOS, Alexandre Moreira Tavares do. “Da reclamação”. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, v. 808, fev.-2003, p. 151; PACHECO, José da Silva. “A ‘reclamação’ no STF e no STJ de acordo com a nova Constituição”. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, v. 646, ago.-1989, p. 30; TALAMINI, Eduardo. *Novos aspectos da jurisdição constitucional brasileira: repercussão geral, força vinculante, modulação dos efeitos do controle de constitucionalidade e alargamento do objeto do controle direto*. São Paulo: Tese de livre-docência apresentada na USP, 2008, p. 173; LEONEL, Ricardo de Barros. *Reclamação constitucional*. São Paulo: RT, 2011, p. 171; MINGATI, Vinicius Secafen. *Reclamação (neo) constitucional: precedentes, segurança jurídica e os juizados especiais*. Brasília, Gazeta Jurídica, 2012, p. 79; TAKOI, Sérgio Massuro. *Reclamação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 44; STRATZ, Murilo. *Reclamação na jurisdição constitucional*. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2015, p. 16; OLIVEIRA, Pedro Miranda. “Da reclamação”. CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coord.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, n. 1 ao art. 988, p. 1.455). O Supremo Tribunal Federal já qualificou a reclamação como manifestação do direito de petição (STF, Pleno, ADI n. 2.212, rel. Min. Ellen Gracie, j. em 02.10.2003, publicado em 14.11.2003), como recurso (STF, Pleno, RE n. 405.031, rel. Min. Marco Aurélio, j. em 15.10.2008, publicado em 17.04.2009) e, mais recentemente, como ação (STF, Pleno, Rcl n. 16.418 AgR-ED, rel. Min. Teori Zavascki, j. em 28.05.2014, publicado em 18.06.2014).

São legitimados para o ajuizamento da reclamação a parte interessada e o Ministério Público (art. 988, *caput*, CPC).

A reclamação é cabível para *a)* preservação da competência do tribunal e *b)* garantia da autoridade de decisão do tribunal, que abrange a observância de *b.1)* decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade, *b.2)* enunciado de súmula vinculante¹⁸, *b.3)* acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência, *b.4)* acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida¹⁹ ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos (art. 988, *caput* e § 5º, II, CPC).

Como se nota, o paradigma na reclamação destinada a garantir a autoridade de decisão do tribunal pode corresponder à norma individualizada extraída da parte dispositiva da decisão ou à norma do precedente, de observância obrigatória, reconstruída a partir da fundamentação²⁰. O tema será retomado mais adiante.

A reclamação não é instrumento adequado para buscar a uniformização da interpretação do tribunal a respeito de certa matéria²¹, mas apenas para preservar sua competência ou assegurar a autoridade do paradigma. Isso não significa, no entanto, que não seja possível utilizar técnicas para uniformização ou prevenção da divergência na interpretação adotada nas *decisões das reclamações*. É possível, então, de acordo com o caso, a instauração de incidente de resolução de demandas repetitivas²² ou de incidente de assunção de competência²³ em reclamação.

18 Não é cabível reclamação para garantir a autoridade de enunciado de súmula não vinculante (STF, 2ª T., Rcl n. 61.938 AgR, rel. Min. André Mendonça, j. em 17.06.2024, publicado em 26.07.2024).

19 Defendendo, antes do Código de Processo Civil de 2015, o cabimento da reclamação para preservação da autoridade de decisão proferida em recurso extraordinário com repercussão geral, em razão do processo de *objetivação* do recurso extraordinário, DIDIER JR., Fredie. “Transformações do recurso extraordinário”. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 986.

20 Em sentido diverso, negando o cabimento da reclamação para assegurar a autoridade do *precedente*, ressalvado aquele subjacente a enunciado de súmula vinculante, por determinação constitucional (MITIDIERO, Daniel. *Reclamação nas Cortes Supremas: entre a autoridade da decisão e a eficácia do precedente*. São Paulo: RT, 2022, p. 60-64).

21 STF, Pleno, Rcl n. 2.665 AgR, rel. Marco Aurélio, j. em 23.02.2005, publicado em 17.06.2005.

22 AZEVEDO, Gustavo. *Reclamação constitucional no direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 203-229.

23 Na Rcl n. 60.620, o Procurador-Geral da República suscitou incidente de assunção de competência com o objetivo de buscar a uniformização do entendimento das Turmas do Supremo Tribunal Federal a respeito do cabimento da reclamação, com fundamento na garantia da autoridade das decisões proferidas na APDF n. 324, no RE n. 958.252, nas ADIs n. 5.625 e n. 3.961 e na ADC n. 48, para impugnar decisão da Justiça do Trabalho que reconhece a existência de vínculo de emprego. A Rcl n. 60.620 não foi admitida pelo Relator, que, por isso, considerou prejudicado o requerimento de instauração do incidente (STF, decisão monocrática, Rcl n. 60.620, rel. Min. Edson Fachin, j. em 09.04.2024, publicado em 11.04.2024). A decisão foi posteriormente reformada, com o julgamento de procedência da reclamação, não havendo, no entanto, qualquer manifestação a respeito da instauração de incidente de assunção de competência (STF, 2ª T., Rcl n. 60.620 AgR, rel. Min. Edson Fachin, rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, j. em 11.06.2024, publicado em 26.06.2024), o que persistiu na decisão de embargos de declaração (STF, 2ª T., Rcl n. 60.620 AgR-ED, rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 19.08.2024, publicado em 23.08.2024).

A reclamação também não se presta a impedir possível futuro ato contrário a enunciado de súmula vinculante ou decisão do tribunal, por não possuir finalidade preventiva²⁴. Não se pode buscar, por meio da reclamação, tutela inibitória²⁵.

Para a utilização da reclamação, é necessário haver processo pendente, não sendo admitido seu ajuizamento após o trânsito em julgado da decisão reclamada (Enunciado n. 734 da Súmula de Jurisprudência Predominante do STF; art. 988, § 5º, I, CPC). No entanto, eventual inadmissibilidade ou julgamento do recurso interposto contra a decisão proferida pelo órgão reclamado não prejudicará o conhecimento e o julgamento da reclamação (art. 988, § 6º, CPC) — fala-se, aqui, em um efeito obstativo da reclamação, que impede o trânsito em julgado²⁶.

O Supremo Tribunal Federal estabeleceu dois outros requisitos de admissibilidade da reclamação destinada a garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida:

- a) é necessário haver o prévio esgotamento das instâncias ordinárias²⁷, que ocorre com o julgamento de agravo interno interposto contra a decisão do Presidente ou Vice-Presidente de tribunal local que nega seguimento ao recurso extraordinário²⁸. Esse requisito passou a ser expressamente previsto no art. 988, § 5º, II, do Código de Processo Civil;
- b) deve ser demonstrado na petição inicial que a decisão reclamada é teratogênica, assim entendida aquela que, de maneira inequívoca, incorretamente deixa de aplicar tese fixada em repercussão geral, aplica-a a situação manifestamente impertinente²⁹ ou não apresenta fundamentos para sua superação³⁰. A decisão que adota interpretação razoável e plausível de tese estabelecida em repercussão geral, embora não necessariamente a mais adequada, não é considerada teratogênica³¹.

24 STF, Pleno, Rcl n. 1.859, rel. Min. Maurício Corrêa, j. em 20.05.2002, publicado em 02.08.2002. Em sentido diverso, admitindo a possibilidade de uma função preventiva da reclamação, ABBoud, Georges. *Processo constitucional brasileiro*, cit., p. 1.054.

25 MITIDIERO, Daniel. *Reclamação nas Cortes Supremas: entre a autoridade da decisão e a eficácia do precedente*, cit., p. 72.

26 DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. 21ª ed. São Paulo: Juspodivm, 2024, v.3, p. 720.

27 É interessante observar que, na Rcl n. 25.236, que versava sobre o tema da possibilidade de condenação de Estado ao pagamento de honorários advocatícios à respectiva Defensoria Pública, foi expressamente dispensado o prévio esgotamento das instâncias ordinárias, uma vez que a reclamação destinava-se não propriamente a garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida, mas o exercício da competência do tribunal de revisar suas próprias teses — no caso, a compreensão quanto à inexistência de repercussão geral da matéria (STF, decisão monocrática, Rcl n. 25.236, rel. Min. Roberto Barroso, j. em 23.04.2016, publicado em 26.04.2018).

28 STF, Pleno, Rcl n. 47.262 AgR, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 15.09.2021, publicado em 24.09.2021.

29 STF, 1ª T., Rcl n. 28.338 AgR, rel. Min. Alexandre de Moraes, j. em 27.10.2017, publicado em 14.11.2017.

30 STF, 1ª T., Rcl n. 28.407 AgR, rel. Min. Luiz Fux, j. em 15.06.2018, publicado em 27.06.2018.

31 STF, Pleno, Rcl n. 44.930 AgR, rel. Min. Luiz Fux, j. em 28.03.2022, publicado em 25.04.2022.

Além disso, para os casos em geral de reclamação para a garantia da autoridade de enunciado de súmula vinculante e de decisão em controle concentrado de constitucionalidade ou em recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida, exige-se que o paradigma seja anterior à decisão reclamada³². Não é logicamente possível, afinal, a prática de ato que atente contra a autoridade de uma decisão que ainda não existe. No entanto, o Supremo Tribunal Federal tem, em casos excepcionais, afastado essa exigência e admitido reclamações contra atos anteriores ao surgimento do paradigma³³⁻³⁴.

A petição inicial da reclamação deve ser instruída com prova documental e dirigida ao presidente do tribunal (art. 988, § 2º, CPC). Recebida, será autuada e distribuída ao relator do processo principal³⁵, sempre que possível (art. 988, § 3º, CPC).

O art. 989 do CPC estabelece que o relator *a)* requisitará informações da autoridade a quem for imputada a prática do ato impugnado, que as prestará no prazo de dez dias³⁶; *b)* se necessário, ordenará a suspensão do processo ou do ato impugnado para evitar dano irreparável; *c)* determinará a citação do beneficiário da decisão impugnada, que terá prazo de quinze dias para apresentar a sua contestação.

32 STF, Pleno, Rcl n. 10.199 AgR, rel. Min. Teori Zavaski, j. em 18.12.2013, publicado em 19.02.2014; STF, 1ª T., Rcl n. 48.909 AgR, rel. Min. Dias Toffoli, j. em 29.11.2021, publicado em 10.02.2022; STF, 2ª T., Rcl n. 39.190 AgR, rel. Min. Cármen Lúcia, j. em 02.02.2021, publicado em 05.04.2021.

33 A exemplo do ocorrido na Rcl n. 4.335, ajuizada com fundamento na decisão proferida no HC n. 82.959, em que se declarou a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990 (STF, Pleno, HC n. 82.959, rel. Min. Marco Aurélio, j. em 23.02.2006, publicado em 01.09.2006). Com a posterior edição do enunciado n. 26 da súmula vinculante, que adotou esse posicionamento, a Rcl n. 4.335 veio a ser julgada procedente, a despeito de ter sido ajuizada mais de três anos antes da criação do paradigma (STF, Pleno, Rcl n. 4.335, rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 20.03.2014, publicado em 22.10.2014).

34 Em decisões monocráticas, o Ministro Gilmar Mendes tem afirmado a possibilidade de utilização da reclamação para impugnar decisão publicada em data anterior ao paradigma indicado, com o objetivo de obter-se a suspensão da execução dos efeitos futuros da decisão reclamada, ampliando-se o cabimento da reclamação para assegurar a observância dos precedentes do Supremo Tribunal Federal. Em alguns casos, essa compreensão é acompanhada pelos demais integrantes da Segunda Turma do tribunal, como em STF, 2ª T., Rcl n. 35.769 AgR, rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 27.04.2020, publicado em 14.05.2020. Em outras situações, esse posicionamento é expressamente rejeitado, a exemplo de STF, 2ª T., Rcl n. 43.952 AgR, rel. Min. Gilmar Mendes, rel. p/ acórdão Min. Edson Fachin, j. em 13.11.2023, publicado em 23.02.2024. Curiosamente, há registro de julgamento de reclamações na mesma sessão, em 13.11.2023, com resultados divergentes, ora pela aceitação do uso da reclamação para impugnar ato anterior ao paradigma (STF, 2ª T., Rcl n. 45.227 AgR, rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 13.11.2023, publicado em 24.01.2024), ora pela rejeição desse uso (Rcl n. 43.952 AgR, anteriormente mencionada), em razão de diferença parcial na composição do colegiado em cada julgamento.

35 Obviamente, nem sempre haverá um *processo principal* no tribunal que julgará a reclamação, como em situações de usurpação de competência (BRANDÃO, Cláudio. *Reclamação constitucional no Processo do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2017, p. 78).

36 O art. 157 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal prevê que as informações devem ser prestadas pela autoridade no prazo de cinco dias.

A exigência legal de citação do beneficiário da decisão impugnada tem sido, em diversos casos, dispensada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal³⁷, sob o fundamento da possibilidade de apresentação das razões do beneficiário por ocasião da interposição de agravo interno, se procedente a reclamação por decisão monocrática, compreensão que evidentemente não é compatível com a garantia constitucional do contraditório e com as regras dos arts. 9º e 10 do CPC³⁸, ressalvada, evidentemente, a hipótese de improcedência liminar do pedido³⁹.

Qualquer interessado poderá impugnar o pedido do reclamante (art. 990, CPC). O Ministério público, quando não for o autor da reclamação, terá vista do processo por cinco dias⁴⁰, após o decurso do prazo para informações e para o oferecimento da contestação pelo beneficiário do ato impugnado (art. 991, CPC).

Se julgada procedente a reclamação, o tribunal cassará a decisão exorbitante de seu julgado ou determinará medida adequada à solução da controvérsia (art. 992, CPC), o que, segundo entende o Supremo Tribunal Federal, pode, inclusive, ocorrer mediante o julgamento do mérito da causa de origem diretamente pelo próprio Supremo⁴¹ ou a extinção do respectivo processo sem resolução do mérito⁴². Isto é, para além da realização do juízo rescindente, a jurisprudência tem admitido também o juízo rescisório em reclamação⁴³.

O Presidente do tribunal determinará, finalmente, o imediato cumprimento da decisão, lavrando-se o acórdão posteriormente (art. 993, CPC). Importante observar que eventual descumprimento da decisão não autorizará o ajuizamento de nova reclamação, a fim de fazer valer a autoridade do pronunciamento proferido na primeira reclamação⁴⁴.

37 A título ilustrativo, STF, 1ª T., Rcl n. 44.524 AgR, rel. Min. Alexandre de Moraes, j. em 17.02.2021, publicado em 09.04.2021; STF, 2ª T., Rcl n. 54.144 AgR, rel. Min. André Mendonça, j. em 21.11.2023, publicado em 06.12.2023.

38 Reconhecendo a ocorrência de violação ao devido processo legal em tais casos, STF, 1ª T., Rcl n. 44.909 AgR, rel. Min. Alexandre de Moraes, rel. p/ acórdão Min. Marco Aurélio, j. em 22.03.2021, publicado em 28.05.2021.

39 Como destacado em STF, decisão monocrática, Rcl n. 54.029, rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 20.06.2022, publicado em 23.06.2022.

40 O art. 52, parágrafo único, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal autoriza o Relator a dispensar a vista do Procurador-Geral da República quando houver urgência ou quando já houver jurisprudência firmada pelo Plenário sobre a matéria. O tribunal tem estendido a autorização de dispensa também para as situações nas quais o Procurador-Geral da República já tenha se manifestado, em outros processos, sobre tema idêntico (STF, 2ª T., Rcl n. 9.290, rel. Min. Celso de Mello, j. em 09.06.2015, 01.09.2015).

41 Ilustrativamente, STF, decisão monocrática, Rcl n. 65.011, rel. Min. Alexandre de Moraes, j. em 11.01.2024, publicado em 16.01.2024; STF, decisão monocrática, Rcl n. 70.927, rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 04.09.2024, publicado em 05.09.2024; STF, decisão monocrática, Rcl n. 71.844, rel. Min. Luiz Fux, j. em 28.10.2024, publicado em 29.10.2024.

42 A exemplo de STF, Pleno, Rcl n. 23.899, rel. Min. Rosa Weber, j. em 02.10.2023, publicado em 30.10.2023.

43 EID, Elie Pierre. *Impugnação das decisões judiciais: reconstrução da relação entre recursos e ações autônomas de impugnação*. São Paulo: RT, 2022, p. 266.

44 DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. *Reclamação constitucional no direito brasileiro*, cit., p. 490. Há registro da aceitação de reclamação em caso de descumprimento de decisão proferida em anterior reclamação: STF, decisão monocrática, Rcl n. 71.844, rel. Min. Luiz Fux, j. em 28.10.2024, publicado em 29.10.2024.

4. TRANSFORMAÇÕES DA RECLAMAÇÃO

4.1. Transformações no parâmetro de controle: a compreensão do sentido do termo “decisão”

Os contornos da reclamação para garantia da autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal têm sido estabelecidos de acordo com o modo como o próprio tribunal compreende o papel dos seus pronunciamentos no controle de constitucionalidade e no sistema de precedentes.

Percebido esse fenômeno, não surpreende que, ao longo do tempo, a identificação do parâmetro de controle, dos legitimados ativos e das finalidades de utilização da reclamação venha sendo sensivelmente modificada.

Em um primeiro momento histórico, o Supremo Tribunal Federal não admitia o uso da reclamação para imposição da autoridade de decisão em controle concentrado de constitucionalidade. Por isso, na Rcl n. 208, o tribunal entendeu pelo não cabimento da reclamação contra decisão que aplica norma considerada inconstitucional em representação de inconstitucionalidade⁴⁵. Essa compreensão foi mantida logo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, agora em relação à ação direta de inconstitucionalidade, como decidido na Rcl n. 354 AgR⁴⁶.

Ocorre que a Constituição Federal de 1988 atribuiu à ação direta de inconstitucionalidade, em comparação com a representação de inconstitucionalidade, rol muito mais amplo de legitimados ativos. Esse fundamento levou o Supremo Tribunal Federal a reconhecer, no julgamento de questão de ordem na Rcl n. 397⁴⁷, a possibilidade de uso da reclamação por qualquer dos legitimados para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade.

A Emenda Constitucional n. 3/1993 introduziu, no sistema brasileiro, a figura da ação declaratória de constitucionalidade (art. 102, I, *a*, CF), estabelecendo ainda que as decisões definitivas de mérito proferidas no seu julgamento produziram eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo (art. 102, § 2º, CF).

A inovação foi considerada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal ao apreciar questão de ordem na ADC n. 1, ocasião em que também afirmou a possibilidade

45 STF, Pleno, Rcl n. 208, rel. Min. Oscar Correa, rel. p/ acórdão Min. Moreira Alves, julgado em 19.11.1986, publicado em 06.12.1991. Excepcionalmente, o Supremo Tribunal Federal admitia o uso, apenas pelo Procurador-Geral da República, da reclamação contra decisão que aplica norma declarada inconstitucional em representação de inconstitucionalidade, tendo em vista a legitimidade exclusiva para o seu ajuizamento (STF, Pleno, Rcl n. 173, rel. Min. Oscar Correa, j. em 19.03.1986, publicado em 23.02.1990).

46 STF, Pleno, Rcl n. 354 AgR, rel. Min. Celso de Mello, j. em 16.05.1991, publicado em 28.06.1991.

47 STF, Pleno, Rcl n. 397 MC-QQ, rel. Min. Celso de Mello, j. em 25.11.1992, publicado em 21.05.1993.

de utilização da reclamação por qualquer prejudicado por decisão que viola o pronunciamento do tribunal em ação declaratória de constitucionalidade⁴⁸.

Esse entendimento, todavia, não era estendido à ação direta de inconstitucionalidade, tendo em vista a ausência, quanto a esta, de previsão similar à contida no art. 102, § 2º, da Constituição Federal. É interessante observar que, na Rcl n. 448⁴⁹, o tribunal sinalizou a possível superação, no futuro, da sua compreensão a respeito do tema, tendo em vista o caráter dúplice das decisões proferidas em controle concentrado de constitucionalidade.

A evolução do posicionamento veio a ocorrer no julgamento de questão de ordem na Rcl n. 1.880 Agr⁵⁰, quando o Supremo Tribunal Federal afirmou a constitucionalidade do art. 28, parágrafo único, da Lei n. 9.868/1999, que prevê, também quanto à decisão em ação direta de inconstitucionalidade, eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal. A partir daí, o tribunal passou a entender que qualquer prejudicado por decisão que viola a autoridade de pronunciamento definitivo em ação direta de inconstitucionalidade poderia ajuizar a reclamação.

À época, o Supremo Tribunal Federal já havia admitido a possibilidade de uso da reclamação para garantir a autoridade de decisão proferida em medida liminar em ação declaratória de constitucionalidade⁵¹, compreensão estendida para alcançar as decisões provisórias em ação direta de inconstitucionalidade⁵². Por outro lado, nos casos em que o tribunal negava a liminar em ação direta de inconstitucionalidade, o Supremo entendia não ser cabível o ajuizamento de reclamação⁵³, visão mantida até os dias atuais⁵⁴.

48 STF, Pleno, ADC n. 1 QO, Moreira Alves, j. em 27.10.1993, publicado em 16.06.1995.

49 STF, Pleno, Rcl n. 448, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 19.04.1995, publicado em 09.06.1995. No voto do Relator é anotado que o tribunal já vinha admitindo, excepcionalmente, a reclamação em casos nos quais o órgão que havia editado o ato normativo considerado inconstitucional em ação direta de inconstitucionalidade vinha a editar novo ato substancialmente idêntico ou a praticar atos com base na premissa da validade da norma considerada inconstitucional.

50 STF, Pleno, Rcl n. 1.880 Agr, rel. Min. Maurício Corrêa, j. em 07.11.2002, publicado em 19.03.2004. É interessante observar que, durante as discussões em plenário, o Ministro Moreira Alves advertiu a respeito do risco de a interpretação ampliada da legitimidade vir a sobrecarregar o tribunal com “uma infinidade de ações originárias”. Como visto, a preocupação com o aumento expressivo do uso da reclamação veio a se confirmar.

51 STF, Pleno, Rcl n. 846, rel. Min. Marco Aurélio, rel. p/ acórdão Min. Ellen Gracie, j. em 19.04.2001, publicado em 14.12.2001.

52 STF, Pleno, Rcl n. 935, rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 28.04.2003, publicado em 17.10.2003.

53 STF, Pleno, Rcl n. 2.063 MC-QO, rel. Min. Ellen Gracie, rel. p/ acórdão Min. Maurício Corrêa, j. em 05.06.2002, publicado em 05.09.2003. Em voto vencido na Rcl n. 2.063 MC-QO, a Ministra Ellen Gracie admitiu a reclamação em tais circunstâncias, considerando não haver distinção, na essência, entre a decisão que concede liminar em ação declaratória de constitucionalidade e a que, ao indeferir liminar em ação direta de inconstitucionalidade, afirma, ao menos em juízo provisório, a constitucionalidade da norma. Posteriormente, na Rcl n. 2.431 Agr, o Ministro Gilmar Mendes também manifestou sua concordância com a tese da admissibilidade da reclamação nesses casos, desde que o indeferimento tenha sido fundado em razões de mérito (STF, Pleno, Rcl n. 2.431 Agr, rel. Min. Ellen Gracie, j. em 05.02.2004, publicado em 02.04.2004).

54 STF, 1ª T., Rcl n. 3.347 Agr, rel. Min. Rosa Weber, j. em 01.03.2016, publicado em 16.03.2016.

O tribunal passou, então, a admitir o uso da reclamação para garantia da autoridade do precedente estabelecido em controle concentrado de constitucionalidade, para reconhecer, por exemplo, a inconstitucionalidade de lei estadual que reproduzisse dispositivo de lei de outro Estado anteriormente declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Adotava-se a chamada *transcendência dos motivos determinantes* da decisão, que deveriam ser observados para resolver casos futuros semelhantes⁵⁵. A tese chegou a ser acolhida também em relação a decisões proferidas em controle difuso de constitucionalidade⁵⁶.

A terminologia é prolixa; bem mais simples seria dizer o seguinte, que foi o que de fato aconteceu: o precedente surgido de uma decisão em controle concentrado é vinculante. A reclamação, neste caso, exerce uma função que não costumava exercer: a de fazer valer a eficácia vinculativa de um precedente.

O Supremo Tribunal Federal, no entanto, modificou seu posicionamento, passando a entender pelo descabimento da reclamação quando houver violação ao precedente e não à coisa julgada, ao dispositivo da decisão. Na Rcl n. 3.014 houve longa discussão tanto sobre a transcendência dos motivos determinantes como sobre uma nova proposta do Ministro Gilmar Mendes, que permitiria o controle de constitucionalidade incidental nesses casos por meio da reclamação, tendo sido essa proposta rejeitada por maioria, dentre outros motivos, pois levaria a uma grande concentração de processo no tribunal⁵⁷.

Sucede que não se pode confundir a eficácia da coisa julgada de decisões em controle concentrado de constitucionalidade com a eficácia dos precedentes por elas gerados.

Um acórdão em controle concentrado de constitucionalidade cria (reconstrói) duas normas jurídicas, assim como qualquer decisão judicial: *a)* a norma jurídica concre-

55 STF, decisão monocrática, Rcl n. 2.126 MC, rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 12.08.2002, publicado em 19.08.2002; STF, Pleno, Rcl n. 1.987, rel. Min. Maurício Corrêa, j. em 01.10.2003, publicado em 21.05.2004; STF, Pleno, Rcl n. 2.363, rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 23.10.2003, publicado em 01.04.2005.

56 Como se verifica, por exemplo, *a)* na ADI n. 3.345, em que o Supremo Tribunal Federal afirmou a validade de Resolução do Tribunal Superior Eleitoral editada com base no efeito transcendente (ou eficácia irradiante) dos fundamentos determinantes da decisão proferida no RE n. 197.917 (STF, Pleno, ADI n. 3.345, rel. Min. Celso de Mello, j. em 25.08.2005, publicado em 20.08.2010); *b)* na Rcl n. 4.335, em que se afirmou o caráter expansivo da decisão proferida no HC n. 82.959, em que se declarou a inconstitucionalidade do art. 2º, § 2º, da Lei n. 8.072/1990, admitindo-se, excepcionalmente, a reclamação em razão da superveniência do enunciado n. 26 da súmula vinculante (STF, Pleno, Rcl n. 4.335, rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 20.03.2014, publicado em 22.10.2014). Merece especial destaque o voto do Ministro Teori Zavascki na Rcl n. 4.335, em que foi apresentada uma reconstrução histórica do desenvolvimento do sistema brasileiro de precedentes, com a constatação da progressiva tendência ao reconhecimento de uma eficácia expansiva das decisões do Supremo Tribunal Federal em controle de constitucionalidade, bem como em razão da formulação de uma proposta de limitação da legitimidade ativa para a reclamação, nos casos de garantia da autoridade do precedente, apenas aos legitimados para o ajuizamento de ação de controle concentrado, na tentativa de construção de um modelo capaz de equacionar a vinculatividade dos precedentes do Supremo e a gestão do quantitativo de processos na corte.

57 STF, Pleno, Rcl n. 3.014, rel. Min. Ayres Brito, j. em 10.03.2010, publicado em 21.05.2010.

ta, individualizada, que resolve o caso concreto – e que diz respeito ao determinado ato normativo objeto do processo; *b*) a norma jurídica geral, que é construída a partir do caso concreto e serve de modelo para a solução de outros casos semelhantes – o precedente. Em relação à primeira, há coisa julgada material, insuscetível, inclusive, de ação rescisória (art. 26, Lei n. 9.868/1999; art. 12, Lei n. 9882/1999); em relação à segunda, há eficácia vinculativa do precedente.

Se um órgão jurisdicional considerar constitucional uma lei que foi reputada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, caberá reclamação contra essa decisão, que desrespeitou o comando do acórdão do tribunal. Observe que a reclamação, nesse caso, serve para fazer valer o dispositivo do acórdão do Supremo Tribunal Federal, que está protegido pela coisa julgada material, que vincula todos.

Mas a decisão de ADI, ADC ou ADPF, além de criar a norma do caso, cria a norma geral para casos futuros semelhantes, o precedente. Ao dizer, por exemplo, que uma lei estadual é inconstitucional, por ter invadido competência federal, o Supremo Tribunal Federal não só cria a regra do caso – a lei estadual n. 1000/2011 é inconstitucional, por exemplo; o tribunal produz também um precedente, para que, em casos futuros, que digam respeito a outras leis estaduais, este mesmo entendimento seja observado. Se um órgão jurisdicional considerar como constitucional uma lei estadual análoga àquela que o Supremo Tribunal Federal considerou inconstitucional, caberá reclamação, em razão do desrespeito ao precedente nascido de uma decisão em controle concentrado. Observe que a reclamação, neste caso, serve para fazer valer o precedente construído pelo Supremo Tribunal Federal, em um processo de controle concentrado de constitucionalidade.

Assim como não se deve confundir a eficácia da coisa julgada com a eficácia do precedente, não se pode condicionar a vinculatividade do precedente à possibilidade de utilização da reclamação⁵⁸. É dizer, a inexistência da reclamação não esvaziaria a normatividade do art. 927 do Código de Processo Civil.

É importante, ainda, perceber que os arts. 102, I, I, e 103-A, § 3º, da Constituição Federal e o art. 988 do CPC, ao fazerem alusão à decisão do Supremo Tribunal Federal e ao enunciado de súmula vinculante, referem-se a fontes do Direito, a partir das quais é possível reconstruir normas jurídicas. Texto e norma, como se sabe, não se confundem⁵⁹.

A decisão é fonte a partir da qual é possível a reconstrução da norma do caso e da norma do precedente, como visto.

58 Importante registrar a posição de Teresa Arruda Alvim e Bruno Dantas, que atribuem grau mais elevado de eficácia vinculante àqueles precedentes cuja inobservância autoriza o uso da reclamação (ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores: precedentes no direito brasileiro*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2018, p. 277).

59 MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do Direito*. 2ª ed. Tradução de Peter Neumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: RT, 2009, v. I, p. 192. Na doutrina brasileira, por todos, ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 50-51.

Assim, a reclamação para garantia da autoridade da decisão destina-se, em verdade, a assegurar a observância de norma jurídica extraída da decisão (fonte) que esteja sendo desrespeitada, seja a norma individualizada, seja a norma do precedente⁶⁰.

4.2. Transformações nas funções da reclamação

4.2.1. Interpretação do precedente

O texto de uma decisão judicial veicula, em regra, vários enunciados normativos. A partir de tais enunciados, é possível reconstruir normas jurídicas.

Além da inevitabilidade da interpretação das decisões judiciais, a passagem do tempo em relação ao momento de fixação do precedente, a possibilidade de apresentação de novos argumentos ou perspectivas a respeito do tema e de constatação da ocorrência de mudanças na realidade social, econômica e cultural são fatores que tornam o momento de julgamento da reclamação propício à interpretação do precedente.

Como observado pelo Ministro Gilmar Mendes, é “no juízo hermenêutico típico da reclamação – no ‘balançar de olhos’ entre objeto e parâmetro da reclamação – que surgirá com maior nitidez a oportunidade para evolução interpretativa no controle de constitucionalidade”⁶¹. Por tudo isso, o julgamento da reclamação também é um espaço apropriado para a adoção das técnicas de sinalização e de distinção, como será visto mais adiante.

Na fundamentação do seu voto na Rcl n. 4.374, o Ministro Gilmar Mendes arrolou algumas situações nas quais a reclamação foi utilizada para a interpretação de precedentes:

- a) *ADI n. 1.662*⁶², sobre o regime jurídico aplicável aos precatórios: Rcl n. 2.009 AgR⁶³, Rcl n. 1.525⁶⁴;

60 Daniel Mitidiero parte da premissa da existência de níveis discursivos distintos entre decisão e precedente para alcançar conclusão diversa. Enquanto a “decisão é um discurso elaborado para a solução de um caso”, o “precedente é um discurso oriundo da generalização de determinadas razões empregadas para a decisão de um caso, devidamente contextualizado pelos fatos correspondentes” (MITIDIERO, Daniel. *Reclamação nas Cortes Supremas: entre a autoridade da decisão e a eficácia do precedente*, cit., p. 47). Na visão de Mitidiero, a reclamação não se destina a assegurar a autoridade do *precedente* — ressalvado aquele subjacente a enunciado de súmula vinculante, por determinação constitucional (art. 103-A, § 3º). Da vinculatividade do precedente, que é impositivo em relação a todas as pessoas que se submetem a dada ordem jurídica, não se poderia derivar o *reflexo* do cabimento da reclamação, prevista na Constituição apenas para assegurar a autoridade da *decisão*, isto é, do seu dispositivo. Disso decorreria, então, a inconstitucionalidade da hipótese prevista no art. 988, § 5º, II, do Código de Processo Civil (MITIDIERO, Daniel. *Reclamação nas Cortes Supremas: entre a autoridade da decisão e a eficácia do precedente*, cit., p. 60-64).

61 STF, Pleno, Rcl n. 4.374, rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 18.04.2013, publicado em 04.09.2013.

62 STF, Pleno, ADI n. 1.662, rel. Min. Maurício Corrêa, j. em 30.08.2001, publicado em 19.09.2003.

63 STF, Pleno, Rcl n. 2.009 AgR, rel. Min. Marco Aurélio, j. em 07.10.2004, publicado em 10.12.2004.

64 STF, Pleno, Rcl n. 1.525, rel. Min. Marco Aurélio, j. em 18.08.2005, publicado em 03.02.2006.

- b) *ADI n. 3.395 MC*⁶⁵, a respeito da competência da Justiça do Trabalho: Rcl n. 4.904⁶⁶, Rcl n. 4.489 AgR e Rcl n. 4.054 Agr⁶⁷, Rcl n. 4.990 MC-AgR⁶⁸, Rcl n. 4.785 MC-AgR⁶⁹, Rcl n. 7.633 AgR⁷⁰ e Rcl n. 8.110 AgR⁷¹.
- c) *ADI n. 3.460*⁷², sobre a exigência de três anos de exercício de atividade jurídica em concurso do Ministério Público: Rcl n. 4.906 e Rcl n. 4.939⁷³.

Outros exemplos podem ser mencionados:

- a) *ADPF n. 347*⁷⁴, sobre a existência de um estado de coisas inconstitucional no sistema carcerário brasileiro: Rcl n. 29.303⁷⁵, em que se explicitou que a audiência de custódia deve ser realizada em todas as modalidades prisionais, inclusive prisões temporárias, preventivas e definitivas;
- b) *ADI n. 5.529*⁷⁶, relativa ao prazo de vigência de patentes previsto na Lei n. 9.279/1996: Rcl n. 59.091 AgR⁷⁷, Rcl n. 56.393 AgR-segundo⁷⁸ e Rcl n. 56.378 ED-AgR⁷⁹, em que foram interpretados os parâmetros de modulação de efeitos da decisão, com destaque, na última reclamação referida, à expressa menção à *função integrativa da reclamação*⁸⁰;

65 STF, Pleno, ADI n. 3.395 MC, rel. Min. Cezar Peluso, j. em 05.04.2006, publicado em 10.11.2006.

66 STF, Pleno, Rcl n. 4.904, rel. Min. Cármen Lúcia, j. em 21.08.2008, publicado em 17.10.2008.

67 STF, Pleno, Rcl n. 4.489 AgR e Rcl n. 4.054 Agr, rel. Min. Marco Aurélio, rel. p/ acórdão Min. Cármen Lúcia, j. em 21.08.2008, publicado em 21.11.2008.

68 STF, Pleno, Rcl n. 4.990 MC-AgR, rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 17.12.2007, publicado em 14.3.2008.

69 STF, Pleno, Rcl n. 4.785 MC-AgR, rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 17.12.2007, publicado em 14.3.2008.

70 STF, Pleno, Rcl n. 7.633 AgR, rel. Min. Dias Toffoli, j. 23.06.2010, publicado em 17.09.2010.

71 STF, Pleno, Rcl n. 8.110 AgR, rel. Min. Marco Aurélio, rel. p/ acórdão Min. Cármen Lúcia, j. em 21.10.2009, publicado em 12.02.2010.

72 STF, Pleno, ADI n. 3.460, rel. Min. Carlos Britto, j. em 31.08.2006, publicado em 15.06.2007.

73 STF, Pleno, Rcl n. 4.906 e Rcl n. 4.939, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 17.12.2007, publicado em 11.04.2008.

74 STF, Pleno, ADPF n. 347, rel. Min. Marco Aurélio, rel. p/ acórdão Min. Roberto Barroso, j. em 04.10.2023, publicado em 19.12.2023.

75 STF, Pleno, Rcl n. 29.303, rel. Min. Edson Fachin, j. em 06.03.2023, publicado em 10.05.2023.

76 STF, Pleno, ADI n. 5.529, rel. Min. Dias Toffoli, j. em 12.05.2021, publicado em 01.09.2021.

77 STF, 1ª T., Rcl n. 59.091 AgR, rel. Min. Luiz Fux, j. em 18.03.2024, publicado em 26.03.2024.

78 STF, 2ª T., Rcl n. 56.393 AgR-segundo, rel. Min. Nunes Marques, j. em 12.03.2024, publicado em 09.05.2024.

79 STF, 1ª T., Rcl n. 56.378 ED-AgR, rel. Min. Luiz Fux, j. em 26.02.2024, publicado em 06.03.2024.

80 Trecho do voto do Min. Luiz Fux: “Conforme destacado na decisão agravada, o instrumento processual da reclamação, ao tutelar a vinculatividade das decisões de tribunais superiores, exerce, ainda, evidente função interpretativa ou integrativa no sistema. Isto porque a verificação da alegação de desrespeito a um precedente demanda necessariamente a interpretação e a declaração do conteúdo de sua ratio decidendi e de seu dispositivo, de modo que, não raras vezes, o julgamento da reclamação leva o tribunal a verdadeiramente aclarar aspectos importantes do precedente que eventualmente tenham permanecido não tão acessíveis (...). É dizer: por meio do julgamento da reclamação, o tribunal que proferiu a decisão de natureza vinculante alegadamente desrespeitada realiza verdadeira interpretação autêntica do paradigma, o que constitui atividade de grande valia para a orientação geral dos operadores do sistema jurídico, que devem observar os posicionamentos emanados das cortes superiores” (STF, 1ª T., Rcl n. 56.378 ED-AgR, rel. Min. Luiz Fux, j. em 26.02.2024, publicado em 06.03.2024).

- c) *RE n. 855.178*⁸¹ (Tema n. 793 de repercussão geral), a respeito da responsabilidade solidária dos entes federados por despesas com tratamento médico de pessoas necessitadas: Rcl n. 49.909 AgR-ED⁸², em que se explicitou a necessidade de inclusão da União no polo passivo da ação quando identificada sua responsabilidade direta pelo fornecimento do medicamento ou tratamento;
- d) *ADPF n. 130*⁸³, sobre liberdade de imprensa: Rcl n. 9.428⁸⁴, em que se afirmou que a ementa do acórdão da ADPF n. 130 não retrata exatamente o conteúdo dos votos proferidos.

4.2.2. Superação do precedente

O Supremo Tribunal Federal tem admitido, excepcionalmente, a utilização da reclamação como um instrumento para atualização da sua jurisprudência em matéria de controle concentrado de constitucionalidade⁸⁵.

Um bom exemplo diz respeito à compreensão do Supremo Tribunal Federal a respeito da própria reclamação.

Como visto, o Supremo Tribunal Federal superou, em questão de ordem na Rcl n. 1.880 Agr⁸⁶, o entendimento restritivo até então existente no tribunal acerca da legitimidade ativa para o ajuizamento de reclamação na hipótese de violação da autoridade de decisão em ação direta de inconstitucionalidade. A partir daquele julgamento, o Supremo passou a compreender que qualquer prejudicado por pronunciamento judicial contrário às decisões proferidas nessa modalidade de controle concentrado de constitucionalidade poderia valer-se da reclamação.

É necessário atentar a três aspectos relevantes em casos de emprego das técnicas de superação do precedente em reclamação: a observância da competência e do procedimento para sua realização e a reconfiguração do parâmetro de controle.

O órgão competente para a superação do precedente é aquele responsável pelo seu estabelecimento. Órgão fracionário, portanto, não pode adotar tais técnicas em relação aos precedentes fixados pelo Plenário.

81 STF, Pleno, RE n. 855.178 RG, Tema n. 793, rel. Min. Luiz Fux, j. em 05.03.2015, publicado em 16.03.2015.

82 STF, 1ª T., Rcl n. 49.909 AgR-ED, rel. Min. Alexandre de Moraes, j. em 22.03.2022, publicado em 23.05.2022.

83 STF, Pleno, ADPF n. 130, rel. Min. Carlos Britto, j. em 30.04.2009, publicado em 06.11.2009.

84 STF, Pleno, Rcl n. 9.428, rel. Min. Cezar Peluso, j. em 10.12.2009, publicado em 25.06.2010.

85 MENDES, Gilmar Ferreira. “O uso da reclamação para atualizar jurisprudência firmada em controle abstrato”. *Observatório da Jurisdição Constitucional*, n. 1, 2013. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/view/857>>. A possibilidade de utilização da reclamação para superação de precedente em controle concentrado de constitucionalidade pode ser compreendida como um mecanismo do sistema brasileiro para permitir, mesmo diante da inércia dos legitimados ativos para a provocação do Supremo Tribunal Federal, a evolução da jurisprudência (CARVALHO FILHO, José dos Santos; ARCHANJO, Marco Alexandre de Oliveira. “Reclamação como ferramenta de superação de precedente formado em controle concentrado de constitucionalidade”. *Revista da Advocacia Pública Federal*, v. 3, n. 1, 2022, p. 337-338).

86 STF, Pleno, Rcl n. 1.880 Agr, rel. Min. Maurício Corrêa, j. em 07.11.2002, publicado em 19.03.2004.

No caso do Supremo Tribunal Federal, a competência para o julgamento das reclamações é das suas Turmas (art. 9º, I, c, RISTF), sendo possível, porém, remeter o processo ao Plenário, diante da sua relevância ou de proposta de algum dos Ministros quanto ao reexame da matéria constitucional (arts. 6º, II, b, e 11, RISTF), providência que deve ser observada nas situações de revisão da coisa julgada, superação do precedente e a modulação dos seus efeitos em reclamação⁸⁷.

É necessário, também, observar, na reclamação em que se considera a perspectiva de superação do precedente, a ampla possibilidade de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese (art. 927, § 2º, CPC)⁸⁸. A superação do precedente não deve ser realizada com sacrifício do debate público exigido na sua formação.

O terceiro ponto é que a alteração, ainda que parcial, do paradigma não pode ser desconsiderada. Se é certo que, em regra, não é cabível reclamação para garantir a autoridade de decisão proferida em anterior reclamação de que não participou o autor, dada a índole subjetiva do processo, não é possível ignorar que, com a superação do precedente em reclamação, a decisão proferida na reclamação adquire natureza objetiva e passa a ser o novo parâmetro de controle — ainda que de maneira parcial, de acordo com o conteúdo da decisão.

Nessas situações, é necessário admitir a possibilidade de ajuizamento de reclamação para fazer valer a autoridade da decisão proferida na reclamação em que se decidiu pela superação ou modulação, como exceção justificada em razão meio adotado para a evolução da compreensão a respeito do precedente.

O que não é apropriado é, de um lado, não admitir reclamação fundada no paradigma original, sob o argumento de ocorrência de sua superação, e, de outro, recusar a qualidade de parâmetro de controle à decisão proferida na reclamação em que houve a superação, identificando-a como processo de natureza subjetiva e não admitindo o ajuizamento de reclamação com base nela.

Importante anotar, ainda, que a reclamação também já foi utilizada como mecanismo para reconhecimento da impossibilidade de aplicação do precedente em razão da edição de novo marco normativo sobre a matéria⁸⁹.

87 Daí a ressalva em relação ao procedimento adotado na Rcl n. 44.776 AgR, anteriormente mencionada, em que a técnica foi adotada no âmbito de Turma, não do Plenário.

88 PEIXOTO, Ravi. “Reclamação como remédio jurídico processual para a superação de precedentes”. In: PRITSCH, Cesar Zucatti *et al* (coord.). *Precedentes no Processo do Trabalho: teoria geral e aspectos controvertidos*. São Paulo: RT, 2020, p. 712.

89 STF, decisão monocrática, Rcl n. 32.076, rel. Min. Luiz Fux, j. em 18.10.2018, publicado em 22.10.2018. Sobre o tema, o Enunciado n. 324 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “Lei nova, incompatível com o precedente judicial, é fato que acarreta a não aplicação do precedente por qualquer juiz ou tribunal, ressalvado o reconhecimento de sua inconstitucionalidade, a realização de interpretação conforme ou a pronúncia de nulidade sem redução de texto”.

4.2.3. Reclamação para permitir a revisão de decisão sobre a existência de repercussão geral

No contexto da evolução dos parâmetros de controle, o Supremo Tribunal Federal já utilizou a reclamação para revisar decisão de negativa de existência de repercussão geral⁹⁰.

Em 2008, no RE n. 592.730, o Supremo Tribunal Federal negou a existência de repercussão geral à discussão sobre a possibilidade de condenação de Estado ao pagamento de honorários advocatícios à respectiva Defensoria Pública⁹¹.

Como consequência da inexistência de repercussão geral, os tribunais locais passaram a negar seguimento aos recursos extraordinários interpostos para discussão sobre a matéria⁹².

Posteriormente, diante da alteração do estado de direito decorrente da promulgação das Emendas Constitucionais n. 74/2013 e 80/2014, que asseguraram autonomia administrativa, funcional e financeira às Defensorias Públicas dos Estados e da União, foram proferidas decisões, em reclamações⁹³, para determinar que os tribunais de origem não negassem seguimento a recursos extraordinários sob o fundamento de inexistência de repercussão geral, a fim de permitir a rediscussão do tema.

A decisão proferida em um desses casos, a Rcl n. 25.236⁹⁴, possibilitou a admissibilidade do RE n. 1.140.005, que veio a ser afetado para julgamento sob a sistemática da repercussão geral (Tema n. 1.002), e a superação do precedente⁹⁵.

90 Como observado por PEIXOTO, Ravi. “Reclamação como remédio jurídico processual para a superação de precedentes”. In: PRITSCH, Cesar Zucatti *et al* (coord.). *Precedentes no Processo do Trabalho: teoria geral e aspectos controvertidos*, cit., p. 723.

91 STF, Pleno, RE n. 592.730 RG (Tema n. 134), rel. Min. Menezes Direito, j. em 06.11.2008, publicado em 21.11.2008.

92 É interessante notar que, na decisão no RE n. 592.730, o Supremo Tribunal Federal, a despeito de negar a existência de repercussão geral, reconheceu a natureza constitucional da matéria. Não havia previsão, à época, da possibilidade de atribuição de eficácia apenas para o caso concreto à decisão denegatória de repercussão geral, técnica que viria a ser introduzida no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal apenas em 2020 (art. 326, § 1º).

93 Ilustrativamente, STF, decisão monocrática, Rcl n. 20.628 MC, rel. Min. Roberto Barroso, j. em 29.06.2015, publicado em 03.08.2015; STF, decisão monocrática, Rcl n. 23.017 MC, rel. Min. Roberto Barroso, j. em 17.02.2016, publicado em 22.02.2016; STF, decisão monocrática, Rcl n. 30.210 MC, rel. Min. Roberto Barroso, j. em 04.05.2018, publicado em 09.05.2018. Há registro, por outro lado, de decisões em sentido contrário, que, mesmo após as Emendas Constitucionais n. 74/2013 e 80/2014, não admitiram a reclamação, em razão da manifestação do Supremo Tribunal Federal no RE n. 592.730, a como em STF, decisão monocrática, Rcl n. 30.212, rel. Min. Dias Toffoli, j. em 23/04/2018, publicado em 25.04.2018.

94 STF, decisão monocrática, Rcl n. 25.236, rel. Min. Roberto Barroso, j. em 23.04.2016, publicado em 26.04.2018. Posteriormente, com o juízo positivo de admissibilidade do RE n. 1.140.005, a reclamação foi extinta.

95 STF, Pleno, RE n. 1.140.005 RG, Tema n. 1.002, rel. Min. Roberto Barroso, j. em 03.08.2018, publicado em 10.08.2018. As teses fixadas no julgamento foram as seguintes: “1. É devido o pagamento de honorários sucumbenciais à Defensoria Pública, quando representa parte vencedora em demanda ajuizada contra qualquer ente público, inclusive aquele que integra; 2. O valor recebido a título de honorários sucumbenciais

É interessante observar que, na Rcl n. 25.236, foi expressamente dispensado o prévio esgotamento das instâncias ordinárias, uma vez que a reclamação se destinava não propriamente a garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida, mas o exercício da competência do tribunal de revisar suas próprias teses⁹⁶.

4.2.4 Sinalização

Por meio das reclamações, o Supremo Tribunal Federal pode acompanhar a evolução da aplicação do precedente ao longo do tempo, inclusive diante do surgimento de novos contextos sociais, econômicos e jurídicos. Nessa atividade, o tribunal pode, em certos casos, identificar o progressivo *desgaste* do precedente, em um processo de fragilização que pode ser suficiente para justificar a necessidade de sua futura superação.

A reclamação revela-se, por isso, como um instrumento propício para a utilização, pelo Supremo Tribunal Federal, da técnica da sinalização (*signaling*).

Ilustrativamente, o Supremo Tribunal Federal, na Rcl n. 448⁹⁷, sinalizou a possível superação, em momento futuro, do posicionamento restritivo do tribunal em relação à legitimidade ativa para o ajuizamento de reclamação em casos de violação de decisão em ação direta de inconstitucionalidade, tendo em vista a compreensão do Supremo mais ampla quanto à ação declaratória de constitucionalidade e o caráter dúplice das decisões proferidas em controle concentrado de constitucionalidade.

4.2.5. Garantia de futuro entendimento

A reclamação para assegurar a autoridade de decisão tem por finalidade garantir a observância de pronunciamento *já proferido* pelo tribunal, com o perdão pelo truísmo.

A decisão a ser garantida, percebe-se, não necessariamente será aquela que julga o mérito da causa. A reclamação pode ser utilizada, por exemplo, para assegurar a autoridade de decisão que determina a suspensão nacional de processos cuja matéria corresponda a tema afetado para julgamento sob a sistemática da repercussão geral⁹⁸.

deve ser destinado, exclusivamente, ao aparelhamento das Defensorias Públicas, vedado o seu rateio entre os membros da instituição” (STF, Pleno, RE n. 1.140.005, Tema n. 1.002, rel. Min. Roberto Barroso, j. em 26.06.2023, publicado em 16.08.2023).

96 STF, 1ª T., Rcl n. 25.236 AgR, rel. Min. Roberto Barroso, j. em 10.10.2022, publicado em 14.10.2022.

97 STF, Pleno, Rcl n. 448, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 19.04.1995, publicado em 09.06.1995.

98 STF, 1ª T., Rcl n. 47.800 AgR, rel. Min. Rosa Weber, rel. p/ acórdão Min. Cármen Lúcia, j. em 20.09.2021, publicado em 24.09.2021; STF, 2ª T., Rcl n. 52.255 AgR, rel. Min. NUNES MARQUES, rel. p/ acórdão Min. Dias Toffoli, j. em 02.10.2023, publicado em 09.11.2023. Ou, ainda, por exemplo, para determinar que o Tribunal Superior do Trabalho não negue a existência de transcendência em recurso de revista (art. 896, § 1º-A, I, CLT) em relação a matéria constitucional cuja repercussão geral já foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal (STF, 1ª T., Rcl n. 36.391 AgR, rel. Min. Marco Aurélio, rel. p/ acórdão Min. Dias Toffoli, j. em 04.05.2021, publicado em 18.10.2021).

Nessas situações, a reclamação garante, diretamente, a autoridade da decisão de suspensão, mas também assegura, indiretamente, a autoridade da decisão a ser proferida a respeito da matéria afetada.

No entanto, em certos casos, o Supremo Tribunal Federal tem admitido a reclamação para, diretamente, garantir a autoridade de *futuro* entendimento. Mesmo ausente a determinação de suspensão nacional de processos, o tribunal, diante da pendência de julgamento de tema afetado sob a sistemática da repercussão geral, já determinou a suspensão do processo de origem (ou, ainda, a cassação da decisão reclamada) e a observância da futura decisão a ser proferida sob o regime de repercussão geral.

A técnica foi utilizada, por exemplo, na Rcl n. 50.466 ED-ED-AgR e na Rcl n. 30.223.

Na Rcl n. 50.466 ED-ED-AgR⁹⁹, foi determinado, em 24/05/2022, o sobrestamento do processo de origem até ser proferida decisão no RE n. 1.317.982 (Tema n. 1.170), cuja repercussão geral foi reconhecida em 23/09/2021, vindo a ser julgado somente em 12/12/2023. Curiosamente, no RE n. 1.317.982 o requerimento de suspensão nacional dos processos sobre idêntica matéria veio a ser expressamente rejeitado em 13/02/2023¹⁰⁰.

Na Rcl n. 30.223¹⁰¹, houve a cassação de decisão que negou seguimento a recurso extraordinário e a determinação de suspensão do processo de origem até o julgamento de mérito do RE n. 1.140.005 (Tema n. 1.002 de repercussão geral). A discussão dizia respeito à possibilidade de condenação da União ao pagamento de honorários advocatícios à Defensoria Pública da União. Anos antes, a existência de repercussão geral da matéria havia sido negada pelo Supremo Tribunal Federal¹⁰², posição que viria a ser revista — também a partir de uma reclamação, como já mencionado — no RE n. 1.140.005, em que reconhecida a repercussão geral do tema em 03/08/2018¹⁰³, com julgamento de mérito em 26/06/2023¹⁰⁴.

99 STF, 1ª T., Rcl n. 50.466 ED-ED-AgR, rel. Min. Alexandre de Moraes, rel. p/ acórdão Min. Dias Toffoli, j. em 24.05.2022, publicado em 15.09.2022. Na fundamentação da decisão da Rcl n. 50.466 ED-ED-AgR, há referência ao pronunciamento anteriormente proferido pela Segunda Turma do STF na Rcl n. 27.163, em que também houve determinação de suspensão do processo de origem (STF, 2ª T., Rcl n. 27.163, rel. Min. Dias Toffoli, j. em 07.08.2018, publicado em 15.10.2018). Ocorre que, em relação àquele caso, existia prévia determinação de suspensão dos processos sobre matéria idêntica à do paradigma (ARE n. 791.932) — embora, é verdade, tal circunstância não tenha sido mencionada na fundamentação da Rcl n. 27.163.

100 STF, decisão monocrática, RE n. 1.317.982, rel. Min. Nunes Marques, j. em 13/02/2023, publicado em 22/02/2023.

101 STF, decisão monocrática, Rcl n. 30.223, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 04.12.2018, publicado em 07.12.2018.

102 STF, Pleno, RE n. 592.730 RG (Tema n. 134), rel. Min. Menezes Direito, j. em 06.11.2008, publicado em 21.11.2008.

103 STF, Pleno, RE n. 1.140.005 RG (Tema n. 1.002), rel. Min. Roberto Barroso, j. em 03.08.2018, publicado em 10.08.2018.

104 STF, Pleno, RE n. 1.140.005, rel. Min. Roberto Barroso, j. em 26.06.2023, publicado em 16.08.2023.

A determinação de suspensão do processo de origem, mesmo na ausência de ordem de suspensão nacional, aproxima-se da ideia de uso preventivo da reclamação — rejeitada, de maneira geral, pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal¹⁰⁵ — e flexibiliza a exigência de anterioridade do paradigma para o cabimento da reclamação.

4.2.6. *Distinção*

A distinção (*distinguishing*) é técnica que contribui para a consistência do precedente. Afinal, tanto a aplicação da *ratio decidendi* a casos por ela não alcançados quanto sua inobservância em casos futuros frustram a concretização do dever de coerência (art. 926, CPC).

Por isso, não surpreende que o art. 988, § 4º, CPC, tenha previsto expressamente a possibilidade de utilização da reclamação nas hipóteses de inobservância do precedente — inclusive em razão da realização equivocada de distinção pelo tribunal de origem¹⁰⁶ —, bem como nas situações em que se verifique a sua aplicação indevida.

O Supremo Tribunal Federal tem, em determinados casos, utilizado a reclamação como veículo para a adoção da técnica da distinção, quando diante de peculiaridade suficiente a afastar a similitude entre os fatos que levaram à formação do precedente e os fatos concretos discutidos no processo de origem.

A Rcl n. 68.391¹⁰⁷ é um bom exemplo de uso da técnica.

A reclamação impugnava decisão do Tribunal de Justiça da Bahia que aplicou, em determinado caso, a tese fixada no RE n. 1.140.005 (Tema n. 1.002 de repercussão geral), relativa ao pagamento de honorários sucumbenciais à Defensoria Pública, quando representa parte vencedora em demanda ajuizada contra qualquer ente público, inclusive aquele que integra¹⁰⁸.

O fundamento da reclamação era a existência de distinção entre o paradigma e o caso de origem, em razão de uma especificidade: a Lei Orgânica da Defensoria Pública do Estado da Bahia (Lei Complementar estadual n. 26/2006) veda, de maneira expressa, o recebimento de honorários sucumbenciais pela Defensoria Pública quando atua contra a Administração Direta ou Indireta do próprio Estado.

Na decisão da Rcl n. 68.391, reconheceu-se que a circunstância específica da existência de lei estadual que, em tais situações, proíbe o pagamento de honorários sucumbenciais não foi objeto de análise e decisão no RE n. 1.140.005, sendo necessário realizar o *distinguishing* em relação ao precedente, afastando sua aplicação.

105 STF, Pleno, Rcl n. 1.859, rel. Min. Maurício Corrêa, j. em 20.05.2002, publicado em 02.08.2002.

106 Exemplificativamente, STF, Pleno, Rcl n. 60.201 MC-Ref, rel. Min. Dias Toffoli, j. em 12.06.2023, publicado em 15.08.2023.

107 STF, decisão monocrática, Rcl n. 68.391, rel. Min. Flávio Dino, j. em 04.06.2024, publicado em 05.06.2024.

108 STF, Pleno, RE n. 1.140.005, rel. Min. Roberto Barroso, j. em 26.06.2023, publicado em 16.08.2023.

4.2.7. Controle incidental de inconstitucionalidade

A reclamação não é um instituto especificamente destinado ao controle de constitucionalidade. Nada impede, porém, sua realização, na via difusa, em sede de reclamação, como questão a ser decidida na análise da ocorrência de usurpação de competência ou de violação da autoridade de decisão do Supremo Tribunal Federal. Não se trata, aqui, de uma peculiaridade da reclamação, mas, ainda assim, o tema merece atenção.

Foi o que se verificou no julgamento da Rcl n. 595¹⁰⁹. Naquela ocasião, ao apreciar alegação de usurpação de competência, o Supremo Tribunal Federal reconheceu incidentalmente a inconstitucionalidade de trecho do art. 106, I, c, da Constituição do Estado de Sergipe, que atribuía ao respectivo Tribunal de Justiça a competência para o julgamento de ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo municipal em face da Constituição Federal.

Ao declarar a inconstitucionalidade do dispositivo, o Supremo Tribunal Federal também determinou a comunicação da decisão ao Senado Federal, para os fins do disposto no art. 52, X, da Constituição Federal.

O Supremo Tribunal Federal também apreciou incidentalmente, em reclamação, a constitucionalidade do art. 28, parágrafo único, da Lei n. 9.868/1999, que estabeleceu a eficácia vinculante dos julgamentos definitivos de mérito em ação direta de inconstitucionalidade¹¹⁰. Neste caso, entretanto, o tribunal concluiu pela constitucionalidade do dispositivo.

4.2.8. A peculiaridade da reclamação envolvendo liberdade de imprensa. Reclamação como recurso per saltum

O uso menos convencional da reclamação pelo Supremo Tribunal Federal pode ser identificado no julgamento de casos referentes à proteção da liberdade de imprensa, nos quais se adota como paradigma a decisão proferida na ADPF n. 130¹¹¹. Há, aqui, aspectos peculiares em relação à definição do conteúdo da decisão e ao modo como o instituto da reclamação tem sido usado para garantia da sua autoridade.

A reclamação já foi utilizada como instrumento para a interpretação do conteúdo e do alcance da decisão na ADPF n. 130. Isso porque a ementa do acórdão não retrata, de maneira exata, a posição majoritária do tribunal no julgamento, mas reflete, em considerável medida, a compreensão do Relator a respeito do tema, como esclarecido na Rcl n. 9.428¹¹². Embora a conclusão do pronunciamento tenha sido no sentido da

109 STF, Pleno, Rcl n. 595, rel. Min. Sydney Sanches, j. em 28.08.2002, publicado em 23.05.2003.

110 STF, Pleno, Rcl n. 1.880 AgR, rel. Min. Maurício Corrêa, j. em 07.11.2002, publicado em 19.03.2004.

111 STF, Pleno, ADPF n. 130, rel. Min. Carlos Britto, j. em 30.04.2009, publicado em 06.11.2009.

112 “Salvas as ementas, que ao propósito refletem apenas a posição pessoal do eminente Min. Relator, não a opinião majoritária da Corte, o conteúdo semântico geral do acórdão traduz, na inteligência sistemática dos votos, o

incompatibilidade da Lei de Imprensa (Lei n. 5.250/1967) com a atual ordem constitucional, houve dispersão de fundamentos entre os votos.

Ao lado dessa questão, a peculiaridade é acentuada em razão de uma escolha institucional.

A constatação da existência de um histórico de persistente agressão à liberdade de imprensa no Brasil tem sido considerada pelo Supremo Tribunal Federal, em muitos casos, como justificativa suficiente para a adoção de uma postura bastante flexível acerca do cabimento da reclamação quando esse direito fundamental está sob discussão¹¹³.

A reclamação para garantia da autoridade da decisão proferida na ADPF n. 130 já foi utilizada, ilustrativamente, para: *a*) cassar decisão com fundamentos considerados insuficientes para legitimar a restrição à liberdade de imprensa (Rcl n. 64.369 AgR¹¹⁴); *b*) extinguir ações de indenização, por considerar configurado o exercício abusivo do direito de ação (*assédio judicial*, na terminologia adotada na decisão), em razão do ajuizamento de múltiplas ações padronizadas, em diferentes comarcas, com o propósito de dificultar o direito de defesa (Rcl n. 23.899¹¹⁵); *c*) assegurar o sigilo da fonte de jornalista (Rcl n. 57.785¹¹⁶); *d*) determinar a autoridades públicas a abstenção da prática de atos que visem à responsabilização criminal de jornalistas pela realização de atividades investigatórias (Rcl n. 47.792 MC¹¹⁷).

mero juízo comum de ser a lei de imprensa incompatível com a nova ordem constitucional, não chegando sequer a propor uma interpretação uníssona da cláusula do art. 220, § 1º, da Constituição da República, quanto à extensão da literal ressalva a legislação restritiva, que alguns votos tomaram como reserva legal qualificada” (STF, Pleno, Rcl n. 9.428, rel. Min. Cezar Peluso, j. em 10.12.2009, publicado em 25.06.2010).

113 Na visão de Mitidiero, o Supremo Tribunal Federal tem, nesses casos, diante de situações de fundamental importância e excepcional urgência, admitido a reclamação como uma espécie de *válvula de escape* para permitir a tutela de direito amparado em precedente a que não corresponda súmula vinculante (MITIDIERO, Daniel. *Reclamação nas Cortes Supremas: entre a autoridade da decisão e a eficácia do precedente*, cit., p. 86-89). Parece-nos, no entanto, a partir da análise das decisões mencionadas neste item, que o Supremo Tribunal Federal não tem exigido a urgência como requisito justificador para a abertura do cabimento da reclamação.

114 STF, 1ª T., Rcl n. 64.369 AgR, rel. Min. Cristiano Zanin, j. em 05.06.2024, publicado em 10.06.2024.

115 STF, Pleno, Rcl n. 23.899, rel. Min. ROSA WEBER, j. em 02.10.2023, publicado em 30.10.2023.

116 STF, decisão monocrática, Rcl n. 57.785, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 13.06.2023, publicado em 19.06.2023. Na prática, tratava-se de reclamação para garantia da autoridade de *obiter dictum* na ADPF n. 130. A decisão foi posteriormente reformada, sob o fundamento da não ocorrência de violação à autoridade da decisão da ADPF n. 130, por ausência de aderência estrita (STF, 2ª T., Rcl n. 57.785 ED, rel. Min. Gilmar Mendes, rel. p/ acórdão Min. Nunes Marques, j. em 07.05.2024, publicado em 03.07.2024).

117 “Nesse cenário, estão presentes a aderência estrita (como requisito próprio da via reclamationária) a revelar plausibilidade do direito alegado e o perigo de dano, consistente na iminência de jornalistas serem expostos a procedimentos investigatórios criminais que visem à descoberta da fonte e à criminalização de sua atividade, em afronta ao que decidido nas ADPF’s 130 e 601 MC” (STF, decisão monocrática, Rcl n. 47.792 MC, rel. Min. Dias Toffoli, j. em 21.06.2021, publicado em 23.06.2021).

O tema do sigilo da fonte é especialmente interessante. No acórdão da ADPF n. 130, a matéria foi abordada de maneira específica somente nos votos dos Ministros Ayres Britto e Celso de Mello. Isto é, o espaço do sigilo da fonte no âmbito de proteção da liberdade de imprensa sequer foi debatido pela maioria do colegiado, e, menos ainda, decidido. Trata-se, enfim, apenas de *obiter dictum*, decorrente do modelo de decisões plurais adotado no Supremo Tribunal Federal¹¹⁸.

Na Rcl n. 21.504 AgR¹¹⁹, a questão do sigilo da fonte foi retomada. Na decisão, o relator consignou, de modo expresso, que afirmava, em *obiter dictum*, que o sigilo da fonte é uma garantia da liberdade de imprensa e apresentou sua compreensão a respeito do conteúdo dessa garantia¹²⁰.

A escolha institucional realizada pelo Supremo Tribunal Federal em relação ao tema da liberdade de imprensa e a realidade prática de utilização da reclamação envolvem desafios ao menos sob três perspectivas.

Embora seja visível, em muitos casos, uma postura flexível na aceitação da reclamação com fundamento na decisão da ADPF n. 130, a ponto de haver afirmação no sentido da sua “extensão para outros casos não necessariamente previstos pelo paradigma”¹²¹, existem, paradoxalmente, decisões restritivas em relação ao cabimento da reclamação com base na ADPF n. 130, que consideram não ser lícito “potencializar sua *ratio decidendi* para abarcar situações concretas não previstas ou dessemelhantes”¹²². A convivência entre essas manifestações divergentes está em claro descompasso com o dever de coerência estabelecido pelo art. 926 do CPC.

Além disso, a utilização da reclamação como uma espécie de recurso *per saltum* para o Supremo Tribunal Federal, além de incompatível com o regime jurídico aplicável ao instituto, não contribui para a racionalização do funcionamento do tribunal, o que já tem sido objeto de manifestações de preocupação no próprio tribunal¹²³.

118 MITIDIERO, Daniel. *Obiter dictum: quando uma decisão não decide?* São Paulo: RT, 2024, p. 81-89.

119 STF, 2ª T., Rcl n. 21.504 AgR, rel. Min. Celso de Mello, j. em 17.11.2015, publicado em 11.12.2015.

120 A Rcl n. 21.504 AgR é frequentemente invocada, em reclamações, como decisão paradigma em relação ao direito ao sigilo da fonte, o que não tem sido admitido pelo Supremo Tribunal Federal, por não ser cabível reclamação para garantir a autoridade de decisão em processos de caráter subjetivo em que o reclamante não figurou como parte (STF, 1ª T., Rcl n. 37. 918 AgR, rel. Min. Rosa Weber, j. em 14.02.2020, publicado em 09.03.2020; STF, 2ª T., Rcl n. 48.882 AgR, rel. Min. Nunes Marques, j. em 09.05.2022, publicado em 17-05-2022). No entanto, o *obiter dictum* na Rcl n. 21.504 AgR já foi expressamente utilizado para a concessão, de ofício, de ordem de *habeas corpus*, após negado o cabimento de reclamação (STF, 2ª T., Rcl n. 19.464 AgR, rel. Min. Dias Toffoli, j. em 10.10.2020, publicado em 14.12.2020).

121 STF, 2ª T., Rcl n. 20.757 AgR, rel. Min. Nunes Marques, rel. p/ acórdão Min. Edson Fachin, j. em 06.12.2021, publicado em 08.02.2022.

122 STF, 2ª T., Rcl n. 28.262 AgR, rel. Min. Edson Fachin, j. em 28.09.2018, publicado em 09.11.2018; STF, 2ª T., Rcl n. 57.284 AgR, rel. Min. Edson Fachin, j. em 12.12.2023, publicado em 25.01.2024.

123 Ilustrativamente, STF, 2ª T., Rcl n. 57.785 ED, rel. Min. Gilmar Mendes, rel. p/ acórdão Min. Nunes Marques, j. em 07.05.2024, publicado em 03.07.2024.

Finalmente, parece haver, sob ótica mais ampla, um evidente problema quanto à concretização dos deveres de coerência e integridade (art. 926, CPC) com a ampliação do cabimento da reclamação para a proteção da liberdade de imprensa e, por outro lado, a restrição de sua aceitação para a proteção de outros bens jurídicos dotados de idêntica relevância constitucional, como a integridade física, o devido processo legal, a liberdade, a igualdade e, especialmente, a segurança jurídica. Não se nega, obviamente, a importância da liberdade de imprensa na ordem constitucional e a gravidade dos atos que ensejam sua restrição ou supressão em casos concretos. No entanto, outros tantos direitos são estruturantes do regime democrático e das garantias elementares que devem ser asseguradas a todas as pessoas. Admitir a reclamação em apenas uma dessas hipóteses não contribui para o cumprimento do dever de consistência da jurisprudência do tribunal e para a concretização da unidade do Direito.

4.2.9. Reclamação e coisa julgada

Em sua origem, a reclamação para assegurar a autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal estava associada, em ampla medida, à coisa julgada¹²⁴. Por meio da reclamação, garantia-se, além da competência do tribunal, a fiel observância de decisão sua, notadamente aquela transitada em julgado.

A reclamação pode ser visualizada, então, como um dos instrumentos de garantia do instituto da coisa julgada¹²⁵ — função proeminente nas primeiras décadas de seu uso. Além disso, ela também cumpre o papel de instrumento de interpretação da coisa julgada. Afinal, para assegurar a autoridade de pronunciamento transitado em julgado, é necessário explicitar a compreensão acerca do significado dos comandos estabelecidos pelo próprio tribunal.

No entanto, é interessante observar que, ao longo dos anos, a *prática* da reclamação conferiu nuances mais complexas à sua relação com a coisa julgada.

A reclamação já foi utilizada, por exemplo, para *a)* desconstituir a coisa julgada, inclusive a parcial, *b)* fazer cessar a eficácia de decisão transitada em julgado, *c)* determinar a revisão da coisa julgada em razão da modificação do estado de direito, *d)* solucionar conflito entre duas decisões após o trânsito em julgado.

124 Como evidencia a justificação da Emenda Regimental aprovada em 2/10/1957, que inseriu, no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal de 1940, a disciplina sobre a reclamação, prevendo que o instrumento “visa manter sua inteireza e plenitude o prestígio da autoridade, a supremacia da lei, a ordem processual e a força da coisa julgada”.

125 Interessante observar que a reclamação já foi utilizada para assegurar os efeitos de coisa julgada em processo criminal sobre ação de improbidade administrativa em curso, visualizando que o “fundamento protetivo do *ne bis in idem* refere-se à boa-fé objetiva e à vedação do comportamento contraditório por parte do Estado, por seus órgãos ou agentes, na perspectiva do *venire contra factum proprium* (vedação de comportamento contraditório), consistente na estabilização de sua situação jurídica do arguido perante o Estado, desde que exauriente a decisão quanto à negativa da autoria ou à inexistência dos fatos” (STF, 2ª T., Rcl n. 57.215, rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 03.07.2023, publicado em 02.10.2023).

a) *Desconstituição da coisa julgada. A questão do efeito obstativo da reclamação*

A ausência de trânsito em julgado *da decisão reclamada* é, como visto, um requisito negativo para a admissibilidade da reclamação (enunciado n. 734 da Súmula de Jurisprudência Predominante do STF; art. 988, § 5º, I, CPC). É assim porque a reclamação se situa entre os meios de impugnação cabíveis exclusivamente antes do trânsito em julgado, não sendo destinada ao controle da coisa julgada¹²⁶.

O Supremo Tribunal Federal já decidiu, porém, que é possível que a decisão da reclamação possua eficácia desconstitutiva da coisa julgada. Isso se verifica nas situações em que o trânsito em julgado da decisão reclamada vem a ocorrer ainda durante a tramitação da reclamação, que, posteriormente, é julgada procedente¹²⁷. Nessas condições, a desconstituição da coisa julgada no processo de origem é decorrência da preservação da autoridade da decisão do Supremo Tribunal Federal.

Essa não é, todavia, a abordagem dogmática mais apropriada para o tema.

Em tais casos, o que ocorre, rigorosamente, é a incidência de um efeito obstativo da formação da coisa julgada decorrente do ajuizamento da reclamação¹²⁸. A decisão reclamada, nesse contexto, está subordinada a uma condição resolutiva. Com a procedência da reclamação, tem-se o implemento da condição.

Em julgamento de reclamação, há, também, manifestação do Supremo Tribunal Federal no sentido da inaplicabilidade da autonomia dos capítulos de sentença, com o afastamento de coisa julgada parcial, a fim de impedir a estabilização de parcela da decisão reclamada, que, embora não tendo sido objeto específico de recurso, adotava compreensão divergente daquela explicitada em decisão em controle concentrado de constitucionalidade¹²⁹.

b) *Cessação da eficácia de decisão transitada em julgado*

O Supremo Tribunal Federal já utilizou a reclamação para, sem desconstituir a coisa julgada, reconhecer a cessação da sua eficácia, impedindo a execução de parcelas vincendas¹³⁰. O caso dizia respeito ao reconhecimento, pela Justiça do Trabalho, da existência de vínculo de emprego entre trabalhadores e a União e, a partir da edição da Lei n. 8.112/1990, da transposição do regime de emprego público para o jurídico-admi-

126 EID, Elie Pierre. *Impugnação das decisões judiciais: reconstrução da relação entre recursos e ações autônomas de impugnação*, cit., p. 183-184.

127 STF, Pleno, Rcl n. 509, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 17.12.1999, publicado em 04.08.2000; STF, 2ª T., Rcl n. 2.280, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. em 01.04.2008, publicado em 18.04.2008.

128 Sobre o tema, DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. 21ª ed. São Paulo: Juspodivm, 2024, v.3, p. 719-720.

129 STF, 2ª T., Rcl n. 66.898 AgR, rel. Min. Dias Toffoli, j. em 05.06.2024, publicado em 07.06.2024. Por outro lado, há pronunciamento que reconhece a autonomia dos capítulos de sentença e a formação de coisa julgada parcial, com a consequente não admissão da reclamação (STF, 1ª T., Rcl n. 49.165 AgR, rel. Min. Alexandre de Moraes, j. em 04.10.2021, publicado em 15.10.2021).

130 STF, 2ª T., Rcl n. 24.362, rel. Min. Ricardo Lewandowski, rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, j. em 21.06.2022, publicado em 03.08.2022.

nistrativo, sendo assegurado o direito ao recebimento de reajustes salariais idênticos aos concedidos ao cargo de Técnico do Tesouro Nacional. Diante da transposição para novo regime jurídico, reconhecida na coisa julgada, e do entendimento adotado no julgamento da ADI n. 3.395, quanto à incompetência da Justiça do Trabalho em relação às causas entre o Poder Público e servidores submetidos ao regime jurídico-estatutário, o Supremo Tribunal Federal decidiu, em reclamação ajuizada no curso da fase de execução no processo de origem, pela perda da eficácia da decisão transitada em julgado, tendo em vista a incompetência da Justiça do Trabalho para decidir sobre reajustes salariais posteriores à edição da Lei n. 8.112/1990.

Na Rcl n. 59.575 AgR¹³¹, decisão judicial negou a aplicação do regime de precatórios a uma empresa pública prestadora de serviço público (Valec Engenharia, Construções e Ferrovias S.A). Diante da existência de manifestações do Supremo Tribunal Federal, em controle concentrado (ADPFs n. 275¹³² e 387¹³³), a respeito da extensão do regime de precatórios a empresas dotadas dessa natureza, bem como de decisões específicas, em reclamações, reconhecendo a aplicação do regime especial àquela empresa, a Segunda Turma do STF decidiu, com fundamento na segurança jurídica, na “cultura dos precedentes” e na tese estabelecida no julgamento do RE n. 611.503¹³⁴ (tema n. 360 de repercussão geral), cassar a decisão reclamada e determinar a observância do regime de precatórios. Reconheceu-se, então, a inexigibilidade de decisão transitada em julgado que adotou interpretação incompatível com aquela manifestada pelo Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade. O ponto interessante a observar, aqui, é que a reclamação foi utilizada como um dos possíveis instrumentos para obstar a eficácia de coisa julgada inconstitucional (arts. 525, §12, e 535, §5º, CPC), a despeito não haver sido idealizada para essa finalidade.

c) *Revisão da coisa julgada*

A reclamação já foi utilizada pelo Supremo Tribunal Federal como instrumento para afirmação da subordinação da coisa julgada à cláusula *rebus sic stantibus*.

A partir da premissa segundo a qual a relação entre normas constitucionais e normas infraconstitucionais é uma relação de natureza continuada (uma relação continuativa de constitucionalidade), o Supremo Tribunal Federal já usou a reclamação para

131 STF, 2ª T., Rcl n. 59.575 AgR, rel. Min. Dias Toffoli, j. em 19.12.2023, publicado em 07.03.2024. Interessante destacar a decisão proferida na Rcl n. 44.909 AgR-segundo, relativa à mesma empresa, em que se afirmou que “não há preclusão para a discussão a respeito dos privilégios da Fazenda Pública na execução. Sujeita-se, assim, ao regime processual-constitucional vigente no momento do cumprimento da sentença, aplicando-se o princípio da eficácia da norma processual vigente no momento da execução (tempus regit actum), nos termos do art. 14 do Código de Processo Civil” (STF, 1ª T., Rcl n. 44.909 AgR-segundo, rel. Min. Alexandre de Moraes, j. em 04.11.2021, publicado em 25.11.2021).

132 STF, Pleno, ADPF n. 275, rel. Min. Alexandre de Moraes, j. em 17.10.2018, publicado em 27.06.2019.

133 STF, Pleno, ADPF n. 387, rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 23.03.2017, publicado em 25.10.2017.

134 STF, Pleno, RE n. 611.503, Tema n. 360 de repercussão geral, rel. Min. Teori Zavascki, rel. p/ acórdão Min. Edson Fachin, j. em 20.09.2018, publicado em 19.03.2019.

reconhecer que a coisa julgada em controle concentrado de constitucionalidade está sujeita à cláusula *rebus sic stantibus*, como se vê na Rcl n. 4.374¹³⁵.

Na ADI n. 1.232, o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade do art. 20, § 3º, da Lei n. 8.742/1993 (LOAS), que, à época, estabelecia que, para fins de recebimento do benefício de prestação continuada, considerava-se incapaz de prover manutenção de pessoa com deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita fosse inferior a 1/4 do salário mínimo¹³⁶.

Cerca de quinze anos depois, no julgamento da Rcl n. 4.374¹³⁷, o Supremo Tribunal Federal entendeu ser necessária a revisão da coisa julgada, em razão da edição de leis que adotaram critérios mais flexíveis para a concessão de benefícios assistenciais, dos impactos sociais da adoção estrita dos critérios estabelecidos no art. 20, § 3º, da LOAS e da constatação da existência de decisões, do próprio tribunal, que abrandavam tais parâmetros. Reconheceu-se, então, a ocorrência de um processo de inconstitucionalização do dispositivo, que motivou a declaração de inconstitucionalidade parcial, sem pronúncia de nulidade, do dispositivo.

No julgamento da ADI n. 4.545, o Supremo Tribunal Federal considerou inconstitucional o art. 85, §5º, da Constituição do Estado do Paraná (e, por arrastamento, a Lei n. 16.656/2010 e o art. 1º da Lei n. 13.246/2002, ambas do Estado do Paraná), que previa o pagamento de prestação pecuniária mensal e vitalícia a ex-governadores¹³⁸. Assegurou-se, porém, a inexistência de devolução dos valores recebidos até a publicação do respectivo acórdão.

Em embargos de declaração, foi expressamente rejeitado o requerimento de modulação dos efeitos da decisão, por meio do qual se pretendia garantir o pagamento do benefício àqueles que já o recebiam¹³⁹.

Na Rcl n. 44.776 AgR¹⁴⁰, essa compreensão foi revista. Embora a questão não tenha sido expressamente abordada sob a perspectiva da modulação de efeitos da decisão, o resultado prático do pronunciamento na reclamação foi idêntico¹⁴¹, com verdadeira rescisão da decisão anteriormente proferida a respeito da modulação. Entendeu-se pela

135 STF, Pleno, Rcl n. 4.374, rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 18.04.2013, publicado em 04.09.2013. Sobre o tema, DIDIER JR., Fredie; MACÊDO, Lucas Buril de. “Controle concentrado de constitucionalidade e revisão de coisa julgada: análise da reclamação no 4.374/PE”. *Revista Jurídica da Presidência*. Brasília, v. 16, n.110, out.2014/ jan.2015, p. 567-590.

136 STF, Pleno, ADI n. 1.232, rel. Min. Ilmar Galvão, rel. p/ acórdão Min. Nelson Jobim, j. em 27.08.1998, publicado em 01.06.2001.

137 STF, Pleno, Rcl n. 4.374, rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 18.04.2013, publicado em 04.09.2013.

138 STF, Pleno, ADI n. 4.545, rel. Min. Rosa Weber, j. em 05.12.2019, publicado em 07.04.2020.

139 STF, Pleno, ADI n. 4.545 ED, rel. Min. Rosa Weber, j. em 29.06.2020, publicado em 13.08.2020.

140 STF, 2ª T., Rcl 44776 AgR, rel. Min. Cármen Lúcia, rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, j. em 03.04.2023, publicado em 14.04.2023.

141 Como observado em DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro; BRANCO, Pedro Gonet. “A construção da reclamação constitucional e sua importância para a realização da justiça”. In: RODRIGUES, Maria Isabel Diniz Gallotti;

necessidade de diferenciação entre o efeito da decisão de inconstitucionalidade no plano normativo e no plano dos atos singulares, praticados com base na lei considerada inconstitucional. Quanto a esses, eles apenas seriam alcançados pelos efeitos da decisão na ação direta de inconstitucionalidade enquanto ainda suscetíveis a instrumentos de impugnação ou revisão, isto é, enquanto ainda não consolidados. Com a adoção desse posicionamento, foi imediatamente restaurado o benefício aos seus titulares (no caso, do Estado do Paraná). É interessante observar que a decisão em reclamação não foi proferida pelo Plenário, mas pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal.

A tese adotada na Rcl n. 44.776 AgR também prevaleceu no julgamento da ADPF n. 745, em que se afirmou a inconstitucionalidade de leis que concedem aposentadoria distinta do Regime Geral da Previdência Social a governadores e seus dependentes em razão do mero exercício de cargo eletivo, estabelecendo, no entanto, a impossibilidade de supressão do benefício em relação àqueles que já o recebiam por longo período de tempo¹⁴².

Com base na decisão da ADPF n. 745, foram ajuizadas reclamações por ex-governadores e seus dependentes de outros Estados, buscando a aplicação do mesmo entendimento e a revisão da coisa julgada (em relação aos atuais beneficiários) de pronunciamentos anteriormente proferidos em controle concentrado. Assim, por exemplo, as decisões na Rcl n. 67.407 AgR¹⁴³ e na Rcl n. 64.340 AgR¹⁴⁴ revisaram, respectivamente, aquelas proferidas na ADI n. 4.552¹⁴⁵ (Paraíba) e na ADPF n. 1.039¹⁴⁶ (Pará). Admitiu-se, em tais casos, a reclamação, a despeito de o paradigma ser posterior aos atos reclamados. No caso do Estado de Rondônia, a Rcl n. 64.735 AgR foi utilizada para a obtenção de efeito revisor de coisa julgada formada em ação civil pública, cuja decisão havia determinado a cassação do pagamento de benefício previdenciário a ex-governadores¹⁴⁷. O fundamento para a revisão e o restabelecimento do benefício foi o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal na ADPF n. 745, ocorrido após o trânsito em julgado no processo de origem.

É importante perceber que, assim como nas situações de superação de precedente, em casos de revisão da coisa julgada em reclamação, deve ser admitido o ajuizamento de reclamação para fazer valer a autoridade da decisão proferida na reclamação em que se decidiu pela revisão, como reconhecido em decisão monocrática na Rcl n.

FONSECA, Reynaldo Soares da (coord.). *Repensar a justiça: estudos em homenagem à Ministra Assusete Magalhães*, cit., p. 162.

142 STF, Pleno, ADPF n. 745, rel. Min. Cármen Lúcia, rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, j. em 21.11.2023, publicado em 07.12.2023.

143 STF, 2ª T., Rcl n. 67.407 AgR, rel. Min. Dias Toffoli, j. em 05.06.2024, publicado em 26.06.2024.

144 STF, 1ª T., Rcl n. 64.340 AgR, rel. Min. Alexandre de Moraes, j. em 11.03.2024, publicado em 18.03.2024.

145 STF, Pleno, ADI n. 4.552, rel. Min. Cármen Lúcia, j. em 01.08.2018, publicado em 14.02.2019.

146 STF, Pleno, ADPF n. 1.039, rel. Min. Alexandre de Moraes, j. em 27.03.2023, publicado em 20.04.2023.

147 STF, 2ª T., Rcl n. 64.735 AgR, j. em 29.04.2024, publicado em 20.05.2024.

25.363¹⁴⁸, em que se adotou como paradigma a decisão proferida na Rcl n. 4.374. Esse posicionamento também parece ter sido adotado na decisão da Rcl 64.735 AgR, em que expressamente é mencionado que o pronunciamento do tribunal na ADI n. 4.545 foi integrado pela decisão na Rcl n. 44.776-AgR¹⁴⁹.

O que não se mostra adequado é recusar a admissibilidade de reclamação fundada no paradigma original¹⁵⁰ e, ainda, não admitir qualidade de parâmetro de controle à decisão proferida na reclamação em que houve a revisão, identificando-a como processo de natureza subjetiva e não admitindo o ajuizamento de reclamação com base nela¹⁵¹.

O Supremo Tribunal Federal também já utilizou a reclamação para, reconhecendo a subordinação da coisa julgada à cláusula *rebus sic stantibus*, determinar que fosse proferida nova decisão no processo de origem, agora com observância da modificação do estado de direito.

Exemplos interessantes são decisões reclamadas que negam a aplicação do novo Código Florestal (Lei n. 12.651/2012) aos respectivos processos de origem sob o fundamento da ocorrência do trânsito em julgado em momento anterior à alteração legislativa. Em tais casos, o Supremo Tribunal Federal entendeu que o uso da reclamação se destina a assegurar a autoridade das decisões, em controle concentrado, que reconheceram a constitucionalidade das inovações legislativas (ADIs n. 4.901, n. 4.902, n. 4.903 e n. 4.937 e ADC n. 42¹⁵²), mesmo que seu julgamento tenha ocorrido somente após o trânsito em julgado das decisões proferidas nos processos de origem¹⁵³. Essa compreensão também já foi adotada em relação a decisão que negou a aplicação da Lei n. 12.651/2012 na execução de compromisso de ajustamento de conduta celebrado sob a vigência do Código Florestal anterior (Lei n. 4.771/1965)¹⁵⁴.

148 “Desse modo, ajuizada a reclamação, como na espécie, com base na alegada transgressão à autoridade de julgamento (Rcl 4.374/PE) que redefiniu o conteúdo e o alcance de decisão emanada desta Suprema Corte em processo de fiscalização normativa abstrata (ADI 1.232/DF), revela-se plenamente possível, não obstante em caráter excepcional, outorgar parametricidade, ainda que em sede de reclamação, à decisão nela proferida que se apresenta – em virtude da especificidade do contexto que venho de mencionar – impregnada dos mesmos efeitos que são peculiares ao julgamento efetuado no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade. Plenamente justificável, assim, a utilização, no caso, do instrumento constitucional da reclamação” (STF, decisão monocrática, Rcl n. 25.363, rel. Min. Celso de Mello, j. em 18.04.2017, publicado em 20.04.2017).

149 STF, 2ª T., Rcl n. 64.735 AgR, rel. Min. Dias Toffoli, j. em 29.04.2024, publicado em 20.05.2024.

150 STF, decisão monocrática, Rcl n. 4.530, rel. Min. Roberto Barroso, j. em 16.08.2013, publicado em 22.08.2013.

151 STF, 1ª T., Rcl n. 53.275 AgR, rel. Min. Cármen Lúcia, j. em 13.06.2022, publicado em 14.06.2022.

152 STF, Pleno, ADIs n. 4.901, n. 4.902, n. 4.903 e n. 4.937 e ADC n. 42, rel. Min. Luiz Fux, j. em 28.02.2018, publicado em 13.08.2019.

153 STF, 2ª T., Rcl n. 58.518 AgR, rel. Min. Edson Fachin, rel. p/ acórdão Min. Dias Toffoli, j. em 22.08.2023, publicado em 14.09.2023; STF, 2ª T., Rcl n. 58.519 AgR, rel. Min. Nunes Marques, rel. p/ acórdão Min. Dias Toffoli, j. em 29.04.2024, publicado em 21.05.2024. Em sentido contrário, entendendo pela impossibilidade de revisão da coisa julgada pelo fundamento de vigência do novo Código Florestal após o trânsito em julgado da decisão, STF, 1ª T., Rcl n. 57.372 AgR, rel. Min. Alexandre de Moraes, j. em 01.03.2023, publicado em 03.03.2023.

154 STF, 2ª T., Rcl n. 58.500 AgR, rel. Min. Nunes Marques, rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, j. em 22.08.2023, publicado em 28.09.2023.

Como se observa, em tais situações o Supremo Tribunal Federal não se limita a afirmar a cessação da eficácia de decisão transitada em julgado, mas determina a revisão da coisa julgada para assegurar a autoridade de paradigma posterior à sua formação.

d) *Solução de conflito entre decisões com trânsito em julgado*

A reclamação já foi utilizada como instrumento para a solução, pelo Supremo Tribunal Federal, do conflito entre duas decisões com trânsito em julgado, com identidade de partes, causa de pedir e pedido¹⁵⁵. Naquela ocasião, o Supremo Tribunal Federal entendeu pela prevalência da coisa julgada formada em momento posterior, notadamente em razão de somente no segundo processo ter sido proferida decisão pelo tribunal, que retrataria a compreensão definitiva sobre a matéria constitucional discutida no caso.

5. RECLAMAÇÃO CONTRA ATO DE ENTE ADMINISTRATIVO OU DE CONTROLE

A possibilidade de utilização da reclamação para impugnar ato administrativo foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro pela Emenda Constitucional n. 45/2004, que inseriu o art. 103-A, § 3º, na Constituição Federal. De acordo com o dispositivo, cabe reclamação ao Supremo Tribunal Federal para anular ato administrativo que contrarie enunciado de súmula vinculante.

No plano infraconstitucional, a regulamentação do tema está prevista no art. 7º da Lei n. 11.417/2006 e nos arts. 56, § 3º, 64-A e 64-B da Lei n. 9.784/1999.

Em certas hipóteses, o Supremo Tribunal Federal tem admitido a ampliação do cabimento da reclamação contra atos administrativos para além da previsão constitucional e legal expressa, aceitando o seu uso também para a garantia da autoridade de decisões proferidas em controle concentrado de constitucionalidade, mesmo quando inexistente súmula vinculante a respeito do tema. Na maioria desses casos, não há desenvolvimento mais detalhado na fundamentação acerca do cabimento da reclamação, que é justificado pelo argumento da excepcionalidade da situação concreta¹⁵⁶.

A questão é abordada de maneira analítica na Rcl n. 61.884¹⁵⁷, em decisão monocrática do Ministro Cristiano Zanin, em que se propõe uma nova interpretação em relação ao cabimento da reclamação para impugnar atos administrativos.

A decisão monocrática da Rcl n. 61.884 sugere uma inversão de perspectiva na abordagem do problema. De acordo a proposta, o art. 103-A, § 3º, da Constituição

155 STF, 1ª T., Rcl n. 5.151, rel. Min. Menezes Direito, j. em 12.02.2008, publicado em 28.03.2008.

156 Ilustrativamente, STF, Pleno, Rcl n. 42.576 MC, rel. Min. Edson Fachin, rel. p/ acórdão Min. Alexandre de Moraes, j. em 01.10.2020, publicado em 25.03.2021; STF, Rcl n. 64.340 AgR, rel. Min. Alexandre de Moraes, Primeira Turma, julgado em 11.03.2024, publicado em 18.03.2024; STF, 2ª T., Rcl n. 44.776 AgR, rel. Min. Cármen Lúcia, rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, j. em 03.04.2023, publicado em 14.04.2023; STF, decisão monocrática, Rcl n. 67.643, rel. Min. Alexandre de Moraes, j. em 02.05.2024, publicado em 06.05.2024.

157 STF, decisão monocrática, Rcl n. 61.884, rel. Min. Cristiano Zanin, j. em 22.02.2024, publicado em 23.02.2024.

Federal deve ser interpretado como a explicitação de *uma* das hipóteses de cabimento da reclamação — que poderia ser diretamente extraída do art. 102, I, *l*, da Constituição, sem necessidade de previsão específica —, não como uma *restrição* ao cabimento da reclamação contra ato administrativo exclusivamente em relação aos casos de violação a enunciado de súmula vinculante. Isso porque o art. 102, § 2º, do texto constitucional dispõe que as decisões definitivas de mérito nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzem eficácia contra todos e efeito vinculante também quanto à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. O cabimento da reclamação contra ato administrativo que viola decisão proferida em controle concentrado pelo Supremo Tribunal Federal seria, então, compatível com a evolução do sistema brasileiro de precedentes vinculantes e estaria em consonância com a Constituição Federal e com o art. 988, III, do CPC.

Essa compreensão pode contribuir para o aprimoramento do sistema brasileiro de justiça multiportas¹⁵⁸ e, por isso, merece desenvolvimento.

De um lado, o art. 102, I, *l*, da Constituição não restringe a natureza (judicial ou não) do ato que pode ser impugnado pela via da reclamação para fazer valer a autoridade de decisão do Supremo Tribunal Federal. Admitir o uso da reclamação contra ato administrativo (e, acrescentamos, de controle, com a observância da terminologia adotada na LINDB¹⁵⁹) confere maior rendimento à interpretação do dispositivo constitucional, sem subverter o sentido do art. 103-A, § 3º, da Constituição Federal, que deve ser entendido no contexto do seu *caput*, dedicado a prever a figura da súmula vinculante e a dispor sobre os aspectos gerais do seu regime jurídico.

De outro, abre caminho para a construção de uma sofisticada harmonização entre centros decisórios que se pronunciam, de maneira sobreposta, sobre matérias idênticas no sistema brasileiro de justiça multiportas.

A partir de uma perspectiva de exame de capacidades institucionais¹⁶⁰, é possível perceber a existência de um grau mais elevado de deferência do Poder Judiciário em

158 Sobre o sistema brasileiro de justiça multiportas, DIDIER JR., Fredie; FERNANDEZ, Leandro. *Introdução à justiça multiportas: sistema de solução de problemas jurídicos e o perfil do acesso à justiça no Brasil*. São Paulo: Juspodivm, 2024.

159 A natureza jurídica das funções de um Tribunal de Contas fica, muitas vezes, numa zona cinzenta entre a “administração” e a “jurisdição” (o art. 73 da Constituição, por exemplo, fala em “jurisdição”, ao tratar do Tribunal de Contas da União). A LINDB não pretendeu resolver essa questão e optou pelo caminho da clareza: “função controladora” (arts. 20, 21, 23, 24 e 27), entre as outras duas. O certo é que, administrativas, jurisdicionais ou “de controle”, as funções do Tribunal de Contas devem ser exercidas *processualmente*.

160 Sobre a teoria das capacidades institucionais, KOMESAR, Neil. *Imperfect Alternatives: Choosing Institutions in Law, Economics, and Public Policy*. Chicago: University of Chicago Press, 1994; SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. “Interpretation and Institutions”. In: *Michigan Law Review*. vol. 101:885, 2003, p. 914. Disponível em: <<https://repository.law.umich.edu/mlr/vol101/iss4/2/>>; SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. “Interpretative Theory in Its Infancy: a reply to Posner”. In: *Michigan Law Review*. vol. 101:972, 2003, p. 949. Disponível em: <<https://repository.law.umich.edu/mlr/vol101/iss4/4/>>; ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. “O argumento das ‘capacidades institucionais’ entre a banalidade, a redundância e o absurdo”. In: *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia*. n. 23, ano 2011.2, Salvador; BADIN,

relação a manifestações de entes administrativos em matérias de natureza política e de alta especificidade e complexidade técnica¹⁶¹, diferentemente do que ocorre com temas juridicamente sensíveis, em que o grau de deferência é tendencialmente muito mais tênue¹⁶².

A maior deferência do Judiciário em relação a decisões administrativas em questões de natureza política¹⁶³ decorre, de maneira geral, do reconhecimento da maior legitimidade democrática destas (decorrente especialmente da forma de recrutamento dos seus dirigentes e da sua investidura por mandato) e da necessidade de assegurar proteção ao espaço de regular exercício da discricionariedade administrativa por autoridades especializadas em determinada área e submetidas a um rigoroso regime de responsabilidade por suas escolhas¹⁶⁴. Em matéria de políticas públicas, a decisão sobre quem decide também pode ser a decisão sobre aquilo que se decide¹⁶⁵.

Arthur Sanchez. *Controle judicial das políticas públicas: contribuição ao estudo do tema da judicialização da política pela abordagem da análise institucional comparada de Neil K. Komesar*. São Paulo: Malheiros, 2013; JORDÃO, Eduardo. *Controle judicial de uma Administração Pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle*. São Paulo: Malheiros, 2016; ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. "Dois problemas de operacionalização do argumento de 'capacidades institucionais'". In: *Revista Estudos Institucionais*. vol. 2, n. 1, 2016; CABRAL, Antonio do Passo. *Juiz natural e eficiência: flexibilização, delegação e coordenação de competências no Processo Civil*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 312-333; HARTMANN, Guilherme Kronenberg. *Competência no processo civil: da teoria tradicional à gestão judicial da competência adequada*. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 148-152; SILVEIRA, Bruna Braga. *Litigiosidade repetitiva, processo e regulação: interações entre o Judiciário e o Regulador no julgamento de casos repetitivos*. Salvador: Editora Juspodivm, 2021, p. 89-113; DIDIER JR., Fredie; FERNANDEZ, Leandro. *Introdução à justiça multiportas: sistema de solução de problemas jurídicos e o perfil do acesso à justiça no Brasil*, cit., p. 133-143.

161 JORDÃO, Eduardo. *Controle judicial de uma Administração Pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle*, cit., p. 57-166.

162 O exame de teses jurídicas e a análise de compatibilidade de determinada orientação em relação ao ordenamento jurídico integram o âmbito de expertise dos juízes, uma vez que tais atividades consistem em pilares da sua formação acadêmica e do seu cotidiano profissional, conferindo ao Judiciário, ao menos em uma perspectiva *prima facie*, condições para uma apreciação dos temas mais abrangente, aprofundada e coerente com o sistema jurídico em geral quando em comparação com as autoridades administrativas (JORDÃO, Eduardo. *Controle judicial de uma Administração Pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle*, cit., p. 58). Um exemplo de incentivo à deferência judicial em matéria juridicamente sensível pode ser visualizado no Enunciado n. 665 da Súmula de Jurisprudência Predominante do Superior Tribunal de Justiça: "O controle jurisdicional do processo administrativo disciplinar restringe-se ao exame da regularidade do procedimento e da legalidade do ato, à luz dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, não sendo possível incursão no mérito administrativo, ressalvadas as hipóteses de flagrante ilegalidade, teratologia ou manifesta desproporcionalidade da sanção aplicada".

163 BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 305-306.

164 JORDÃO, Eduardo. *Controle judicial de uma Administração Pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle*, cit., p. 85.

165 KOMESAR, Neil. *Imperfect Alternatives: Choosing Institutions in Law, Economics, and Public Policy*, cit., p. 3; BADIN, Arthur Sanchez. *Controle judicial das políticas públicas: contribuição ao estudo do tema da judicialização da política pela abordagem da análise institucional comparada de Neil K. Komesar*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 94-95.

Quanto às questões de elevada complexidade técnica que não estão detalhadamente disciplinadas na legislação, dependendo de desenvolvimento analítico para a materialização dos comandos legais¹⁶⁶, a tendencial maior deferência do Judiciário justifica-se não apenas em razão da (habitual) ausência de formação e atuação específica na área pelos juízes e da insuficiência de recursos materiais apropriados pelos tribunais¹⁶⁷, como também pela percepção de que a revisão de determinadas orientações pelo Judiciário pode, na prática, convertê-lo no real órgão regulador, ensejar graves incoerências no marco regulatório¹⁶⁸ ou provocar o risco de ocorrência de decisões cuja efetivação é inviável¹⁶⁹.

A distinção entre matérias de natureza política ou de elevada especificidade técnica e matérias de natureza eminentemente jurídica pode ser a diretriz adotada para a análise, em reclamação, de impugnações a atos administrativos ou de controle — embora, é verdade, nem sempre seja simples realizar essa diferenciação.

No exercício da sua função, entes administrativos que solucionam problemas jurídicos por meio da heterocomposição devem interpretar o ordenamento jurídico à luz da Constituição e — embora ainda haja controvérsia a respeito do tema — podem deixar de aplicar, em casos concretos, dispositivos normativos que considerem inconstitucionais¹⁷⁰. O acesso ao Supremo Tribunal Federal, pela via da reclamação, possibilita o controle imediato desses pronunciamentos.

166 Jordão aponta a existência de “atividades que na Itália foram denominadas ‘discricionariedade técnica’ e ‘avaliações técnicas complexas’, aquelas em que a circunstância fática que autoriza ou determina o agir administrativo foi descrita pela norma em termos equívocos, ambíguos, imprecisos — não totalmente *objetivos*. Isto significa que a ‘tecnicidade’ de uma questão, em si, não é particularmente relevante para a determinação da intensidade do controle judicial sobre ela incidente. Aquilo que é realmente relevante é a *opinabilidade* técnica, ou — na expressão adotada aqui — a *complexidade* técnica” (grifos no original) (JORDÃO, Eduardo. *Controle judicial de uma Administração Pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle*, cit., p. 124-125).

167 CABRAL, Antonio do Passo. *Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no Processo Civil*, cit., p. 487.

168 JORDÃO, Eduardo. *Controle judicial de uma Administração Pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle*, cit., p. 130.

169 ANDRADE, Juliana Melazzi. *Justiciabilidade e não decisão: quando o Poder Judiciário não deve decidir*. São Paulo: Juspodivm, 2023, p. 104-106.

170 O tema do controle de constitucionalidade por tribunais administrativos não é pacífico, conquanto já seja possível visualizar o esboço de uma diretriz geral no Supremo Tribunal Federal. No julgamento do MS n. 25.888, o tribunal afirmou a compatibilidade do enunciado n. 347 da sua Súmula de Jurisprudência Predominante (“O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público”) com a atual ordem constitucional, explicitando, porém, que dele não é possível extrair uma competência dos tribunais de contas para a realização de controle concentrado de constitucionalidade, mas somente a “possibilidade de afastar (*incidenter tantum*) normas cuja aplicação no caso expressaria um resultado inconstitucional (seja por violação patente a dispositivo da Constituição ou por contrariedade à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria)” (STF, Pleno, MS n. 25.888 AgR, rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 22.08.2023, publicado em 11.09.2023). Anteriormente, já havia sido reconhecida ao Conselho Nacional de Justiça e ao Conselho Nacional do Ministério Público a possibilidade de afastamento, apenas no julgamento de caso concreto, de dispositivo legal considerado inconstitucional (respectivamente, STF, Pleno, Pet n. 4.656, rel. Min. Cármen Lúcia, j. em 19.12.2016, publicado em 04.12.2017, e STF, 1ª T., MS n. 27.744,

Aceitar o uso da reclamação para impugnar decisões de instituições e órgãos administrativos e de controle que contrariem precedentes estabelecidos em controle concentrado de constitucionalidade assegura a possibilidade de célere adequação da atuação e das manifestações dos entes não judiciais à compreensão do Supremo Tribunal Federal a respeito das questões de natureza jurídica, para as quais o tribunal está vocacionado, e contribui para a promoção de coerência e previsibilidade no ambiente regulatório.

Com isso, o Supremo Tribunal Federal pode, a partir de um juízo de capacidades institucionais, *a)* decidir não revisar o mérito de pronunciamentos de outros centros decisórios (tribunais administrativos, agências reguladoras e tribunais de contas, por exemplo), por considerar possuírem mais adequadas condições para a solução do problema jurídico¹⁷¹, ou, *b)* constatada a violação a determinada interpretação constitucional estabelecida pelo tribunal, determinar, desde logo, sua correção. Em ambas as hipóteses, a manifestação do Supremo Tribunal Federal, por meio da reclamação, é virtuosa para a sociedade: no primeiro caso, prestigia a capacidade institucional de outro ente e orienta as demais instâncias do Poder Judiciário à sua observância; no segundo caso, possibilita um caminho abreviado para a reformulação de marcos regulatórios ou de diretrizes administrativas de acordo com a correta interpretação constitucional.

Com esses contornos, a reclamação pode ser utilizada como veículo para técnicas de harmonização entre centros decisórios e de controle pelo Supremo Tribunal Federal em relação aos demais. É possível, por exemplo, visualizar na reclamação um instrumento de controle em situações de delegação¹⁷² de competência do Supremo Tribunal Federal para determinado ente administrativo ou de controle — cenário ainda pouco frequente, mas não inédito, como se verifica no caso da ADO n. 25¹⁷³.

rel. Min. Luiz Fux, j. em 14.04.2015, publicado em 08.06.2015). No âmbito do Conselho de Administração de Recursos Fiscais, o enunciado n. 2 da sua súmula prevê que o “CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária”.

171 CABRAL, Antonio do Passo. *Jurisdição sem decisão: non liquet e consulta jurisdicional no direito brasileiro*. São Paulo: Juspodivm, 2023, p. 315-319; ANDRADE, Juliana Melazzi. *Justiciabilidade e não decisão: quando o Poder Judiciário não deve decidir*, cit., p. 69-148.

172 Sobre delegação de competências, inclusive em relação a instituições externas ao Poder Judiciário, CABRAL, Antonio do Passo. *Juiz natural e eficiência: flexibilização, delegação e coordenação de competências no Processo Civil*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 371-427.

173 No julgamento da ADO n. 25, foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal a mora do Congresso Nacional quanto à edição de lei complementar para disciplinar o repasse aos Estados de recursos destinados à compensação de perdas em decorrência de desonerações relativas ao ICMS. Diante da omissão legislativa, a Suprema Corte fixou prazo para a elaboração do ato normativo, determinando ainda que, na hipótese de persistência da omissão, a disciplina da matéria seria provisoriamente realizada pelo Tribunal de Contas da União, considerando que, em um juízo de capacidades institucionais, o órgão disporia das condições necessárias à solução adequada do problema jurídico, por já desempenhar competências semelhantes, previstas nos arts. 159, II, e 161, parágrafo único, da Constituição Federal (STF, Pleno, ADO n. 25, rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 30.11.2016, publicado em 18.08.2017). Após a ocorrência de prorrogação do prazo inicialmente estabelecido, veio a ser celebrado acordo entre a União e os Estados acerca dos critérios de repasse dos recursos, com o compromisso de edição da lei complementar prevista na Constituição. A Lei Complementar n. 176/2020 foi finalmente editada. Seu conteúdo é substancialmente idêntico ao do acordo homologado pelo Supremo Tribunal Federal, diferindo apenas em ajustes de redação.

Além disso, essa compreensão pode colaborar para a redução da litigiosidade judicial repetitiva em áreas de atuação de instituições e órgãos administrativos e de controle, bem como acentua a autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional em relação à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal (art. 102, § 2º, CF).

Dois últimos registros são necessários.

O primeiro é que idêntica solução pode ser adotada em relação à reclamação contra ato administrativo que viola a autoridade de decisão em recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida. Em um sistema de precedentes vinculantes, que deve observar a coerência, a integridade e a estabilidade na interpretação e aplicação do ordenamento jurídico, é necessário perceber que os precedentes do Supremo Tribunal Federal em recurso extraordinário com repercussão geral possuem eficácia obrigatória, transcendendo os limites subjetivos da causa em que surgiram, inclusive quanto à Administração Pública, mesmo ausente previsão em termos idênticos aos do art. 102, § 2º, da Constituição Federal e do art. 10, §3º, da Lei n. 9.882/1999.

A obrigatoriedade de observância, pela Administração Pública, dos precedentes estabelecidos em recurso extraordinário com repercussão geral é uma decorrência lógica do sistema brasileiro de precedentes. Recusar a obrigatoriedade de tais precedentes, condicionando-a apenas à existência de decisão em controle concentrado de constitucionalidade ou enunciado de súmula vinculante, importa dispêndio desnecessário de recursos da sociedade, do Poder Judiciário e do Poder Público de maneira geral, uma vez que a decisão a ser proferida na via abstrata não poderia ser diversa daquela adotada no recurso extraordinário (art. 926, CPC), ressalvadas, naturalmente, as situações de distinção ou superação.

Bem vistas as coisas, é possível identificar que previsões como a do art. 1.040, IV, CPC (fiscalização da aplicação do precedente por órgão, ente ou agência reguladora) e dos arts. 19, VI, *a*, 19-B, 19-C e 19-D da Lei n. 10.522/2002 (dispensa de oferecimento de defesa e de contrarrazões e da interposição de recurso pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, Procuradoria-Geral da União, Procuradoria-Geral Federal e Procuradoria-Geral do Banco Central do Brasil, bem como não constituição de crédito tributário em relação a matérias definidas em recurso extraordinário com repercussão geral) são, na verdade, decorrências da vinculação da Administração Pública ao juízo definitivo do Supremo Tribunal Federal, inclusive em recurso extraordinário com repercussão geral, a respeito da constitucionalidade de ato normativo.

O segundo aspecto digno de registro é que, para todas as hipóteses de reclamação contra ato administrativo que viola precedente, o mais apropriado é a adoção, como referencial, do modelo procedimental básico previsto no art. 7º, § 1º, da Lei n. 11.417/2006, com a necessidade de prévio esgotamento da via administrativa (ou de controle).

O acesso direto ao Supremo Tribunal Federal, pela via da reclamação, somente deve ser assegurado a partir da decisão final do colegiado ou da autoridade hierarqui-

camente superior na instituição, a quem compete a fiscalização e revisão da conformidade dos atos decisórios internos ao ordenamento jurídico, função que, evidentemente, não pode ser transferida à Suprema Corte. Assim, apenas decisões finais no âmbito do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, de agências reguladoras e do Tribunal de Contas da União, por exemplo, poderão ser impugnadas por meio da reclamação.

A adoção de uma nova compreensão sobre a reclamação para impugnação de atos administrativos é compatível com a evolução do instituto, e, como uma nova função para o instituto momento histórico atual, integra o sistema brasileiro de precedentes obrigatórios e o de justiça multiportas. A reclamação é instrumento flexível, criado e conformado para a solução de problemas práticos, que tem acompanhado o avanço nos modos de realização da justiça no Brasil. Não há, assim, obstáculo à atualização do instituto ao contexto de existência de múltiplos centros decisórios aptos ao oferecimento de soluções adequadas a problemas jurídicos.

6. CONCLUSÕES

O instituto da reclamação é um dos mais evidentes exemplos de como a prática processual pode produzir resultados virtuosos e, mesmo, promover mudanças no Direito. A reclamação é instrumento flexível, criado e conformado para a solução de problemas práticos, que tem acompanhado o avanço nos modos de realização da justiça no Brasil.

O instituto parece ser vocacionado à criação de condições para a instrumentalização dos avanços na compreensão sobre o modo de exercer a função jurisdicional. Não por acaso, a evolução do controle de constitucionalidade e do sistema de precedentes vinculantes no Brasil foi acompanhada de expressivas mudanças em relação ao cabimento e às funções da reclamação, como manifestações integradas de um mesmo fenômeno histórico de nova compreensão do modo de se fazer justiça via Poder Judiciário.

Além das suas funções tradicionais, o Supremo Tribunal Federal tem conferido outras funções à reclamação para a garantia da autoridade de decisão: interpretação do precedente, superação do precedente e modulação dos seus efeitos, viabilização da revisão de decisão sobre repercussão geral, utilização das técnicas de distinção (*distinguishing*) e sinalização (*signaling*), garantia de futuro entendimento, realização de controle incidental de inconstitucionalidade, recurso *per saltum* em matéria de liberdade de imprensa, desconstituição da coisa julgada, cessação da eficácia de decisão transitada em julgado, revisão da coisa julgada, solução de conflito entre duas decisões após o trânsito em julgado.

É possível propor uma nova interpretação para a reclamação contra ato administrativo, com sua utilização para impugnar decisões de instituições e órgãos administra-

tivos e de controle que contrariem precedentes estabelecidos pelo Supremo Tribunal Federal. A reclamação pode ser utilizada como veículo para técnicas de harmonização entre centros decisórios e de controle pelo Supremo Tribunal Federal em relação aos demais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABBOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2021.
- ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores: precedentes no direito brasileiro*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2018.
- ANDRADE, Juliana Melazzi. *Justiciabilidade e não decisão: quando o Poder Judiciário não deve decidir*. São Paulo: Juspodivm, 2023.
- ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. “Dois problemas de operacionalização do argumento de ‘capacidades institucionais’”. In: *Revista Estudos Institucionais*. vol. 2, n. 1, 2016 _____; _____. “O argumento das ‘capacidades institucionais’ entre a banalidade, a redundância e o absurdo”. In: *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia*. n. 23, ano 2011.2, Salvador.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 17ª ed, São Paulo: Malheiros, 2016.
- AZEVEDO, Gustavo. *Reclamação constitucional no direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- BADIN, Arthur Sanchez. *Controle judicial das políticas públicas: contribuição ao estudo do tema da judicialização da política pela abordagem da análise institucional comparada de Neil K. Komesar*. São Paulo: Malheiros, 2013.
- BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.
- BRANDÃO, Cláudio. *Reclamação constitucional no Processo do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2017.
- CABRAL, Antonio do Passo. *Juiz natural e eficiência: flexibilização, delegação e coordenação de competências no Processo Civil*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. _____ . *Jurisdição sem decisão: non liquet e consulta jurisdicional no direito brasileiro*. São Paulo: Juspodivm, 2023.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos; ARCHANJO, Marco Alexandre de Oliveira. “Reclamação como ferramenta de superação de precedente formado em controle concentrado de constitucionalidade”. *Revista da Advocacia Pública Federal*, v. 3, n. 1, 2022.
- DANTAS, Bruno; LEME, Hugo. “A ressignificação da reclamação e o conceito de “esgotamento de instância” previsto no art. 988, §5º, II, do CPC/2015: um novo requisito de procedibilidade instituído pela minirreforma do CPC 2015”. In: MARINONI, Luiz Guilherme; SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). *Processo constitucional*. São Paulo: RT, 2019.

- DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. *Reclamação constitucional no direito brasileiro*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2000.
- _____.; BRANCO, Pedro Gonet. “A construção da reclamação constitucional e sua importância para a realização da justiça”. In: RODRIGUES, Maria Isabel Diniz Gallotti; FONSECA, Reynaldo Soares da (coord.). *Repensar a justiça: estudos em homenagem à Ministra Assusete Magalhães*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2023.
- DIDIER JR., Fredie. “Do que se ocupa um processualista?”. *Civil Procedure Review*, v. 12, 2021.
- _____. “Transformações do recurso extraordinário”. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- _____.; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. 21ª ed. São Paulo: Juspodivm, 2024, v.3.
- _____.; FERNANDEZ, Leandro. *Introdução à justiça multiportas: sistema de solução de problemas jurídicos e o perfil do acesso à justiça no Brasil*. São Paulo: Juspodivm, 2024.
- _____.; _____. *O Conselho Nacional de Justiça e o Direito Processual: administração judiciária, boas práticas e competência normativa*. 2. ed. São Paulo, Juspodivm, 2023.
- _____.; MACÊDO, Lucas Buril de. “Controle concentrado de constitucionalidade e revisão de coisa julgada: análise da reclamação no 4.374/PE”. *Revista Jurídica da Presidência*. Brasília, v. 16, n.110, out.2014/jan.2015, p. 567-590.
- EID, Elie Pierre. *Impugnação das decisões judiciais: reconstrução da relação entre recursos e ações autônomas de impugnação*. São Paulo: Juspodivm, 2022.
- GÓES, Gisele Santos Fernandes. “Reclamação constitucional”. In: DIDIER, Fredie (Org.). *Ações Constitucionais*. Salvador: Juspodivm, 2007.
- HARTMANN, Guilherme Kronenberg. *Competência no processo civil: da teoria tradicional à gestão judicial da competência adequada*. Salvador: Juspodivm, 2021.
- JORDÃO, Eduardo. *Controle judicial de uma Administração Pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle*. São Paulo: Malheiros, 2016.
- KOMESAR, Neil. *Imperfect Alternatives: Choosing Institutions in Law, Economics, and Public Policy*. Chicago: University of Chicago Press, 1994.
- LEONEL, Ricardo de Barros. *Reclamação constitucional*. São Paulo: RT, 2011.
- MENDES, Gilmar Ferreira. “A Reclamação Constitucional no Supremo Tribunal Federal: algumas notas”. *Direito Público*, n. 12, abr./jun. 2006.
- _____. “O uso da reclamação para atualizar jurisprudência firmada em controle abstrato”. *Observatório da Jurisdição Constitucional*, n. 1, 2013. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/view/857>>.
- MINGATI, Vinícius Secafen. *Reclamação (neo)constitucional: precedentes, segurança jurídica e os julgados especiais*. Brasília, Gazeta Jurídica, 2012.

- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- MITIDIERO, Daniel. *Obiter dictum: quando uma decisão não decide?* São Paulo: RT, 2024.
- _____. *Reclamação nas Cortes Supremas: entre a autoridade da decisão e a eficácia do precedente*. São Paulo: RT, 2022.
- MORATO, Leonardo L. *Reclamação e sua aplicação para o respeito da súmula vinculante*. São Paulo: RT, 2007.
- MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do Direito*. 2ª ed. Tradução de Peter Neumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: RT, 2009, v. I.
- OLIVEIRA, Pedro Miranda. “Da reclamação”. CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coord.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, n. 1 ao art. 988.
- PACHECO, José da Silva. “A ‘reclamação’ no STF e no STJ de acordo com a nova Constituição”. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, v. 646, ago.-1989.
- PEIXOTO, Ravi. “Reclamação como remédio jurídico processual para a superação de precedentes”. In: PRITSCH, Cesar Zucatti *et al* (coord.). *Precedentes no Processo do Trabalho: teoria geral e aspectos controvertidos*. São Paulo: RT, 2020.
- SANTOS, Alexandre Moreira Tavares do. “Da reclamação”. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, v. 808, fev.-2003.
- SILVEIRA, Bruna Braga. *Litigiosidade repetitiva, processo e regulação: interações entre o Judiciário e o Regulador no julgamento de casos repetitivos*. Salvador: Editora Juspodivm, 2021.
- STRATZ, Murilo. *Reclamação na jurisdição constitucional*. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2015.
- SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. “Interpretation and Institutions”. In: *Michigan Law Review*. vol. 101:885, 2003. Disponível em: <<https://repository.law.umich.edu/mlr/vol101/iss4/2/>>.
- _____; _____. “Interpretative Theory in Its Infancy: a reply to Posner”. In: *Michigan Law Review*. vol. 101:972, 2003. Disponível em: <<https://repository.law.umich.edu/mlr/vol101/iss4/4/>>.
- TAKOI, Sérgio Massuro. *Reclamação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- TALAMINI, Eduardo. *Novos aspectos da jurisdição constitucional brasileira: repercussão geral, força vinculante, modulação dos efeitos do controle de constitucionalidade e alargamento do objeto do controle direto*. São Paulo: Tese de livre-docência apresentada na USP, 2008.



Civil Procedure Review
AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

4

A "*riforma Cartabia*": reflexões sobre a reforma do processo civil italiano de 2022

The "*riforma Cartabia*": reflections on the 2022 reform of the Italian civil procedure

Paulo Mendes

Ph.D. and Master of Laws from the Federal University of Rio Grande do Sul (UFRGS), Brazil

Rodrigo Nery

Ph.D. candidate and Master of Laws from the University of Brasília (UnB), Brazil

Rodrigo Rodrigues Buzzi

Master candidate at the University of São Paulo (USP)

Áreas do direito: direito processual civil; direito comparado.

Resumo: O presente texto visa a analisar a recente reforma no Direito Processual Civil italiano (decreto legislativo n.º 149/2022), que evidencia preocupações que muito se aproximam dos problemas enfrentados no Brasil. Trata-se da reforma Cartabia (*riforma Cartabia*), responsável por mudanças que parecem inaugurar uma nova forma de pensar (em termos de direito positivo) o sistema processual italiano.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Processual Civil – Reforma Cartabia – processo civil italiano – direito comparado – processo civil brasileiro.

Abstract: *This text aims to analyze the recent reform of Italian civil procedural law, which highlights concerns very similar to those faced in Brazil. This is the Cartabia reform, responsible for changes that seem to inaugurate a new way of thinking (in terms of positive law) about the Italian procedural system.*

Keywords: Civil procedural law – Cartabia Reform – italian civil procedure – comparative Law – brazilian civil procedure

1. INTRODUÇÃO

É inquestionável a influência do Direito italiano no Brasil, especialmente no campo do processo civil. Todo estudioso que se dedica de maneira aprofundada a esse ramo jurídico com certeza já tomou conhecimento, por exemplo, da vinda de Enrico Tullio Liebman ao nosso país. Radicado por mais tempo em São Paulo, esse jurista influenciou de forma marcante grandes nomes do processo civil nacional.¹ Entre os seus alunos principais, um dos mais conhecidos foi Alfredo Buzaid, autor do anteprojeto do Código de Processo Civil de 1973, Ministro da Justiça e do Supremo Tribunal Federal, que declaradamente se inspirou nas lições do referido professor peninsular.²

A influência do processo italiano no Brasil, entretanto, não se limita à vinda de Liebman a solo brasileiro. Antes mesmo desse acontecimento, já havia grande influência do Direito italiano, tal como se observa nas variadas menções, há muito, à doutrina de Chiovenda, Carnelutti, entre outros, por autores nacionais.³ Da mesma forma, anos depois da chegada de Liebman, também se percebe a grande tendência de referenciar teóricos peninsulares, fato que pode ser constatado da simples leitura de qualquer tese acadêmica no campo do processo civil do nosso país atualmente. A chance de não haver farta referência à doutrina italiana é baixa.

Ocorre que, não obstante toda essa influência, o Direito brasileiro não necessariamente seguiu os mesmos caminhos que o italiano. Mesmo com a marcante tendência de referenciar autores da Itália, a doutrina e a jurisprudência mais recentes, de certa forma, seguem caminhos claramente dissonantes daqueles perfilhados por doutrina-

1 Para detalhes a respeito da vinda de Liebman no Brasil, cf. BUZAID, Alfredo. A influência de Liebman no direito processual civil brasileiro. Revista da Faculdade de Direito, v. 72, n.1, 1977, passim.

2 Sobre o tema, cf. BUZAID, Alfredo. A influência de Liebman no direito processual civil brasileiro. Revista da Faculdade de Direito, v. 72, n.1, 1977, p. 136-152.

3 A título de exemplo, por todos, cf. a seguinte obra de Benedicto de Siqueira Ferreira, que faz uma análise aprofundada de doutrinadores italianos: FERREIRA, Benedicto de Siqueira. Da natureza jurídica da ação. Exposição e crítica. São Paulo: "Revista dos Tribunais", 1940, passim. Antes dele, é possível citar, entre outros, Eduardo Espinola, em seu clássico "Systema do direito civil brasileiro", no qual há várias referências a doutrinadores italianos e de outras nações (ESPINOLA, Eduardo. Systema do direito civil brasileiro. Volume primeiro. Introdução e Parte Geral. Bahia: Litho-Typ e Encadernação Reis & C. 1908, passim).

dores e magistrados da Itália, o que torna ainda mais importante a reflexão sobre a influência recíproca existente entre esses dois países.

Dentro desse cenário, o presente estudo visa a analisar a recente reforma no Direito Processual Civil italiano oriunda do decreto legislativo n.º 149/2022, que evidencia preocupações que muito se aproximam de algumas existentes no Brasil. Trata-se da reforma Cartabia (riforma Cartabia), responsável por mudanças que parecem inaugurar uma nova forma de pensar (em termos de Direito positivo) o sistema processual italiano.

Buscaremos noticiar alguns pontos do conjunto de modificações ocorridas, além de comparar algumas dessas transformações⁴ com a realidade do Direito positivo brasileiro, algo que entendemos ser relevante para fins de reflexão acadêmica e aprimoramento de ambos os sistemas processuais.

Deixamos claro, desde logo, que não se objetiva aqui definir qual sistema seria “melhor” ou “pior”, ou outra conclusão semelhante. Esse tipo de comparação revela-se manifestamente equivocada, até mesmo desrespeitosa. O que se buscará é, a partir da notícia de importantes modificações em um sistema estrangeiro que influenciou o nosso, compreender semelhanças e diferenças entre os dois, de modo a contribuir para futuros estudos sobre o assunto.

2. ALGUMAS MODIFICAÇÕES ESTABELECIDAS PELA REFORMA CARTABIA (“RIFORMA CARTABIA”) NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL ITALIANO

2.1. Considerações iniciais – o contexto da reforma

O Codice di Procedura Civile italiano, estabelecido pelo Regio Decreto de 28 de outubro de 1940, à semelhança do que ocorreu com o nosso Código de Processo Civil de 1973 antes de ser revogado em 2016, passou, naturalmente, por uma série de mudanças.⁵ A que mais vem chamando atenção, atualmente, é a da riforma Cartabia, implementada por meio do Decreto Legislativo nº 149 de 2022, que passou a vigorar em 2023. Esse decreto legislativo encontra fundamento na Lei Delegada nº 206/2021, na qual o Parlamento indicou uma série de critérios diretivos que o governo deveria seguir.

Cartabia, o apelido dado ao decreto legislativo, advém do nome da Ministra de Estado da Justiça à época da tramitação da reforma, Marta Cartabia, que também foi

4 Para uma síntese de todas as modificações, de maneira didática, cf. FEDORCZYK, Federica. La riforma della giustizia Cartabia: certezza dei tempi e rispetto delle garanzie? Pandora Rivista, nº 2, 2021, p. 161.

5 Para uma importante contextualização sobre recentes reformas: SASSANI, Bruno. Riforme periodiche e inefficienza persistente del processo civile. Cronache del déjà vu. Juidicium. 08 de abril de 2024. Disponível em: [Riforme periodiche e inefficienza persistente del processo civile. Cronache del déjà vu. - Juidicium](#).

Juíza da Corte Constitucional da Itália⁶. O contexto para a reforma, à semelhança do cenário estabelecido no Brasil nos idos de 2009 a 2014, era o de uma percepção generalizada de que o processo italiano era demasiadamente lento.⁷

De acordo com o relatório 2020 da Comissão Europeia para a Eficiência da Justiça (CEPEJ), a Justiça italiana seria uma das mais morosas da Europa. Os dados apontaram que o número de processos que se acumulavam nos acervos judiciais aumentava a cada ano em todas as instâncias de jurisdição e a União Europeia, preocupada com esse fenômeno da demora da Justiça, que, em tese, representaria um desestímulo ao investimento de capital estrangeiro, apoiou e financiou a reforma.⁸

A Riforma Cartabia sintetiza, portanto, um amplo esforço de alteração dos códigos processuais penais, cíveis e comerciais, patrocinado pela União Europeia, que concedeu investimentos à Itália e a outros países para tornarem mais eficientes seus sistemas de justiça. O principal objetivo a ser alcançado é alegadamente o de tornar a justiça italiana mais rápida. No presente trabalho, focaremos em alguns aspectos das mudanças ocorridas no Direito Processual Civil, reservando para futuros estudos comentários sobre os impactos da reforma em outros ramos do Direito.

2.2 O *Rinvio pregiudiziale in cassazione* como meio de produção de um pronunciamento vinculante no processo italiano

A instituição de técnicas de julgamento e formação de precedentes é normalmente apresentada como uma solução para o problema da proliferação de casos idênticos ou semelhantes, esses que, por sua vez, são apontados como fatores para a lentidão da justiça experienciada no Brasil.⁹

A Riforma Cartabia criou, no art. 363-bis, o chamado *Rinvio pregiudiziale in cassazione*, um instituto de uniformização de entendimento no judiciário. Numa análise preliminar, parece-nos possível a comparação dessa nova via procedimental com o procedimento da *saisine pour avis* do direito francês,¹⁰ bem como também com o

6 Para uma cronologia de alguns fatos relevantes no âmbito da tramitação da proposta de reforma, cf. CAVALLINI, Daniela. La riforma Cartabia dell'ordinamento giudiziario. Le modifiche già entrate in vigore e quelle attese. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, anno LXXVIII, n. 2, Giugno 2024, p. 701.

7 SASSANI, Bruno. Riforme periodiche e inefficienza persistente del processo civile. *Cronache del déjà vu. Juidicium*. 08 de abril de 2024. Disponível em: [Riforme periodiche e inefficienza persistente del processo civile. Cronache del déjà vu. - Juidicium](#).

8 COMISSÃO EUROPEIA. Painei de Avaliação da Justiça na EU, 2024. Disponível em: https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/policies/justice-and-fundamental-rights/upholding-rule-law/eu-justice-scoreboard_pt. Acesso em 24.03.2024.

9 Para uma visão dos precedentes como concretização dos princípios da segurança jurídica e da isonomia, a partir de noções da Teoria do Direito: OLIVEIRA, Paulo Mendes de. *Coisa julgada e precedente: limites temporais e relações jurídicas de trato continuado*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015, *passim*.

10 Fazendo essa relevante comparação entre o *rinvio pregiudiziale* e a *saisine pour avis*, cf. TURRINI, Maryam. *Rinvio pregiudiziale ala corte di cassazione e principio di diritto nell'interesse della legge*. *Rivista di diritto processuale*. Anno LXXVIII. Seconda Serie. N. 4. Outubro-dezembro, 2023, p. 1614.

Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) brasileiro¹¹⁻¹² e até mesmo com a sistemática dos recursos repetitivos e da repercussão geral (que inclusive pode servir como meio de ampliação dos efeitos do debate de uma questão instaurado no IRDR), isso sem falar no Musterverfahren alemão¹³ e no group litigation order inglês¹⁴.

Em interpretação livre do art. 363-bis,¹⁵ o rinvio pregiudiziale possibilita que o juiz, quando precisar decidir uma questão de direito sobre a qual previamente provocou o contraditório entre as partes, submeta diretamente a questão à Corte de Cassação para a resolução do questionamento apresentado. Exige-se como requisitos que a questão submetida ao rinvio (i) seja necessária para a solução da causa e ainda não tenha sido resolvida pela Corte de Cassação; (ii) apresente acentuada dificuldade interpretativa; (iii) tenha o potencial de estar presente em múltiplas controvérsias.¹⁶

11 Sobre o IRDR no Direito Brasileiro, cf. TEMER, Sofia. Incidente de resolução de demandas repetitivas. Salvador: Juspodium, 2020, passim; CAVALCANTI, Marcos. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e Ações Coletivas. Salvador: Juspodivm, 2015, passim.

12 Destacando-se, é claro, algumas diferenças.

13 Fazendo uma análise desse procedimento: CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas. Revista de Processo, nº 147, 2007, p. 123-146.

14 Sobre o tema, referindo-se aos procedimentos alemão e inglês, comparando-os com o IRDR, cf. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; TEMER, Sofia. O incidente de resolução de demandas repetitivas no novo Código de Processo Civil. Revista de Processo, vol. 243, maio de 2015, p.3.

15 Vide a redação original: "Art. 363-bis: Il giudice di merito può disporre con ordinanza, sentite le parti costituite, il rinvio pregiudiziale degli atti alla Corte di cassazione per la risoluzione di una questione esclusivamente di diritto, quando concorrono le seguenti condizioni: 1) la questione è necessaria alla definizione anche parziale del giudizio e non è stata ancora risolta dalla Corte di cassazione; 2) la questione presenta gravi difficoltà interpretative; 3) la questione è suscettibile di porsi in numerosi giudizi.

L'ordinanza che dispone il rinvio pregiudiziale è motivata, e con riferimento alla condizione di cui al numero 2) del primo comma reca specifica indicazione delle diverse interpretazioni possibili. Essa è immediatamente trasmessa alla Corte di cassazione ed è comunicata alle parti. Il procedimento è sospeso dal giorno in cui è depositata l'ordinanza, salvo il compimento degli atti urgenti e delle attività istruttorie non dipendenti dalla soluzione della questione oggetto del rinvio pregiudiziale.

Il primo presidente, ricevuta l'ordinanza di rinvio pregiudiziale, entro novanta giorni assegna la questione alle sezioni unite o alla sezione semplice per l'enunciazione del principio di diritto, o dichiara con decreto l'inammissibilità della questione per la mancanza di una o più delle condizioni di cui al primo comma.

La Corte, sia a sezioni unite che a sezione semplice, pronuncia in pubblica udienza, con la requisitoria scritta del pubblico ministero e con facoltà per le parti costituite di depositare brevi memorie, nei termini di cui all'articolo 378.

Con il provvedimento che definisce la questione è disposta la restituzione degli atti al giudice.

Il principio di diritto enunciato dalla Corte è vincolante nel procedimento nell'ambito del quale è stata rimessa la questione e, se questo si estingue, anche nel nuovo processo in cui è proposta la medesima domanda tra le stesse parti".

16 Nas palavras de Maryam Turrine "Questo istituto – previsto dal nuovo art. 363-bis c.p.c., rubricato «Rinvio pregiudiziale» – consente al giudice di merito di rimettere, con ordinanza e dopo aver sentito le parti costituite, alla Suprema Corte la risoluzione di una questione di diritto nuova, di difficile interpretazione, necessaria alla definizione anche parziale del giudizio e suscettibile di porsi in numerose future controversie. Ove ciò avvenga, il processo dovrà essere sospeso fino alla decisione della Corte di cassazione e il principio di diritto enunciato dalla medesima rimarrà vincolante «nel procedimento nell'ambito del quale è stata rimessa la questione»." (TURRINI, Maryam. Rinvio pregiudiziale alla corte di cassazione e principio di diritto nell'interesse della legge. p. 1609-1628. Rivista di diritto processuale. Anno LXXVIII. Seconda Serie. N. 4. Outubro-dezembro, 2023, p. 1609-1610).

A questão é então submetida ao juízo de admissibilidade do Primeiro Presidente, que terá noventa dias para analisar se os pressupostos anteriormente referidos foram observados. Caso não se declare a inadmissibilidade, o Primeiro Presidente submete a questão às seções unidas (“sezioni unite”) ou à seção simples (“sezione semplice”) competente. A seguir, a Corte de Cassação anuncia o “princípio de direito” controvertido após um procedimento a ser realizado por meio de audiência pública, com participação do ministério público e com a possibilidade de as partes submeterem breves memoriais. Quanto ao processo original, a remessa possui o efeito de suspender o seu trâmite, até a solução da questão submetida ao rinvio. Por fim, destaca-se que o dispositivo previu o caráter vinculante do pronunciamento, ao afirmar, expressamente, que a decisão da Corte de Cassação sobre a questão é vinculativa no procedimento no qual ela foi submetida e mantém tal efeito, mesmo se o processo for extinto, no novo processo que é instaurado com a reapresentação da mesma demanda pelas mesmas partes.

Em síntese, trata-se da possibilidade de o juízo submeter um tema para apreciação da Corte de Cassação, a fim de que ela decida e, depois, que a solução seja aplicada em outros processos.¹⁷ Segundo Luca Passanante: “Si tratta di un istituto ispirato alla legislazione comunitaria e francese, che prevede la possibilità per il giudice di merito, quando deve decidere una questione, di sottoporre direttamente la decisione alla Corte suprema di cassazione”.¹⁸

Um aspecto que chama a atenção no rinvio pregiudiziale é a vinculação expressa do precedente apenas para ao caso concreto que deu origem à manifestação da Corte de Cassação. Não há previsão de vinculação para além do caso sob julgamento, nem sequer para casos idênticos. Além disso, não há qualquer mudança procedimental para os demais casos idênticos ou semelhantes, caso sigam o precedente ou se afastem dele.

No Brasil, por exemplo, decidido um tema sob a sistemática dos recursos repetitivos ou sob o regime da repercussão geral e resolvidos os casos idênticos no mesmo sentido do tribunal superior, as partes não conseguem mais acessar estes tribunais (art. 1.030, CPC). Eventual recurso especial ou extraordinário será inadmitido na origem e contra essa inadmissibilidade só caberá agravo interno para o próprio tribunal a quo. Há uma espécie de trancamento da instância extraordinária, evitando-se que o tribunal superior tenha que apreciar inúmeras vezes a mesma questão de direito.

Mais um detalhe interessante é que não há a previsão expressa, nesse caso, de ampliação da discussão jurídica para além das partes do processo e do Ministério Público. No Brasil, há clara previsão de realização de audiências públicas e de par-

17 SCARSELLI, Giuliano. Note sul rinvio pregiudiziale alla Corte di Cassazione di una questione di diritto da parte del giudice di merito. Giustizia Insieme. 5 de julho de 2021. Disponível em: <https://www.giustiziainsieme.it/en/processo-civile/1838-note-sul-rinvio-pregiudiziale-alla-corte-di-cassazione-di-una-questione-di-diritto-da-parte-del-giudice-di-merito-di-giuliano-scarselli?hitcount=0>. Acesso em: 26/03/2024.

18 PASSANANTE, Luca. “Le impugnazioni”. Manuale breve della riforma Cartabia. Coord. Luca Passanante. Milano: Cedam, 2023, p. 161.

ticipação de amici curiae nesses procedimentos de formação de precedentes pelos tribunais superiores.

A Corte de Cassação, provocada por meio do rinvio pregiudiziale, analisará apenas a questão jurídica controvertida, sem proceder ao julgamento do caso concreto submetido ao Poder Judiciário. No Brasil, os tribunais superiores tanto definem a questão jurídica controvertida que proporcionou a definição do precedente, como também julgam o caso concreto, aplicando o direito concretamente.

Por fim, digna de nota é a circunstância de que é possível que o juiz de primeira instância provoque a referida manifestação da Corte de Cassação, proporcionando verdadeiro salto em relação aos demais tribunais. No Brasil, ao contrário, só será possível provocar a manifestação do STJ e do STF, pelos procedimentos dos recursos repetitivos e da repercussão geral, após o esgotamento de toda a instância ordinária, sendo vedado ao juiz de primeira instância tal provocação direta às cortes superiores.

Não obstante tais características do rinvio pregiudiziale, a doutrina e os operadores do Direito vêm identificando o instituto como verdadeiro instrumento de uniformização jurisprudencial.¹⁹ Antonio Scarpa, inclusive, indica que esse novo instrumento faz parte do aperfeiçoamento da função nomofilática ou nomofilática, que é a incumbência, normalmente atribuída às cortes supremas, de se garantir a proteção da norma jurídica. O jurista, contudo, faz o seguinte alerta: “il ‘rinvio pregiudiziale’ è, dunque, una nuova occasione di nomofilachia a portata di mano: come tutte le buone occasioni, però, essa difficilmente si presenta e facilmente può perdersi.”²⁰

Luca Passante, por sua vez, identifica o rinvio como mais um esforço legislativo de fortalecimento dos pronunciamentos da Corte de Cassação, que tem por atribuição uma função nomofilática, a fim de evitar que diferentes interpretações sobre o mesmo tema conduza a uma situação caótica, de excessiva desordem.²¹ E conclui afirmando que o novo instituto mostra-se idôneo, sobretudo em matéria processual e no contencioso de massa (a exemplo do Direito tributário, do trabalho, previdenciário etc.), a colocar fim a incertezas interpretativas com potencial de alimentar a litigiosidade.²²

19 CONTI, Roberto. Nomofilachia integrata e diritto sovranazionale. I “volti” della Corte di cassazione a confronto. In: Il giudizio civile di cassazione. Scuola superiore della magistratura – Roma, 2022, Quaderno 20, p. 178-227.

20 SCARPA, Antonio. Il nuovo istituto del rinvio pregiudiziale in Cassazione ex art. 363-bis c.p.c. Scupla Superiore della Magistratura – SSM. 3 de abril de 2023. Disponível em: https://www.ca.milano.giustizia.it/allegato_corsi.aspx?File_id_allegato=3969. Acesso em: 23/03/2024. Também analisando a função do rinvio pregiudiziale e sua relação com a nomofilachia: ANTONIO, Briguglio. Il rinvio pregiudiziale interpretativo alla Corte di Cassazione. IN: Il Processo, Rivista Giuridica Quadrimestrale, Giuffrè, 2.2022, p. 947-973.

21 PASSATANTE, Luca. “Rinvio pregiudiziale alla corte di cassazione in Itália. Note di diritto comparato”. Sistema brasileiro de precedentes. Coord. Cassio Scarpinella Bueno et al. Londrina: Thoth, 2024, p. 89.

22 PASSATANTE, Luca. “Rinvio pregiudiziale alla corte di cassazione in Itália. Note di diritto comparato”. Sistema brasileiro de precedentes. Coord. Cassio Scarpinella Bueno et al. Londrina: Thoth, 2024, p. 97.

2.3 A obrigação de os atos de postulação serem claros, sintéticos e com indicação específica dos fatos e das razões jurídicas

Sem desconsiderar as críticas quanto a aspectos formais e materiais da mudança,²³ especialmente à luz do art. 24 da Constituição Italiana (dispositivo que muito se relaciona com o direito de acesso à jurisdição nesse país²⁴), a reforma Cartabia inseriu em variados artigos do CPC italiano alguns requisitos formais para os atos processuais. Ao que se observa, o objetivo foi o de exigir maior clareza e restrição de razões alongadas.²⁵⁻²⁶

Por exemplo²⁷, no capítulo referente aos atos processuais, o parágrafo segundo do art. 121 dispõe que todos os atos do processo serão escritos de forma clara e sintética:

“Art. 121 – [...] Tutti gli atti del processo sono redatti in modo chiaro e sintetico.”

No capítulo referente à introdução da causa em juízo, por sua vez, percebe-se uma menção, agora, à noção de “claro e específico” (claro e específico) nos dois dispositivos a seguir:²⁸

“Art. 163 [...] L’atto di citazione deve contenere: [...] 4) l’esposizione in modo chiaro e specifico dei fatti e degli elementi di diritto costituenti le ragioni della domanda, con le relative conclusioni;

[...]

Art. 167. Nella comparsa di risposta il convenuto deve proporre tutte le sue difese prendendo posizione in modo chiaro e specifico sui fatti posti dall’attore a fondamento della domanda, indicare le proprie generalità e il codice fiscale, i mezzi di prova di cui intende valersi e i documenti che offre in comunicazione, formulare le conclusioni [...]”

23 Cf. SCARSELLI, Giuliano. I punti salienti dell’attuazione della riforma del processo civile di cui al decreto legislativo 10 ottobre 2022 n. 149. Giustizia Insieme. 15 de novembro de 2022. Disponível em: <https://www.giustiziainsieme.it/it/riforma-cartabia-civile/2529-i-punti-salienti-dell-attuazione-della-riforma-del-processo-civile-di-cui-al-decreto-legislativo-10-ottobre-2022-n-149> . Acesso em: 21/03/2024.

24 Sobre o tema, cf., por todos, COMOGLIO, Luigi Paolo. La garanzia costituzionale dell’azione ed il processo civile. Padova: Cedam, 1970, p. 179 e seguintes.

25 Para um panorama das mudanças no âmbito do recurso per cassazione italiano, cf. LICCI, Paola. I nuovi critério di redazione del ricorso per cassazione dopo la riforma cartabia. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Ano 17. Volume 24, número 3, setembro a dezembro de 2023, p. 485-496.

26 Cf. SCARSELLI, Giuliano. I punti salienti dell’attuazione della riforma del processo civile di cui al decreto legislativo 10 ottobre 2022 n. 149. Giustizia Insieme. 15 de novembro de 2022. Disponível em: <https://www.giustiziainsieme.it/it/riforma-cartabia-civile/2529-i-punti-salienti-dell-attuazione-della-riforma-del-processo-civile-di-cui-al-decreto-legislativo-10-ottobre-2022-n-149> . Acesso em: 21/03/2024

27 Elencamos os mesmos dispositivos expostos em SCARSELLI, Giuliano. I punti salienti dell’attuazione della riforma del processo civile di cui al decreto legislativo 10 ottobre 2022 n. 149. Giustizia Insieme. 15 de novembro de 2022. Disponível em: <https://www.giustiziainsieme.it/it/riforma-cartabia-civile/2529-i-punti-salienti-dell-attuazione-della-riforma-del-processo-civile-di-cui-al-decreto-legislativo-10-ottobre-2022-n-149> . Acesso em: 21/03/2024

28 ITALIA. Decreto Legislativo n. 149, 10 out. 2022. Disponível em: <<https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2022/10/17/22G00158/sg>>. Acesso em: 15 mar. 2024

No âmbito do capítulo que versa sobre as formas de impugnação, observa-se mais uma vez, agora no art. 342, as noções de “chiaro”, “specifico” e, além disso, “sintetico” (claro, específico e sintético). Ademais, no art. 366 destaca-se a noção de “chiara esposizione dei fatti” (clara exposição dos fatos):

“Art. 342. L'appello si propone con citazione contenente le indicazioni prescritte nell'articolo 163. L'appello deve essere motivato, e per ciascuno dei motivi deve indicare a pena di inammissibilità, in modo chiaro, sintetico e specifico:

[...]

Art. 366. Il ricorso deve contenere, a pena di inammissibilità: [...] 3) la chiara esposizione dei fatti della causa essenziali alla illustrazione dei motivi di ricorso; [...]”

No capítulo referente à forma de postulação em procedimentos de família, também se verifica a presença de expressões como “chiara e sintetica esposizione dei fatti e degli elementi di diritto” (clara e sintética exposição dos fatos e dos elementos de direito), o que se soma a todas as outras mudanças já expostas:

“Art. 473-bis. 12. La domanda si propone con ricorso che contiene: [...] e) la chiara e sintetica esposizione dei fatti e degli elementi di diritto sui quali la domanda si fonda, con le relative conclusioni; [...]”

Por fim, em agosto de 2023, autorizado pelo art. 46 das Disposições de Atuação no Código de Processo Civil, foi publicado o Decreto nº 110 do Ministro da Justiça, que estabelece os critérios de redação das peças no processo civil, com foco na organização e no limite de páginas para cada.²⁹

Em um contexto no qual o Judiciário encontra-se abarrotado de demandas, as tentativas legislativas de limitação do tamanho e de organização da maneira como as razões são expostas nos atos postulatorios não surpreendem, sequer sendo algo exatamente novo no cenário italiano. O chamado princípio da clareza e da objetividade (“principio di chiarezza e sinteticità degli atti processuali”³⁰) já estava previsto desde 2010 no Codice del processo amministrativo (Decreto Legislativo nº 104/2010), em seu artigo 3º, parágrafo segundo. Em 2015, a Corte de Cassação pu-

29 ITALIA. Gazzetta Ufficiale. Decreto 7 agosto 2023, n. 110. Out. 2023. Disponível em: <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2023/08/11/23G00120/sg>.

30 Segundo Filippo Noceto, há o entendimento no contexto italiano de que tal princípio não tem sua existência fundamentada apenas na premissa de se possibilitar exclusivamente uma leitura mais fácil das peças processuais. O cerne, segundo esse autor, é o de dar uma maior efetividade ao contraditório, que deve ter condições prévias fundamentais de desenvolvimento efetivo, e a clareza e objetividade das peças auxiliariam em tal mister. Entretanto, o tema é complexo demanda reflexões aprofundadas. Para tudo o que aqui foi dito e também para uma pertinente investigação teórica a respeito desse ponto, cf. NOCETO, Filippo. Chiarezza e sinteticità degli atti di parte nella recente riforma del processo civile. Minimi tentativi di inquadramento sistematico. Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, anno LXXVIII, n. 2, Giugno 2024, p. 626-627 e passim.

blicou um protocolo de recomendações para recursos em matéria civil e tributária, que pretendia conferir maior clareza e objetividade na redação das peças recursais, prevendo até mesmo o número máximo de páginas que o recurso de cassação deveria ter.³¹⁻³²

No campo regido pelo Código de Processo Civil do Brasil, por outro lado, não se percebe uma restrição semelhante às existentes neste momento na Itália. O que há no nosso diploma é a positivação, por exemplo, de aspectos mais gerais sobre a estrutura da petição inicial (art. 319, incisos e parágrafos, do CPC), além da fixação de hipóteses de indeferimento relacionadas à impossibilidade de compreensão da postulação, que seria o caso da “inépcia da inicial” (art. 330 do CPC).

Segundo Cândido Rangel Dinamarco, a inépcia da exordial se dá quando o mínimo exigido para a compreensão adequada da demanda está ausente.³³ À luz do nosso diploma processual e com base nos ensinamentos do aludido jurista, aqui se entende como inépcia a consequência de um conjunto de vícios específicos, relacionados à compreensão da demanda jurisdicional. Nesse sentido, essa consequência (inépcia) se inseriria no grupo das demais hipóteses que ensejam o indeferimento da inicial. (vide art. 319 até 321 e 330 do CPC).

No Direito Processual do Trabalho brasileiro, contudo, diferente do campo cível, percebe-se a presença de uma exigência que se assemelha às previstas na reforma italiana aqui analisada. Nos termos do art. 840, §1º, da CLT, a reclamação trabalhista deve conter “breve exposição dos fatos”, tal previsão que não é isenta de controvérsias, isso não obstante haver defensores da ideia de que ela não se configura como um requisito mais específico do que os que são previstos no atual CPC.³⁴

De toda sorte, além da previsão citada acima, o Direito brasileiro já se deparou também com práticas que buscavam estabelecer restrições, ainda que supostamente sem amparo legislativo. Deixando de lado o fato de se há efetivamente suporte legal ou não, bem como também ignorando qualquer discussão a respeito da competência para estabelecer tais exigências, já se teve notícia, ainda na Justiça do Trabalho, de uma

31 ITALIA. Consiglio Nazionale Forense. Protocollo Crote di Cassazione - Cnf per la redazione dei ricorsi per cassazione in materia civile e tributaria. Dez. 2015. Disponível em: https://www.consiglionazionaleforense.it/-/asset_publisher/3Pbavf6hHwa4/content/utilita-professione-schema-per-la-redazione-dei-ricorsi-per-cassazione-in-materia-civile-e-tributaria

32 Na Espanha, há orientações semelhantes para o recurso de cassação: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Recurso-de-Casacion-Civil/Informacion-general---Normas/>

33 DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. Volume II. Com participação de Daniel Menegassi Zotarelli. 9ª ed. Revista e atualizada, 2023, p. 156.

34 Para uma devida contextualização, não obstante entender que não há especificidade, cf.: VEGAS JUNIOR, Walter Rosati. A breve exposição dos fatos na petição inicial trabalhista, os limites da cognição judicial e a garantia do contraditório: por uma necessária superação do entendimento consagrado na Súmula 293 do Tribunal Superior do Trabalho – TST. Revista de Direito do Trabalho. Vol. 215/2021, p. 197-219, jan-fev, 2021, n.p.

tentativa de limitação de páginas da petição inicial, até mesmo por resolução administrativa do próprio tribunal.^{35_36}

No campo do processo civil, o que se percebe é uma certa preocupação manifestada pelas cortes jurisdicionais, algumas já adotando programas que incentivam a redução de páginas da petição inicial, além também de estabelecerem um determinado limite de tamanho de documento no peticionamento eletrônico.³⁷

Em verdade, a tentativa de limitar o número de páginas das petições não é algo raro, tendo em vista que costumeiramente nos deparamos com uma prática que visa a diminuir o tamanho dos atos postulatórios. Em 2014, por exemplo, antes mesmo do atual CPC, dois magistrados estavam restringindo o tamanho das exordiais, em prática que forçou o Corregedor Geral da Justiça do Paraná a determinar que isso não ocorresse.³⁸ Esse tipo de *modus operandi*, que tolhe ou restringe os atos postulatórios, além de sofrer repressão administrativa, também não está isento de críticas da própria doutrina, valendo menção a posicionamentos de Lênio Streck,³⁹ de Alberto Toron⁴⁰ e até mesmo de Dias Toffoli⁴¹, Ministro do Supremo Tribunal Federal.

Com efeito, embora seja salutar a postulação resumida, não há como se considerar que uma petição possa ser censurada processualmente pelo fato ostentar um número de páginas acima do que gostaria o magistrado.

O juízo que deve ser feito é, sem dúvidas, aquele pautado na boa-fé, mas sempre sob uma ótica bastante permissiva. Tal como a doutrina italiana já questiona a respeito dessa questão, especialmente no que diz respeito a uma eventual incompatibilidade dessa modificação com o direito de acesso à jurisdição, também no Direito brasileiro seriam censuráveis tais exigências, por semelhantes argumentos.

35 Sobre o tema, cf. a seguinte notícia, que traz outros exemplos: CONJUR. TRT da 10ª Região limita número de páginas de petição. Conjur. 2012. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-nov-20/trt-10-regiao-limita-numero-paginas-peticao/>>. Acesso em: 17 mar. 2024.

36 MIGALHAS. Tribunal não pode impor tamanho menor que previsto em lei para petições. Migalhas. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/amp/quentes/266486/tribunal-nao-pode-impor-tamanho-menor-que-previsto-em-lei-para-peticoes>>. Acesso em: 18 mar. 2024.

37 MIGALHAS. Cortes brasileiras preocupam-se com tamanho de petições. Migalhas. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/amp/quentes/195451/cortes-brasileiras-preocupam-se-com-tamanho-de-peticoes>>. Acesso em: 17 mar. 2024.

38 GRILLO, Brenno. Juiz não pode limitar tamanho de petição, afirmam especialistas. Conjur. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-jun-30/juiz-nao-limitar-tamanho-peticao-afirmam-especialistas/>>. Acesso em: 17 mar. 2024.

39 Cf. GRILLO, Brenno. Juiz não pode limitar tamanho de petição, afirmam especialistas. Conjur. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-jun-30/juiz-nao-limitar-tamanho-peticao-afirmam-especialistas/>>. Acesso em: 17 mar. 2024.

40 Cf. GRILLO, Brenno. Juiz não pode limitar tamanho de petição, afirmam especialistas. Conjur. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-jun-30/juiz-nao-limitar-tamanho-peticao-afirmam-especialistas/>>. Acesso em: 17 mar. 2024.

41 MIGALHAS. Corregedor recomenda que juízes não limitem tamanho de inicial. 2012. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/quentes/201200/corregedor-recomenda-que-juizes-nao-limitem-tamanho-de-inicial>>. Acesso em: 17 mar. 2024.

2.4 Novas formas de realização de audiências e a possibilidade de substituição por memoriais escritos.

Assim como no Brasil, as audiências na Itália costumavam ocorrer presencialmente perante os magistrados. A pandemia do COVID-19, contudo, acarretou a necessidade de os encontros se realizarem de forma distinta. Nesse sentido, nos dois países foi feito um grande esforço para implementar o modelo das audiências telepresenciais ou remotas, de modo a garantir a presença ao menos virtual. Passada a pior fase da pandemia, o modelo remoto passou a se consolidar em ambos os países, a tornar-se uma realidade incontornável atualmente.

O novo artigo 127-bis do Código de Processo italiano prevê a possibilidade de o juiz ordenar a realização da audiência, inclusive pública, à distância, quando não for necessária a presença de sujeitos distintos dos advogados, partes, promotor público e auxiliares do juiz. A decisão pela realização da audiência telepresencial é comunicada às partes pelo menos quinze dias antes, que podem solicitar que ela ocorra presencialmente até 5 dias antes da data da audiência:

“Art. 127-bis.

(Udienza mediante collegamenti audiovisivi).

Lo svolgimento dell’udienza, anche pubblica, mediante collegamenti audiovisivi a distanza puo’ essere disposto dal giudice quando non e’ richiesta la presenza di soggetti diversi dai difensori, dalle parti, dal pubblico ministero e dagli ausiliari del giudice.

Il provvedimento di cui al primo comma e’ comunicato alle parti almeno quindici giorni prima dell’udienza. Ciascuna parte costituita, entro cinque giorni dalla comunicazione, puo’ chiedere che l’udienza si svolga in presenza. Il Giudice, tenuto conto dell’utilità e dell’importanza della presenza delle parti in relazione agli adempimenti da svolgersi in udienza, provvede nei cinque giorni successivi con decreto non impugnabile, con il quale può anche disporre che l’udienza si svolga alla presenza delle parti che ne hanno fatto richiesta e con collegamento audiovisivo per le altre parti. In tal caso resta ferma la possibilità per queste ultime di partecipare in presenza.

Se ricorrono particolari ragioni di urgenza, delle quali il giudice dà atto nel provvedimento, i termini di cui al secondo comma possono essere abbreviati.”

Muitos tribunais brasileiros têm realizado audiências e sessões de julgamento telepresenciais ou virtuais. Essa prática vem se tornando cada vez mais comum, inclusive nas Cortes Superiores, uma vez que a grande maioria dos recursos é hoje julgada em sessões virtuais ou telepresenciais, mesmo em matérias importantes para as partes e para a sociedade.

Somando-se à mudança acima, outro dispositivo que chama a atenção, a merecer ser destacado no presente escrito, é o 127-ter, que dispõe acerca do “Deposito di note

scritte in sostituzione dell'udienza". Em interpretação livre, ele versa sobre a hipótese de substituição da audiência pelo depósito de notas escritas (algo que, no Brasil, chamaríamos de memoriais ou razões finais).

Nesse sentido, as mesmas situações que possibilitam o agendamento da audiência virtual se aplicam também ao art. 127-ter. Ou seja, se o juiz estiver diante de um processo no qual entender não ser necessária a presença de sujeitos distintos dos advogados, partes, promotor público e auxiliares do juiz, poderá agendar a audiência telepresencial ou substituí-la por manifestações escritas. Essa opção pode ser objeto de oposição pelas partes, ressalva o aludido dispositivo.

A mudança em questão acaba evidenciando uma certa redução da oralidade nos processos jurisdicionais, isso em nome de uma pretensa busca por celeridade nos julgamentos. Sem dúvidas, também quanto a esse ponto é possível estabelecer um paralelo com algumas tendências que vêm surgindo no Poder Judiciário brasileiro, no que diz respeito à marcante diminuição da presença dos jurisdicionados⁴².

Os Tribunais Superiores vêm liderando o processo de virtualização não só dos julgamentos como também das sustentações e manifestações orais. Tem se tornado cada vez mais rara a possibilidade de o advogado poder sustentar, ainda que telepresencialmente. As sustentações orais são, muitas vezes, gravadas, incumbindo ao advogado depositá-las nos sítios eletrônicos para serem acessadas pelos magistrados. Além disso, os próprios julgamentos colegiados vêm ocorrendo em ambiente virtual, sem a interação presencial entre os magistrados.

2.5 A instauração de técnicas processuais que possibilitam a rejeição ou o acolhimento sumário da demanda, sem produção de coisa julgada e sob a condição de que, caso sejam revertidas, haverá modificação do juízo que prolatou a decisão.

Por fim, outro aspecto digno de nota é a positivação, no contexto da reforma italiana, da expressa possibilidade de acolhimento ou rejeição da demanda por meio da sumarização procedimental e cognitiva.⁴³ Conforme estabelece o artigo 183-ter do CPC italiano, é possível ao magistrado, nas controvérsias sobre direitos disponíveis, quando requerido pela parte, decidir sobre o acolhimento da demanda, desde que tenha havido a comprovação dos fatos constitutivos do direito e a defesa do demandado tenha sido manifestamente infundada. Vejamos a redação legal:

42 Sobre o tema, em uma perspectiva crítica, cf. PEREIRA FILHO, Benedito Cerezzo; MELLO, João Pedro de Souza. O devido processo legal contraiu coronavírus e o ato de crise com efeitos do STF. Conj. 31 de março de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-31/cerezzo-souza-mello-devido-processo-legal-contraiu-coronavirus/>. Acesso em? 21/05/2024.

43 SCARSELLI, Giuliano. I punti salienti dell'attuazione della riforma del processo civile di cui al decreto legislativo 10 ottobre 2022 n. 149. Giustizia Insieme. 15 de novembro de 2022. Disponível em: <https://www.giustiziainsieme.it/it/riforma-cartabia-civile/2529-i-punti-salienti-dell-attuazione-della-riforma-del-processo-civile-di-cui-al-decreto-legislativo-10-ottobre-2022-n-149>. Acesso em: 21/03/2024

Articolo 183 ter Codice di procedura civile**Ordinanza di accoglimento della domanda**

(1) Nelle controversie di competenza del tribunale aventi ad oggetto diritti disponibili il giudice, su istanza di parte, nel corso del giudizio di primo grado può pronunciare ordinanza di accoglimento della domanda quando i fatti costitutivi sono provati e le difese della controparte appaiono manifestamente infondate.

In caso di pluralità di domande l'ordinanza può essere pronunciata solo se tali presupposti ricorrono per tutte.

L'ordinanza di accoglimento è provvisoriamente esecutiva, è reclamabile ai sensi dell'articolo 669 terdecies e non acquista efficacia di giudicato ai sensi dell'art. 2909 del c.c., né la sua autorità può essere invocata in altri processi. Con la stessa ordinanza il giudice liquida le spese di lite.

L'ordinanza di cui al secondo comma, se non è reclamata o se il reclamo è respinto, definisce il giudizio e non è ulteriormente impugnabile.

In caso di accoglimento del reclamo, il giudizio prosegue innanzi a un magistrato diverso da quello che ha emesso l'ordinanza reclamata.

Na presente hipótese, seria proferida uma decisão final do processo, sob cognição sumária, a partir da probabilidade do direito postulado. É um instrumento que visa a abreviar o procedimento, a partir da consistente demanda ajuizada pelo autor e da deficiente defesa apresentada pelo réu. Essa decisão pode ser provisoriamente executável, mas é passível de impugnação. Caso haja o acolhimento do recurso contra essa decisão, a análise prosseguirá perante um magistrado diferente do que teria proferido o pronunciamento impugnado, não se mantendo, portanto, o antigo julgador. Em outras palavras: se houver reforma da decisão proferida mediante essa técnica, haverá modificação de quem julga o caso. Não poderá manter-se aquele que proferiu a decisão anterior. Mantida a decisão de acolhimento da demanda, não haverá a produção dos efeitos de coisa julgada, não sendo possível, portanto, ser invocada a sua autoridade em outros processos.

A mesma lógica se aplicaria também à hipótese de improcedência. Segundo o art. 183-quater, estabelecido igualmente pela reforma, após a primeira audiência em que as partes comparecem ao processo (nos termos do art. 183 do CPC italiano), quando se tratar também de direitos disponíveis e houver pedido da parte, é possível uma decisão para rejeitar a demanda quando se perceber que (i) ela é manifestamente infundada; (ii) ela é omissa quanto à determinação do objeto da postulação jurisdicional, ou esse seja absolutamente incerto, sem que tal nulidade seja sanada; (iii) quando, a despeito de determinação de correção por parte do juízo, a parte ainda persista sem trazer uma exposição clara e específica (“in modo chiaro e specifico”) dos elementos de direito que a fundamentam, com as respecti-

vas conclusões (vide art. 183-quarter c/c 163, 3 e 4, do CPC italiano). A redação legal consta da página anterior.

A título de comparação com o sistema processual brasileiro, alguns institutos podem ser apontados como tendo algum ponto de contato com a proposta italiana, guardando, contudo, significativas diferenças.

No Brasil, inexistente rejeição ou acolhimento da demanda por razões meritórias com base em cognição sumária⁴⁴⁻⁴⁵. Entre outras técnicas, há por aqui a possibilidade de ser deferida uma antecipação de tutela de evidência (espécie de tutela provisória), em semelhantes circunstâncias das previstas na sistemática italiana aqui mencionada, mas sem a extinção do processo. É o que prevê o art. 311, IV, do CPC, que permite a antecipação da tutela, quando “a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável”. Nesse caso, o juiz antecipa a tutela, invertendo o ônus do tempo do processo, mas não impede que a demanda siga seu regular curso até a prolação de decisão final, que pode confirmar ou não a tutela provisória antes deferida.

Um outro instituto que pode ser recordado, no particular, é a estabilização da antecipação de tutela antecedente. Com fundamento nos arts. 303 e 304 do CPC, a antecipação de tutela, proferida sob cognição sumária e em caráter antecedente⁴⁶, torna-se estável caso o autor assim requeira e o réu não recorra contra o seu deferimento (art. 304 do CPC brasileiro). Nesse caso, o processo será extinto, mas com a possibilidade de o réu restaurar a discussão em um prazo de dois anos. Aqui também não haverá a formação de coisa julgada⁴⁷. Ou seja, é possível o deferimento de um provimento liminar sob cognição sumária, mas o término do processo com estabilização da tutela provisória só ocorrerá diante de uma postura omissa do réu, ou seja, se ele não se insurgir contra a decisão.

44 Destaca-se que, para fins de comparação, a noção aqui defendida de cognição sumária pode ser distinta da noção adotada atualmente pelos juristas italianos. A respeito do tema, ao menos no Brasil, podemos citar duas obras que possibilitam uma adequada compreensão, uma já considerada como um verdadeiro clássico nacional, e a outra trazendo perspectivas mais vanguardistas: WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, passim; VOGT, Fernanda Costa. *Cognição no processo civil – flexibilidade e dinamismo dos fenômenos cognitivos*. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2022, passim.

45 Há uma certa controvérsia quanto ao procedimento de ação monitória (art. 700 e seguintes do CPC, especialmente o art. 701, §2º), tema cujo aprofundamento ultrapassa os objetivos do presente escrito.

46 Ou seja, antes mesmo da apresentação de petição inicial em toda a sua completude, vide art. 303 do CPC brasileiro.

47 Este tema também padece de controvérsias entre os nossos autores, destacamos. Destacando que a estabilidade dessa decisão tem uma força “inferior” à da coisa julgada material, mas “superior” à da coisa julgada formal, cf. GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; PEIXOTO, Ravi; COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Estabilização, imutabilidade das eficácias antecipadas e eficácia de coisa julgada: uma versão aperfeiçoada*. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Ano 10, volume 17, Rio de Janeiro, número 2, julho a dezembro de 2016, p. 574.

Paralelamente a isso, há a possibilidade da improcedência (em cognição exauriente) liminar do pedido, que sequer depende da citação do réu. Desde que preenchidos determinados requisitos previstos no art. 332, caput, incisos e §1º do CPC brasileiro, o juiz poderá julgar liminarmente improcedente o pedido, havendo quem afirme ser possível ocorrer até mesmo a improcedência liminar com base em hipóteses não previstas no referido dispositivo legal.⁴⁸ Essa decisão produzirá coisa julgada, impedindo a rediscussão da questão em outra demanda.

Também é possível destacar a técnica do julgamento antecipado do mérito estabelecida pelo nosso CPC, que ocorre quando (i) “não houver necessidade de produção de outras provas”; ou quando (ii) o réu for revel, ocorrer os efeitos da revelia e não houver o requerimento de outra prova nesse contexto (art. 355, I e II, c/c art. 344 e 349 do CPC). Nessas hipóteses, permite-se que a demanda seja extinta, com resolução de mérito, evitando uma dilação procedimental desnecessária ao resultado que se objetiva com o processo. Nesses casos, também estamos diante de cognição exauriente, sendo proferida uma decisão com plena aptidão de formar coisa julgada. Não se trata, como no Direito italiano, de um provimento sob cognição sumária e sem aptidão de alcançar a referida estabilidade processual.

Por fim, uma última possibilidade procedimental que poderia ser mencionada, que acaba sendo uma variação da segunda descrita acima, é a do fracionamento do julgamento meritório do objeto litigioso do processo, de modo a que haja decisão sobre o mérito apenas de um ou mais dos pedidos formulados, ou até mesmo parcela deles. De acordo com o atual código, os requisitos são os seguintes: (i) não haver controvérsia sobre o que será decidido; (ii) a questão já puder ser processualmente julgada, à luz da sistemática do julgamento antecipado do mérito, explicada acima. Essa possibilidade está prevista no art. 356 do CPC brasileiro, e permite um processo mais dinâmico no atual cenário do nosso país. Tal como na improcedência liminar e no julgamento antecipado do mérito, também essa decisão produzirá coisa julgada, impedindo novos questionamentos sobre o que foi decidido.

A nosso ver, não obstante os detalhes peculiares de cada sistema, uma distinção marcante entre as técnicas estabelecidas pela reforma italiana aqui comentada e as do CPC brasileiro mencionadas acima é, tal como já foi possível perceber, a não produção de coisa julgada por parte dos pronunciamentos decisórios que são proferidos. Conforme se viu, no sistema italiano, as decisões aqui mencionadas não produzem coisa julgada, assim como não podem ser usadas em outros processos para impedir a rediscussão da questão. No Brasil, por outro lado, a sistemática não se opera dessa forma, tendo em vista ser consolidado que em todas as hipóteses descritas aqui neste tópico, atinentes ao CPC do nosso país, à exceção da estabilização da antecipa-

48 DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 19. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2017, p. 679-681.

ção de tutela e da tutela da evidência, haverá coisa julgada. Com efeito, as decisões proferidas mediante as vias descritas anteriormente são de natureza meritória, com plena aptidão para a produção de coisa julgada no nosso sistema.

Outra distinção importante é a da determinação de mudança de julgador quando houver a reforma do julgamento sumário previsto nos dispositivos do CPC italiano aqui citados. Ou seja, conforme se viu, quando houver reforma da decisão que acolheu ou rejeitou sumariamente a demanda, o juízo que analisará novamente a questão será modificado.

A aludida modificação do julgador parece ser algo interessante de ser amadurecido no contexto brasileiro, até mesmo nas sistemáticas dos provimentos antecipatórios e cautelares do processo civil, ressaltando os casos de limitações administrativas em cada tribunal para realizar essa troca. Ao se modificar o julgador, mitiga-se o risco de um viés cognitivo indesejado. Se já houve rejeição, por razões que permitiram a sumariade, não é desejável a manutenção do processo com o mesmo juiz que já manifestou esse entendimento.

3. CONCLUSÃO

Com a finalidade de aperfeiçoar e tornar mais célere a prestação jurisdicional,⁴⁹ a recente Riforma Cartabia estabeleceu uma série de mudanças relevantes em diversos pontos do processo civil italiano. O objetivo deste estudo foi analisar panoramicamente algumas delas e, quando cabível, buscar ritos e institutos processuais que possuem alguma aproximação no Direito brasileiro.

Com esse propósito, foi possível identificar modificações que podem se assemelhar às que já aconteceram no processo civil nacional, bem como também se perceberam algumas opções legislativas que, no nosso país, possivelmente seriam objeto de significativa resistência.

Sem desconsiderarmos aqui críticas existentes em relação à referida reforma legislativa⁵⁰, que sempre ocorrem no contexto de mudanças normativas,⁵¹ estudar as tentativas de aperfeiçoamento do sistema processual em outros países é uma prática necessária, especialmente para refletirmos e eventualmente nos inspirarmos.

49 Segundo relatou Federica Fedorczyk, diz-se que a reforma objetivaria reduzir o tempo do processo em 40% (FEDORCZYK, Federica. La riforma della giustizia Cartabia: certezza dei tempi e rispetto delle garanzie? Pandora Rivista, nº 2, 2021, p. 160).

50 A título de exemplo, a Associazione Nazionale Forense enviou ao Governo e ao Parlamento italianos um conjunto de propostas "per gorreggere le numerose e gravi criticità della riforma", segundo afirma Giampaolo di Marco (MARCO, Giampaolo di. La riforma civile è un'occasione persa perché tocca solo la procedura e non i problemi strutturali. Domani. 23 de fevereiro de 2023. Disponível em: <https://www.editorialedomani.it/giustizia/la-riforma-civile-e-unoccasione-persa-perche-tocca-solo-la-procedura-e-non-i-problemi-strutturali-f3le5ymd>. Acesso em: 23 de março de 2024).

51 Tal como ocorreu, por exemplo, em relação ao atual CPC brasileiro.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANTONIO, Briguglio. *Il rinvio pregiudiziale interpretativo alla Corte di Cassazione*. IN: *Il Processo, Rivista Giuridica Quadrimestrale*, Giuffrè, 2.2022, p. 947-973.
- BUZAID, Alfredo. A influência de Liebman no direito processual civil brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito*, v. 72, n.1, 1977.
- CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas. *Revista de Processo*, nº 147, 2007.
- CAVALLINI, Daniela. La riforma Cartabia dell'ordinamento giudiziario. Le modifiche già entrate in vigore e quelle attese. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, anno LXXVIII, n. 2, Giugno 2024.
- CAVALCANTI, Marcos. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e Ações Coletivas*. Salvador: Juspodivm, 2015.
- COMISSÃO EUROPEIA. Painel de Avaliação da Justiça na EU, 2024. Disponível em: https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/policies/justice-and-fundamental-rights/upholding-rule-law/eu-justice-scoreboard_pt. Acesso em 24.03.2024.
- COMOGLIO, Luigi Paolo. *La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile*. Padova: Cedam, 1970.
- CONJUR. *TRT da 10ª Região limita número de páginas de petição*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-nov-20/trt-10-regiao-limita-numero-paginas-peticacao/>>. Acesso em: 17 mar. 2024.
- CONJUR. *TRT da 10ª Região limita número de páginas de petição*. Conjur. 2012. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-nov-20/trt-10-regiao-limita-numero-paginas-peticacao/>>. Acesso em: 17 mar. 2024.
- CONTI, Roberto. *Nomofilachia integrata e diritto sovranazionale. I “volti” della Corte di cassazione a confronto*. In: *Il giudizio civile di cassazione. Scuola superiore della magistratura* – Roma, 2022, Quaderno 20, ISBN 9791280600219. p 178-227.
- GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; PEIXOTO, Ravi; COSTA, Eduardo José da Fonseca. Estabilização, imutabilidade das eficácias antecipadas e eficácia de coisa julgada: uma versão aperfeiçoada. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Ano 10, volume 17, Rio de Janeiro, número 2, julho a dezembro de 2016
- GRILLO, Brenno. *Juiz não pode limitar tamanho de petição, afirmam especialistas*. Conjur. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-jun-30/juiz-nao-limitar-tamanho-peticacao-afirmam-especialistas/>>. Acesso em: 17 mar. 2024.
- DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 19. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2017.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil. Volume II*. Com participação de Daniel Menegassi Zotareli. 9ª ed. Revista e atualizada, 2023.

- ESPINOLA, Eduardo. *Systema do direito civil brasileiro*. Volume primeiro. Introdução e Parte Geral. Bahia: Litho-Typ e Encadernação Reis & C. 1908.
- FEDORCZYK, Federica. La riforma della giustizia Cartabia: certezza dei tempi e rispetto delle garanzie? *Pandora Rivista*, nº 2, 2021.
- FERREIRA, Benedicto de Siqueira. *Da natureza jurídica da ação. Exposição e crítica*. São Paulo: "Revista dos Tribunais", 1940.
- LICCI, Paola. I nuovi critério di redazione del ricorso per cassazione dopo la riforma cartabia. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Ano 17. Volume 24, número 3, setembro a dezembro de 2023.
- ITALIA. *Consiglio Nazionale Forense. Protocollo Crote di Cassazione - Cnf per la redazione dei ricorsi per cassazione in materia civile e tributaria*. Dez. 2015. Disponível em: https://www.consigionazionaleforense.it/-/asset_publisher/3Pbavf6hHwa4/content/utilita-professione-schema-per-la-redazione-dei-ricorsi-per-cassazione-in-materia-civile-e-tributaria . Acesso: 22 maio. 2024.
- ITALIA. *Decreto Legislativo n. 149*, 10 out. 2022. Disponível em: <<https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2022/10/17/22G00158/sg>>. Acesso em: 15 mar. 2024
- ITALIA. *Gazzetta Ufficiale*. Decreto 7 agosto 2023, n. 110. Out. 2023. Disponível em: <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2023/08/11/23G00120/sg>
- ITALIA. *Disposizioni generali - Degli atti processuali. Codice di procedura civile, Libro I, Titolo VI*, 10 out. 2022. Disponível em: <<https://www.altalex.com/documents/news/2014/10/29/disposizioni-general-degli-atti-processuali>>. Acesso em: 3 out. 2024
- MARCO, Giampaolo di. La riforma civile è un'occasione persa perchè tocca solo la procedura e non i problemi strutturali. *Domani*. 23 de fevereiro de 2023. Disponível em: <https://www.editorialedomani.it/giustizia/la-riforma-civile-e-unoccasione-persa-perche-tocca-solo-la-procedura-e-non-i-problemi-strutturali-f3le5ymd> . Acesso em: 23 de março de 2024.
- MIGALHAS. Corregedor recomenda que juízes não limitem tamanho de inicial. *Migalhas*. 2012. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/quentes/201200/corregedor-recomenda-que-juizes-nao-limitem-tamanho-de-inicial>>. Acesso em: 17 mar. 2024.
- MIGALHAS. Cortes brasileiras preocupam-se com tamanho de petições. *Migalhas*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/amp/quentes/195451/cortes-brasileiras-preocupam-se-com-tamanho-de-peticoes>>. Acesso em: 17 mar. 2024.
- MIGALHAS. Tribunal não pode impor tamanho menor que previsto em lei para petições. *Migalhas*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/amp/quentes/266486/tribunal-nao-pode-impor-tamanho-menor-que-previsto-em-lei-para-peticoes>>. Acesso em: 18 mar. 2024.
- NOCETO, Filippo. Chiarezza e sinteticità degli atti di parte nella recente riforma del processo civile. Minimi tentativi di inquadramento sistematico. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, anno LXXVIII, n. 2, Giugno 2024.

- OLIVEIRA, Paulo Mendes de. *Coisa julgada e precedente: limites temporais e relações jurídicas de trato continuado*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015.
- PASSANANTE, Luca. “Le impugnazioni”. *Manuale breve dela reforma Cartabia*. Coord. Luca Passanante. Milano: Cedam, 2023.
- PASSATANTE, Luca. “Rinvio pregiudiziale alla corte di cassazione in Itália. Note di diritto comparato”. *Sistema brasileiro de precedentes*. Coord. Cassio Scarpinella Bueno *et al.* Londrina: Thoth, 2024.
- PEREIRA FILHO, Benedito Cerezzo; MELLO, João Pedro de Souza. O devido processo legal contraiu coronavírus e o ato de crise com efeitos do STF. Conj. 31 de março de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-31/cerezzo-souza-mello-devido-processo-legal-contraiu-coronavirus/>. Acesso em? 21/05/2024.
- PEREIRA FILHO, Benedito Cerezzo; NERY, Rodrigo; ROCHA CORRÊA, Luísa; MAZARELLO NÓBREGA DE SANTANA, Guilherme. De polissemia a metonímia: a incerteza sobre o que é um precedente no direito brasileiro. *Direito.UnB - Revista de Direito da Universidade de Brasília*, [S. l.], v. 7, n. 1, p. 201–227, 2023. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb/article/view/43119>. Acesso em: 23 mar. 2024.
- SASSANI, Bruno. Riforme periodiche e inefficienza persistente del processo civile. Cronache del *dèjà vu*. *Judicium*. 08 de abril de 2024. Disponível em: [Riforme periodiche e inefficienza persistente del processo civile. Cronache del *dèjà vu*. - Judicium](#). Acesso em: 21 de maio de 2024.
- SCARPA, Antonio. Il nuovo istituto del rinvio pregiudiziale in Cassazione ex art. 363-bis c.p.c. Scupla Superiore della Magistratura – SSM. 3 de abril de 2023. Disponível em: https://www.ca.milano.giustizia.it/allegato_corsi.aspx?File_id_allegato=3969. Acesso em: 23/03/2024.
- SCARSELLI, Giuliano. I punti salienti dell’attuazione della riforma del processo civile di cui al decreto legislativo 10 ottobre 2022 n. 149. *Giustizia Insieme*. 15 de novembro de 2022. Disponível em: <https://www.giustiziainsieme.it/it/riforma-cartabia-civile/2529-i-punti-salienti-dell-attuazione-della-riforma-del-processo-civile-di-cui-al-decreto-legislativo-10-ottobre-2022-n-149>. Acesso em: 21/03/2024.
- SCARSELLI, Giuliano. Note sul rinvio pregiudiziale alla Corte di Cassazione di una questione di diritto da parte del giudice di merito. *Giustizia Insieme*. 5 de julho de 2021. Disponível em: <https://www.giustiziainsieme.it/en/processo-civile/1838-note-sul-rinvio-pregiudiziale-alla-corte-di-cassazione-di-una-questione-di-diritto-da-parte-del-giudice-di-merito-di-giuliano-scarselli?hitcount=0>. Acesso em: 26/03/2024.
- TEMER, Sofia. O incidente de resolução de demandas repetitivas no novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, vol. 243, maio de 2015.
- TURRINI, Maryam. Rinvio pregiudiziale ala corte di cassazione e princpio di diritto nell’interesse della legge. *Rivista di diritto processuale*. Anno LXXVIII. Seconda Serie. N. 4. Outubro-dezembro, 2023.

VEGAS JUNIOR, Walter Rosati. A breve exposição dos fatos na petição inicial trabalhista, os limites da cognição judicial e a garantia do contraditório: por uma necessária superação do entendimento consagrado na Súmula 293 do Tribunal Superior do Trabalho – TST. *Revista de Direito do Trabalho*. Vol. 215/2021, p. 197-219, jan-fev, 2021, n.p.

VOGT, Fernanda Costa. *Gognição no processo civil – flexibilidade e dinamismo dos fenômenos cognitivos*. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2022.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.



Civil Procedure Review
AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

5

A repercussão geral e a *question prioritaire de constitutionnalité*: efemérides em perspectiva comparada do Supremo Tribunal Federal e do *Conseil Constitutionnel*

THE GENERAL REPERCUSSION AND THE *QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITÉ*: MILESTONES IN A COMPARATIVE PERSPECTIVE OF THE SUPREME FEDERAL COURT AND THE *CONSEIL CONSTITUTIONNEL*

Guilherme Mazarello

Masters in Constitutional Law from the University of Paris 1 (Panthéon-Sorbonne).

Masters in Procedural Law from the University of Rio de Janeiro State (UERJ).

Guilherme Pupe

Post-doc from the University of Granada, Spain

Ph.D. and Masters from Instituto Brasileiro de Ensino,

Desenvolvimento e Pesquisa (IDP), Brazil

RESUMO: A análise comparada entre a “Repercussão Geral”, no Brasil, e a “*Question Prioritaire de Constitutionnalité*” (QPC), na França, revela um movimento convergente entre dois sistemas jurídicos sensivelmente diversos. Ambos os mecanismos têm buscado reforçar o controle de constitucionalidade e a proteção dos direitos fundamentais, cada qual a seu modo e considera-

das as respectivas idiossincrasias. No Brasil, a Repercussão Geral transformou-se em um filtro recursal essencial que redefine a função do Supremo Tribunal Federal, aproximando-o de uma Corte de precedentes, enquanto na França, a introdução da QPC alterou significativamente o perfil do *Conseil Constitutionnel*, concedendo-lhe uma nova relevância institucional e um relevo até então inabitual à jurisdição constitucional francesa.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Comparado; Repercussão Geral; *Question Prioritaire de Constitutionnalité*; Supremo Tribunal Federal; *Conseil Constitutionnel*.

ABSTRACT: The comparative analysis between “Repercussão Geral” in Brazil and “Question Prioritaire de Constitutionnalité” (QPC) in France reveals a converging movement between two significantly diverse legal systems. Both mechanisms have sought to strengthen constitutional review and the protection of fundamental rights, each in its own way and taking into account their respective particularities. In Brazil, Repercussão Geral has transformed into an essential appeal filter that redefines the role of the Supreme Federal Court, bringing it closer to a precedent-setting court, while in France, the introduction of the QPC has significantly altered the profile of the Constitutional Council, granting it new institutional relevance and an unprecedented prominence to French constitutional jurisdiction.

KEY-WORDS: Comparative Law; General Repercussion; Question Prioritaire de Constitutionnalité; Supreme Federal Court; Constitutional Council.

Sumário: 1. Introdução; 2. Breve histórico da Repercussão Geral; 3. Histórico do controle jurisdicional de constitucionalidade no direito francês: uma cultura jurídica de desconfiança contra juízes; 4. A Repercussão Geral: de filtro recursal ao sistema de precedentes brasileiro; 5. A alteração do perfil do *Conseil Constitutionnel*: a França enfim possui uma Corte Constitucional?; 6. Conclusão; 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Os filtros de transcendência – ou relevância – são respostas ao sintomático incremento do protagonismo das Cortes Constitucionais ao redor mundo desde pelo menos a Segunda Guerra Mundial.¹ Por um lado, a introdução de mecanismos qualitativos de seleção de casos revela uma opção por um resgate do controle sobre a agenda decisória. A preponderância conjuntural-temática há de prevalecer sobre um banalizado papel de meros tribunais recursais de casos concretos.

São vários os exemplos, e comumente se mencionam o *writ of certiorari* do direito estadunidense; a carência de transcendência ao recurso extraordinário no direito argentino² e, para a pertinência do presente trabalho, a Repercussão Geral no Supremo Tribunal Federal (STF) e o caráter sério, novo, e aplicável da *Question Prioritaire de Constitutionnalité* (QPC), no direito francês. Em outros modelos, a inadmissibilidade

1 Sobre o tema: DANTAS, Bruno. *Repercussão geral*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. pp. 96-139

2 Art. 280 do *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina*.

recursal por vezes prescinde de fundamentação específica, estando submetida ao alvedrio da Corte Constitucional, como ocorre na inadmissão do *Verfassungsbeschwerde*, pelo Tribunal Constitucional Alemão, sem motivação (BVerfGG, § 93d, (1))

É verdade que o filtro recursal e a ação incidental de controle de constitucionalidade não são institutos jurídicos equivalentes, o que faz emergir questionamento acerca dos objetos de comparação do presente trabalho. Primeiro, deve-se ponderar que a Repercussão Geral, mais do que filtro de admissibilidade recursal, operou verdadeira mutação no controle difuso de constitucionalidade, desnaturando-o substancialmente de sua fórmula constitucional original.

Atualmente, debater a Repercussão Geral prenuncia análise de um novo perfil de controle de constitucionalidade, que celebra, no ano de 2024, vinte anos de fundação constitucional. Segundo, é de se salientar que a QPC cuida precisamente da, discutivelmente, maior revolução paradigmática do direito constitucional francês sob a égide da Constituição de 1958, em um sistema jurídico não habituado ao controle repressivo de constitucionalidade e tradicionalmente avesso à ideia de jurisdição constitucional.

Pois bem. À guisa de introdução, é na encruzilhada daqueles dois institutos que se insere este trabalho em celebração aos vinte anos da introdução do instituto da Repercussão Geral no ordenamento jurídico brasileiro e aos quinze anos de vigência da *Question Prioritaire de Constitutionnalité* (QPC) no direito francês. Um breve texto por meio do qual se convida o leitor a uma análise comparativa entre Cortes que, submetidas a alterações profundas nos últimos anos, desenvolveram perfis de atuação sensivelmente distintos; um exame em que se explorem as semelhanças e diferenças entre os dois sistemas, os impactos na proteção dos direitos fundamentais e o papel dessas cortes constitucionais na harmonização do equilíbrio entre os poderes estatais e a proteção dos direitos fundamentais.

2. BREVE HISTÓRICO DA REPERCUSSÃO GERAL

Positivada originalmente com a Emenda Constitucional nº 45 de 2004, a Repercussão Geral representou o desiderato de uma vontade que precedeu a reforma constitucional:³ estabelecer um filtro capaz de controlar a quantidade de recursos alçados à Corte Constitucional, ao tempo que lhe acorda poderes de selecionar casos. O §3º do art. 102 da Constituição Federal previu que, no recurso extraordinário, o recorrente deverá demonstrar a “repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros”.

3 Antes da Repercussão Geral, o STF havia inserido, por emenda regimental, a “arguição de relevância”, em 1975. Tal alteração posteriormente foi incorporada à Constituição de 1967, e extirpada com a Constituição de 1988, talvez por fé depositada no êxito da criação do Superior Tribunal de Justiça.

Objeto de regulamentação pela Lei nº 11.418/2006, atualmente vige, para além das disposições regimentais do STF, a norma insculpida no art. 1.035 do CPC, no sentido de que, “para efeito de repercussão geral, será considerada a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo”.

A despeito da razoável indeterminação conceitual que carregava o conceito à época de sua consagração, pouco se duvida de que, pelo menos em seu núcleo essencial, Repercussão Geral densificou a ideia segundo a qual “não bastará que as questões constitucionais discutidas na lide sejam do interesse exclusivo das partes processuais”.⁴

À época, a problemática quantitativa sobressaía e a Repercussão Geral estava inserida em um contexto maior de políticas voltadas à contenção do acervo do Supremo Tribunal Federal, que remonta ao início do século passado. Sobre esse tema, muito já se escreveu, mas impende ressaltar medidas como o aumento do número de ministros, a criação de obstáculos regimentais (embriões da “jurisprudência defensiva”) e a criação de uma jurisprudência vinculante.⁵ Prova maior dessa preocupação, a própria criação do Superior Tribunal de Justiça carregou o intento, quase secular, de reduzir o contingente processual no STF – qual Hidra, o resultado auferido foi a duplicação da agrura, e agora o STJ caminha em sentido de aproximação com o STF com aprovação do Requisito de Relevância da Questão Federal.

Por óbvio que igualmente se ansiava que, como consequência da diminuição do acervo, a Corte seria “reconduzida à sua verdadeira função, que é a de zelar pelo direito objetivo – sua eficácia, sua inteireza e a uniformidade de sua interpretação.”⁶

Como consequência, nota-se verdadeira aproximação entre os sistemas de controle abstrato e concreto no direito brasileiro, em principal pela dotação de efeitos *erga omnes* a julgamentos de recurso extraordinários submetidos ao circuito de formação de precedente.

O controle difuso de constitucionalidade surge no Brasil com inequívoca inspiração no *writ of appeal* do direito norteamericano, instituído pelo *Judiciary Act* de 1789 e antecessor do atual *writ of certiorari*.⁷

A origem remota se encontra em nossa Constituição Provisória de 1890 (art. 58, § 1º, *a* e *b*) e no Decreto n.º 848/1890, que trazia, em seu artigo 3º, que, na guarda da Constituição, os magistrados atuariam por provocação da parte. A questão relativa à constitucionalidade, pois, era matéria de exceção, isto é, não representava o objeto

4 DANTAS, Bruno. Repercussão geral-Algumas lições da Corte Suprema argentina ao Supremo Tribunal Federal brasileiro. *Revista de informação legislativa*, 2010, p. 36.

5 A esse respeito, confira-se: MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

6 MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Luiz Rodrigues; e ARRUDA ALVIM, Teresa. Repercussão geral e súmula vinculante, *Reforma do Judiciário* (obra coletiva), São Paulo, RT, 2005, p. 374

7 ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, pp. 727-728.

próprio da ação, mas questão incidental apta a repercutir no exame do direito posto a exame.^{8 e 9}

Posteriormente, a Constituição Federal de 1891, da lavra de Rui Barbosa, incorporou aqueles dispositivos e previu o modelo difuso em seu art. 59, § 1º, *a* e *b*¹⁰, atribuindo ao Supremo Tribunal Federal a proteção, em sede de recurso extraordinário, da legislação federal e da Constituição.

Em seguida, a Lei n.º 221/1894 dispôs em seu artigo. 13, § 10, a previsão de que os juízes e tribunais “deixarão de aplicar aos casos concretos as leis manifestamente inconstitucionais”¹¹, passando a admitir a declaração incidental de inconstitucionalidade mesmo de ofício.

A Constituição de 1934, de sua vez, manteve em seu art. 76, III, *b* e *c*¹², o controle difuso, embora passasse a exigir, por questões de segurança jurídica, que a declaração de inconstitucionalidade se desse pela maioria dos membros dos tribunais (art. 179) — exigência que culminaria na cláusula de reserva de Plenário a que alude o artigo 97 da Constituição Federal de 1988¹³, interpretada pela Súmula Vinculante n.º 10 do Supremo Tribunal Federal.¹⁴ Também na Carta de 1934 surge a possibilidade de se atribuir

8 “Art. 3º Na guarda e aplicação da Constituição e das leis nacionais a magistratura federal só intervirá em espécie e por provocação de parte.” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d848.htm> Acesso em 09 de setembro de 2019.

9 MENDES, Gilmar Ferreira *et. al.* *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 982-1011.

10 “Art 59 - Ao Supremo Tribunal Federal compete: (...) § 1º - Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: a) quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela; b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas.” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm> Acesso em 09 de setembro de 2019.

11 “Art. 13. Os juizes e tribunaes federaes processarão e julgarão as causas que se fundarem na lesão de direitos individuaes por actos ou decisão das autoridades administrativas da União. (...) § 10. Os juizes e tribunaes apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos occorrentes as leis manifestamente inconstitucionaes e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou com a Constituição.” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1851-1900/l0221.htm> Acesso em 09 de setembro de 2019.

12 “Art 76 - A Corte Suprema compete: (...) III - em recurso extraordinário, as causas decididas pelas Justiças locais em única ou última instância: (...) b) quando se questionar sobre a vigência ou validade de lei federal em face da Constituição, e a decisão do Tribunal local negar aplicação à lei impugnada; c) quando se contestar a validade de lei ou ato dos Governos locais em face da Constituição, ou de lei federal, e a decisão do Tribunal local julgar válido o ato ou a lei impugnada;” Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm Acesso em 09 de setembro de 2019.

13 “Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em 09 de setembro de 2014.

14 “Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.”

eficácia *erga omnes* às decisões declaratórias de inconstitucionalidade proferidas em controle difuso por meio da suspensão, pelo Senado Federal, da execução da norma impugnada (art. 91, IV).

A Constituição Federal de 1937 igualmente manteve o controle difuso em seu artigo 101, III, *a* a *d*¹⁵, conjugando com esse a defesa do direito objetivo federal. Essa mesma linha foi seguida pela Constituição Federal de 1946 (101, III, *a* a *d*).¹⁶

A propósito, sob a égide da Constituição Federal de 1946, o Supremo Tribunal Federal passou a ser assoberbado por um grande número de recursos extraordinários interpostos tanto com fulcro em violação à Constituição como, também, para tutela do direito objetivo federal. Começa a surgir na doutrina um debate sobre os mecanismos para resolver a crise por que passava aquele Tribunal.

José Afonso da Silva, em trabalho publicado em 1963, defendeu a criação de um “Tribunal Superior de Justiça”, a que seria atribuída a competência para conhecer, em grau recursal, causas decididas em única ou última instância em violação à legislação infraconstitucional, esvaziando, no particular, o recurso extraordinário. Ao remédio para tutela do direito objetivo federal o autor deu o nome de recurso especial.¹⁷

Sob a influência daquele trabalho é realizada, em 1965, na Fundação Getúlio Vargas, mesa redonda de que participou notável comissão de juristas¹⁸. Os resultados do encontro nos são relatados por Carlos Mário da Silva Velloso:

Preconizaram esses eminentes juristas, então, um tribunal que fizesse as vezes do Supremo Tribunal Federal, vale dizer, de um tribunal para julgamento de recursos extraordinários relativos ao direito federal comum (...): “9 -Decidiu-se,

15 “Art 101 - Ao Supremo Tribunal Federal compete: (...) III - julgar, em recurso extraordinário, as causas decididas pelas Justças locais em única ou última instâncias: a) quando a decisão for contra a letra de tratado ou lei federal, sobre cuja aplicação se haja questionado; b) quando se questionar sobre a vigência ou validade da lei federal em face da Constituição, e a decisão do Tribunal local negar aplicação à lei impugnada; c) quando se contestar a validade de lei ou ato dos Governos locais em face da Constituição, ou de lei federal, e a decisão do Tribunal local julgar válida a lei ou o ato impugnado; d) quando decisões definitivas dos Tribunais de Apelação de Estados diferentes, inclusive do Distrito Federal ou dos Territórios, ou decisões definitivas de um destes Tribunais e do Supremo Tribunal Federal derem à mesma lei federal inteligência diversa.” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm> Acesso em 09 de setembro de 2019.

16 “Art 101 - Ao Supremo Tribunal Federal compete: (...) III - julgar em recurso extraordinário as causas decididas em única ou última instância por outros Tribunais ou Juizes: a) quando a decisão for contrária a dispositivo desta Constituição ou à letra de tratado ou lei federal; b) quando se questionar sobre a validade de lei federal em face desta Constituição, e a decisão recorrida negar aplicação à lei impugnada; c) quando se contestar a validade de lei ou ato de governo local em face desta Constituição ou de lei federal, e a decisão recorrida julgar válida a lei ou o ato; d) quando na decisão recorrida a interpretação da lei federal invocada for diversa da que lhe haja dado qualquer dos outros Tribunais ou o próprio Supremo Tribunal Federal.” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm> Acesso em 09 de setembro de 2019.

17 SILVA, José Afonso da. *Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963, pp. 455-456.

18 A comissão era presidida pelo Ministro Themístocles Brandão Cavalcanti e integrada por Caio Tácito, Lamy Filho, Flávio Bauer Novelli, Miguel Seabra Fagundes, Alcino de Paula Salazar, Caio Mário da Silva Pereira, José Frederico Marques, Gilberto de Ulhoa Canto, Levy Fernandes Carneiro, Mário Pessoa e Miguel Reale.

sem maior dificuldade, pela criação de um novo tribunal. As divergências sobre a sua natureza e o número de tribunais que a princípio suscitaram debates, pouco a pouco se encaminharam por uma solução que mereceu afinal o assentimento de todos. Seria criado um único tribunal que teria uma função eminente como instância federal sobre matéria que não tivesse, com especificidade, natureza constitucional, ao mesmo tempo que teria a tarefa de apreciar os mandados de segurança e habeas-corpus originários, os contra atos dos Ministros de Estado e os recursos ordinários das decisões denegatórias em última instância federal ou dos Estados. 10 -Assim, também, os recursos extraordinários fundados exclusivamente na lei federal seriam encaminhados a esse novo Tribunal, aliviando o Supremo Tribunal de uma sobrecarga. (Rev. de Direito Público e Ciência Política, Fundação Getúlio Vargas, vol. VIII, maio/agosto/65, tomo 2, págs. 134 e segs.)”.¹⁹

A despeito do debate doutrinário, a Constituição de 1967/69 foi infensa à proposta e manteve, em seu artigo 114, III, *a* a *d*²⁰, como hipótese de cabimento do recurso extraordinário endereçado ao Supremo Tribunal Federal, a violação à legislação infraconstitucional.

Em 1985, já no período de redemocratização do País, fez-se necessária a edição de uma nova Constituição. A Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, instituída pelo Decreto n.º 91.450/1985, acolheu a proposta feita inicialmente por José Afonso da Silva e ratificada em debate levado a cabo em 1985, fazendo constar, da Constituição Federal de 1988, a criação do Superior Tribunal de Justiça, com competência recursal ordinária e extraordinária, essa voltada para a tutela do direito federal infraconstitucional, pela via do recurso especial, cuja história, até a atual Constituição, como se viu, se confundia com a do recurso extraordinário.²¹

Em outras palavras, a partir de 1988, a Constituição Federal passou para o STJ a competência para “recursos que resguardem legislação infraconstitucional” e concentrou no STF a proteção à Constituição, muito embora tenha preservado o modelo difuso de controle de constitucionalidade.²²

19 VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *O Superior Tribunal de Justiça na Constituição*. Inf. juríd. Bibl. Min. Oscar Saraiva, jul./dez., 1989, pp. 95-96.

20 “Art 114 - Compete ao Supremo Tribunal Federal: (...) III - julgar mediante recurso extraordinário as causas decididas em única ou última instância por outros Tribunais ou Juízes, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição ou negar vigência de tratado ou lei federal; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de Governo local contestado em face da Constituição ou de lei federal; d) der à lei interpretação divergente da que lhe haja dado outro Tribunal ou o próprio Supremo Tribunal Federal.” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67EMC69.htm> Acesso em 14.10.2014.

21 ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 819.

22 MENDES, Gilmar Ferreira et. al. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 982-1002.

3. HISTÓRICO DO CONTROLE JURISDICIONAL DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO FRANCÊS: UMA CULTURA JURÍDICA DE DESCONFIANÇA EM RELAÇÃO AOS JUÍZES

Na França, a tradição legicentrista culminou na fórmula clássica “a lei é a expressão da vontade geral”. Originalmente uma afirmação de Jean-Jacques Rousseau, refletida no artigo 6.º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, a expressão é frequentemente utilizada para defender a soberania do Parlamento e está particularmente enraizada na cultura jurídica francesa.

Na sua obra *Du contrat social*, Jean-Jacques Rousseau desenvolve a definição da vontade geral como interesse comum e como expressão de um sentimento de coesão social. A ideia não deve ser confundida com a ideia de vontade de todos. Como explica Rousseau, a vontade geral corresponde ao interesse comum, enquanto a vontade de todos se restringe à vontade particular, soma das vontades dos indivíduos.²³ A lei é o veículo de expressão dessa vontade – “trata-se agora de lhe dar [ao corpo social] movimento e vontade através da legislação”²⁴ –, o que é sempre bom.²⁵

A conceção de Rousseau não se limita à importância da lei. Ela é igualmente centrada na instituição responsável pela sua produção, ou seja, a voz da vontade geral: o legislador.²⁶ O legicentrismo francês, no entanto, não se restringe a Rousseau. Carré de Malberg, proeminente pensador, teve impacto estrutural no desenvolvimento do direito constitucional francês. Temporalmente localizado no paradigma de Estado legal, à sua época vigia a noção de soberania da lei, baseada no voto, como ato que exprime a vontade do soberano. Debruçando-se sobre a Constituição francesa de 1875, o professor da Alsácia apontou os seguintes princípios como regentes do direito constitucional francês: (i) a lei é a expressão da vontade geral; (ii) a lei é obra do povo, estando todos os cidadãos representados na sua elaboração; (iii) o legislador é o único representante da nação; e (iv) a representação é o poder da vontade pela nação. Resultado natural desse concerto é o primado da lei.²⁷

23 ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Du contrat social ou principes du droit politique*. In Collection complète des œuvres, Genève, 1780-1789, vol. 1, in-4º, edição virtual. Disponível em: www.rousseauonline.ch, versão de 7 de outubro de 2012, p. 19.

24 Tradução do original em francês: “il s’agit maintenant de lui [le Corps social] donner le mouvement et la volonté par la législation” (ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Du contrat social ou principes du droit politique*. In Collection complète des œuvres, Genève, 1780-1789, vol. 1, in-4º, edição virtual. Disponível em: www.rousseauonline.ch, versão de 7 de outubro de 2012, p. 24)

25 “Si, quand le peuple suffisamment informé délibère, les citoyens n’avoient aucune communication entr’eux, du grand nombre de petites différences résulteroit toujours la volonté générale, & la délibération seroit toujours bonne”. (Ibidem)

26 “Tous ont également besoin de guides. Il faut obliger les uns à conformer leurs volontés à leur raison; il faut apprendre à l’autre à connaître ce qu’il veut. Alors des lumières publiques résulte l’union de l’entendement & de la volonté dans le Corps social, de-là l’exact concours des parties, & enfin la plus grande force du tout. Voilà d’où naît la nécessité d’un Législateur” (Ibidem, p. 25).

27 MALBERG, Raymon Carré. *La loi, expression de la volonté générale: étude sur le concept de la loi dans la Constitution de 1875*. Librairie du Recueil Sirey. 1931, pp. 15-22, *passim*.

Associada à doutrina da “lei como expressão da vontade geral”, a tradição do pensamento jurídico francês é sensivelmente influenciada pela ideia de “governo de juízes”. Esse dado é pedra de toque para compreensão da razão pela qual, pelo menos desde o período revolucionário, existe parcial rejeição à figura de juízes, em principal a respeito da possibilidade de que esses viessem a exercer poderes políticos.

Nessa tradição jurídica francesa, a noção de “governo dos juízes” é uma pedra de toque para compreender a desconfiança em relação aos juízes e a rejeição histórica do controlo jurisdicional, uma tradição que merece ser descrita com mais pormenor.

A conceção de Montesquieu dos juízes como “boca da lei” reside na afirmação de que são seres inanimados, sem vontade própria e “que não podem moderar nem a sua força nem o seu rigor”.²⁸ A afirmação – com ares de proposta – está ideologicamente encarregada de limitar o poder dos juízes, restringir a discricionariedade da interpretação e promover o Parlamento, para ele o “tribunal necessário”.²⁹

Deste ponto de vista, a noção de governo dos juízes é apresentada como uma vontade dos juízes de recuperar o lugar que “pertencia aos Parlamentos do Antigo Regime” – lamento dos juízes em relação à “dignidade perdida”.³⁰ Cumpre mencionar que a instituição do Parlamento Antigo, isto é, à época do Antigo Regime e, portanto, antes do período revolucionário, era, a despeito do nome, uma instituição da magistratura francesa, como sintetiza do aforisma de Jacques Krynen, segundo o qual a “Monarquia francesa era um Estado da Justiça”.³¹

É verdade que a história dos juízes em França é bastante complexa e sofre de uma variação de poderes consoante a época e a ideologia dos magistrados. No Antigo Regime, o Rei monopolizava a interpretação última do direito, mas com o aumento do arsenal legislativo e a pluralidade dos casos concretos, tornou-se necessário que os juízes interpretassem o direito. As questões inerentes à equidade, que constituíram um dos principais temas da literatura jurídica francesa, demonstram uma preocupação com a ascensão dos juízes à interpretação.

Por exemplo, as leis de 16 e 24 de agosto de 1790, surgidas durante o período revolucionário, estabeleceram a regra de que “os tribunais não podem, direta ou indiretamente, tomar parte no exercício do poder legislativo, nem impedir ou suspender

28 «MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *L'esprit des lois*. Paris, Éditions Gallimard, 1995.

29 “É possível afirmar que tal conceção da função de juiz será fundamental para o desenvolvimento da Escola de exegese em França, e o predomínio da lei, sob iniciativa de Demolombe, Duranton, Rau e Aubry, por exemplo”. Tradução do original em francês: “*Il est possible d'affirmer que telle conception de la fonction de juge sera fondamentale pour le développement de l'École de l'exégèse en France, et la prédominance de la loi, à l'initiative de Demolombe, Duranton, Rau et Aubry, par exemple*” (DAUCHY, Serge. *Le juge, bouche-de-la-loi. À propos de la célèbre métaphore de Montesquieu*. 2014. Disponível em: <https://hal.univ-lille.fr/hal-02959170/document>).

30 MATHIEU, Bertrand. *Justice et politique: la déchirure?* Paris: Forum. 2015, p. 9.

31 La monarchie (française) était un État de Justice.” (KRYNEN, J. *L'idéologie de la magistrature ancienne*. Gallimard, 2009, p. 11).

a execução dos decretos da legislatura, sob pena de sanção”.³² Uma das últimas consequências desta desconfiança é o dualismo da ordem jurisdicional, também previsto na referida lei, e uma opção francesa de impedir o juiz de imiscuir-se em matéria administrativa.

Trata-se da recusa “manifestada pelos poderes públicos, desde o início da Revolução, de ver o juiz ordinário ocupar-se de questões administrativas”³³, consequência das práticas dos parlamentos provinciais, que tinham frequentemente obstruído as reformas administrativas introduzidas pelo poder real durante o Antigo Regime.³⁴ Já no século XX, o acórdão *Arrighi*, proferido em 1936 pelo *Conseil d’État*, ratificou a recusa de apreciação da constitucionalidade de uma disposição com base no “estado atual do direito público francês”.³⁵

Intimamente ligada à concepção da lei como expressão da vontade geral, a tradição legicentrista francesa depreende-se da rejeição do poder de controle jurisdicional da lei. A legislação aprovada “é apresentada como uma regra de direito incontornável”³⁶. Utilizada pela primeira vez, em 1921, na obra de Édouard Lambert, a expressão “*gouvernement de juge*” carrega muitos significados e uma variedade de utilizações, sendo frequentemente sacada para designar a interferência judicial na arena política e, por vezes, para afirmar que essa interferência é inadequada e deve ser rejeitada.

Aquele paradigma conduziu à ideia da supremacia da lei e à sua imunização parcial. Além disso, corroborou o desenvolvimento tardio do controle *a posteriori* da constitucionalidade em França, em comparação com outros países europeus. Historicamente, as Cortes supremas francesas foram provocadas a se manifestar sobre a fiscalização constitucional das normas sujeitas às suas respectivas jurisdições.

É o caso, por exemplo, do precedente clássico da *Cour de Cassation*, em 1833, segundo o qual “a lei de 8 de outubro, deliberada e votada sob as formas prescritas pela Carta, é a regra dos tribunais e não pode ser contestada perante eles”.³⁷ Apenas 150 anos mais tarde é que o *Conseil Constitutionnel* aventou a possibilidade de uma concepção da vontade geral que permitisse o exercício do controle jurisdicional repressivo, no *obiter dictum* da decisão de 23 de agosto de 1985³⁸: “a lei aprovada... só exprime

32 Lei de 16-24 de agosto de 1790 sobre a organização judiciária.

33 AUTIN, Jean-Louis, *Réflexions sur le système français de dualité juridictionnelle*. Les Cahiers de Droit, vol. 42, n.º 3, setembro de 2001, p. 766.

34 AUTIN, Jean-Louis, *Réflexions sur le système français de dualité juridictionnelle*. Les Cahiers de Droit, vol. 42, n.º 3, setembro de 2001, pp. 765-782.

35 *Conseil d’État*, seção, 6 de novembro de 1936, *Arrighi*, Leb. p. 966.

36 BLACHÈRE, Philippe. *Contrôle de constitutionnalité et volonté générale : «la loi votée...n’exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution»*. Presses Universitaires de France. 2001, p. 59.

37 Tradução livre do original: “la loi du 8 octobre délibérée et votée dans les formes prescrites par la charte fait la règle des tribunaux et ne peut être attaquée devant eux”. *Cour de Cassation*. Seção Criminal. Processo Adolphe Crémieux, 11 de maio de 1833.

38 *Conseil Constitutionnel*. Decisão n.º 85-197 DC de 23 de agosto de 1985.

a vontade geral no respeito da Constituição”,³⁹ e, após isso, mais 35 anos para ser verdadeiramente introduzido no sistema jurídico francês, com a questão prioritária de constitucionalidade (QPC).⁴⁰

Nada obstante, a desconfiança em relação aos juízes persiste enraizada na cultura jurídica francesa. Como já foi dito, a lei não era originalmente um veículo da vontade geral, mas a expressão da própria vontade. Conceder uma função criadora aos juízes seria uma ferida deletéria para esta noção, por vezes dogmática, do primado da lei.⁴¹ Prova maior disso, a Constituição francesa de 1958 não menciona um “Poder” judicial, ao lado dos demais Poderes constituídos, mas uma “autoridade”, garantida pelo Presidente da República, o que revela que “a desconfiança em relação aos Parlamentos do Antigo Regime atravessa os séculos”.⁴²

A introdução do procedimento da QPC é verdadeiro ponto de inflexão no sistema constitucional francês. Ainda no período constituinte, em 1958, debatia-se a cumulação de funções no *Conseil Constitutionnel*, equiparando-o às demais Cortes europeias, especialmente a alemã, no controle do respeito à Constituição.⁴³ Em 1989, François Mitterrand tentou a primeira revisão constitucional para criação de um controle de constitucionalidade pela via de exceção no *Conseil Constitutionnel* – proposta que encontrou desacordo nas duas casas legislativas e terminou fracassada. Em 1993, o Comitê Consultivo pela Revisão da Constituição, presidido pelo eminente constitucionalista Georges Vedel, para fins de proposição de um novo texto. A ocasião aconteceu apenas anos depois, com a Revisão Constitucional de 2008.

O mecanismo foi inserido no ordenamento francês em 23 de julho de 2008, mas apenas entrou em vigência em 1º de março de 2010. O procedimento do QPC está

39 Os frutos desta afirmação foram explorados por Philippe Blachère na sua tese de doutoramento, cuja versão comercial pode ser citada: BLACHÈRE, Philippe. *Contrôle de constitutionnalité et volonté générale: «la loi votée...n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution»*. Presses Universitaires de France. 2001.

40 Revisão constitucional de 23 de julho de 2008. Ato Constitucional n.º 2008-724 de 23 de julho de 2008

41 O discurso de Jacques Guillaume Thouret sobre a lei de organização judiciária de 1790 é emblemático: “O segundo abuso que desvirtuou o poder judicial em França foi a confusão, estabelecida nas mãos dos seus representantes, das funções que lhe são específicas, com as funções incompatíveis e incommunicáveis dos outros poderes públicos. Como imitação do poder legislativo, revia, modificava ou rejeitava as leis: como rival do poder administrativo, perturbava as suas operações, detinha o seu movimento e preocupava os seus agentes”. Tradução do original: “*Le second abus qui a dénaturé le pouvoir judiciaire en France était la confusion, établie dans les mains de ses dépositaires, des fonctions qui lui sont propres, avec les fonctions incompatibles et incommunicables des autres pouvoirs publics. Émule de la puissance législative, il révisait, modifiait ou rejetait les lois : rival du pouvoir administratif, il en troublait les opérations, en arrêtait le mouvement, et en inquiétait les agents*”. (THOURET, Jacques Guillaume. *Discours sur la réorganisation du pouvoir judiciaire*. 24 de março de 1790. Disponível em: <https://www.justice.gc.ca/fra/pr-rp/sjc-csj/pji-ilp/rev4/index.html>).

42 JUPPÉ, Alain. *L'héritage de Montesquieu : la séparation des pouvoirs sous l'angle de la justice constitutionnelle*, *Revue française de droit constitutionnel*, vol. 129, n.º 1, 2022, p. 5

43 A esse título, cumpre registrar célebre discurso de Michel Debré, perante o Conseil d'État, em 27 de agosto de 1958: “*La création d'un Conseil constitutionnel manifeste la volonté de subordonner la loi, à la règle supérieure édictée par la Constitution. La Constitution crée ainsi une arme contre les déviations du régime parlementaire*”.

previsto na Constituição Francesa de 1958⁴⁴ e no Decreto 58-1067 que contém a Lei Orgânica do Conselho Constitucional, e confere ao *Conseil Constitutionnel* o poder de anular, *erga omnes*, uma disposição legislativa que viole a Constituição.

A QPC permite contestar a conformidade de uma disposição legislativa com “os direitos e liberdades que a Constituição garante”, não apenas os direitos que resultam da Constituição, mas do bloco de constitucionalidade em geral, incluindo a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, o Preâmbulo da Constituição de 1946, os direitos económicos e sociais enumerados no Preâmbulo, os “princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da República” e a Carta do Meio-Ambiente de 2004.

A questão constitucional é suscitada de maneira incidental perante os tribunais administrativos e judiciais, com exceção dos tribunais de primeira instância, por meio de uma petição escrita avulsa, e é considerada admissível na tripla condição de (i) ser aplicável ao litígio; (ii) não ter sido a norma hostilizada anteriormente declarada compatível com a Constituição;⁴⁵ e (iii) ser séria. Uma vez enviado ao *Conseil*, este decide se é ou não conforme à Constituição, por decisão insuscetível de recurso.

Um tribunal só pode remeter uma QPC ao *Conseil* se a disposição contestada “não tiver sido já declarada conforme à Constituição na fundamentação e na parte dispositiva de uma decisão do *Conseil Constitutionnel*, salvo presente alteração das circunstâncias”.⁴⁶ Além disso, as decisões do *Conseil* não são passíveis de recurso. São vinculativas para os poderes públicos e para todas as autoridades administrativas e jurisdicionais, em conformidade com a regra constitucional estabelecida no artigo 62.

Quanto ao carácter sério, sempre que existir dúvida, o *Conseil d'État* e a *Cour de Cassation* decidem pela remissão da questão ao *Conseil*. As decisões que constatarem o carácter sério de uma questão “são geralmente pouco fundamentadas: isso se deve à vontade do juiz de remessa de não interferir na competência atribuída, nessa matéria, ao juiz constitucional.”⁴⁷

Nesse afã, o *Conseil d'État* e a *Cour de Cassation* tencionam não invadir a competência do *Conseil Constitutionnel* sobre a questão constitucional, remetendo as QPCs mesmo que subjacentes dúvidas quanto ao seu carácter sério

44 Artigo 61-1 da Constituição Francesa de 1958: Quando, num processo pendente num tribunal, se alegar que uma disposição legislativa viola os direitos e liberdades garantidos pela Constituição, a questão pode ser submetida ao *Conseil Constitutionnel*, pelo *Conseil d'État* ou pela *Cour de Cassation*, que se pronunciará num prazo determinado.

45 Essa disposição se aplica, até mesmo e principalmente, nos casos em que a norma foi submetida à apreciação do *Conseil* em controle *a priori* – função típica do *Conseil Constitutionnel*.

46 Artigo 23-2 da Portaria n.º 58-1067, de 7 de novembro de 1958, relativa ao *Conseil Constitutionnel*.

47 “Dès lors qu’un doute existe, le Conseil d’État renvoie la question. Les décisions constatant le caractère sérieux d’une question sont généralement peu motivées : il faut y voir la volonté du juge de renvoi de ne pas empiéter sur la compétence dévolue en cette matière au juge constitutionnel.” (SAUVÉ, Jean-Marc ; STIRN, Bernard. Relatório da *question prioritaire de constitutionnalité* In: MAUGÜE, J.-H. Stahl, *La question prioritaire de constitutionnalité*, Dalloz, Connaissance du droit, 2011, p. 67).

A Constituição francesa não prevê um prazo para que o *Conseil* se pronuncie sobre uma questão constitucional após a recepção da QPC. O artigo 23-10 do Decreto n.º 58-1067, Lei Orgânica do *Conseil Constitutionnel*, estipula que a Corte deve pronunciar-se no prazo de três meses a contar da data em que a questão lhe é submetida. O *Conseil* é tipicamente adimplente com esse prazo – em média, pronuncia-se no prazo de 76 dias.⁴⁸

A ordem de trabalhos é regida pelo artigo 5.º, n.º 1, do Regulamento Interno relativo ao processo seguido perante o *Conseil*. Referido diploma prevê a competência do Presidente para inscrever o processo na ordem de trabalhos do *Conseil* e fixar a data da audiência. Esse poder é, portanto, muito limitado. Apesar da publicidade da audiência, a fase deliberativa, à semelhança da Corte Constitucional Alemã, ocorre de maneira secreta.

Conforme será analisado mais à frente, a QPC alterou sensivelmente o perfil do *Conseil Constitutionnel* e sua interação com as demais instituições francesas. Ao longo desses anos, a Corte desenvolveu técnicas de decisão e julgou casos emblemáticos para o direito francês.

4. A REPERCUSSÃO GERAL: DE FILTRO RECURSAL AO SISTEMA DE PRECEDENTES BRASILEIRO

A espontaneidade da aplicação normativa, conjugada com a vivacidade com a qual a Constituição transmuta-se conduziram a Repercussão Geral a estrato diverso de mero filtro de admissibilidade recursal.

Vinte anos após sua concepção, a Repercussão Geral atualmente consagra filtro inerente à apreciação de todo recurso extraordinário, bem como técnica de formação de precedentes vinculantes, com evidente aproximação dos efeitos do controle abstrato de constitucionalidade. No caso brasileiro, a criação dessa zona de seletividade da Corte é consequência lógica da concepção do STF como Corte de Precedentes, bastante defendida por Daniel Mitidiero.⁴⁹ Nesse sentido, o exercício da função nomofilática das Cortes, de garantia da integridade do Direito por meio da interpretação, impõe à Corte a adoção de critérios de admissibilidade que a permitam selecionar casos “apenas nas hipóteses em que a pronúncia dessas cortes seja capaz de promover a unidade do Direito”.⁵⁰

48 Essa informação consta de site específico do *Conseil Constitutionnel*, o qual reúne pesquisas de jurimetria e temáticas a respeito do instituto. Disponível em: <https://qpc360.conseil-constitutionnel.fr/>. Acesso em: 02 de setembro de 2024.

49 “É imprescindível que o STF e o STJ sejam entendidos como cortes que apresentam como ponto de chegada a adequada interpretação da legislação, viabilizando a partir daí a unidade do Direito brasileiro e a orientação futura dos demais tribunais e da sociedade civil”. (MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas [livro eletrônico]: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. 3 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2022, p. RB-4.4).

50 Ibidem. Esse autor defende a adoção de um critério teleológico, o qual, segundo pensa, “permite ao STF selecionar os casos que deve intervir”.

Esse poder de seleção dos casos submetidos ao seu crivo é pedra de toque para compreensão do papel institucional desempenhado pelas Cortes Supremas.⁵¹ Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero alertam que o emprego de conceitos jurídicos indeterminados não pode servir de chancela para a absoluta discricionariedade das Cortes. Muito ao revés, o STF deve empreender esforços na captura de significados objetivos quando da avaliação da existência de Repercussão Geral,⁵² aquilatando os conceitos empregados.

Não por outra razão, a despeito do que se possa encontrar no direito comparado, há exigência de fundamentação da decisão que nega Repercussão Geral.⁵³

Portanto, não é de causar perplexidade que as Cortes, ao se valerem do espectro de indeterminação dos conceitos jurídicos delineados nos requisitos processuais de admissibilidade, exerçam função de criação de precedentes. Ao assim proceder, a Corte elege quais questões constitucionais são passíveis de análise, afunilando sua função de Corte Suprema.

O que se questiona, no caso brasileiro, é (i) se a Repercussão Geral tornou o STF apenas ou eminentemente uma Corte Suprema; e, (ii) se a partir da resposta à pergunta anterior, todo precedente passa a ser dotado de efeito vinculante, independentemente de previsão normativa.

A experiência parece demonstrar que o STF, mesmo após a Repercussão Geral, não é uma Corte com funções exclusivamente típicas de Corte Suprema, tendo um poder limitado de seleção de casos (discricionariedade reduzida); tampouco seus precedentes são embrionariamente dotados de força vinculante.

A uma, porque o legislador constitucional estabeleceu que o quórum qualificado de dois terços deve ser preenchido para fins de recusa da Repercussão Geral. A técnica tem razão de ser: o legislador constituinte não concebeu uma Corte com atuação subsidiária e com amplo grau de seletividade dos recursos. Muito ao revés, definiu uma presunção relativa (*iuris tantum*) de Repercussão Geral aos recursos extraordinários, somente dirimido a partir de manifestação de uma maioria qualificada da Corte. Prova maior disso é que, ausente a manifestação acerca da repercussão geral, entende-se tacitamente pela sua existência com consequência admissão do recurso.

A duas, porque o legislador Constituinte explicitamente atribuiu competências recursais ao STF incompatíveis com a natureza das Cortes puramente supremas, cuja competência é limitada à função nomofilática. Não apenas o legislador conce-

51 MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário*. 1ª edição e-book baseada na 3ª edição impressa. São Paulo: Editora Revista do Tribunais. 2013.

52 MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário*. 1ª edição e-book baseada na 3ª edição impressa. São Paulo: Editora Revista do Tribunais. 2013, p. 6.

53 Nesse sentido, e calçado nas lições de Barbosa Moreira: CRUZ E TUCCI, José Rogério. A “repercussão geral” como pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário. *Revista de Processo* | vol. 37/2014 | p. 473 - 493 | Nov / 2014.

beu essa competência, como não criou óbices grandiosos para a admissão recursal. Não por outra razão, José Carlos Barbosa Moreira defendeu ser bastante, para fins de admissibilidade recursal, a mera alegação de que a decisão recorrida violou a Constituição.⁵⁴

Em verdade, a dificuldade para acesso às Cortes Superiores, no Brasil, traduziu-se mais na postura jurisprudencial das Cortes, insculpida em enunciados de súmulas com aplicação em série, do que verdadeiramente como decorrência lógica do perfil de Corte concebido na Constituição. Sem embargo disso, fato é que à Corte foi facultada a seleção de casos, mas a própria Corte mal utiliza a técnica que lhe foi conferida.

Quanto à força normativa do precedente, a singularidade do sistema brasileiro deve ser considerada. Trata-se de um híbrido abasileirado entre o *civil law* e o *common law*. Os precedentes obrigatórios são estabelecidos pelo texto da lei, com base em uma qualidade intrínseca à decisão:

Entretanto, não se pode olvidar as hipóteses em que o precedente é indubitavelmente concebido com essa qualidade desde a sua origem. Ou seja, casos em que o pronunciamento judicial é qualificado como precedente em virtude de uma qualidade inerente à circunstância de sua edição. É o que ocorre, por exemplo, no caso das súmulas constitucionais extraídas de um processo de fiscalização abstrata de constitucionalidade no âmbito do STF, o chamado “processo objetivo”. Nesse caso, não é uma cadeia posterior de aplicação do precedente que o define como tal, mas uma qualidade inerente ao enunciado - uma qualidade extraída da lei ou do sistema.

Essa solução é contrária à lógica dos precedentes no *common law*, em que o que define a natureza vinculante ou não vinculante de um precedente é o comando normativo de sua aplicação posterior, e “não uma qualidade intrínseca à decisão judicial - fato que denuncia a desnaturação do sistema brasileiro de precedentes, em que se verifica uma capacidade embrionária de se tornar um precedente, em razão do órgão judicial prolator da decisão”.⁵⁵

À semelhança do que ocorre nos julgamentos das ações de controle abstrato, também a decisão em sede de Repercussão Geral com tema reconhecido, a força do precedente constitucional impõe efeitos multiplicadores de vinculação em cadeia – o que impõe legítima dificuldade em se diferenciar os efeitos da decisão em controle incidental e concentrado nessas hipóteses. É verdade, contudo, que o STF, discricionariamente, manipula os efeitos do controle difuso de constitucionalidade, por vezes conferindo ares de abstrativização – com a deflagração do denominado circuito de julgamento da Repercussão Geral –, por vezes, com a restrição dos efeitos entre as partes do processo.

54 MOREIRA, José Carlos Barbosa. Que significa “não conhecer” de um recurso. *Revista da AJURIS*, Rio Grande do Sul, 1996, nº 66.

55 SANTANA, Guilherme M. N., *et al.* De polissemia a metonímia : a incerteza sobre o que é um precedente no direito brasileiro. *Revista Direito.UnB*. V. 07, N.1 2023, pp. 201-227.

As Cortes Supremas produzem precedente, mas nem todo precedente detém eficácia vinculante, como dão pistas as previsões normativas que buscam conferir eficácia vinculante a pronunciamentos que, não obstante constituírem precedente, não possuem *per se* essa aptidão eficaz. É o que se verifica, por exemplo, na norma insculpida no inciso X, do art. 52, da Constituição Federal, em que se encontra prevista a possibilidade de suspensão da lei declarada inconstitucional em controle incidental de constitucionalidade, por juízo de conveniência do Senado Federal.⁵⁶

Corolário lógico dessa disposição é compreender que nem todo precedente oriundo dessa modalidade de julgamento é dotado de eficácia vinculante. Essa evidência é confirmada quando verificado que, no circuito de processamento do Recurso Extraordinário, no STF, a Repercussão Geral serve de filtro para seleção de todos os recursos. Todavia, em alguns casos específicos, o Recurso é julgado em uma sistemática diversa, e mais rara, em que se tem a delimitação de Tema, com consequente formação de precedente com eficácia vinculante.⁵⁷

Há especial confusão em relação a essa polêmica acerca da força normativa dos precedentes e a dicotomia “vinculante ou não vinculante”, “obrigatório ou persuasivo”, que se verifica em parcela da doutrina. De mesmo modo, não raramente esse debate é circunscrito à dicotomia *common law* e *civil law*, atribuindo-se, ao primeiro, a índole de serem todos os precedentes obrigatórios. Michele Taruffo alerta para a impropriedade desse argumento, não apenas em função da evidente aproximação dos dois sistemas, na atualidade; como também em razão da existência de precedentes não vinculantes no sistema de *common law*.⁵⁸

Conforme antecipado, o perfil jurisprudencial do STF tem íntima ligação com o perfil decisório da Corte. Há um gargalo importante identificado é o fato de STF priorizar a inadmissão dos recursos extraordinários com base em outros óbices processuais, de há tempos presente no rosário de inadmissões da Corte – ausência de questão jurídica, mas

56 Discorda-se, portanto, de Luiz Guilherme Marinoni, para quem a existência dessa regra em nada altera a força obrigatória de todos os precedentes judiciais, ao fundamento de que se presta a oportunizar ao Senado que, “mesmo que consciente da impossibilidade de os juízes aplicarem a lei, suspenda a sua execução para evitar que ela possa ser reeficazada ou reavivada pela própria Corte”. (MARINONI, Luiz Guilherme. Processo Constitucional e Democracia. São Paulo: Thomson Reuters. 2021, p. 962). Não se concorda com essa percepção, não apenas pelas motivações já expostas, mas também pela evidente, e indevida, importação de umas das razões de existir do *stares decisis*, do direito estadunidense, para o modelo brasileiro – o que o torna, em certa medida, bastante inverossímil.

57 O tema é bem explorado por Paulo Mendes de Oliveira: OLIVEIRA, Paulo Mendes de. Recurso extraordinário e seus circuitos processuais: O adequado entendimento do trâmite do recurso extraordinário auxiliará bastante na regulamentação do requisito da relevância do recurso especial. Revista Jota. Disponível em : <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-cpc-nos-tribunais/recurso-extraordinario-e-seus-circuitos-processuais-15102022>. Acesso em 7 de setembro de 2024.

58 TARUFFO, Michele. Dimensioni del precedente giudiziario. *Revista trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. v. 48, n. 2. 1994.

fática; ausência de prequestionamento; controvérsia de estrato infraconstitucional, por exemplo⁵⁹ –, no lugar de aplicar a sistemática de julgamento da Repercussão Geral.⁶⁰

Rigorosamente, a Corte instituiu, contraintuitivamente, um sistema paralelo, que representa quase a totalidade dos julgamentos que faz de recursos extraordinários. Isso sem mencionar as negativas de Repercussão Geral com efeitos restritos ao caso concreto (art. 326 do Regimento Interno do STF), em que a Corte renuncia aos efeitos sistêmicos da negativa de Repercussão Geral, os quais provocariam correspondente negativa de seguimento nos tribunais de origem (§8º do art. 1.035 do CPC).

5. A ALTERAÇÃO DO PERFIL DO *CONSEIL CONSTITUTIONNEL*: A FRANÇA, ENFIM, POSSUI UMA CORTE CONSTITUCIONAL?

A QPC operou um impacto na jurisdição francesa que pode ser organizado da seguinte maneira: (i) recrudescimento da proteção dos direitos fundamentais por meio da jurisdição constitucional; e (ii) impacto institucional de fortalecimento da proeminência do *Conseil Constitutionnel* perante as outras instituições

Ao longo dos anos, o *Conseil* colecionou decisões emblemáticas de proteção de direitos fundamentais no âmbito de QPCs. Pode-se destacar a QPC nº 2020-841 QPC em que a Corte julgou inconstitucional o acesso a dados de usuários pela “*Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet* (Hadopi)” – Alta Autoridade para a Difusão de Obras e a Proteção dos Direitos na Internet, bem como limitou a possibilidade de retirada de conteúdos, sem prévia autorização judicial, sob fundamento de violação da liberdade de expressão.⁶¹

Com recorrência, menciona-se o caso QPC nº 2018-745, no qual o *Conseil* considerou que a acumulação de sanções administrativas e penais por fraude fiscal era inconstitucional, invocando o princípio do “*ne bis in idem*”.⁶² Igualmente alcançou repercussão nacional o caso “*Mariage pour tous*”, em que o *Conseil* julgou conforme à Constituição a lei que permitia casamento entre pessoas do mesmo sexo, inclusive para fins de vedação das coletividades territoriais (entidades subnacionais) de vedarem a celebração perante as prefeituras.⁶³

59 Enunciados de Súmulas nº 279, 280, 282, 356 e 636 do STF.

60 O problema é bem depurado no artigo “Como salvar o sistema de repercussão geral: transparência, eficiência e realismo na escolha do que o Supremo Tribunal Federal vai julgar”, escrito por Luis Roberto Barroso e Frederico Montedonio Rego. (BARROSO, Luís Roberto; REGO, Frederico Montedonio. Como salvar o sistema de repercussão geral: transparência, eficiência e realismo na escolha do que o supremo tribunal federal vai julgar. *Revista brasileira de políticas públicas*, v. 7, n. 3, p. 695-713, 2017).

61 *Conseil Constitutionnel*, Decisão nº 2020-841, QPC. 20 de maio de 2020.

62 *Conseil Constitutionnel*, Decisão nº nº 2018-745, QPC. 23 de novembro de 2018.

63 *Conseil Constitutionnel*, Decisão nº 2013-353, QPC. 18 de outubro de 2013.

Há um rosário de casos que poderiam ser citados, como a proteção de dados de pessoas particulares, o regime de custódia e garantia de acesso a advogado,⁶⁴ a proteção de pessoas internadas compulsoriamente em instituições psiquiátricas⁶⁵, que denunciam uma atuação proativa do *Conseil* por intermédio da QPC.

É de ressaltar que o controle *a priori* de constitucionalidade exercido pelo *Conseil* demanda deflagração pelas entidades descritas taxativamente na Constituição, quais sejam: o Presidente da República, o Primeiro-Ministro, o Presidente da Assembleia Nacional ou do Senado, e, desde 1974, 60 deputados ou senadores. Com a introdução da QPC, qualquer indivíduo pode, no seio de um caso particular, depositar uma questão constitucional, amplificando a jurisdição constitucional do *Conseil*.

Evidentemente que essa atuação não atravessa indene de críticas. Danièle Lochak ressalta a deficiência de alçada de questões relativas a direitos e garantias de estrangeiros no âmbito da QPC. Em estudo empírico sobre a matéria, o professor identificou que quase a totalidade das QPCs remetidas sobre a matéria são rejeitadas por serem consideradas matérias decididas em controle *a priori* – inobstante o lapso temporal por vezes sensível entre essa decisão e a remessa da QPC.⁶⁶

Institucionalmente, a QPC representou um espaço de otimização do diálogo institucional entre o *Conseil* e outras instituições, especialmente o Parlamento. Uma análise mais aprofundada revela que o *Conseil* utiliza técnicas de decisão para comunicar com o Parlamento.

Isso pode acontecer expressamente dentro da decisão do *Conseil*, em que o Parlamento é destinatário da decisão, ou até mesmo fora dela. É o que acontece, por exemplo, na prática do Parlamento de suprimir as inconstitucionalidades apontadas pelo *Conseil* durante o período de efeitos diferidos, ou quando acata a reserva de interpretação da decisão. Além disso, o *Conseil* desenvolveu uma jurisprudência de intervenção cautelosa de natureza minimalista, não intervindo diretamente nas escolhas do legislador para além da hipótese de uma violação desproporcional dos direitos fundamentais. Quanto a estes mecanismos, merecem uma análise aprofundada: a modulação dos efeitos temporais (efeito diferido); o envio de comentários; e a reserva de interpretação.

A modulação dos efeitos temporais da decisão desempenha um papel claramente dialógico na jurisprudência do *Conseil*. Agnès Roblot-Troizier menciona a utilização deste mecanismo para conferir ao Legislador o tempo necessário para adotar uma nova lei conforme à Constituição.⁶⁷ É de recordar a jurisprudência reverencial

64 *Conseil Constitutionnel*, Decisão nº 2010-14/22 QPC, 30 de julho de 2010.

65 *Conseil Constitutionnel*, Decisão nº 2020-844 QPC. 19 de junho de 2020.

66 Ressalta-se a jurisprudência restritiva da Corte em relação à identificação de alterações de circunstâncias fáticas ou jurídicas aptas a renovar a jurisdição do *Conseil* em relação a causas já decididas. (LOCHAK, Danièle. La QPC, une protection efficace des droits et libertés? Un impact limité pour protéger les droits des étrangers. *La Semaine juridique*. Édition générale, n. Supplément aux numéros, 2013, pp. 29-34.)

67 “De forma diferente, as decisões em que o Conselho Constitucional decide modular no tempo os efeitos das suas decisões sobre o QPC podem também ser associadas a esta ideia. Constatando a inconstitucionalidade

do *Conseil* perante o Parlamento, sintetizado no axioma de que “o *Conseil* não dispõe de um poder geral de apreciação da mesma natureza que do Parlamento”.⁶⁸ Esse mesmo fundamento foi invocado em múltiplas ocasiões e vem sendo associado à deferência ao Parlamento.

A título de exemplo, no artigo supracitado, Agnès Roblot-Troizier refere a decisão do CC n.º 2010-14/22 QPC, de 30 de julho de 2010, Daniel W. sobre vários artigos do Código de Processo Penal relativos ao regime de “*garde-à-vue*” – regime de custódia policial.⁶⁹ Na sua decisão, o *Conseil* considerou adequado “adiar a data desta revogação para 1º de julho de 2011, a fim de permitir que o legislador corrija esta inconstitucionalidade”, sem, entretanto, especificar que medidas poderiam ser adoptadas. A mesma abordagem foi adotada na decisão n.º 2010-45 QPC, de 6 de outubro de 2010, na qual o *Conseil* declarou a inconstitucionalidade de determinados artigos do Código dos Correios e Comunicações francês, com efeitos diferidos. Nesse interregno, o Parlamento adotou medidas para sanar a inconstitucionalidade verificada, através do artigo 19.º da Lei n.º 2011-302, de 22 de março de 2011.⁷⁰

Damien Chamussy menciona também os efeitos diferidos como forma de comunicação com o Parlamento, na medida em que “permite ao Parlamento dispor de tempo para refletir e responder adequadamente à decisão proferida”.⁷¹

Outro caso bastante representativo da utilização de efeitos diferidos como mecanismo de diálogo constitucional pode ser encontrado na decisão n.º 2012-235 QPC de 20 de abril de 2012⁷², na qual o *Conseil* decidiu que várias disposições do Código de Saúde Pública relativas a doentes e à hospitalização sem consentimento de pessoas criminalmente inimputáveis eram contrárias à Constituição. No intervalo do efeito dife-

de uma disposição legislativa no âmbito de uma fiscalização a posteriori, o Conselho opta, por vezes, pela produção de efeitos diferidos, de modo a dar ao legislador o tempo necessário para adotar uma nova lei mais conforme à Constituição. Este adiamento da data de revogação justifica-se pelo facto de não caber aos Sábios “indicar as alterações às normas [...] que devem ser escolhidas para sanar a inconstitucionalidade verificada”. Na qualidade de juiz de direito, mas não de legislador, o Conselho Constitucional afirma que pretende abster-se de interferir demasiado no exercício da função legislativa”. (ROBLLOT-TROIZIER, Agnès. *Un concept moderne : séparation des pouvoirs et contrôle de la loi, Pouvoirs*, vol. 143, no. 4, 2012. p. 96).

68 Ibidem.

69 *Conseil Constitutionnel*, n.º 2010-14/22 QPC, 30 de julho de 2010, Daniel W. [Garde-à-vue].

70 É verdade que as intervenções do Conselho são por vezes criticadas, como salientou Georges Bergougnous: “Estes aditamentos à lei são por vezes criticados com o argumento de que o Conselho se substitui ao legislador, mas esta crítica é irrelevante, uma vez que resultam frequentemente dos trabalhos parlamentares e são, portanto, o resultado do diálogo entre o Conselho e o legislador”. Tradução livre do original: “ces ajouts à la loi font parfois l’objet de critiques, au motif que le Conseil se substituerait au législateur, mais celles-ci manquent de pertinence dès lors qu’ils sont bien souvent issus des travaux parlementaires et procèdent donc du dialogue entre le Conseil et ce dernier.” (BERGOUGNOUS, Georges. *Le Conseil constitutionnel et le législateur. Nouveaux cahiers du Conseil Constitutionnel* n.º 38. Dossier : le conseil constitutionnel et le parlement. janeiro 2013).

71 CHAMUSSY, Damien. *Le Parlement et la QPC. Nouveaux cahiers du Conseil Constitutionnel* n.º 47. Dossier : 5 ans de QPC. Abril, 2015 45-64.

72 *Conseil Constitutionnel*. Decisão n.º 2012-235 QPC de 20 de abril de 2012.

rido concedido pelo *Conseil*, o Parlamento deu passos enérgicos no sentido da decisão, que culminaram na adoção da lei n.º 2013-367 869 de 27 de setembro de 2013.⁷³

A interação entre o *Conseil* e os outros poderes está prevista na Portaria n.º 58-1067, de 7 de novembro de 1958, que prevê a notificação imediata do Presidente da República, do Primeiro-Ministro e dos Presidentes da Assembleia Nacional e do Senado pelo *Conseil*, quando lhe seja submetida uma QPC, para fins de envio de comentários. Neste caso, estas instituições podem enviar à Corte as suas observações sobre a questão prioritária de constitucionalidade que lhe é submetida.⁷⁴ Damien Chamussy menciona a decisão do QPC relativa ao artigo 8.º da Ordem n.º 58-1100, de 17 de novembro de 1958, sobre o funcionamento das assembleias parlamentares,⁷⁵ em que o parecer do Senado foi referido na decisão do *Conseil* – algo atípico nas decisões da Corte, ordinariamente mais singelas e pouco referenciadas.⁷⁶

No que diz respeito à interação existente entre o *Conseil* e o Parlamento, as reservas de interpretação desempenham um papel fundamental na perspectiva do diálogo constitucional entre as instituições. O *Conseil* já utilizou a reserva de interpretação para alertar o Legislador para lacunas que devem ser colmatadas com base na inconstitucionalidade.

Foi o que ocorreu, por exemplo, na decisão n.º 2010-8 QPC, em que o *Conseil* considerou constitucionais as disposições contestadas, sob reserva da interpretação de que, na presença de culpa inescusável por parte do empregador, as disposições normativas não obstarão o pedido deduzido em face de empregador para indemnização por todos os danos não cobertos, taxativamente, pelo Livro IV do Código da Segurança Social.⁷⁷ Chamussy observou que esta reserva não só tinha provocado o

73 Damien Chamussy sublinha a importância deste atraso para o trabalho do Parlamento: Neste caso, o Parlamento desempenhou um papel decisivo. Ao 7 de novembro de 2012, a Comissão dos Assuntos Sociais da Assembleia Nacional criou um grupo de trabalho para analisar a saúde mental e o futuro da psiquiatria. Citando a decisão de 20 de abril de 2012 acima referida, o grupo de trabalho fez dos cuidados não consentidos uma das suas prioridades. Realizou cerca de trinta horas de audiências sobre o assunto. Enquanto prosseguia o seu trabalho sobre outras questões psiquiátricas, algumas das suas 17 recomendações foram incluídas num projeto de lei apresentado em 3 de julho de 2013 por Denys Robillard, deputado do Loir-et-Cher, que elevou ao nível legislativo a garantia dos direitos das pessoas inimputáveis criminalmente, clarificou o regime aplicável introduzindo distinções com base na gravidade dos atos cometidos e melhorou o regime jurídico dos cuidados sem consentimento. A lei foi finalmente adotada em 19 de setembro de 2013". (CHAMUSSY, Damien. Le Parlement et la QPC. *Nouveaux cahiers du Conseil Constitutionnel* n.º 47. Dossier: 5 ans de QPC. Abril, 2015 45-64, *passim*)

74 Damien Chamussy explica a controvérsia em torno desta disposição durante a elaboração da portaria: "Esta possibilidade de intervir no processo foi objeto de um debate aceso, ao ponto de ser suprimida pela Assembleia Nacional em primeira leitura, antes de ser reintroduzida pelo Senado. O relator da Assembleia, Jean-Luc Warsmann, que é também presidente da Comissão de Direito, considerou que ela oferecia 'pouco interesse' e poderia mesmo 'gerar confusão'". (CHAMUSSY, Damien. Le Parlement et la QPC. *Nouveaux cahiers du Conseil Constitutionnel* n.º 47. Dossier: 5 ans de QPC. abril, 2015. pp. 45-64).

75 *Conseil Constitutionnel*. Decisão n.º 2011-129 QPC de 13 de maio de 2011.

76 O autor menciona ainda casos específicos em que o QPC foi diretamente suscitado por deputados no âmbito de um processo individual.

77 *Conseil Constitutionnel*. Decisão n.º 2010-8 QPC de 18 de junho de 2010.

Legislador, como também tinha sido explicitamente mencionada no projeto de lei n.º 2886, apresentado em 19 de outubro de 2010 por Pierre Morel-A-L’Huissier, destinado a assegurar a plena indenização das vítimas relacionadas com o trabalho em caso de culpa inescusável do empregador. Neste projeto de lei, o conteúdo do controle judicial é expressamente mencionado: “o Parlamento tem o dever de transpor para a lei as disposições formuladas pelo *Conseil Constitutionnel*” e de suprimir o que foi descrito como uma “lacuna legislativa.”

O *Conseil* parece ter adotado formas de preservar a autonomia parlamentar, atenuando o poder de ingerência que lhe é conferido, pelo menos pelo texto constitucional. Prova disso é a jurisprudência desenvolvida no sentido de que “uma reclamação baseada na inobservância do processo de adoção de uma lei pode ser suscitada em apoio de uma questão prioritária de constitucionalidade”,⁷⁸ apesar de tal reclamação só ser aceita “nos casos em que seja afetado um direito ou uma liberdade garantidos pela Constituição”.⁷⁹

Deste modo, o *Conseil* evita interferir nos assuntos internos (*interna corporis*) do Parlamento, o que só faz em caso de violação dos direitos fundamentais.

Em sua decisão n.º 74-54 DC, de 15 de janeiro de 1975,⁸⁰ sobre a interrupção voluntária da gravidez, o *Conseil* afirmou “que o artigo 61.º da Constituição não confere ao *Conseil Constitutionnel* um poder geral de apreciação e de decisão idêntico ao do Parlamento”. Essa afirmativa aparece em múltiplas decisões do *Conseil*, sempre em preservação da autonomia parlamentar.

É por esta razão que Georges Bergougous considera que o *Conseil* “respeita as escolhas do legislador”. O autor refere ainda a jurisprudência desenvolvida em torno dos “objetivos de valor constitucional” (OVC), segundo a qual uma eventual violação de direitos fundamentais na lei é relativizada por razões de interesse geral, na medida em que “ao identificar os objetivos de interesse geral perseguidos pelo legislador, o *Conseil* autoriza violações de direitos constitucionalmente garantidos, que concilia com esses objetivos e eventualmente com outros objetivos de interesse geral.”⁸¹

Neste sentido, o *Conseil* desenvolveu uma tendência, ainda que talvez inconsciente, para o minimalismo. Esta forma cautelosa de controle da constitucionalidade das leis alivia as tensões institucionais, especialmente em um contexto culturalmente in-

78 *Conseil Constitutionnel*. Decisão n.º 2010-4/17 QPC de 22 de julho de 2010.

79 *Conseil Constitutionnel*. Decisão n.º 2010-5 QPC de 18 de junho de 2010.

80 *Conseil Constitutionnel*. Decisão n.º 74-54 DC de 15 de janeiro de 1975.

81 “Melhor ainda, para ajudar o legislador, o Conselho identificou a categoria dos objectivos de valor constitucional (OVC) que, se permitem garantir a efetividade dos direitos e liberdades constitucionais, permitiram, desde o início, violá-los, limitando-os por razões de interesse geral, aparecendo mesmo os OVC como “o interesse geral em situação”. É o caso, por exemplo, da salvaguarda da ordem pública, da luta contra a fraude fiscal ou da perseguição de delinquentes”. (BERGOUGNOUS, Georges. Le Conseil constitutionnel et le législateur. *Nouveaux cahiers du Conseil Constitutionnel* n.º 38. Dossier : le conseil constitutionnel et le parlement. Janeiro de 2013).

clinado a rejeitar a jurisdição constitucional. A adesão do Parlamento às decisões do *Conseil*, sobretudo quando estas têm efeitos diferidos e reservam um direito de interpretação, é prova disso, razão pela qual Damien Chamussy afirma que “de um modo geral, o Parlamento demonstrou, em várias ocasiões, que segue de perto as condições da sua intervenção no domínio jurisdicional”, o que indica uma postura de abertura.⁸²

Atualmente, a QPC reforça inevitavelmente o aspecto jurisdicional do *Conseil Constitutionnel* na medida em que representa cerca de 80% da atividade da Corte⁸³, apesar da persistente recalcitrância em se considerá-lo como um Tribunal Constitucional. Após a introdução da QPC, o *Conseil Constitutionnel* “não substitui uma instituição comparável existente previamente no sistema jurídico francês”.⁸⁴

6. CONCLUSÃO

Com singela missão de comparar dois sistemas jurídicos a partir de dois institutos, buscou-se analisar de que maneira as ordens jurídicas francesa e brasileira operaram uma verdadeira revolução paradigmática nos últimos anos. A análise comparada entre a “Repercussão Geral”, no Brasil, e a “*Question Prioritaire de Constitutionnalité*” (QPC), na França, revelam um movimento convergente entre dois sistemas jurídicos sensivelmente diversos.

Ambos os mecanismos têm buscado reforçar o controle de constitucionalidade e a proteção dos direitos fundamentais, cada qual a seu modo e consideradas as respectivas idiossincrasias. No Brasil, a Repercussão Geral transformou-se em um filtro recursal essencial que redefine a função do Supremo Tribunal Federal, aproximando-o de uma Corte de precedentes, enquanto na França, a introdução da QPC alterou significativamente o perfil do *Conseil Constitutionnel*, concedendo-lhe uma nova relevância institucional e um relevo até então inabitual à jurisdição constitucional.

Embora a Repercussão Geral e a QPC partilhem objetivos comuns de racionalização do fluxo processual e fortalecimento do controle de constitucionalidade, cada um opera dentro de um contexto jurídico e cultural específico, refletindo as particularidades de suas tradições legais. O caso brasileiro ilustra uma tentativa de balancear a quantidade de recursos extraordinários ao STF com a manutenção de sua função de garantir a integridade e uniformidade da interpretação constitucional. Já na França, a QPC representou um ponto de inflexão importante ao ampliar o controle de consti-

82 CHAMUSSY, Damien. *Op. cit.*

83 M. MAGAL. Laurent Fabius : La QPC représente 80 % du travail du Conseil constitutionnel, *Public Cahiers du Sénat*, 2020.

84 Tradução do original em francês : “*ne remplace pas une institution comparable existant préalablement dans l'ordre juridique français*” (HALPÉRIN, Jean-Louis. *La question prioritaire de constitutionnalité : une révolution dans l'histoire du droit français?* Cahiers du Conseil constitutionnel n° 28. Dossier: l'histoire du contrôle de constitutionnalité. 2010).

tucionalidade, anteriormente restrito, promovendo um diálogo mais robusto entre o *Conseil Constitutionnel* e outras instituições do Estado.

Dessa forma, ao refletir sobre os institutos da Repercussão Geral e da QPC, tencionou-se, por intermédio do presente trabalho, uma apreciação crítica de como ambos os sistemas têm evoluído para enfrentar os desafios modernos do direito constitucional.

7. REFERÊNCIAS

- ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- AUTIN, Jean-Louis, *Réflexions sur le système français de dualité juridictionnelle*. Les Cahiers de Droit, vol. 42, n.º 3, setembro de 2001, pp. 765-782.
- BARROSO, Luís Roberto; REGO, Frederico Montedonio. Como salvar o sistema de repercussão geral: transparência, eficiência e realismo na escolha do que o supremo tribunal federal vai julgar. *Revista brasileira de políticas públicas*, v. 7, n. 3, p. 695-713, 2017.
- BERGOUIGNOUS, Georges. Le Conseil constitutionnel et le législateur. *Nouveaux cahiers du Conseil Constitutionnel* nº 38. Dossier : le conseil constitutionnel et le parlement. janvier 2013.
- BLACHÈRE, Philippe. *Contrôle de constitutionnalité et volonté générale : «la loi votée...n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution»*. Presses Universitaires de France. 2001.
- CHAMUSSY, Damien. Le Parlement et la QPC. *Nouveaux cahiers du Conseil Constitutionnel* nº 47. Dossier : 5 ans de QPC. Abril, 2015 45-64.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério. A “repercussão geral” como pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário. *Revista de Processo* | vol. 37/2014 | p. 473 - 493 | Nov / 2014.
- DANTAS, Bruno. Repercussão geral - Algumas lições da Corte Suprema argentina ao Supremo Tribunal Federal brasileiro. *Revista de informação legislativa*, 2010, p. 36.
- DANTAS, Bruno. *Repercussão geral*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. pp. 96-139.
- DAUCHY, Serge. *Le juge, bouche-de-la-loi. À propos de la célèbre métaphore de Montesquieu*. 2014. Disponível em: <https://hal.univ-lille.fr/hal-02959170/document>).
- HALPÉRIN, Jean-Louis. *La question prioritaire de constitutionnalité : une révolution dans l'histoire du droit français?* Cahiers du Conseil constitutionnel nº 28. Dossier: l'histoire du contrôle de constitutionnalité. 2010.
- JUPPÉ, Alain. *L'héritage de Montesquieu : la séparation des pouvoirs sous l'angle de la justice constitutionnelle*, *Revue française de droit constitutionnel*, vol. 129, n.º 1, 2022.
- KRYNEN, J. *L'idéologie de la magistrature ancienne*. Gallimard, 2009.
- LOCHAK, Danièle. La QPC, une protection efficace des droits et libertés? Un impact limité pour protéger les droits des étrangers. *La Semaine juridique*. Édition générale, n. Supplément aux numéros 29-34, 2013.

- M. MAGAL. Laurent Fabius : La QPC représente 80 % du travail du Conseil constitutionnel, Public *Cahiers du Sénat*, 2020.
- MALBERG, Raymon Carré. *La loi, expression de la volonté générale: étude sur le concept de la loi dans la Constitution de 1875*. Librairie du Recueil Sirey. 1931.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário*. 1ª edição e-book baseada na 3ª edição impressa. São Paulo: Editora Revista do Tribunal. 2013.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Processo Constitucional e Democracia*. São Paulo: Thomson Reuters. 2021.
- MATHIEU, Bertrand. *Justice et politique: la déchirure?* Paris: Forum. 2015.
- MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Luiz Rodrigues; e ARRUDA ALVIM, Teresa. Repercussão geral e súmula vinculante, *Reforma do Judiciário* (obra coletiva), São Paulo, RT, 2005, p. 374.
- MENDES, Gilmar Fereira et. al. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas [livro eletrônico]: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. 3 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2022.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *L'esprit des lois*. Paris, Éditions Gallimard, 1995.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Que significa “não conhecer” de um recurso. *Revista da AJURIS*, Rio Grande do Sul, 1996, nº 66.
- OLIVEIRA, Paulo Mendes de. Recurso extraordinário e seus circuitos processuais: O adequado entendimento do trâmite do recurso extraordinário auxiliará bastante na regulamentação do requisito da relevância do recurso especial. *Revista Jota*. Disponível em : <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-cpc-nos-tribunais/recurso-extraordinario-e-seus-circuitos-processuais-15102022>. Acesso em 7 de setembro de 2024.
- ROBLOT-TROIZIER, Agnès. “Un concept moderne : séparation des pouvoirs et contrôle de la loi, Pouvoirs”, vol. 143, no. 4, 2012.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Du contrat social ou principes du droit politique*. In Collection complète des œuvres, Genève, 1780-1789, vol. 1, in-4°, edição virtual. Disponível em: www.rousseauonline.ch, versão de 7 de outubro de 2012.
- SANTANA, Guilherme M. N., et al. De polissemia a metonímia : a incerteza sobre o que é um precedente no direito brasileiro. *Revista Direito.UnB*. V. 07, N.1 2023, pp. 201-227.
- SAUVÉ, Jean-Marc ; STIRN, Bernard. Relatório da *question prioritaire de constitutionnalité* In: MAUGÜE, J.-H. Stahl, *La question prioritaire de constitutionnalité*, Dalloz, Connaissance du droit, 2011.
- SILVA, José Afonso da. *Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963, p. 455-456.

TARUFFO, Michele. Dimensioni del precedente giudiziario. *Revista trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. v. 48, n. 2. 1994.

THOURET, Jacques Guillaume. *Discours sur la réorganisation du pouvoir judiciaire*. 24 de março de 1790. Disponível em: <https://www.justice.gc.ca/fra/pr-rp/sjc-csj/pji-ilp/rev4/index.html>.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *O Superior Tribunal de Justiça na Constituição*. Inf. juríd. Bibl. Min. Oscar Saraiva, jul./dez., 1989, p. 95-96.



Civil Procedure Review
AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

Apêndice

Anteprojeto de Lei sobre os Processos Estruturais

EXCELENTÍSSIMO SENHOR SENADOR RODRIGO PACHECO, PRESIDENTE DO SENADO
FEDERAL

A Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de Lei do Processo Estrutural no Brasil, instituída pelo Ato do presidente do Senado Federal nº 3, de 2024, tem a honra de apresentar o seu

Relatório Final

devidamente aprovado, que inclui o anteprojeto de lei, acompanhado das justificativas das propostas em questão.

**Comissão de Juristas responsável pela elaboração de
anteprojeto de Lei do Processo Estrutural no Brasil**

CJPRESTR

Presidente: Subprocurador-Geral da República Augusto Aras

Vice-Presidente: Ministro Marcelo Navarro Ribeiro Dantas

Relator: Desembargador Federal Edilson Vitorelli

Membros: Ministro Luiz Alberto Gurgel de Faria, Ministro Alberto Bastos Balazeiro, Desembargador Federal Alusio Mendes, Desembargador Federal Newton Pereira Ramos Neto, Desembargadora Lilian Maciel, Procurador Regional da República Sérgio Cruz Arenhart, Promotora de Justiça Susana Henriques da Costa, Advogada da União Andrea de Quadros Dantas, Defensor Público Federal Sérgio Armanelli Gibson, Antônio Nabor Areias Bulhões, Marcus Vinicius Furtado Coêlho, Benedito Cerezzo Pereira Filho, Antonio Gidi, José Bernardo de Assis Júnior, Juliana Cordeiro de Faria, Márcio Carvalho Faria, Roberto P. Campos Gouveia Filho, Ademar Borges de Sousa Filho e Matheus Casimiro Gomes Serafim.

Membros-ouvintes: Juíza Elayne Cantuária, Promotor de Justiça Joaquim Ribeiro de Souza Junior e Etides Yuri Queirós.

Servidores do Senado Federal

Coordenador de Comissões Especiais, Temporárias e Parlamentares de Inquérito (Coceti): Leandro Augusto de Araújo Cunha Teixeira Bueno

Secretária da Comissão: Renata Felix Perez

Secretários-Adjuntos da Comissão: Antonio das Dores Pereira da Silva Neto e Henrique Cândido Evangelista da Silva

Consultores Legislativos Designados pelo Senado Federal: Bruno Lunardi Gonçalves e Roberto Dalledone Machado Filho

ANTEPROJETO DE LEI Nº , DE 2024

Disciplina o processo estrutural.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º Esta lei disciplina as ações civis públicas destinadas a lidar com problemas estruturais.

§ 1º Os problemas estruturais são aqueles que não permitem solução adequada pelas técnicas tradicionais do processo comum, individual ou coletivo, e que se caracterizam por elementos como:

I - multipolaridade;

II - impacto social;

III - prospectividade;

IV - natureza incrementada e duradoura das intervenções necessárias;

V - complexidade;

VI - existência de situação grave de contínua e permanente irregularidade, por ação ou omissão; e

VII - intervenção no modo de atuação de instituição pública ou privada.

§ 2º O processo estrutural regula-se pelas disposições da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e, supletiva e subsidiariamente, pela Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil).

§ 3º As providências estruturais também podem ser definidas em compromisso de ajustamento de conduta e outros mecanismos de autocomposição coletiva, aplicando-se, no que couber, o disposto nesta lei.

Art. 2º São normas fundamentais do processo estrutural:

I - prevenção e resolução consensual dos litígios estruturais, judicial ou extrajudicialmente;

II - primazia de técnicas que compatibilizem a tutela efetiva do direito com as capacidades institucionais e as atribuições dos poderes e dos agentes tomadores de decisão;

III - diálogo entre o juiz, as partes e os demais interessados, inclusive os potencialmente impactados pela decisão, para a construção de um contraditório efetivo na busca da solução plural e adequada;

IV - participação dos grupos impactados, mediante a realização de consultas e audiências públicas e outras formas de participação direta e indireta;

V - ampla publicidade e transparência;

VI - consideração dos regramentos e dos impactos orçamentários e financeiros decorrentes das medidas estruturais;

VII - flexibilidade do procedimento e das providências de estruturação, observado o contraditório efetivo, nos termos dos artigos 9º e 10, da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil);

VIII - tratamento isonômico dos indivíduos pertencentes aos grupos impactados;

IX - ênfase em medidas prospectivas, mediante elaboração de planos com objeto, metas, indicadores e cronogramas definidos, com implementação em prazo razoável;

X - oralidade e instrumentalidade das formas; e

XI - boa-fé e cooperação.

Art. 3º É competente para processar e julgar a demanda estrutural o foro do local da ação, omissão, dano ou ilícito.

§ 1º Na determinação da competência, observar-se-á o seguinte:

I - havendo várias comarcas ou subseções judiciárias atingidas, dentro de um mesmo Estado ou Seção Judiciária, todas serão igualmente competentes, observada a prevenção;

II - se os fatos atingirem a área da capital do Estado, será esta a competente; e

III - se os fatos tiverem dimensão nacional, abrangendo mais de um Estado, será competente qualquer capital de Estado atingido ou o Distrito Federal, concorrentemente, observada a prevenção.

§ 2º Instaurados processos estruturais ou coletivos cuja solução possa interferir de forma direta na solução de outro processo estrutural, serão reunidos perante o juízo prevento que tenha competência material para todas as causas.

§ 3º Havendo divergência entre os juízos acerca da reunião, centralização ou distribuição de processos que devam tramitar em conjunto, aplicam-se as disposições sobre conflito de competência previstas nos arts. 951 a 959 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil).

§ 4º Na condução dos processos estruturais, os juízes devem priorizar a adoção da cooperação judiciária, prevista nos arts. 67 a 69 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil).

Art. 4º O juiz poderá, fundamentadamente, solicitar ao Tribunal, entre outras providências:

I - designação de outros juízes para que o processo seja conduzido e julgado, em primeiro grau de jurisdição, de forma colegiada; e

II - disponibilização de recursos humanos e materiais adequados às necessidades específicas do processo estrutural, para auxiliar, entre outras atividades, na convocação de interessados, obtenção e análise da prova e efetivação das decisões provisórias e definitivas.

§ 1º As partes e os demais interessados que participam do processo estrutural podem solicitar ao juiz a adoção das providências a que alude o *caput*.

§ 2º Os tribunais, no âmbito de suas competências, expedirão normas regulamentando a composição do colegiado a que se refere o *caput* e os procedimentos a serem adotados para seu funcionamento.

Art. 5º O autor indicará, na petição inicial, o caráter estrutural do litígio, apresentando a descrição do caso, bem como os subsídios técnicos de que dispuser.

§ 1º Ao apreciar a petição inicial, o juiz poderá:

I - determinar que o autor a emende, sob pena de extinção do processo sem resolução do mérito;

II - rejeitar liminarmente o caráter estrutural do processo, determinando o seu prosseguimento pelo procedimento adequado; ou

III - determinar a citação do réu e, se for o caso, a intimação de terceiros que possam contribuir para a análise do caráter estrutural do processo.

§ 2º O réu será citado para, no prazo nunca inferior a 15 (quinze) dias nem superior a 30 (trinta) dias, manifestar-se sobre o caráter estrutural do processo, não incidindo a preclusão sobre as demais questões suscitadas pelo autor.

§ 3º O processo estrutural não será extinto por defeito de legitimidade ou de capacidade processual adequada da parte autora, sem que antes se dê a oportunidade a outro colegitimado de assumir a demanda, competindo ao magistrado promover a intimação dos possíveis representantes adequados para prosseguirem com o processo.

§ 4º O processo estrutural não será extinto por ilegitimidade passiva, sem que se permita a correção ou a integração do polo passivo com todos os sujeitos interessados e que possam ter responsabilidade na atuação estrutural buscada.

§ 5º Qualquer das partes e demais interessados que participe do processo pode indicar a natureza estrutural do litígio, devendo todos ser intimados para, no prazo de 15 (quinze) dias, manifestarem-se a respeito dessa alegação.

§ 6º Se identificarem o litígio estrutural em processos individuais, o juiz ou o Centro de Inteligência do Poder Judiciário deverá oficial o Ministério Público, a Defensoria Pública e,

na medida do possível, outros legitimados a que se refere o art. 5º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, para, se for o caso, promoverem a propositura da ação respectiva.

Art. 6º O caráter estrutural do litígio poderá ser reconhecido de forma consensual ou por decisão judicial.

§ 1º Preenchidos os requisitos legais e havendo consenso entre as partes quanto ao caráter estrutural do litígio, o processo será conduzido na forma prevista nesta lei.

§ 2º Se o caráter estrutural do litígio não for consensual, o juiz determinará a realização de audiência para oitiva das partes e dos demais interessados, podendo facultar a participação de especialistas, representantes dos grupos sociais impactados e de outros sujeitos que possam contribuir para o esclarecimento da questão.

§ 3º Persistindo o dissenso entre as partes, o juiz decidirá sobre o caráter estrutural do litígio.

§ 4º Para reconhecer o caráter estrutural do litígio, o juiz considerará, entre outros elementos, a abrangência social do conflito, a natureza dos direitos envolvidos, as informações técnicas disponíveis, a potencial efetividade e os limites e dificuldades da solução estrutural, assim como todos os fundamentos e argumentos apresentados pelas partes.

§ 5º Reconhecido ou rejeitado o caráter estrutural do litígio, o réu será intimado para, querendo, oferecer contestação.

Art. 7º O acordo ou a decisão judicial que atribuir caráter estrutural ao processo especificará o objeto da atuação estrutural sobre a qual recairá a atividade processual.

§ 1º O objeto da atuação estrutural deve ser específico e, uma vez definido, pode ser alterado apenas mediante acordo entre as partes, homologado pelo juiz.

§ 2º Observado o disposto no § 1º, as metas e indicadores da atuação estrutural podem ser alterados pelas partes, de comum acordo, ou por decisão judicial, com base em fatos supervenientes, em novas informações ou em diagnósticos que se tornem conhecidos no curso do processo, observado o procedimento previsto no art. 6º desta Lei.

Art. 8º Estabelecido o caráter estrutural do processo, o juiz deverá, com a participação das partes e, preferencialmente, com o consenso entre elas, verificar a pertinência da aplicação, entre outras, das seguintes técnicas processuais, de acordo com as peculiaridades do caso:

- I - admissão de pessoas ou entidades representativas dos grupos impactados pelo litígio;
- II - realização de reuniões ou consultas técnicas ou comunitárias;
- III - realização de audiências públicas, com definição de metodologia adequada às características do litígio;

IV - designação de audiência de saneamento e organização compartilhada do processo, inclusive para a definição de pontos de consenso e de dissenso, bem como para criar oportunidades de acordos materiais e processuais entre as partes;

V - designação de calendário de audiências para tratar de aspectos específicos da controvérsia;

VI - designação de perito, consultor ou entidade que possa contribuir com o esclarecimento das questões técnicas, científicas ou financeiras envolvidas no conflito, bem como com o desenvolvimento das atividades de participação social;

VII - intimação de pessoas que tenham contribuições técnicas ou poder decisório sobre as questões controvertidas, para que participem de audiências designadas, independentemente de serem ou não partes no processo;

VIII - decisão de questões urgentes ou de questões específicas, sobre as quais não haja consenso e que tenham potencial para otimizar a pauta de atuação estrutural;

IX - definição de mecanismos de ampliação de publicidade e transparência, inclusive com uso de plataformas de tecnologia, aplicações de redes sociais ou da rede mundial de computadores para prestação de informações sobre a natureza do conflito e o andamento do processo;

X - comunicação, de ofício ou a requerimento das partes, aos juízes responsáveis por processos individuais e coletivos que tenham relação com o litígio estrutural, a fim de que avaliem a conveniência de suspendê-los, reuni-los ou centralizar a prática de atos processuais, de modo a permitir a solução coordenada e isonômica do litígio, sem prejuízo da adoção de medidas urgentes; e

XI - adoção de medidas de cooperação judiciária e interinstitucional com sujeitos que possam contribuir com a solução do litígio, bem como com a gestão dos demais processos individuais e coletivos relacionados ao objeto da controvérsia.

Art. 9º Decididas as questões alegadas pelo réu e produzidas informações suficientes nos autos, o juiz dirigirá as partes para a elaboração de um plano de atuação estrutural.

§ 1º Sempre que possível, o juiz facultará que a versão inicial do plano seja elaborada pelo sujeito encarregado da atividade sobre a qual recai o processo, valorizando seu conhecimento quanto ao objeto e considerando os obstáculos e as dificuldades reais da implementação das medidas.

§ 2º Quando possível e adequado, o plano será elaborado com a oitiva de pessoas e entidades, públicas ou privadas, bem como de representantes do grupo afetado.

§ 3º O plano de atuação estrutural conterá:

I - diagnóstico do litígio estrutural, considerando todas as informações disponíveis, sem prejuízo da realização de novos atos processuais para a sua complementação ou retificação;

II - metas específicas e aferíveis, descritas de forma clara e concreta, voltadas a alterar progressivamente a situação de fato objeto do processo;

III - indicadores quantitativos e qualitativos de alcance das metas;

IV - cronograma de implementação das medidas planejadas, contemplando marcos parciais e finais;

V - definição dos sujeitos responsáveis pela implementação das ações necessárias;

VI - metodologia e periodicidade da supervisão do alcance e da revisão das metas definidas;

VII - designação de sujeitos ou instituições que acompanharão a implementação do plano, definindo as respectivas atribuições;

VIII - prazos, parâmetros ou indicadores que definirão a extinção do processo; e

IX - se as medidas envolverem recursos financeiros sujeitos a normas de orçamento público, o modo como será feita a respectiva alocação e execução, que deverá observar as diretrizes legais e constitucionais aplicáveis.

§ 4º A especificação dos elementos do plano poderá ser feita de maneira progressiva, à medida que o objeto da atuação se tornar conhecido, com aportes de novas contribuições pelas partes e oitiva dos grupos interessados, adotando-se, para tanto, novos acordos ou decisões judiciais, sempre com prévio debate entre as partes e demais interessados.

§ 5º Apresentada a versão inicial do plano, o juiz ouvirá as partes e avaliará a necessidade de oitiva de pessoas ou entidades tecnicamente qualificadas, designação de audiência pública, reuniões, consultas públicas, inclusive em formato virtual, ou outros meios de ampliação da participação social.

§ 6º Colhidos os elementos a que se refere o § 3º, o juiz marcará audiência para que, em conjunto com as partes, seja elaborada e homologada a versão final do plano, decidindo quanto aos pontos sobre os quais não haja consenso.

Art. 10. O processo estrutural deve priorizar a construção de consensos entre as partes e demais interessados.

§ 1º Para a obtenção do consenso, o juiz, além de atuar pessoalmente, pode remeter o processo à mediação ou a outros métodos de autocomposição.

§ 2º Nas questões em que o consenso não for possível, o juiz deve, preferencialmente, adotar decisões parciais ou provisórias, ou expedir recomendações, devolvendo às partes e aos demais interessados a oportunidade de escolher novos meios de efetivação da tutela

jurisdicional, de produzir novas diligências instrutórias ou negociais ou de complementar os espaços decisórios não exauridos nos pronunciamentos judiciais anteriores.

§ 3º O juiz adotará medidas para coibir comportamentos protelatórios nas atividades de autocomposição.

§ 4º As decisões de tutela provisória de caráter estrutural não devem ser tomadas sem oitiva das partes, a menos que a situação seja de tal modo urgente a ponto de inviabilizar essa providência.

§ 5º As decisões judiciais e os acordos são passíveis de revisão ou ajustes, mediante provocação de qualquer interessado, em razão de fatos supervenientes, bem como de novas avaliações acerca dos efeitos da implementação do plano, inclusive em fase de cumprimento ou execução, observados o contraditório prévio e o disposto no art. 23 do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

Art. 11. O monitoramento da implementação do plano de ação será encerrado, com a extinção do processo, quando demonstrada a adoção das medidas necessárias à proteção progressiva e concreta dos direitos violados, na forma de que trata o art. 9º, § 3º, inciso VIII.

Art. 12. Das decisões interlocutórias proferidas no processo estrutural caberá agravo de instrumento.

§ 1º Ao julgamento do agravo de instrumento da decisão que reconhece ou rejeita o caráter estrutural do litígio aplica-se o disposto nos arts. 937 e 942, da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil).

§ 2º O regime recursal das decisões interlocutórias em processos estruturais no âmbito da Justiça do Trabalho segue o disposto nas normas de processo do trabalho.

Art. 13. O Conselho Nacional de Justiça e o Conselho Nacional do Ministério Público criarão:

I - base de dados, de acesso público, de acordos e processos estruturais, finalizados e em andamento, com disponibilização das principais peças processuais e de sumários em linguagem simples; e

II - mecanismos e índices próprios para a avaliação da atividade prestada por magistrados e membros do Ministério Público em processos estruturais, de modo a reconhecer a complexidade e o trabalho adicional que eles representam.

§ 1º O juiz, diante da complexidade da causa, poderá ser desonerado, total ou parcialmente, dos demais feitos de sua competência, a critério da autoridade competente, sem prejuízo da promoção de outras estratégias de apoio institucional.

§ 2º Os tribunais poderão estabelecer órgão de acompanhamento e apoio ao juiz na condução do processo estrutural.

§ 3 º O disposto neste artigo aplica-se, no que couber, ao Ministério Público, à Defensoria Pública e à Advocacia Pública.

Art. 14. As técnicas processuais previstas nesta lei aplicam-se, no que forem compatíveis e adequadas, aos processos que cuidem de questões de natureza similar àquela aqui regulada.

Parágrafo único. As técnicas processuais previstas em outros procedimentos especiais aplicam-se ao processo estrutural, desde que compatíveis.

Art. 15. As disposições desta lei aplicam-se, no que couber:

I - aos tribunais, no julgamento dos recursos e ações de competência originária;

II - aos processos estruturais de natureza trabalhista, administrativa ou de controle; e

III - ao processo penal, especialmente nos casos que envolvam necessidade de reorganização institucional em virtude da aplicação de medidas advindas de feitos criminais, nos *habeas corpus* coletivos que ensejem medidas estruturais e nas execuções penais que as requeiram.

Art. 16. Esta lei entra em vigor em 120 (cento e vinte) dias da sua publicação.

JUSTIFICAÇÃO

O texto aprovado pela Comissão pretende estabelecer, de modo sintético e objetivo, técnicas processuais adequadas para a tramitação do processo estrutural no Brasil. Com efeito, o processo estrutural é uma realidade que se consolidou a partir das disposições da Lei da Ação Civil Pública e do Código de Processo Civil, oferecendo resultados mais satisfatórios do que as técnicas processuais, individuais e coletivas, até então aplicadas aos litígios dessa natureza.

O anteprojeto consolida, pois, essa experiência, sob três vertentes fundamentais: a) ênfase no consenso e na construção compartilhada de soluções para litígios coletivos complexos; b) ampliação do contraditório e da participação dos grupos impactados no processo; c) atuação estrutural de forma gradual, prospectiva e duradoura, com segurança jurídica para todos os envolvidos.

O art. 1º esclarece que o âmbito de aplicação do processo estrutural é a ação civil pública, de modo que os processos estruturais são processos coletivos. Isso não impede, como refere o art. 14, que as técnicas processuais estruturais sejam utilizadas para outros procedimentos, quando forem adequadas aos seus propósitos. O dispositivo também opta por elencar, de modo exemplificativo, características dos litígios (ou problemas) estruturais, de modo a facilitar a sua identificação e, com isso, delimitar a aplicabilidade da lei.

Essa técnica normativa tem o mérito de evitar a inserção de uma conceituação em lei, o que é contraindicado pelo pensamento acadêmico e tende a causar interpretações divergentes, ao mesmo tempo em que fornece um indicativo de quais são as situações em que o processo estrutural será aplicável. Adicionalmente, fica claro que o processo estrutural tem um caráter residual, aplicando-se às situações em que as técnicas tradicionais do processo comum, individual ou coletivo, não ofertam soluções adequadas.

O art. 2º expressa as normas fundamentais do processo estrutural, com ênfase na consensualidade, na participação ampliada, no respeito às capacidades institucionais e aos limites orçamentários e financeiros das partes envolvidas.

O art. 3º define a competência para o processo estrutural, prestigiando a cooperação judiciária e a reunião de feitos conexos, de modo a evitar julgamentos contraditórios.

O art. 4º contempla medidas de apoio institucional ao magistrado responsável pelo processo estrutural, tendo em vista a complexidade das medidas necessárias ao seu desenvolvimento. Prevê-se, à semelhança do que ocorre na Lei de Execuções Penais, a possibilidade de estabelecimento de um colegiado de 1º grau, a fim de que as atividades possam, também nesse momento, ser distribuídas entre mais de um magistrado.

O art. 5º inicia a descrição do procedimento estrutural propriamente dito, com a petição inicial e a sua análise pelo juiz. Aqui, como já ressaltado desde a versão preli-

minar do anteprojeto, valorizaram-se a litigância responsável e a máxima utilidade da tutela jurisdicional, permitindo a rejeição de demandas não adequadamente fundadas, mas também evitando que processos meritórios sofram com extinção em razão de discussões processuais periféricas e corrigíveis.

O art. 6º regula o reconhecimento do caráter estrutural do litígio, a fim de imprimir ao processo o tratamento estrutural. Nessa fase, valoriza-se o consenso entre as partes, mas, se ele não existir, é o caso de ampliação do contraditório, a fim de que a decisão seja subsidiada pela maior quantidade de informação possível, de acordo com as necessidades do caso.

Nesse particular, o § 4º complementa o aspecto conceitual do tema, expressando que o juiz considerará, para reconhecer o caráter estrutural do litígio, a abrangência social do conflito, a natureza dos direitos envolvidos, as informações técnicas disponíveis, a potencial efetividade e os limites e dificuldades da solução estrutural, assim como todos os fundamentos e argumentos apresentados pelas partes.

O art. 7º propõe o equilíbrio entre estabilidade e mudança. De acordo com o seu teor, o objeto do processo estrutural, uma vez definido, só pode ser alterado por acordo entre as partes. Isso impede processos estruturais que se eternizem por estarem, a cada momento, mudando de enfoque. Por outro lado, considerado um objeto dado, as metas e indicadores podem ser modificados, tanto por acordo, quanto por decisão (sempre observado o contraditório), uma vez que a realidade é mutável e pode contraindicar as providências inicialmente definidas.

O art. 8º lista as técnicas processuais que podem ser utilizadas para a condução de um processo estrutural. Elas estão organizadas em técnicas de participação (incisos I a III), técnicas de gerenciamento (incisos IV e V), técnicas de instrução (incisos VI e VII), técnicas de decisão (inciso VIII), técnicas de publicidade (incisos IX e X) e técnicas de cooperação (inciso XI).

O art. 9º expressa o aspecto mais importante do processo estrutural, que é a elaboração e implementação do plano. Particularmente, o seu § 3º define mecanismos para que a atuação estrutural não se dê de forma exclusivamente intuitiva ou experimentalista, mas adequadamente planejada, de modo a minimizar eventuais efeitos indesejáveis da sua incidência.

O art. 10 dedica-se às técnicas de gerenciamento e de decisão do processo, especialmente à busca permanente do consenso e à adoção, no que tange às questões sobre as quais este não seja alcançado, de decisões que preservem ao máximo os espaços de liberdade das partes, a fim de que possam seguir dialogando.

O art. 11 contempla uma preocupação central dos acadêmicos, que é a necessidade de dar concretude ao marco de encerramento do processo estrutural. Propõe-se que devem ser definidos indicadores específicos para essa finalidade.

O art. 12 amplia a recorribilidade das decisões do processo estrutural, de modo a evitar que o juízo singular possa, sem revisão, causar prejuízos significativos às partes. A revisão é a garantia de que o processo estrutural, quando não consensual, será passível de supervisão pelo órgão competente.

O art. 13 reconhece a necessidade de que, em termos estatísticos e funcionais, o processo estrutural seja tratado de forma diferenciada. Assim, os integrantes das carreiras públicas que deles se ocupam devem ser adequadamente reconhecidos pelos esforços adicionais que tipicamente empreendem nesses casos.

O art. 14, conforme já mencionado, segue a linha prevista no § 2º do art. 327 do Código de Processo Civil, para permitir o trânsito entre técnicas previstas para os diferentes procedimentos especiais. A lógica é que as técnicas previstas nesta lei possam ser utilizadas em outros casos, se a eles forem proveitosas, ao mesmo tempo em que as técnicas processuais de outros procedimentos possam ser transpostas ao processo estrutural, se a ele valorosas.

Finalmente, o art. 15 se ocupa de aspectos relacionados ao âmbito de aplicação subsidiária da Lei, nos tribunais, para o julgamento de recursos e causas de competência originária, assim como aos processos de natureza trabalhista, administrativa, penal e de controle.

Novembro de 2024