



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 (University of Valparaiso, Chile)  
Antonio Cabral (University of Rio de Janeiro State, Brazil)  
Bruno Sassani (University of Rome, Tor Vergata, Italy)  
Burkhard Hess (University of Heidelberg, Germany)  
Daniel Mitidiero (Federal University of Rio Grande do Sul, Brazil)  
Dimitrios Tsirikas (Universidade de Atenas, Grécia)  
Dmitry Maleshin (University of Moscow, Russia)  
Fernando Gascón Inchausti (University Complutense of Madrid, Spain)  
Frédérique Ferrand (University of Lyon, France)  
Fredie Didier Jr. (Federal University of Bahia, Brazil)  
Giorgio Costantino (University of Rome, Roma Tre, Italy)  
Giovanni Priori Posada (Pontifícia 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 (Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, Brazil)

#### **Executive Editors**

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

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

Clarisse Leite (USP)  
Débora Vieira (UFPA)  
Fernanda Medina Pantoja (PUC-RJ)  
Jean Carlos Dias (CESUPA)  
Manoela Munhoz (UFPR)  
Rafael Calmon (UERJ)  
Rafael Sirangelo Abreu (UFRGS)  
Roberto Paulino (UFPE)  
Rodrigo Fux (UERJ)  
Thiago Cabral (UERJ)  
Vinicius Lemos (UFAC)



Civil Procedure Review  
AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

# Civil Procedure Review

2023





FACULDADE  
BAIANA DE  
DIREITO

FACULDADE BAIANA DE DIREITO E GESTÃO



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

## **Augusto Barbosa Santos Filho**

LLM at Federal University of Bahia's Law School.

## **Danieli Rocha Chiuzuli**

LLM at the Ribeirão Preto Law School of the University of São Paulo.

## **Giacomo Pirotta**

PhD and Research Fellow at University Milano-Bicocca.

## **Maria Cecília de Araujo Asperti**

Professor at the São Paulo Law School of Fundação Getúlio Vargas.

## **Maria José Capelo**

Associate Professor at the University of Coimbra's Law School.

## **Mariana Tonolli Chiavone Delchiaro**

Master of Civil Procedure from the University of São Paulo Law School (FDUSP). Public Defender of the DPSP.

## **Remo Caponi**

Counselor of the Court of Cassation.

## **Susana Henriques da Costa**

Professor of Civil Procedure at the Law School of University of São Paulo (FDUSP). Coordinator of the research group "Access to Justice and Mass Litigation". Public Prosecutor of the MPSP.

## **Tiago do Carmo Martins**

PhD Candidate at the Vale do Itajaí University's Law School.

## **Wolfgang Hau**

Professor at the Ludwig-Maximilians-University Munich, and judge at the Oberlandesgericht Munich.



# Civil Procedure Review

AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

## Sumário

---

### • 1

<b>Le regole modello europee ELI-UNIDROIT del processo civile sullo sfondo della riforma italiana....</b>	<b>11</b>
<i>Remo Caponi</i>	

### • 2

<b>Quem paga a conta do congestionamento do judiciário brasileiro? .....</b>	<b>38</b>
<b>Desafiando as premissas do PL nº 533/2019 sobre o acesso à justiça no Brasil .....</b>	<b>38</b>
Who pays the bill for the congestion of the brazilian judiciary system? Challenging the premises of the draft bill nº. 533/2019 on access to justice in Brazil	
<i>Danieli Rocha Chiuzuli, Maria Cecília de Araujo Asperti, Mariana Tonolli Chivone Delchiaro e Susana Henriques da Costa</i>	

1 Introdução: premissas centrais do Projeto de Lei 533/2019 .....	40
2 Desconstruindo as premissas do PL: referenciais teóricos e dados empíricos sobre a litigiosidade no Brasil .....	42
2.1 Sobre os brasileiros considerarem o Judiciário a melhor via para solução de seus conflitos .....	45
2.2 Sobre a alta litigiosidade do brasileiro e sua procura inconsciente pelo Judiciário	47
2.3 Sobre a necessidade de impor o uso de outras vias extrajudiciais, inclusive virtuais, para redirecionar reclamações.....	50

3	Considerações finais.....	54
	Lista de referências.....	55
	Notícias.....	57

### • 3

## **Cooperação judiciária nacional e litígios coletivos ..... 58**

### National judicial cooperation and collective litigation

*Tiago do Carmo Martins*

	Introdução.....	58
1.	A cooperação judiciária nacional.....	61
2.	A centralização de processos repetitivos.....	63
3.	Possibilidades concretas de aplicação da centralização de processos repetitivos .....	67
3.1.	Auxílio Emergencial.....	68
3.2.	Vícios construtivos.....	69
3.3	Direito à saúde.....	70
3.4	Meio ambiente.....	73
	Considerações finais.....	75
	Referências das Fontes Citadas.....	75

### • 4

## **Os agentes de execução e a atividade cognitiva..... 78**

### The enforcement agents and the cognitive activity

*Augusto Barbosa Santos Filho*

1	Introdução.....	79
2	A atividade cognitiva no sistema de justiça multiportas.....	80
3	Cognição e execução.....	83
4	Cognição e os agentes de execução nos modelos de desjudicialização da execução civil.....	87
4.1	O projeto de lei 6.204/2019 .....	87
4.2	O anteprojeto de lei do grupo de pesquisa “transformações nas estruturas fundamentais do processo”, da universidade do estado do rio de janeiro.....	93
4.3	A proposta do grupo de pesquisa “observatório da execução judicial e desjudicializada”, da universidade de são paulo.....	96
5	Conclusão.....	99
	Referências.....	101

## • 5

**Party autonomy in domestic and cross-border enforcement proceedings 105***Wolfgang Hau*

1. Introduction.....	105
I. Subject-matter of enforcement agreements.....	107
1. Enforcement procedure .....	107
2. Enforceability.....	109
3. The claim.....	110
II. Parties to enforcement agreements.....	111
1. Creditor and debtor.....	111
2. Enforcement authorities.....	112
3. Third parties.....	113
III. Objectives of enforcement agreements.....	114
1. Restricting enforcement.....	114
2. Extending enforcement.....	114
IV. Factors relevant for the validity of enforcement agreements.....	114
1. Mode of the agreement .....	115
2. Parties to the agreement .....	115
3. Effect of the agreement.....	116
4. Timing of the agreement.....	116
V. Enforcing enforcement agreements.....	116
VI. The international dimension.....	117
VII. Conclusions.....	119

## • 6

**L'appello civile francese: un modello processuale privo del divieto di nova ..... 120**

French civil appeal: a procedural model lacking the nova prohibition

*Giacomo Pirotta*

1) Introduzione all'appel civile francese .....	121
2) Le caratteristiche dell' <i>appel</i> .....	122
3) La rilevanza dell'effetto devolutivo nella determinazione del <i>novum</i> nell' <i>appel</i> - <i>voie d'achÈvement</i> .....	124
4) I ripetuti tentativi di abbreviazione della durata dell' <i>appel</i> .....	134

5) Conclusioni: i principi coinvolti nella determinazione dell'ammissibilità di nuove difese nell'appel .....	140
---	-----

**• 7**

<b>Convenções processuais e o papel do magistrado na negociação sobre o processo .....</b>	<b>145</b>
--	------------

*Maria José Capelo*



# Civil Procedure Review

AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

1

## Le regole modello europee ELI-UNIDROIT del processo civile sullo sfondo della riforma italiana<sup>1</sup>

Remo Caponi

Counselor of the Court of Cassation

SOMMARIO: 1. Riforma del processo civile italiano. – 2. Antefatti: tra Pavia, Filadelfia e Roma. – 3. Lancio del progetto europeo e sue finalità. – 4. Sulla via di un codice modello europeo di procedura civile? – 5. Varco tra circolazione transnazionale e identità nazionale. – 6. Carattere domestico o transnazionale delle controversie: rilievo della distinzione. – 7. Principi generali nelle Regole ELI-UNIDROIT: iniziativa di parte e intersezione-bilanciamento dinamico tra cooperazione e proporzionalità. – 8. *Segue*: principio della composizione consensuale delle controversie. – 9. *Segue*: al modo di *Maximen*. – 10. Struttura del processo di cognizione: modelli europei. – 11. Approfondimenti sui modelli europei. – 12. Pilastri della cognizione nelle Regole ELI-UNIDROIT: struttura del processo. 13. *Segue*: *Case management*. – 13. *Segue*: fase introduttiva della causa. – 14. *Segue*: domanda congiunta di processo concordato tra le parti. – 15. *Segue*. – 16. Spunti di comparazione con la riforma italiana.

1. - Fra le «quattro importanti riforme di contesto» previste dal *Piano nazionale di ripresa e resilienza (2021)*, occasionato dalla pandemia e sostenuto da fondi dell'Unione europea, una investe il settore della giustizia, con gli obiettivi «di affrontare i nodi strutturali del processo civile e penale e rivedere l'organizzazione degli uffici giudiziari». Nel campo della giustizia civile, si aspira tra l'altro a «semplifica[re] il rito processuale,

<sup>1</sup> Prima versione è uscita nella Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, 2022, p. 717 ss.

in primo grado e in appello» (2). Con l'approvazione della legge n. 206 del 26 novembre 2021, il Parlamento ha compiuto il primo passo in questa direzione. La legge contiene la delega al Governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché in materia di esecuzione forzata (3). In attesa che la riforma del processo civile italiano riceva la sua concreta forma legislativa (4), mi permetto di anticipare, nel paragrafo conclusivo, alcune brevi considerazioni sulla base della legge delega, occasionate dagli studi svolti per il presente saggio, che è incentrato sulle recentissime *Regole modello europee ELI-UNIDROIT del processo civile*. Peraltro, le notevoli dimensioni del testo, frutto di circa sei o sette anni di lavori, escludono che un solo saggio ne possa restituire più che una vaga idea. Mi ripropongo semplicemente l'obiettivo di nominare alcuni tratti portanti, con particolare riguardo alle interrelazioni tra principio di cooperazione, principio di proporzionalità e principio della composizione consensuale delle controversie, nonché alla struttura della cognizione. Compirò una traduzione di qualche breve stralcio delle Regole (5), affidandola prevalentemente nelle note a piè di pagina, così da sollecitare i lettori a prendere in mano e studiare in prima persona il testo.

2. - La storia che si narra in queste pagine cominciò una sera del 1993, a cena in un piccolo ristorante di Pavia, dove Michele Taruffo e Geoffrey C. Hazard Jr. festeggiavano la pubblicazione del loro libro *American civil procedure* (6), con un Pinot Grigio freddo delle colline dell'Oltrepò. Ricordiamola con le stesse parole di Michele: «Scrivere il libro era stata un'esperienza interessante e divertente, e stavamo cercando un altro motivo per continuare a lavorare insieme (...). Ci venne in mente che si poteva fare qualcosa di nuovo nel campo delle controversie transnazionali (...). La globalizzazione economica e la crescita delle operazioni commerciali transnazionali avevano moltiplicato il numero di controversie anche in aree del mondo che in passato non erano state coinvolte in controversie commerciali. (...) Così, la nostra idea era quella di elaborare un insieme di regole - una sorta di modello comune di processo - che potesse essere applicato da qual-

2 Cfr. *Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR)*, 2021, p. 4.

3 Cfr. BIAVATI, *L'architettura della riforma del processo civile*, Bologna, 2021.

4 Per un primo sguardo alla riforma, cfr. i *Commenti alla riforma del processo civile*, raccolti e coordinati da Angelo Dondi per la *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2021, p. 925-1072, cui si rinvia per le indicazioni bibliografiche sulla prima letteratura. Alla raccolta hanno contribuito, oltre a A. Dondi, C. Gamba, B. Brunelli, D. Cavallini, L. Passanante, M.A. Lupoi, C. Vellani, M. G. Canella, C. Rasia.

5 Nella traduzione cerco di rimanere più vicino possibile alla lettera e allo spirito del testo inglese, valendomi in talune occasioni di termini tratti dalla lingua del codice di procedura civile italiano, ove sia convinto che essi raggiungano il massimo possibile grado di equivalenza funzionale con il termine inglese. Tuttavia, laddove la tradizione linguistica tecnico-processuale si vale del termine «giudice», preferisco parlare di «corte». Per i presupposti metodologici di questa scelta, rinvio a CAPONI, *Interpretazione, traduzione e comparazione, ora in Dogmatica giuridica e vita. Studi di giustizia civile*, Milano, 2022, p. 1133 ss.

6 Cfr. HAZARD, TARUFFO, *American Civil Procedure. An introduction*, New Haven, 1993. Versione italiana: *La giustizia civile negli Stati Uniti*, Bologna, 1993.

siasi corte nazionale che trattasse controversie transnazionali; credevamo che si potesse raggiungere un necessario grado di armonizzazione e che molte differenze tra i sistemi potessero essere superate (...). Il nostro dialogo privato produsse un progetto che, sorprendentemente, fu approvato dall'*American Law Institute* (ALI), nonostante il fatto che il progetto non avesse a che fare con il processo civile americano (né con qualsiasi sistema processuale esistente) (...). Dopo un certo lasso di tempo, UNIDROIT si unì al progetto ALI con un comitato internazionale di giuristi, e le due istituzioni lavorarono insieme sotto la guida di Geoff [Geoffrey C. Hazard Jr.]. In questa fase, il *focus* del progetto si spostò su 'principi' a causa della prospettiva adottata da UNIDROIT. Il risultato finale dell'intero lavoro sono i *Principles of Transnational Civil Procedure* (...) (7). Il testo comprende sia un insieme di principi generali, concepiti come un modello processuale comune che i sistemi nazionali potrebbero adottare per le controversie transnazionali, sia un insieme di regole, presentate come una possibile interpretazione e applicazione di quei principi» (8).

L'altro protagonista assoluto della vicenda è Rolf Stürner. Ascoltiamo uno stralcio del suo racconto: «Per UNIDROIT è stato il primo progetto nel campo del diritto processuale civile; in passato l'opinione prevalente della grande maggioranza dei comparatisti sembrava essere nel senso che i tentativi di armonizzazione mondiale del diritto processuale civile non avrebbero mai potuto avere successo. Era stata l'idea originale di due illustri professori di diritto, Geoffrey Hazard Jr. (*University of Pennsylvania Law School*) e Michele Taruffo (Università di Pavia), quella di sviluppare un codice di regole per le controversie transnazionali che si applicasse dinanzi alle corti nazionali ordinarie, sostituendo le regole processuali nazionali ogni volta che le parti in causa fossero cittadini di Stati diversi o che beni situati in uno Stato fossero soggetti a pretese fatte valere da una parte di un altro paese» (9). Sempre nel contributo citato in nota si può leggere un resoconto dettagliato della negoziazione tra ALI e UNIDROIT, al termine della quale fu deciso che Geoffrey Hazard e Rolf Stürner fossero i reporter di UNIDROIT, mentre dopo la prima riunione del gruppo di lavoro congiunto nel maggio del 2000 a Roma Michele Taruffo «limitò la sua cooperazione alla sua attività di reporter di ALI» (10).

3. - I *Principles of Transnational Civil Procedure* hanno offerto la base di partenza e la fonte d'ispirazione per il lancio nel 2013 di un progetto congiunto tra lo *European Law Institute* (ELI) e UNIDROIT, con il proposito di andare oltre alla formulazione dei *Principles* e di disegnare più dettagliate regole modello europee sul processo civile, basandosi su precedenti esperienze pionieristiche (11), sulle tradizioni costituzionali e

7 ALI, UNIDROIT, *Principles of Transnational Civil Procedure*, Cambridge, 2006.

8 Michele Taruffo scriveva così in un tributo dedicato a Geoffrey C. Hazard Jr. Cfr. TARUFFO, *Geoffrey C. Hazard, Jr.: A Curious American*, in 150 *Penn. L. Rev.* 2010, 1313.

9 Così, STÜRNER, *The Principles of Transnational Civil Procedure, An Introduction to Their Basic Conceptions*, in *RabelsZ*, 69, 2005, p. 201 ss., p. 203-205.

10 Così, STÜRNER, *The Principles of Transnational Civil Procedure*, cit., p. 205 s., in nota 15.

11 Cfr. STORME, *Rapprochement du droit judiciaire de l'Union Européenne*, Dordrecht, Nijhoff, 1994.

processuali comuni agli Stati membri, così come sviluppate dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di giustizia dell'Unione europea ex art. 6 della Convenzione europea e art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, e tenendo altresì presente la disciplina processuale emanata dall'Unione europea. Il fine è di produrre un quadro di riferimento e di generare una fonte di ispirazione per una vasta gamma di attori, in particolare legislatori e politici. Per UNIDROIT si è trattato del primo di una auspicabile serie di adattamenti dei *Principles* in diverse aree geografiche e culturali del globo. Fra gli auspici di ELI vi è l'adozione di parti della disciplina ad opera di istituzioni dell'Unione europea e/o di Stati membri. Il progetto ha coinvolto più di sessanta fra professori universitari (la maggior parte), giudici, avvocati e altri professionisti attivi nell'amministrazione della giustizia, provenienti da ordinamenti nazionali, istituzioni dell'Unione europea e organizzazioni internazionali. I lavori, protrattisi nell'arco di sette anni con una numerosa serie di incontri e di scambi telematici, sono stati seguiti da un nutrito gruppo di osservatori istituzionali e assistiti da un comitato consultivo. Il progetto si è concluso nel 2020 con l'approvazione da parte degli organi di governo delle due istituzioni del testo delle regole, accompagnato da un'ampia introduzione e da ricchissimi e approfonditi commenti ad ogni regola, predisposti dai partecipanti al progetto.

Ci sia consentito un complimento: i commenti sono un gioiello incastonato in un altro gioiello. Non ci si lasci trarre in inganno dalla frammentazione secondo la sequenza delle regole: il loro respiro culturale, unitamente alla fittissima trama di rinvii interni, li profilano come un vero e proprio trattato di diritto processuale civile comparato che sarà la base di partenza dialettica di qualsiasi altra opera di studio e di commento delle Regole <sup>(12)</sup>. I testi sono liberamente scaricabili dai due siti istituzionali e pubblicati a stampa da *Oxford University Press* nel 2021 <sup>(13)</sup>.

4. - Chi ha partecipato al progetto, lo ricorderà come un'esperienza di scambio e di arricchimento culturale indimenticabile e difficilmente ripetibile. L'intento non è stato quello di consolidare standard minimi comuni alle variegate culture processuali europee, bensì di combinare armonicamente principi comuni a queste ultime, elementi salienti della disciplina processuale dell'Unione europea e risultati di indagini comparatistiche paneuropee. Gli sforzi sono stati assistiti da una costante ricerca del più ampio consenso verso la soluzione valutata come migliore. In questo contesto, il modello statunitense è stato utilizzato solo ai fini di un'analisi contrastiva per guardare il patrimonio europeo da un altrove. D'altra parte, si era già osservato al momento del lancio del progetto che i compromessi comparatistici non sono «sempre raccomandabili come via per il successo» e «che un chiaro rigetto di singole soluzioni nazionali può essere spesso un passo necessario sulla via che conduce a un modello europeo ben funzio-

12 D'ora in poi, quando parlo dei commenti, mi riferisco a questi ultimi.

13 Cfr. *ELI-UNIDROIT Model European Rules of Civil Procedure. From Transnational Principles to European Rules of Civil Procedure*, Oxford, 2021, p. XXIV-338. Open access: <https://tinyurl.com/ELI-UNIDROIT-Rules>

nante»<sup>(14)</sup>. Da questo punto di vista, tra i rigetti eccellenti si può segnalare fin d'ora il *nemo contra se edere tenetur*.

Il progetto si è aperto un varco tra un obiettivo attualmente privo di possibilità realistiche di essere accolto negli ordinamenti nazionali, quale un codice modello europeo di procedura civile, e la situazione corrente, qual è quella originata dall'intreccio tra interventi normativi frammentari dell'Unione europea e diversità tra gli ordinamenti processuali nazionali, che è poco soddisfacente agli occhi di chi ritiene che un'armonizzazione della disciplina processuale sia un obiettivo meritevole di essere perseguito. Si è così promossa l'idea di elaborare blocchi di regole su aspetti centrali della disciplina da comporre in un quadro di coerenza. La compagine dei partecipanti al progetto si è quindi articolata in gruppi di lavoro distinti per i seguenti settori: le notificazioni degli atti, i provvedimenti cautelari, l'accesso alle informazioni e le prove, i diritti delle parti e i poteri del giudice, il contenuto dei provvedimenti di tutela, la litispendenza e il giudicato, le parti e la tutela collettiva, i mezzi di impugnazione, le spese processuali. Nella fase finale si è aggiunto un ulteriore gruppo, di «struttura», al quale è stato affidato il compito di armonizzare e consolidare i testi prodotti dai singoli gruppi di lavoro, producendo così il testo finale. Il testo comprende 245 Regole ripartite nelle seguenti dodici Parti: I, *Disposizioni generali*<sup>(15)</sup>; II, *Parti*; III, *Case management (gestione della controversia)*; IV, *Fase introduttiva della causa*; V, *Fase preparatoria dell'udienza finale*; VI, *Notificazione degli atti*; VII, *Accesso alle informazioni e prove*; VIII, *Pronunce giudiziali cosa giudicata e litispendenza*; IX, *Mezzi di impugnazione*; X, *Misure provvisorie e cautelari*; XI, *Tutela collettiva*; XII, *Spese processuali*.

Non si tratta certamente di un codice modello europeo di procedura civile, ma altrettanto certamente la vastità del disegno, l'ammontare delle regole e il grado del loro dettaglio, la centralità degli istituti processuali disciplinati collocano l'opera su quella via. Coltivare una concezione comune di un modello processuale europeo si rivela già *hic et nunc* una idea regolativa molto utile, sia per la disciplina dell'Unione europea che per quella degli Stati membri, in vista dell'obiettivo di un'armonizzazione flessibile. In secondo luogo, il testo delle Regole ELI-UNIDROIT potrà essere una fonte ispiratrice di raccomandazioni della Commissione europea agli Stati membri. In terzo luogo esso, sorretto come è da una logica d'interazione tra autori e destinatari, potrà essere adattato dai legislatori nazionali alle esigenze e specificità dei singoli ordinamenti, cosicché il testo potrà arricchirsi sulla base delle esperienze degli interscambi con gli ordinamenti nazionali.

14 Cfr. STURNER, *Principles of European Civil Procedure or a European Model Code? Some Considerations on the Joint ELI-UNIDROIT Project*, in *Uniform Law Review - Revue de droit uniforme*, 19 (2014), p. 322 ss., p. 326.

15 A sua volta la Parte I è articolata in due Sezioni: la prima è rivolta al campo di applicazione, la seconda ai principi, che sono: *Cooperazione, Proporzionalità, Composizione consensuale della controversia, Diritto di essere ascoltato in giudizio, Rappresentanza e assistenza, Lingua, interpretazione e traduzione*. Cfr. *ELI-UNIDROIT Model European Rules of Civil Procedure*, cit., p. 27 ss.

5. - La dialettica che si svolge tra codice modello europeo e ordinamenti nazionali addita una prospettiva di respiro più ampio. Nonostante tutti gli sforzi sulla via della internazionalizzazione giuridica, il diritto presenta dei tratti costitutivi nazionali che non possono essere rimossi, almeno finché sia riconoscibile l'esistenza di uno Stato nazionale come artefice di norme. Nella parte affidata alle cure di quest'ultimo, la formazione e l'attuazione delle regole giuridiche sono influenzate da cultura, mentalità, risorse economiche ed equilibri politici nazionali, che trovano espressione in linguaggi diversi gli uni dagli altri.

Proprio questi tratti possono costituire dei punti di forza, almeno in Europa, ove si dispongano in una posizione di apertura verso la costruzione dialogica dell'identità europea, come discorso che attraversa le varie culture nazionali. Un dialogo di questo tipo ha ispirato l'elaborazione delle Regole ELI-UNIDROIT. Se è vero infatti che lingua di lavoro nei vari gruppi di lavoro è stata prevalentemente l'inglese, è vero anche che ogni gruppo è stato una comunità multilinguistica in cui si sono rispecchiate una pluralità di forme di vita e di prassi giudiziarie europee. Ciò reagiva sull'adozione dell'una piuttosto che dell'altra formulazione della regola in lingua inglese, affinché ciascuna identità nazionale potesse sacrificarsi il meno possibile e sentirsi in un certo senso a casa propria, pur dovendo dar voce alle proprie idee in una lingua diversa da quella madre<sup>16</sup>). Ciò ha reagito anche sull'uso da parte di ognuno della propria lingua madre, poiché ha posto ciascuno per un lungo arco di tempo dinanzi alla differenza che sempre sussiste tra i nostri pensieri e quanto di essi possiamo travasare nelle forme linguistiche, nonché dinanzi alla percezione che comprendersi è anche fra-intendersi. Su questo lavoro collettivo non poteva incidere pertanto la vicenda della *Brexit*. Il referendum inglese del 2016, che le ha aperto la porta, si è verificato a metà del corso dei lavori. A parte lo scoramento iniziale alla notizia dell'esito della consultazione popolare, ciò ha dato vita ad una specie di reazione vitale: sono quasi raddoppiati gli sforzi e la collaborazione tra i membri al di qua e al di là della Manica, pur nel dibattito vivace tra le diverse soluzioni che si contendevano il campo. Dall'inizio alla fine, il contributo dei membri inglesi è stato decisivo (non solo per motivi linguistici).

È questo uno dei sensi in cui può essere intesa la vicenda dell'identità e della cittadinanza europee: un europeo può sentirsi a casa propria in un altro luogo d'Europa, come nel proprio paese d'origine, maturando un sentimento di appartenenza alla propria nazione che non si chiude in sé come cinto da una muraglia, ma che è definito da soglie di attraversamento verso altre identità e si arricchisce del riconoscimento empatico entro di sé di tratti di altre culture nazionali. Ciò può avvenire unicamente con atteggiamento vigilante e critico nei confronti della propria storia, cultura ed ethos

16 In vista dell'approvazione da parte di UNIDROIT, nella fase finale dei lavori, si è provveduto ad una versione francese del testo. Traduzioni in altre lingue, tra cui il tedesco, lo spagnolo, il russo, il persiano sono attualmente in corso. La traduzione in lingua italiana è curata da un gruppo di studiose coordinato dalla prof. Elisabetta Silvestri. Mia è la traduzione del testo delle Regole citate in questo saggio.

nazionali, osservandoli da un altrove. È forse una delle strade affinché, nell'arco di generazioni, l'astrazione del *demos* europeo si concretizzi, come cardine di assetti transnazionali del regime democratico.

La sfida dinanzi alla quale si trovano gli individui, per assicurare un minimo di autenticità agli ambiti delle loro vite, e le società occidentali, per mantenere un minimo di coesione, è quella di aprirsi un varco stretto per mediare tra circolazione transnazionale e il proprio patrimonio storico-culturale nazionale, da sviluppare in senso non nazionalistico, non grettamente identitario e ostilmente difensivo. In quest'opera di mediazione, può tradursi finanche in vantaggio ciò che è ritenuto normalmente lo svantaggio nazionalistico della cultura giuridica rispetto transnazionalità nativa di altre branche del sapere, in particolare delle scienze naturali.

Né dovrebbero arrestarsi al quadrante europeo i vantaggi della *forma mentis* dei giuristi, protesa costantemente a mediare al lume della ragion pratica tra dimensioni in perenne tensione vitale tra di loro, tra il piano della normatività e quello dei fatti, tra la tradizione millenaria di categorie concettuali e i cambiamenti della realtà che si richiede di qualificare in termini giuridici, tra diritti (e autonomia) degli individui e autorità delle organizzazioni politiche in cui i singoli si trovano inseriti nell'epoca moderna, infine tra dimensione nazionale e dimensione internazionale<sup>(17)</sup>.

6. - Fin dall'inizio si è adottata la prospettiva di elaborare la disciplina senza distinzione rispetto al carattere domestico o transnazionale delle controversie, prevedendo se del caso regole speciali per queste ultime. Si è trattato di una scelta coerente con la base di partenza. È bensì vero che i *Principles* erano stati originariamente concepiti per le cause transnazionali (e di ciò è rimasta traccia nell'intitolazione), ma nella fase iniziale dei lavori era emerso come non fosse convincente che essi fossero indirizzati specificamente a queste ultime. Il gruppo di lavoro congiunto ALI/UNIDROIT ha ben presto abbandonato l'idea di un codice modello rivolto alle cause transnazionali, che avrebbe potuto essere recepito da parte di singoli Stati e affiancato al codice di procedura civile nazionale, ed ha combinato principi generali adatti a tutte le controversie con alcuni principi *ad hoc* per le dispute transnazionali<sup>(18)</sup>. La trattazione delle controversie è infatti governata da una disciplina in gran parte identica e, quando una deviazione è giustificata da elementi dipendenti dal carattere transnazionale, sono sufficienti disposizioni speciali. Anche la normativa dell'Unione europea nel campo delle controversie transfrontaliere è concepita principalmente secondo questo modulo, come aggiunta specifica rispetto alla disciplina processuale generale di ciascun singolo Stato membro.

7. – Le Regole ELI-UNIDROIT ruotano su due pilastri normativi che si equilibrano l'uno con l'altro. Il primo è piantato fuori dal processo ed è costituito dal fondamento stesso della cultura e della civiltà europee nell'evo moderno, cioè l'acquisita centralità

<sup>17</sup> Sul punto rinvio a CAPONI, *Specialismo e politica nella scienza giuridica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2022.

<sup>18</sup> Cfr. STURNER, *Principles of European Civil Procedure or a European Model Code?* cit., p. 325.

della libertà e dell'autonomia dell'individuo nei vari ambiti della vita. Sul piano della giustizia civile, ciò si traduce nella promozione rigogliosa dell'iniziativa e del ruolo permanentemente attivo delle parti nel comporre consensualmente la controversia o singoli aspetti di essa. L'altro pilastro è piantato all'interno della giustizia civile ed è costituito dall'intersezione e bilanciamento dinamici tra il principio di cooperazione e il principio di proporzionalità, che danno forma dall'interno al tessuto delle Regole.

Formulato alla Regola 2 <sup>(19)</sup>, il principio di cooperazione è la disposizione inaugurale: «Le parti, i loro avvocati e la corte cooperano al fine di una giusta (*fair*), efficiente e rapida composizione della controversia» <sup>(20)</sup>. La formulazione riflette bene l'unitarietà della sua essenza. E tuttavia nello svolgimento dinamico nella trama delle Regole, il principio di cooperazione segue il ritmo vitale della controversia, per cui è scandito in due momenti. Prima di tutto la cooperazione è tra le parti (e inizia fuori dal processo) e poi tra le parti e il giudice. I due momenti potrebbero essere distintamente seguiti nelle loro irradiazioni in una serie di disposizioni specifiche distribuite in tutto il testo, a partire rispettivamente dalle Regole 3 <sup>(21)</sup> e 4 <sup>(22)</sup>. La scansione trova il suo precipitato saliente nel principio della composizione consensuale delle controversie. Non a caso i tre principi (*Cooperazione, Proporzionalità, Composizione consensuale*) aprono la Sezione seconda della Parte I, Sezione che, sull'esempio del codice di procedura civile francese, è rivolta ai principi fondamentali del processo. Nelle sue interne relazioni reciproche, il trittico di principi d'apertura rappresenta una delle novità salienti del progetto ELI-UNIDROIT e costituisce il miglior viatico per illustrare successivamente la struttura del processo ordinario di cognizione, quale si rivela dalle Parti III (*Case management*, Regole 47-50), IV (*Fase introduttiva della causa*, Regole 52-60) e V (*Fase preparatoria dell'udienza finale*, Regole 61-67) <sup>(23)</sup>.

In particolare, la cooperazione e la proporzionalità, disciplinate rispettivamente alle lettere A e B della Sezione seconda, nella loro intersezione e reciproco bilanciamento, offrono base normativa al tentativo di trovare un equilibrio dinamico tra l'ambito dei

19 La Regola 1 definisce il campo di applicazione. Cfr. *ELI-UNIDROIT Model European Rules of Civil Procedure*, cit., p. 27.

20 Cfr. *ELI-UNIDROIT Model European Rules of Civil Procedure*, cit., p. 28 ss. Nella letteratura italiana non si può non richiamare la classica prolusione del 1965 presso l'Università di Catania di E. GRASSO, *La collaborazione nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1966, p. 580 ss., ove il principio di collaborazione è delineato quale «principio che caratterizza puntualmente tutta l'organizzazione del processo» (op. cit., p. 605).

21 Sotto il titolo *Ruolo delle parti e dei loro avvocati*, la Regola 3 prevede: «Le parti e i loro avvocati: (a) adottano misure ragionevoli e appropriate al fine di risolvere le controversie in via amichevole; (b) contribuiscono alla corretta trattazione della controversia; (c) allegano fatti e deducono prove; (d) assistono il giudice nell'accertamento dei fatti e nell'individuazione della legge applicabile; (e) agiscono in buona fede ed evitano abusi processuali nei rapporti con il giudice e le altre parti».

22 Sotto il titolo *Ruolo della Corte – Dovere generale di case management*, la Regola 4 prevede: «Il giudice è responsabile della trattazione attiva ed efficace della controversia. Egli garantisce che le parti godano di parità di trattamento. Nel corso del processo egli controlla che le parti e i loro avvocati osservino i doveri che su di essi gravano ai sensi delle presenti regole».

23 Cfr. *ELI-UNIDROIT Model European Rules of Civil Procedure*, cit., p. 96 ss., p. 109 ss.

poteri riconosciuto alle parti come proiezione processuale della loro autonomia privata e del carattere normalmente disponibile dei rapporti giuridici oggetto del processo civile, da un lato, e, dall'altro lato, i poteri del giudice, che è chiamato a trattare la singola disputa senza perdere di vista una gestione della massa dei processi, con riguardo a una buona (*proper*) amministrazione della giustizia<sup>(24)</sup>. Sul versante della disciplina dei poteri del giudice tale equilibrio dinamico trova espressione in quella che si può definire come la *clausola generale di flessibilità*, con cui si apre la Regola 49: al fine della «buona gestione del processo» il giudice non è gravato di obblighi, ma di poteri-doveri da esercitarsi «ove necessario».

Lo scopo del principio di cooperazione, cioè una risoluzione giusta, efficiente e rapida (*rectius*: entro un termine ragionevole, commisurato al grado di complessità in concreto della controversia) non può conseguirsi senza un'equilibrata ripartizione delle risorse devolute alla trattazione dell'insieme dei processi. Ormai da decenni si è diffusa in Europa la consapevolezza che – sul fronte della disciplina processuale, che è solo uno fra i fattori che incidono sull'effettività della tutela giurisdizionale dei diritti - è necessario delineare principi che mettano in relazione la trattazione della singola controversia e la gestione della massa dei processi e orientino verso un equilibrio tra la protezione degli interessi individuali di chi agisce o si difende nel singolo processo e gli interessi, considerati nel loro complesso, di coloro che sono terzi rispetto alla singola vicenda processuale, cioè degli altri utenti potenziali o attuali del servizio giustizia. Questi ultimi interessi si appuntano sulla gestione efficiente della massa dei processi.

Battistrada di questa tendenza – che richiederebbe di essere discussa e inserita nel contesto del consolidarsi del neoliberalismo<sup>(25)</sup> - fu l'art. 1 delle *Rules of civil procedure* inglesi del 1997, laddove si spiega che trattare una causa secondo giustizia include, per quanto sia praticabile, tra l'altro: «attribuire ad essa una quota appropriata delle risorse del giudice, tenendo conto della necessità di riservare le risorse agli altri casi»<sup>(26)</sup>. Nella cultura processuale italiana, un'eco se ne trova nel progetto di codice di procedura civile pubblicato da Andrea Proto Pisani nel 2009<sup>(27)</sup>. In un saggio di oltre dieci anni fa si erano suggerite una serie di applicazioni nella giustizia civile della proporzionalità come criterio di valutazione dell'impiego delle risorse per il conseguimento di un processo efficiente, cioè per il raggiungimento di un punto di equilibrio tra la protezione degli

24 Cfr. Regola 5 (2).

25 Cfr. *Forme del diritto e ambiti della vita*, in *Dogmatica giuridica e vita. Studi di giustizia civile*, cit., p. CXXII ss.

26 Cfr. *Principio di proporzionalità nella giustizia civile*, ora in *Dogmatica giuridica e vita. Studi di giustizia civile*, cit., p. 1273 ss. , p. 1281 s.

27 Nel progetto di Proto Pisani si propone di fissare lo scopo del processo civile e di incorporarlo nella correlativa definizione di efficienza. La disposizione è l'art. 0.8 del progetto, intitolata *Efficienza del processo civile*: «È assicurato un impiego proporzionato delle risorse giudiziali rispetto allo scopo della giusta composizione della controversia entro un termine ragionevole, tenendo conto della necessità di riservare risorse agli altri processi». Cfr. PROTO PISANI, *Per un nuovo codice di procedura civile*, in *Foro it.*, 2009, V, c. 1.

interessi individuali coinvolti nella singola vicenda processuale e la protezione degli interessi della collettività alla gestione razionale della massa dei processi <sup>(28)</sup>.

Le Regole ELI-UNIDROIT arricchiscono il quadro, poiché antepongono appunto il principio di cooperazione al principio di proporzionalità, mettendoli in correlazione l'uno con l'altro. L'opzione di fondo in favore del principio di cooperazione rinviene i propri antecedenti nelle scelte compiute in alcuni codici di procedura civile europei a cavallo tra XIX e XX secolo, interviene sul terreno di tradizionali contrapposizioni, semplicistiche e sfuocate, come quella tra struttura «avversariale» (*adversary*) e inquisitoria, proprie in particolare di alcune correnti della cultura processuale anglo-sassone <sup>(29)</sup>.

Si chiarisce così che il percorso verso una giusta composizione della controversia muove da un'attitudine condivisa fra le persone partecipi della singola vicenda processuale per aprirsi poi – attraverso la codificazione della proporzionalità – al tema dell'adeguatezza delle risorse giudiziarie rispetto alla trattazione della massa dei processi. Dell'intersezione e bilanciamento tra cooperazione e proporzionalità è utile delineare la trama normativa, per come essa emerge dalle regole comprese nella lettera *B* <sup>(30)</sup>. Sotto il titolo *Ruolo della Corte*, la Regola 5 esordisce disponendo: «La corte assicura che il processo di risoluzione della controversia sia proporzionato». Il secondo comma (o paragrafo) fissa la correlazione tra la singola controversia e l'insieme delle controversie: «Nel determinare se un processo è proporzionato, la corte tiene conto della natura, dell'importanza e della complessità della specifica controversia, nonché della necessità di dare effetto al suo dovere generale di *case management* in tutti i processi, con il riguardo dovuto alla corretta amministrazione della giustizia». Cosicché, il compito della corte non è limitato alla decisione del caso concreto, ma s'indirizza alla corretta amministrazione della giustizia, come processo dinamico che, senza ledere la posizione di neutralità del giudice nella singola controversia, contribuisce adeguatamente ad una composizione giusta ed efficiente entro un termine ragionevole della massa delle controversie <sup>(31)</sup>. Il principio di proporzionalità è assistito da due corollari in tema di san-

28 Tra queste ipotesi applicative segnalavo: la differenziazione della spinta verso i metodi negoziali di composizione delle controversie e la selezione delle categorie delle controversie che si prestano meglio di altre all'impiego di tali metodi; la calibratura dei modelli di trattazione della causa rispetto al carattere semplice o complesso della controversia; il maggiore valore, rispetto allo *ius litigatoris*, attribuito nel giudizio di cassazione allo *ius constitutionis*, dietro il quale si scorge non il volto anonimo e astratto di un interesse pubblicistico all'efficiente esercizio della funzione di nomofilachia, bensì i mille volti concreti dei cittadini che dalla Corte di cassazione si attendono una guida autorevole e sicura, quindi meditata e non affannata, nella interpretazione del diritto vigente; il giudicato proporzionato alla richiesta delle parti; il divieto di abuso del processo. Per un più ampio discorso con riferimento a ciascuno di questi esempi, cfr. *Principio di proporzionalità nella giustizia civile, ora in Dogmatica giuridica e vita. Studi di giustizia civile*, cit., p. 1281 ss. Per altri esempi, cfr. il commento 1 alla Regola 5, in *ELI-UNIDROIT Model European Rules of Civil Procedure*, cit., p. 34.

29 Cfr. il commento 1 alla Regola 2, in *ELI-UNIDROIT Model European Rules of Civil Procedure*, cit., p. 28.

30 Cfr. la lettera *B* della Sezione seconda della Parte I, in *ELI-UNIDROIT Model European Rules of Civil Procedure*, cit., p. 34 ss.

31 Cfr. il commento 2 alla Regola 2, in *ELI-UNIDROIT Model European Rules of Civil Procedure*, cit., p. 28.

zioni <sup>(32)</sup> e di spese processuali <sup>(33)</sup>, oltre che dalla disposizione che fissa appunto l'intersezione tra cooperazione e proporzionalità. Sotto il titolo *Ruolo delle parti e dei loro avvocati*, la Regola 6 prevede infatti: «Le parti e i loro avvocati cooperano con la corte al fine di promuovere un processo di risoluzione delle controversie proporzionato».

8. – La composizione consensuale delle controversie è il terreno migliore sul quale si può misurare il grado di cooperazione delle parti con la corte al fine di dar seguito al canone di proporzionalità. Non a caso, nella sequenza delle Regole ELI-UNIDROIT, il principio della composizione consensuale succede immediatamente ai principi di cooperazione e di proporzionalità. Alla lettera *C* (*Composizione consensuale*), sotto il titolo *Ruolo delle parti e dei loro avvocati*, la Regola 9 prevede: «Le parti cooperano al fine di tentare di comporre la controversia consensualmente, sia prima che dopo l'inizio del processo. Gli avvocati informano le parti della disponibilità di metodi consensuali di risoluzione delle controversie, le assistono nella scelta del metodo più adatto e, se del caso, ne incoraggiano l'impiego. Essi si assicurano che le parti facciano uso dei tentativi obbligatori. Le parti possono chiedere alla corte di rendere esecutivo l'accordo conciliativo. Laddove non sia possibile raggiungere una composizione consensuale della controversia nel suo complesso, le parti colgono ogni opportunità ragionevole per ridurre prima della decisione giudiziale il numero delle questioni controverse» <sup>(34)</sup>. Sotto il titolo *Ruolo della corte*, la Regola 10 prevede: «La corte deve facilitare la composizione consensuale in qualsiasi fase del processo. In particolare, deve assicurare che le parti prendano in considerazione la composizione consensuale nella fase preparatoria e nelle udienze di *case management*. Se necessario a tal fine, può ordinare la loro comparizione personale. La corte deve informare le parti sui diversi metodi di composizione consensuale delle controversie. Può suggerire o raccomandare l'impiego di specifici metodi. Può partecipare ai tentativi di composizione e assistere le parti nel raggiungere una composizione consensuale. Può anche assistere nella stesura di accordi di composizione. Se un giudice opera come mediatore durante un procedimento e riceve informazioni in assenza di una delle parti, egli non può decidere la controversia» <sup>(35)</sup>.

È ovvio che, in prima approssimazione, la composizione consensuale delle controversie realizza nello stesso tempo il massimo della cooperazione e il massimo della proporzionalità del processo di risoluzione. Le parti cooperano tra di loro e con l'amministrazione della giustizia, liberando per altre cause risorse che altrimenti avrebbero dovuto essere investite per risolvere la loro controversia. Esse percorrono così quel

32 Sotto il titolo *Proporzionalità delle sanzioni*, la Regola 7 prevede: «Le sanzioni per inosservanza di norme sono proporzionate all'importanza della materia e al danno causato, e riflettono l'entità della partecipazione e il grado di intenzionalità della condotta».

33 Sotto il titolo *Proporzionalità delle spese*, la Regola 8 dispone: «Per quanto è possibile, le spese processuali sono ragionevoli e proporzionate al valore della controversia, alla natura e alla complessità del processo, nonché alla importanza della controversia e del processo per le parti e l'interesse pubblico».

34 Cfr. *ELI-UNIDROIT Model European Rules of Civil Procedure*, cit., p. 37.

35 Cfr. *ELI-UNIDROIT Model European Rules of Civil Procedure*, cit., p. 38.

ponte virtuoso tra la trattazione della singola controversia e la trattazione della massa dei processi, cui il principio di proporzionalità conferisce rilevanza normativa, strutturante l'assetto del servizio della giustizia civile.

Tuttavia, è importante non dimenticare mai di stupirsi dinanzi alle cose ovvie. Che una soluzione si presenti avvolta nel manto della ovvietà è immancabilmente il segno che la riflessione deve approfondirsi.

Se si trae qualche corollario da una focalizzazione funzionale dell'intersezione tra cooperazione e proporzionalità, si troverà conferma che i due principi si devono poter sempre contemperare tra di loro, piuttosto che realizzarsi entrambi nel massimo. La cooperazione e la proporzionalità sono accomunate da un identico scopo: la giusta composizione delle controversie. Nelle regole ELI-UNIDROIT, in relazione alla cooperazione, ciò emerge esplicitamente nella Regola 2, ma non è meno evidente in relazione alla proporzionalità, sol che si eviti, come deve evitarsi, di leggere il riferimento alla buona amministrazione della giustizia, contenuto nella Regola 5 (2), come un canone efficientistico che guarda solo all'interno dei processi e non si estende invece, come deve estendersi, alla realizzazione effettiva dello scopo di quest'ultimo. L'impiego del plurale «controversie» allude al fatto che la giusta composizione delle controversie non deve essere unicamente un predicato della singola controversia, ma anche al grado di giustizia che il sistema di composizione delle controversie, in tutte le sue articolazioni, pubbliche (giustizia civile statale) o basate sull'autonomia privata (negozi volti alla risoluzione delle controversie, conciliazione, mediazione *ad hoc* o amministrata, arbitrato, ecc.) può realizzare in media, cioè in relazione alla massa delle controversie.

Da questo punto di vista si profila quel valore che negli ultimi decenni l'introduzione del canone della proporzionalità ha aggiunto alla riflessione sulla giustizia civile: come principio che orienta verso un equilibrio tra la tutela degli interessi individuali di chi agisce o si difende nel singolo processo e gli interessi, considerati nel loro complesso, di tutti gli altri utenti potenziali o attuali del servizio giustizia ad una corretta amministrazione di quest'ultima. La necessità di questo equilibrio - che negli esempi applicativi adottati indietro si vede con chiarezza nel giudizio di cassazione nel peso attribuito allo *ius constitutionis* a petto dello *ius litigatoris* - non è meno evidente nel settore della composizione consensuale delle controversie, in grazia del bilanciamento tra il principio della proporzionalità e il principio della cooperazione.

In termini più espliciti: nel rinunciare alla decisione del giudice statale e all'applicazione di criteri decisori oggettivi e predeterminati, la composizione negoziale, assistita o meno dall'opera di un terzo, non può rinunciare ad essere giusta, bensì deve perseguire questo obiettivo con gli strumenti contrattuali. Ciò comporta non solo la possibilità di rimuovere gli effetti di un accordo conciliativo ingiusto, nei limiti in cui l'ingiustizia possa essere sanzionata dall'accoglimento di una impugnazione negoziale, bensì anche la possibilità della parte di prevenire la formazione di un accordo ingiusto, allontanandosi dal tavolo della negoziazione e invocando un rimedio effettivo dinanzi

al giudice statale. Perciò la promozione dei metodi di composizione consensuale delle dispute deve essere costantemente abbinata agli sforzi per migliorare nel suo complesso la risposta della giustizia civile statale ai bisogni di tutela. Ad esempio, la garanzia di una efficiente risoluzione delle controversie seriali non è data tanto dalla possibilità di trarle ad oggetto di un tentativo individuale di composizione negoziale, quanto dalla introduzione di una robusta azione di classe <sup>(36)</sup>.

Proseguendo su questo terreno, la protezione dell'interesse delle parti a raggiungere una composizione consensuale, in applicazione del canone di cooperazione, deve essere temperata con un'adeguata protezione degli interessi degli altri utenti del servizio giustizia, in applicazione del canone di proporzionalità. In considerazione della situazione concreta su cui incide, il bilanciamento tra i due principi può svolgersi in più direzioni. In generale, esso gioca nel senso di incentivare il ricorso alla risoluzione negoziale per risparmiare risorse giudiziarie <sup>(37)</sup>, ma in determinate situazioni il principio di proporzionalità gioca nel senso di limitare il ricorso a metodi in cui la composizione della controversia abbia luogo attraverso un precetto negoziale.

Ciò accade specialmente quando: *a)* la controversia implichi la soluzione di questioni giuridiche di interesse collettivo o generale, che pertanto debbano essere affidate alla concretizzazione giurisprudenziale di norme legislative inderogabili; *b)* la relazione tra le parti sia notevolmente sbilanciata (socialmente, economicamente, ecc.) e quindi i rischi di ingiustizia della composizione consensuale superino la soglia della tollerabilità. Per ragioni diverse, ma omologamente apprezzabili sotto il profilo di un canone di corretta amministrazione della giustizia che non sia preda di un approccio efficientistico, entrambe le situazioni segnano argini alla cooperazione negoziale delle parti. Tali limitazioni sono argomentabili sulla base del principio di proporzionalità, anche perché l'intervento della giustizia civile statale, specialmente quando culmini in una guida autorevole di coerenza affidata alla corte suprema, assicura un adeguato parametro di giudizio che vale *erga omnes* nella sua efficacia persuasiva. In tali situazioni, mentre si proteggono situazioni antagoniste alla soluzione negoziale, si previene anche il proliferare del contenzioso nel futuro e una inadeguata frammentazione negoziale delle soluzioni (per tacere delle ipotesi in cui il processo giurisdizionale è il canale di accesso

36 Cfr. *Giusta composizione delle controversie e strumenti negoziali*, ora in *Dogmatica giuridica e vita. Studi di giustizia civile*, cit., p. 1091 ss.

37 Cfr. il commento 6 alla Regola 2, in *ELI-UNIDROIT Model European Rules of Civil Procedure*, cit., p. 29: «La Regola 2 impone inoltre alle parti il dovere di cooperare per condurre la controversia nell'interesse della corretta amministrazione della giustizia. La condotta di una parte nei confronti della corte, della controparte, di altre parti o di terzi deve favorire la risoluzione efficiente, rapida e giusta della controversia. Ciò include anche di compiere passi adeguati per comporre la controversia nella fase pre-contenziosa e durante il processo. Allo stesso tempo, nella ricerca di un esito favorevole, le parti sono chiamate a gestire i rischi processuali che gravano su di loro sulla base del diritto sostanziale, delle regole sull'onere della prova e del giudizio della corte. Ogni parte corre il rischio di non essere in grado di allegare tutti i fatti rilevanti, di non poter produrre prove sufficienti a convincere la corte della verità dei fatti favorevoli al suo caso e della solidità della base giuridica delle sue pretese».

alla Corte costituzionale e alla Corte di giustizia dell'Unione Europea, con quel che ne consegue).

Gli argini alla composizione negoziale delle controversie non hanno trovato esplicita menzione nelle disposizioni generali. Le Regole 9 e 10 sono tutte protese ad agevolare la composizione negoziale delle controversie. L'unico limite, contemplato all'ultimo comma (o paragrafo) della Regola 9, è fattuale: che le parti non trovino l'accordo per comporre la controversia nel suo complesso<sup>(38)</sup>. Pur se si reputasse una debolezza delle Regole ELI-UNIDROIT il mancato riferimento nelle loro disposizioni generali ai limiti della composizione consensuale, la critica rimarrebbe confinata alla tecnica redazionale<sup>(39)</sup>. Nel prossimo paragrafo si vedrà come le Regole ELI-UNIDROIT riconoscano esplicitamente nel carattere indisponibile del diritto oggetto del processo il limite generale alla risoluzione negoziale delle controversie<sup>(40)</sup>.

9. – In un panorama pur semplicemente introduttivo alle Regole ELI-UNIDROIT, non poteva mancare uno sguardo alla Sezione terza (*Processi*) della Parte I<sup>(41)</sup>, che costituisce una sorta di strato normativo intermedio – che assolve una funzione *lato sensu* corrispondente alle *Maximen* tedesche - tra i principi della Sezione seconda della Parte I e la disciplina dello svolgimento del processo, contenuta nella parte III e seguenti (mentre la parte II è dedicata alle *Parti*). Più che in relazione ad ogni altro argomento, non ci si può che limitare a nominare le disposizioni, ciascuna delle quali meriterebbe evidentemente un'indagine da sola

Sotto il titolo *Inizio, fine, concentrazione e ambito (Scope)*, la lettera A si articola nelle Regole 21-24. La Regola 21 (*Inizio e fine*)<sup>(42)</sup> disciplina il principio della domanda. Poiché Regole ELI-UNIDROIT non conoscono la figura del Pubblico Ministero come parte pubblica<sup>(43)</sup>, il principio della domanda si iscrive entro l'orbita del principio dispositivo in senso sostanziale (*Party Autonomy e Party Disposition; Dispositionsmaxime*) senza residui ulteriori. In coerenza con ciò, la Regola 21 si chiude con una norma su tipici atti di disposizione della controversia. La Regola 22 (*Concentrazione delle questioni di diritto e di fatto*)<sup>(44)</sup> impone alle parti di far valere in un unico processo tutte

38 In tal caso, come si è già visto, le parti sono tenute a cogliere ogni opportunità ragionevole per ridurre prima della decisione giudiziale il numero delle questioni controverse.

39 Inoltre, un certo riferimento ai limiti è contenuto nel commento 3 alla Regola 9, in *ELI-UNIDROIT Model European Rules of Civil Procedure*, cit., p. 38.

40 Cfr. Regola 26 (3).

41 Cfr. *ELI-UNIDROIT Model European Rules of Civil Procedure*, cit., p. 58 ss.

42 Nel suo tenore letterale, la Regola 21 dispone: «(1) Il processo inizia ad istanza di parte. La corte non può iniziare il processo d'ufficio. (2) Le parti possono terminare il processo in tutto o in parte con la rinuncia, il riconoscimento della domanda o la conciliazione».

43 Conoscono peraltro la figura dell'*amicus curiae*: Regola 43.

44 Nel suo tenore letterale, la Regola 22 dispone: «(1) Le parti devono far valere in un unico processo tutte le questioni di diritto e di fatto a supporto di - o in opposizione a - una domanda di rimedio che sorgano dallo stesso titolo (*cause of action*). (2) L'inosservanza della regola 22 (1) comporta l'inammissibilità del processo sulla stessa domanda di rimedio fondata sullo stesso titolo. Questa preclusione non si applica se (a) successivamente

le questioni di diritto e di fatto relative al diritto dedotto in giudizio, con il risvolto degli effetti negativi della *res judicata* <sup>(45)</sup>, entro il limite dell'efficacia del giudicato nel tempo <sup>(46)</sup>. La Regola 23 (*Ambito*) <sup>(47)</sup> proietta il principio della domanda, come risvolto del principio dispositivo in senso sostanziale, all'interno del processo profilandolo come canone che ne delimita l'ambito oggettivo e delimita – per via del principio fra il chiesto e il pronunciato - il potere del giudice.

La lettera *B* della Sezione terza è intitolata *Fatti, prove e diritto applicabile*. A mio giudizio si tratta di una delle parti meglio riuscite delle Regole, accanto ai principi e alla parte sulla tutela collettiva, anche se le ragioni di ciò sono diverse, se non opposte: nei primi due casi si tratta del nitore dell'essenzialità, mentre nel caso della tutela collettiva si tratta della vigile cura dei dettagli. In generale, una delle maggiori conquiste della lettera *B* della Sezione terza è di aver liberato questa specie di cuore pulsante del processo civile secondo la tradizione occidentale dalle placche ivi depositate nell'arco del tempo dalle manifestazioni ipertrofiche del principio dispositivo. La Regola 24 (*Fatti*) <sup>(48)</sup> disciplina l'onere dell'allegazione, che rinviene il proprio orientamento fondante in esigenze di efficienza ed economia processuale, non nell'autonomia delle parti e nel principio dispositivo in senso sostanziale, sebbene si armonizzi nel modo migliore con questi ultimi <sup>(49)</sup>. Tali esigenze sorreggono parimenti i limiti al principio di allegazione di

---

al processo instaurato in precedenza, si è verificato un cambiamento nei fatti rilevanti posti a fondamento della prima pronuncia, o (b) la parte non ottemperante fa valere un diritto nuovo, sorto o acquisito dopo la prima pronuncia».

- 45 Per la definizione di *Res Judicata*, cfr. Regola 148: «una sentenza è cosa giudicata quando non è o non più soggetta ai mezzi di impugnazione ordinari».
- 46 Su quest'ultimo profilo, mi permetto di rinviare a CAPONI, *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*, Milano, 1991. Inoltre, le righe nel testo ammiccano al grande tema dell'oggetto del processo e dei limiti oggettivi del giudicato, sul quale è d'obbligo il rinvio al classico studio di MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Milano, 1987. Per la soluzione adottata dalle Regole ELI-UNIDROIT, cfr. Parte VIII, *Pronunce giudiziali cosa giudicata e litispendenza*, in *ELI-UNIDROIT Model European Rules of Civil Procedure*, cit., p. 174 ss. I lettori italiani saranno lieti di constatare che è stata accolta una soluzione vicina all'art. 34 c.p.c. Cfr. in particolare la Regola 149 (2): «La *res judicata* copre anche le questioni di diritto necessarie e incidentali che sono esplicitamente decise in sentenza quando le parti del processo successivo sono le stesse del processo definito dalla sentenza precedente e quando la corte che ha emesso la sentenza aveva il potere di decidere quelle questioni di diritto». In tema di limiti soggettivi del giudicato, le Regole ELI-UNIDROIT si tolgono d'impaccio con una disposizione general-generica: le persone vincolate agli effetti del giudicato - rilevabili d'ufficio dal giudice (Regola 152) - sono individuati nelle parti, negli eredi e nei successori (Regola 151). Occorre però osservare che questa regola generale subisce delle modifiche significative nella Parte XI, *Tutela collettiva*.
- 47 Nel suo tenore letterale, la Regola 23 dispone: «(1) L'ambito della controversia è determinato dalle domande e dalle eccezioni delle parti nelle memorie, memorie, compresi gli emendamenti. (2) La corte deve pronunciarsi su, e solo su, il rimedio richiesto».
- 48 Nel suo tenore letterale, la Regola 24 dispone: «(1) Le parti allegano i fatti a supporto della domanda o della difesa. La corte può invitare le parti a chiarire o integrare tali fatti. (2) La corte non può prendere in considerazione fatti non allegati dalle parti. (3) La corte può prendere in considerazione i fatti non specificatamente trattati da una parte, ma che risultano necessariamente implicati da elementi di fatto allegati dalle parti o che sono contenuti nel fascicolo di causa. Può farlo solo se essi sono rilevanti per la domanda o la difesa di una parte e le parti hanno avuto una ragionevole opportunità di replicare».
- 49 Cfr. il commento 1 alla regola 24, in *ELI-UNIDROIT Model European Rules of Civil Procedure*, cit., p. 63.

parte, contenuti nella Regola 24 (3), sotto il profilo del potere del giudice di «prendere in considerazione i fatti non specificatamente trattati da una parte, ma che risultano necessariamente implicati da elementi di fatto allegati dalle parti o che sono contenuti nel fascicolo di causa». Della Regola 25 (*Prove*)<sup>(50)</sup> si è già anticipato l'aspetto saliente: l'esplicito rigetto della massima tradizionale *nemo contra se edere tenetur*<sup>(51)</sup>. L'aspetto si inserisce nel contesto più vasto delle varie declinazioni di esistenza o d'inesistenza dei doveri di verità o di non mentire nel processo civile<sup>(52)</sup>. Anche lo spirito della Regola 25 si sottrae alle ipoteche eccessive dell'autonomia delle parti, per esaltare il carattere di involucro di criteri di ripartizione tra le parti dei rischi relativi all'accertamento dei fatti rilevanti. Infine, per questa parte forse più che per ogni altra parte vale che i commenti sono un trattato di diritto processuale comparato.

La Regola 26 (*Diritto applicabile*)<sup>(53)</sup> è riuscita a trovare un apprezzabile punto di equilibrio fra le diverse tradizioni giuridiche europee, in particolare fra due orientamenti tendenzialmente opposti<sup>(54)</sup>. Da un lato, quello degli ordinamenti di origine latina (principalmente Italia, Spagna e Portogallo), in cui le regole *iura novit curia* e *da mihi facta, dabo tibi ius* rivestono ancora oggi un significato centrale, che è in una certa misura condiviso dagli ordinamenti di origine germanica. Dall'altro lato, l'orientamento degli ordinamenti di *common law* di basare le pronunce giudiziarie sulle ragioni di diritto così come invocate dalle parti (sebbene negli ultimi anni le corti si siano dimostrate aperte ad integrare con proprie indagini la base giuridica così come invocata dalle parti. In questo panorama occupa una posizione intermedia l'ordinamento francese (e quelli

50 Nel suo tenore letterale, la Regola 25 dispone: «(1) Ogni parte è tenuta a provare tutti i fatti rilevanti a fondamento della propria tesi. Le parti indicano i mezzi di prova a supporto delle loro allegazioni di fatti. L'onere della prova è determinato dal diritto sostanziale. (2) In linea di principio, ogni parte ha diritto di accesso a tutti i mezzi di prova rilevanti, non coperti da segreto e ragionevolmente identificati. Ove opportuno, le parti e i terzi sono tenuti a contribuire alla comunicazione (*disclosure*) e alla deduzione delle prove. La parte non può obiettare a tale comunicazione il fatto che ciò possa favorire la controparte o altre parti. (3) Se opportuno, la corte può invitare le parti a integrare le loro indicazioni di prova. Eccezionalmente, la corte può assumere prove d'ufficio».

51 Cfr. l'ultima prescrizione della Regola 25 (2), nonché il commento 5 alla Regola 25, in *ELI-UNIDROIT Model European Rules of Civil Procedure*, cit., p. 67.

52 Per una notevole analisi sullo sfondo della comparazione tra culture europee, cfr. CONSOLO, *Ascendenze tra gli stili e i sistemi di diritto processuale civile nel XX secolo e ragioni della loro tutt'ora difficile "osmosi"*, in *Riv. it. sc. giur.*, nuova serie, 6, 2015, p. 127 ss., p. 149 ss. Cfr. anche la ponderosa monografia di GRADI, *L'obbligo di verità delle parti*, 2018.

53 Nel suo tenore letterale, la Regola 26 dispone: «(1) Nel rispetto di tutte le disposizioni speciali applicabili, le parti possono dedurre argomentazioni di diritto a supporto della loro domanda o della loro difesa. (2) La corte è tenuta a determinare il corretto fondamento giuridico della propria decisione. Ciò include le questioni basate su un diritto straniero. Può farlo solo dopo aver concesso alle parti una ragionevole opportunità di far valere le loro argomentazioni sul diritto applicabile. (3) Se le parti sono libere di disporre dei loro diritti [oggetto della controversia, *n.d.t.*], possono accordarsi sulle norme di diritto applicabili o su questioni specifiche della domanda. Tale accordo è esplicito e, anche se è stato stipulato prima dell'inizio del processo, è riportato negli atti introduttivi. L'accordo è vincolante per la Corte».

54 Cfr. il commento 1 alla Regola 26, in *ELI-UNIDROIT Model European Rules of Civil Procedure*, cit., p. 68, da cui si riprende la sintesi riportata in questo capoverso.

che ne seguono l'esempio), in cui le corti basano di regola le loro pronunce sulle ragioni di diritto sostenute dalle parti, ma possono anche individuare il diritto applicabile di propria iniziativa<sup>55</sup>). In questo quadro, chiara è la scelta della Regola 26 (2) di attribuire integralmente al giudice la responsabilità per l'individuazione della base di diritto delle proprie pronunce, senza alcun vincolo alle deduzioni di parte, ma è proprio la nettezza della scelta che ha sollecitato la generosa apertura agli accordi processuali sul diritto applicabile, contenuta della Regola 26 (3).

10. - Sulla struttura del processo di cognizione, le Regole ELI/UNIDROIT si sono trovate dinanzi soluzioni variegatae negli ordinamenti europei. Tuttavia, queste ultime non sono irriducibili ad uno sguardo d'insieme, se si abbia l'accortezza di guardarle da una certa distanza, come quella dalla quale i satelliti ci restituiscono una immagine notturna dell'Europa, dove analoghi insediamenti cittadini (gli aspetti comuni ai vari ordinamenti processuali) si riconoscono attraverso zone di maggiore luminosità circondate da zone di buio di gran lunga preponderanti (gli aspetti di diversità, che sono anche quelli indagati meno frequentemente)<sup>56</sup>).

In quest'ordine di grandezza, nel processo civile statale dei paesi europei si riscontra un rito «ordinario», che è sempre a cognizione piena. Fondamentalmente, esso ha le caratteristiche seguenti: *a)* di regola, ogni diritto riconosciuto dalla legislazione sostanziale ne può costituire l'oggetto; *b)* il contraddittorio è disciplinato dalla legge nel modo più completo ed esauriente; *c)* il suo scopo prevalente è di stabilire chi ha ragione e chi ha torto tra le parti, cioè di pervenire alla giusta composizione della controversia attraverso l'applicazione di norme di diritto ad opera di un giudice. In considerazione dei precedenti elementi, *d)* il provvedimento finale di merito è dotato del maggior grado di stabilità nell'ordinamento cui ci si riferisce. Le caratteristiche del rito ordinario *sub a)* e *sub c)* sono tendenzialmente uniformi, mentre le caratteristiche *sub b)* e *sub d)* variano tra diversi ordinamenti.

Le differenze sono sensibili soprattutto in relazione al giudicato, nonostante la comune base costituita dalla recezione del diritto romano, ma sono notevoli anche le diversità relative alla disciplina del contraddittorio. Ferma rimanendo la cornice legislativa, il tasso di predeterminazione legale delle forme e dei termini di svolgimento del rito ordinario può essere molto diverso da un ordinamento all'altro. In primo luogo, la disciplina può essere predeterminata dalla legge secondo una struttura a tre fasi o a due fasi, le quali a loro volta possono articolarsi in un modulo di trattazione della causa tendenzialmente unico, ovvero in più moduli di trattazione. In secondo luogo, il

55 Ciò dovrebbe indurre cautela nell'importare in ordinamenti diversamente orientati sul punto gli stili di motivazione propri della prassi giudiziaria francese, anche perché le sacrosante esigenze di chiarezza e sinteticità sottese a questa importazione ben possono essere soddisfatte con altri strumenti, in primo luogo con il saper scrivere.

56 Ho cercato di delineare un panorama di questo tipo in *Rigidità e flessibilità del processo civile*, ora in *Dogmatica giuridica e vita. Studi di giustizia civile*, cit., p. 371 ss., da cui riprendo alcuni passi del paragrafo.

progredire della sequenza procedimentale può essere scandito da termini previsti dalla legge, anche nella loro durata, ovvero previsti dalla legge, ma determinati in concreto dal giudice nella loro durata, o infine può essere scandito da determinazioni temporali del tutto elastiche. Se si concentra l'attenzione sugli esempi di disciplina flessibile più diffusi, lo svolgimento è affidato ad una scelta del giudice, che è adottata ove possibile in collaborazione con le parti. La scelta avviene tra più moduli di trattazione predefiniti dalla legge. Essa tiene conto del carattere più o meno complesso della controversia, quale risulta dopo lo scambio della domanda introduttiva dell'attore e della risposta del convenuto.

11. - Se si ripercorrono gli snodi appena indicati, l'alternativa tra struttura trifasica o bifasica si articola in tre varianti<sup>(57)</sup>. La struttura del processo trifasica è coperta da una sola variante. È il modello che si applica per esempio in Italia e in Francia (e si applicava in Spagna, prima del nuovo codice del 2000). Esso rinvia la propria origine nel processo romano canonico e le tre fasi consistono in: una fase preparatoria che inizia con lo scambio degli atti introduttivi e si conclude con la precisazione dell'oggetto della decisione (domande ed eccezioni) e dei fatti da provare; una fase istruttoria diretta all'accertamento dei fatti, caratterizzata da una serie di udienze; una fase finale che prevede l'emanazione della decisione. La struttura del processo bifasica si articola in due varianti. La prima è tipica del classico processo anglo-americano. Dopo lo scambio degli atti introduttivi, vi è una prima fase che serve alla raccolta dei fatti e dei mezzi di prova necessari per la discussione della causa nella successiva fase del dibattimento. La prima fase non è diretta ad informare il giudice attraverso la presentazione dei mezzi di prova, bensì è diretta ad informare esclusivamente le parti. Nella seconda fase, totalmente orale, le parti presentano al giudice i fatti, i mezzi di prova e la loro prospettazione giuridica della vicenda. La seconda variante della struttura bifasica nasce e si sviluppa in Germania in un breve arco di tempo. Determinante è una conferenza tenuta da Fritz Baur nel 1965 a Berlino, che dà impulso dapprima ad una importante sperimentazione nella prassi (il modello di Stoccarda, messo in pratica nel 1967 da Rolf Bender, presidente di sezione del tribunale di quella città) e poi alla legislazione (la cosiddetta Novella di semplificazione, *Vereinfachungsnovelle*, del 1976). Tale modello è imperniato sulla «udienza principale» nel quale la controversia vive un momento determinante nella prospettiva della sua risoluzione. Tale modello ha in comune con il secondo la struttura a due fasi e rispecchia una tendenza dei sistemi processuali contemporanei in questa direzione, ma si distingue, perché la fase preparatoria non serve solo ad informare le parti ed a consentir loro di prepararsi all'udienza, ma è utile anche ad informare il giudice ed a metterlo in grado di esercitare fin da subito (prima dell'udienza) propri poteri direttivi e probatori, nonché ad anticipare parzialmente l'istruzione probatoria.

Oltre alla distinzione in tre o due fasi, la struttura del processo ordinario di cognizione può essere poi determinata dalle seguenti alternative: a) modulo di trattazione uni-

<sup>57</sup> Cfr. STÜRNER, *The Principles of Transnational Civil Procedure*, cit., p. 223 ss.

co oppure più modelli di trattazione; *b*) scansione temporale affidata a termini previsti dalla legge anche nella loro durata, ovvero a termini previsti dalla legge ma determinati in concreto dal giudice nella loro durata, o infine affidata a determinazioni temporali del tutto elastiche.

In relazione alla distinzione tra uno o più moduli di trattazione, è opportuno sottolineare che non si tratta di una pluralità di procedimenti indipendenti l'uno dall'altro, bensì di una molteplicità di modelli di trattazione della causa all'interno di una sequenza procedimentale unitaria. La scelta fra un modello di trattazione e l'altro è affidata al giudice, che l'adotta ove possibile in collaborazione con le parti, e rientra fra i suoi compiti di direzione formale del processo. Essa tiene conto del carattere più o meno complesso della controversia, quale risulta dopo lo scambio dell'atto introduttivo dell'attore e della difesa del convenuto. È quello che accade nel processo civile inglese, attraverso la scelta tra *small claim track*, *fast track*, *multi track*; nel processo civile francese, attraverso la scelta tra *circuit court*, *circuit moyen* e *circuit long* <sup>(58)</sup>; e anche nel processo civile tedesco. Soffermandosi su quest'ultimo, il giudice può calibrare fin dall'inizio lo svolgimento del processo sulla complessità della singola controversia <sup>(59)</sup>, scegliendo di far precedere l'udienza principale dalla fissazione della «prima udienza immediata» <sup>(60)</sup> oppure dal procedimento preliminare scritto <sup>(61)</sup>. Si tratta di due modelli di trattazione, calibrati sulla complessità in concreto della controversia, all'interno di una sequenza procedimentale unitaria <sup>(62)</sup>. Un passo nella direzione di affidare al giudice il potere di scegliere tra due modelli diversi di trattazione, a seconda del carattere semplice o complesso della controversia, è stato compiuto nella cultura processuale italiana dal predetto progetto di codice di procedura civile redatto da Proto Pisani <sup>(63)</sup>.

La flessibilità con cui i vari modelli di trattazione si adattano alle caratteristiche delle singole controversie aumenta se si tiene conto delle alternative *sub b*), delineate nel penultimo capoverso. Cioè si accrescono se si considera che il progredire della sequenza procedimentale può essere scandita da termini previsti dalla legge, la cui durata è però fissata in concreto dal giudice, oppure da determinazioni temporali del tutto elastiche: esemplare l'art. 764 del nuovo codice di procedura civile francese, secondo cui il giudice della *mise en état* fissa man mano i termini necessari all'istruzione

58 Cfr. *Procedimento sommario di cognizione e canone di proporzionalità*, ora in *Dogmatica giuridica e vita. Studi di giustizia civile*, cit., p. 348 ss.

59 Cfr. § 272 ZPO.

60 Cfr. § 275 ZPO.

61 Cfr. § 276 ZPO.

62 Nella prassi i giudici preferiscono la seconda strada, poiché presenta un vantaggio spesso decisivo: al convenuto viene assegnato un primo termine di due settimane, semplicemente per manifestare la sua volontà di difendersi, ed un ulteriore termine (minimo di due settimane), per depositare la sua comparsa di risposta. Se il convenuto non manifesta la volontà di difendersi entro il primo termine, può subire immediatamente, su istanza dell'attore (cfr. § 331, comma 3 ZPO) una sentenza contumaciale.

63 Cfr. PROTO PISANI, *Per un nuovo codice di procedura civile*, cit.

della causa, riguardo alla natura, all'urgenza e alla complessità della medesima, dopo aver sentito gli avvocati, nonché alcune previsioni del codice di procedura civile tedesco, secondo le quali «l'udienza ha luogo il più presto possibile»<sup>(64)</sup>, oppure: la parte fa valere «tempestivamente» i suoi mezzi di attacco e di difesa all'udienza<sup>(65)</sup>, nonché comunica «tempestivamente» alla controparte, prima dell'udienza, i mezzi di attacco e di difesa sui quali è prevedibile che quest'ultima non possa prendere posizione senza previa informazione<sup>(66)</sup>.

Si può concludere, in estrema sintesi, che la tendenza prevalente a livello europeo è quella di una disciplina flessibile del processo a cognizione piena, in grado di aderire al grado di complessità della controversia grazie ad un efficace ed effettivo *case management* nella cooperazione tra le parti e il giudice<sup>(67)</sup>.

12. - Lo sguardo al panorama comune europeo e le conclusioni sinteticamente affidate all'ultimo capoverso del paragrafo precedente rendono più agevole situare il modello di struttura del processo di cognizione delineato dalle Regole ELI-UNIDROIT.

Secondo un passo dei commenti dotato di incisiva sinteticità<sup>(68)</sup>: «Il modello processuale alla base delle Regole consiste in tre fasi: la fase scritta degli atti introduttivi; la fase intermedia destinata a preparare la controversia per la decisione definitiva<sup>(69)</sup>; la fase decisoria, che assume normalmente la veste di una udienza finale concentrata in cui le parti deducono mezzi di prova sulle questioni che restano da risolvere da parte del giudice e svolgono le loro argomentazioni conclusive<sup>(70)</sup>. Questa struttura è sufficientemente fles-

64 Cfr. § 272, comma 3 ZPO.

65 Cfr. § 282, comma 1 ZPO.

66 Cfr. § 282, comma 2 ZPO.

67 In tema, nella letteratura più recente, anche per rilievi di comparazione giuridica, cfr. ANSANELLI, *Filosofie di riforma della fase preparatoria nel processo civile*, Genova, 2021.

68 In questo capoverso si riproduce il commento 1 alla Regola 61, che inaugura la Parte V (*Fase preparatoria dell'udienza finale*, Regole 61-67), in *ELI-UNIDROIT Model European Rules of Civil Procedure*, cit., p. 109, con l'unica differenza che sono stati posizionati nelle note i rinvii ai numeri delle Regole che nell'originale sono citati nel corpo del testo.

69 Cfr. Regole 61–63. In particolare, sotto il titolo *Udienze di case management di preparazione dell'udienza e all'accertamento finali*, la Regola 61 dispone: «(1) Al fine di preparare l'udienza finale, la corte può tenere un'udienza preliminare di *case management* e, se necessario, altre udienze di *case management* durante il corso del processo. (2) Le udienze di *case management* possono essere tenute in presenza. Se opportuno, la corte può procedere in forma scritta o utilizzare qualsiasi mezzo di comunicazione elettronica disponibile. (3) Durante o immediatamente dopo un'udienza di *case management*, dopo aver sentito le parti, la corte fissa un programma o calendario processuale con i termini entro i quali le parti devono adempiere ai loro obblighi processuali e fissa altresì il termine per l'udienza finale e la data entro la quale possibilmente sarà emessa la sentenza. (4) Se del caso, la corte può impartire alle parti istruzioni rilevanti per la preparazione dell'udienza finale e la pronuncia. Per quanto possibile, tali istruzioni devono essere impartite all'udienza preliminare di *case management*. Ordini di *case management* devono essere adottati durante o immediatamente dopo l'udienza preliminare a ciò destinata».

70 Sotto il titolo *Udienza finale*, la Regola 64 dispone: «(1) Per quanto possibile, l'udienza finale è concentrata. Un'udienza finale concentrata può essere adattata all'impiego di tecniche di comunicazione elettronica. (2) L'udienza finale deve svolgersi dinanzi al giudice o ai giudici che emaneranno la sentenza definitiva. (3) Di

sibile da soddisfare le variabili esigenze delle singole controversie e i loro specifici requisiti. In molti casi il processo può concludersi con una sentenza finale anticipata senza che ci sia bisogno di una elaborata udienza finale concentrata (71). In alcuni casi, la sentenza che risolve questioni preliminari (di rito o di merito) può precedere la sentenza definitiva (72). In casi urgenti il giudice può rilasciare misure provvisorie prima di pronunciarsi nella udienza finale concentrata (73). Nelle cause complesse, è da attendersi che una udienza anticipata rivolta a determinare i criteri e le modalità di gestione del processo non sia sufficiente ad esonerare la corte dal suo dovere di attivo di *case management*» (74).

13. – Entro la cornice delineata nel paragrafo precedente, rivolgo ai lettori una serie di brevi sollecitazioni all'approfondimento. L'ordine di esposizione si orienta alla sequenza temporale di una tipica controversia, ma la filtra attraverso il criterio selettivo dell'intersezione tra cooperazione e proporzionalità che ispira il tessuto delle Regole.

In questa prospettiva, il primo aspetto meritevole di essere sottolineato è la disciplina generale del *case management* (Regole 47-50), che costituisce una concretizzazione intermedia del tritico cooperazione, proporzionalità e consensualità, preliminare rispetto alla disciplina dello svolgimento del processo di cognizione. Non vi è cosa migliore che leggere direttamente il testo delle Regole 47-50, racchiuso entro la Parte III e riportato integralmente in nota (75), per rendersi conto della sua importanza stra-

---

norma, il giudice assume prove orali e prove su quelle questioni che sono ancora seriamente controverse tra le parti. (4) Tutte le prove rilevanti non raccolte dalla corte nella fase preparatoria possono essere assunte nell'udienza finale. Nuove prove non prodotte negli atti introduttivi o su emendamento nella fase preparatoria possono essere ammesse solo se una parte dimostra di non averle potute produrre prima per ragioni serie e stringenti. (5) Il giudice deve gestire adeguatamente l'udienza finale secondo le regole 48-49 [riportate indietro, *N.d.t.*]. In particolare, deve (a) fissare l'ordine di trattazione delle questioni; (b) disporre la comparizione personale delle parti o prescrivere la presenza all'udienza di un loro rappresentante, che deve essere a piena conoscenza di tutte le questioni rilevanti per la controversia; (c) disporre l'assunzione delle prove. (6) Le prove documentali o altre prove precostituite sono da comunicare a tutte le altre parti prima dell'udienza finale. Le prove orali possono essere assunte solo se è stata data comunicazione a tutte le parti dell'identità della persona da ascoltare e dell'oggetto della prova. (7) Le parti devono avere la possibilità di esporre le loro conclusioni finali, comprese le considerazioni sui risultati dell'istruzione probatoria».

71 Cfr. Regola 65.

72 Cfr. Regola 66.

73 Cfr. Regola 67.

74 Cfr. Regole 4 e 61 (1)).

75 Sotto il titolo *Accurata condotta del processo ad opera delle parti*, la Regola 47 prevede: «Le parti sono tenute a presentare le loro domande, difese, allegazioni di fatto e deduzioni probatorie nel modo più tempestivo e completo possibile e nel modo più appropriato a un'accurata condotta del processo al fine di garantirne la speditezza». Sotto il titolo *Controllo del processo ad opera della corte*, la Regola 48 dispone: «In tutte le fasi del processo, la corte è tenuta a controllare che le parti e i loro avvocati rispettino la regola 47 e qualsiasi ordine emesso ai sensi della regola 49». Sotto il titolo *Strumenti di case management*, la Regola 49 prevede: «Ove necessario per la buona gestione del processo, la corte, in particolare: (1) incoraggia le parti ad attivarsi per risolvere la controversia o aspetti della controversia e, ove appropriato, a valersi di metodi alternativi di risoluzione delle controversie; (2) fissa le conferenze di *case management*; (3) determina il tipo e la forma del processo; (4) stabilisce un programma o un calendario del processo con termini per gli atti processuali che le parti e/o i loro avvocati sono tenuti a compiere; (5) limita il numero e la lunghezza delle future memorie; (6) determina l'ordine in cui le questioni sono da trattare e se le cause siano da riunire o da separare; (7)

tegica nell'intera architettura delle Regole ELI-UNIDROIT. La Parte III può essere correttamente compresa solo alla luce dell'intersezione e bilanciamento dinamico tra cooperazione e proporzionalità. Espressione saliente di ciò, oltre alla già menzionata clausola generale di flessibilità di esercizio dei poteri giudiziali di *case management* <sup>(76)</sup>, sono gli ordini di *case management* concordati tra le parti <sup>(77)</sup>. In tal modo trova la sua cornice di contenimento la potenza della Regola 49 che accoglie un impressionante catalogo di poteri giudiziali di *case management* <sup>(78)</sup>.

14. - Passando alla parte IV (*Fase introduttiva della causa*) <sup>(79)</sup>, la Sezione prima è dedicata ai *Doveri processuali anteriori all'inizio della causa*, mentre la Sezione seconda riguarda l'*Avvio e gli atti introduttivi* e si articola a sua volta in due lettere: A, dedicata al processo introdotto dalla domanda unilaterale dell'attore, e B, dedicata al processo introdotto dalla domanda congiunta delle parti <sup>(80)</sup>. Rispetto al panorama comune europeo, la Sezione prima costituisce un tratto di novità, recando piuttosto traccia visibile di una determinata esperienza nazionale, quella inglese dei *Pre-Actions Protocols*. Sotto il titolo *Dovere di promuovere la composizione consensuale e il case management*, la Regola 51, in cui si esaurisce la Sezione prima, prevede nel suo primo comma: «Prima dell'avvio del processo, le parti cooperano tra loro al fine di evitare dispute e spese inutili, di facilitare la tempestiva composizione consensuale della controversia e, qualora ciò non sia possibile, al fine di favorire la gestione proporzionata del futuro processo secondo le regole 2-11 e 47-50 <sup>(81)</sup>. La disposizione conferma la

---

stabilisce la separazione delle questioni relative alla giurisdizione, alle misure cautelari e alla prescrizione al fine di deciderle anticipatamente in apposite udienze (8) prende in considerazione le modifiche da apportare al fine di una corretta rappresentanza delle parti, le conseguenze di mutamenti relativi alle parti e alla partecipazione di terzi, intervenienti o altre persone; (9) dà istruzioni concernenti le memorie o le deduzioni probatorie alla luce degli argomenti delle parti; (10) richiede la comparizione personale delle parti o di un rappresentante, che è tenuto ad essere pienamente informato su tutte le questioni rilevanti; (11) tratta le questioni relative alla disponibilità, ammissibilità, forma, comunicazione (*disclosure*) e scambio delle prove e, ove appropriato allo stato del processo, (a) decide sull'ammissibilità delle prove; (b) ne ordina l'assunzione». Sotto il titolo *Ordini di case management*, la Regola 50 prevede: «(1) La corte può emanare ogni ordine di *case management* d'ufficio o su istanza di parte. Ove gli ordini o le decisioni siano adottati senza sentire le parti o senza preavviso (*ex parte*), le parti non sentite in precedenza possono chiedere che l'ordine o la decisione siano riesaminati in un'udienza o sulla base di memorie scritte. (2) Se le parti si accordano su un provvedimento di *case management*, la corte non può determinarsi diversamente senza giustificati motivi. (3) La corte può modificare o revocare qualsiasi provvedimento di *case management* su istanza di parte o d'ufficio».

76 Cfr. Regola 49 (1).

77 Cfr. Regola 50 (2).

78 Antenato di questa regola è tra gli altri il § 273 ZPO, sul quale rinvio a *Poteri probatori delle parti e del giudice nel processo civile tedesco, ora in Dogmatica giuridica e vita. Studi di giustizia civile*, cit., p. 291 ss., p. 294 ss.

79 Cfr. Regole 51-60.

80 Cfr. Regole 52-60.

81 I commi successivi concretizzano la Regola 51: «(2) Al fine di promuovere il dovere generale di cui alla regola 51(1) le parti possono (a) comunicarsi reciprocamente informazioni sintetiche sulle loro potenziali domande o difese; (b) chiarire e, ove possibile, ridurre le questioni giuridiche e di fatto oggetto della controversia; (c) identificare gli elementi di prova rilevanti in modo da facilitare una valutazione efficace e tempestiva della fondatezza delle loro posizioni. (3) Le parti possono anche (a) prendere in considerazione un possibile programma per il processo;

scansione in due fasi della cooperazione e si presenta altresì come un incisivo esempio di intersezione e bilanciamento dinamico tra cooperazione e proporzionalità, focalizzantesi sulla composizione consensuale delle controversie. Riletta da questo punto di vista, la Regola 51 si commenta da sola. In particolare, essa ha lo scopo di trovare un giusto equilibrio tra gli estremi – perseguiti nell’uno o nell’altro degli ordinamenti nazionali europei – dell’obbligatorietà del tentativo stragiudiziale, da un lato, e, dall’altro lato, l’inesistenza di qualsiasi incentivo alla composizione consensuale. La Regola 51 richiede alle parti di intraprendere passi diretti a chiarire tempestivamente gli elementi essenziali della potenziale controversia; ciò che corrisponde già alle migliori prassi a livello europeo <sup>(82)</sup>.

Spunti per gli studiosi derivano inoltre dalla cura con la quale è stata dettata la disciplina dell’atto introduttivo del giudizio <sup>(83)</sup>, ove si richiede tra l’altro di allegare «i fatti costitutivi della domanda in modo ragionevolmente dettagliato con riferimento al tempo, al luogo, alle persone e agli eventi», nonché di «descrivere con sufficiente precisione i mezzi di prova disponibili a supporto delle allegazioni» <sup>(84)</sup>. Altri notevoli spunti di riflessione, nonché di impiego immediatamente pratico nella impostazione di testi normativi relativi alla fase introduttiva del processo, derivano dalla lettura delle disposizioni successive, rivolte a: *Difesa e domande riconvenzionali* <sup>(85)</sup>, *Modifiche degli atti introduttivi* <sup>(86)</sup>, *Rinuncia e riconoscimento della pretesa* <sup>(87)</sup>.

---

(b) stimarne il costo potenziale; (c) prendere in considerazione questioni di prescrizione, giurisdizione, misure cautelari, e qualsiasi altra questione processuale».

82 Cfr. Commento 3 alla Regola 51, in *ELI-UNIDROIT Model European Rules of Civil Procedure*, cit., p. 97.

83 Non vi è spazio per sottolineare l’importanza della disciplina degli atti introduttivi e di ciò che immediatamente ne consegue per il buon funzionamento del processo civile. Cfr., anche per una prospettiva comparatistica, DONDI, *Obiettivi e risultati della recente riforma del processo civile. La disciplina della cognizione a una prima lettura*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2021, p. 927 ss.

84 Sotto il titolo *Contenuto dell’atto introduttivo*, la Regola 53 dispone nel suo tenore letterale: «(1) L’atto introduttivo (*statement of claim*) contiene, come minimo, l’indicazione specifica della corte e delle parti, il rimedio richiesto e le relative ragioni. (2) L’atto introduttivo deve: (a) allegare i fatti costitutivi della domanda in modo ragionevolmente dettagliato con riferimento al tempo, al luogo, alle persone e agli eventi; (b) descrivere con sufficiente precisione i mezzi di prova disponibili a supporto delle allegazioni; (c) indicare le ragioni giuridiche a supporto della domanda, compreso il diritto straniero, in modo sufficiente a consentire alla corte di accertarne la fondatezza giuridica; (d) indicare in modo dettagliato il rimedio richiesto, compresa la somma di denaro o i termini precisi di qualsiasi altro rimedio richiesto; (e) indicare l’osservanza di qualsiasi condizione necessaria, secondo il diritto nazionale applicabile, alla deduzione della domanda in giudizio, come un tentativo stragiudiziale obbligatorio di conciliazione o mediazione, o una intimazione formale concernente l’oggetto della controversia». La Regola 53 prosegue con alcune disposizioni dirette tra l’altro a: *a)* emendare su invito della corte inosservanze di requisiti dell’atto introduttivo, salva la possibilità che i dettagli relativi ai fatti rilevanti o ai mezzi di prova si chiariscano nel proseguimento, se la pretesa dedotta in giudizio si rivela plausibile e giustificati motivi escludono la possibilità attuale; *b)* richiedere ove possibile la produzione dei mezzi di prova insieme all’atto introduttivo; *c)* a consentire all’attore di fare istanza per l’accesso a mezzi di prova nella disponibilità del convenuto o di un terzo.

85 Regola 54.

86 Regola 55.

87 Regola 56.

15. - Se si continua a filtrare l'ordine di esposizione alla luce della intersezione tra cooperazione e proporzionalità, la prossima tappa è la disciplina della domanda congiunta di processo concordato tra le parti <sup>(88)</sup>, che rientra a buon titolo in un discorso generale sulla struttura del processo di cognizione, costituendo una struttura di cognizione delle controversie interna alla giustizia civile statale, ma parallela e alternativa rispetto alla disciplina legislativa (o comunque normativa, di carattere pubblicistico). In via preliminare, è opportuno richiamare di nuovo l'attenzione su un fenomeno sviluppatosi in anni recenti, che in Europa è stato incentivato dalla *Brexit*. Mi riferisco alle «corti commerciali internazionali», ovvero a «corti internazionali d'impresa» (nella lingua inglese la terminologia oscilla tra *commercial* e *business courts*) <sup>(89)</sup>. Le corti commerciali internazionali si assidono su un terreno intermedio tra giustizia civile statale e arbitrato commerciale internazionale. Infatti, di regola si fondano sull'accordo delle parti per la scelta del foro, danno uno spazio, variabile a seconda degli ordinamenti, all'uso dell'inglese come lingua processuale, adottano frequentemente un sintetico regolamento processuale *ad hoc* e gravano le parti di spese processuali maggiori rispetto al normale contenzioso, ma minori rispetto all'arbitrato <sup>(90)</sup>. La Regola 57 si profila come una notevole proposta di una comune cornice normativa, cui potrebbero ispirarsi gli ordinamenti desiderosi di condividere questa esperienza <sup>(91)</sup>, così come di coltivare una «terza via» tra arbitrato e giustizia civile statale <sup>(92)</sup>. Sotto il titolo *Contenuto della domanda congiunta*, essa dispone: «(1) La domanda congiunta è una dichiarazione in cui le parti presentano congiuntamente alla corte un accordo ai sensi della Regola 26, le rispettive domande e difese, le questioni controverse che affidano all'accertamento della corte e le rispettive deduzioni su tali questioni. (2) Sono requisiti di ammissibilità della domanda congiunta: (a) l'indicazione delle parti; (b) l'indicazione del giudice adito; (c) il rimedio richiesto, compresa la somma di denaro o i termini specifici di qualsiasi altro rimedio richiesto; (d) i fatti rilevanti e gli elementi di diritto costituenti le ragioni della domanda. (3) La domanda congiunta indica i mezzi di prova disponibili a supporto delle allegazioni di fatti. Ove possibile, tali mezzi di prova

88 Regole 57-60, che integrano la predetta lettera B (*Domanda congiunta di processo concordato tra le parti*) della Sezione seconda della Parte IV.

89 Cfr. *Corti commerciali internazionali ovvero corti internazionali d'impresa*, ora in *Dogmatica giuridica e vita. Studi di giustizia civile*, Milano, 2022, p. 1323 ss. Fra le esperienze più interessanti, la *Netherlands Commercial Court*, in attività dal 1° gennaio 2019, con sede ad Amsterdam. Cfr. il sito istituzionale <https://www.rechtspraak.nl/English/NCC/Pages/default.aspx> e op. cit., p. 1327 ss.

90 In Europa, tali iniziative si giovano dello spazio giudiziario europeo, specialmente della disciplina delle clausole di scelta del foro prevista dall'art. 25 reg. UE 1215/2012 (*Bruxelles I bis*), che non richiede un collegamento della controversia con l'ordinamento cui appartiene la corte scelta dalle parti.

91 In altra sede, cui rinvio, ho svolto una breve analisi degli aspetti critici di politica del diritto: cfr. *Corti commerciali internazionali ovvero corti internazionali d'impresa*, cit., p. 1334 ss.

92 Sull'opportunità di battere una tale «terza via» avevo richiamato l'attenzione in uno studio di oltre dieci anni fa, cfr. *Accordi processuali*, ora in *Dogmatica giuridica e vita. Studi di giustizia civile*, p. 180 ss.

devono essere depositati insieme alla domanda. (4) La domanda congiunta è firmata e datata dalle parti».

In un certo senso, la disciplina della domanda congiunta, accanto alla clausola generale di flessibilità di esercizio dei poteri giudiziali di *case management* <sup>(93)</sup> e agli ordini di *case management* concordati tra le parti <sup>(94)</sup>, è il vertice del tritico cooperazione, proporzionalità e consensualità. Per la propria operabilità, essa presuppone la scelta di fondo sulla portata e i limiti del principio *iura novit curia*, che – come si è visto - è stata consegnata alla Sezione terza (*Processi*) della Parte I delle Regole.

16. – Questo saggio non si è assegnato il compito di comparare le Regole ELI-UNIDROIT con la riforma del processo civile italiano del 2021-2022, bensì di veicolare una conoscenza introduttiva, ragionata, di alcuni fra gli aspetti fondamentali. Sulla comparazione si attendono altri contributi. Si impongono tuttavia brevi osservazioni finali.

Sulla carta in cui si è intrapreso a scrivere la riforma del 2021-2022, la disciplina del processo ordinario di cognizione ha iniziato una marcia di avvicinamento ai modelli più accreditati a livello europeo, per come questi ultimi hanno trovato una sintesi espressiva nelle Regole ELI-UNIDROIT. La via scelta per avvicinarsi all'Europa è una via italiana, come è difficilmente evitabile, poiché i salti evolutivi sono straordinari e pericolosi nell'amministrazione della giustizia civile. Quest'ultima è chiamata a srotolare con cautela – nonostante le accelerazioni tecnologiche - la gomina che tiene insieme le tre dimensioni del tempo e che lega gli sviluppi futuri alla tradizione <sup>(95)</sup>. Che l'avvicinamento teorico prelude ad un miglioramento della prassi attuale non può ancora prevedersi con ragionevole grado di affidabilità. Può però prevedersi che, se miglioramento si verificherà, sarà lieve e transitorio, ove la carta finanziariamente più pesante che il Governo ha calato in tavola, l'ufficio per il processo, non trovi modo di inserirsi in modo vitale e permanente nella macchina dell'amministrazione della giustizia, accanto a una costante immissione di magistrati professionali che copra tempestivamente almeno i vuoti di organico, per tacere dell'esigenza di incrementarlo, sebbene con cautela.

Netta è ancora la differenza dei punti di partenza tra il modello di processo di cognizione adottato a livello europeo e il processo ordinario di cognizione piena italiano. E netta rimarrà pur dopo la riforma. Nonostante si parli di scansione in tre fasi, la struttura della cognizione nelle Regole ELI-UNIDROIT si colloca piuttosto sul solco della seconda variante della struttura bifasica, imperniata su un'udienza «principale» <sup>(96)</sup>, in cui la controversia, di regola, trova la sua definizione. Si rigetta la struttura sequenziale

93 Cfr. Regola 49 (1), indietro.

94 Cfr. Regola 50 (2), indietro.

95 Rubiamo l'immagine della gomina a Remo Bodei, da ultimo nel titolo del sedicesimo capitolo di quello che purtroppo rimarrà il suo ultimo libro, *Dominio e sottomissione. Schiavi, animali, macchine, intelligenza artificiale*, Bologna, 2019.

96 Nelle Regole ELI-UNIDROIT è l'udienza «finale».

di udienze di origine romano-canonica<sup>97</sup>), ma si rigetta anche la distinzione - indipendente dall'alternativa tra struttura bi- o trifasica - tra più moduli di trattazione formalizzati<sup>98</sup>), per muoversi in direzione di una disciplina flessibile, adattabile al grado di complessità della controversia grazie ad un *case management* cooperativo prima solo tra le parti, ancora sul piano stragiudiziale, e poi, successivamente all'inizio del processo, tra le parti e il giudice, su impulso e controllo di quest'ultimo che esercita i propri poteri di *case management* nel rispetto della clausola generale di flessibilità con cui si apre la Regola 49<sup>99</sup>).

A questo punto, si prenda l'osservazione conclusiva del capoverso precedente; la si trasformi in un *tertium comparationis* e si raggiunga il satellite da cui si riceve l'immagine notturna dell'Europa che ha consentito di delineare i modelli europei di struttura della cognizione; ci si valga del *tertium comparationis* come di un potente binocolo e lo si rivolga di nuovo verso l'Europa.

Si potranno scorgere delle corrispondenze, pur talvolta temporalmente falsate, tra ciò che si disciplina in Europa e in Italia. Il potenziamento dell'udienza di trattazione cui aspira la riforma italiana, in particolare attraverso la previsione dello scambio di memorie integrative anteriori all'udienza<sup>100</sup>), corrisponde ai doveri delle parti di promuovere il *case management*, con la rimarchevole differenza (ma la distanza satellitare la sfuma) che nelle Regole ELI-UNIDROIT la prima fase della cooperazione (solo tra le parti) è anteriore al processo, non segue canoni formali e contempla tentativi di composizione consensuale della controversia<sup>101</sup>), mentre nella riforma italiana è successiva all'inizio del processo, ne segue i canoni formali e vede un invitato di pietra fino alla prima udienza: il giudice. Quale sarà la disciplina migliore? Al lettore l'ardua risposta.

Inoltre, nelle Regole ELI-UNIDROIT e nella riforma italiana si scorge una propulsione identicamente potente verso i metodi di composizione consensuale della controversia, ma se si mette a fuoco il binocolo si osserva nitidamente come la propulsione sia alimentata da propellenti molto diversi tra di loro. Mentre nelle Regole ELI-UNIDROIT è sostenuta dalla energia rinnovabile della volontarietà, nella riforma italiana ci sono una serie di cortei rituali e propiziatori di auto a benzina ricca di piombo che si dispongono intorno alla regina, che allarga ancora di più il suo manto: la mediazione obbligatoria in via stragiudiziale<sup>102</sup>).

Ancora. Con le modifiche apportate al procedimento sommario di cognizione ex art. 702-*bis* c.p.c., in particolare con l'attribuzione del nome e della collocazione che

97 Cfr. il commento 3 alla Regola 61, in *ELI-UNIDROIT Model European Rules of Civil Procedure*, cit., p. 110.

98 Cfr. il *Preambolo*, in *ELI-UNIDROIT Model European Rules of Civil Procedure*, cit., p. 9.

99 Cfr. Regola 49 (1), indietro.

100 Cfr. art.1, comma 5, lett. f) l. n. 206 del 2021.

101 Cfr. Regola 51.

102 Per un sintetico, ma efficace quadro, cfr. BIAVATI, *L'architettura della riforma del processo civile*, cit., p. 62 ss.

gli sarebbero stati propri fin dall'inizio, secondo gli auspici della dottrina<sup>(103)</sup>, la struttura del processo ordinario italiano approda finalmente in Europa, sotto il profilo della introduzione di più modelli di trattazione all'interno di una sequenza procedimentale unitaria. Senonché, in relazione a ciò, si registra uno sfalsamento temporale di diverso tipo (cioè nell'evoluzione storica) nel gioco di corrispondenze tra sviluppi europei e riforma italiana, sempre registrabili da una distanza satellitare. Nel frattempo, le Regole ELI-UNIDROIT si sono spostate in avanti verso un modello di trattazione unico, diretto e controllato dal giudice. Alla corte si affidano fin dall'inizio, al fine di ben preparare l'udienza «finale», incisivi poteri di *case management* soggetti alla clausola di flessibilità più volte menzionata, cui è assoggettata evidentemente la stessa comparizione personale delle parti, mentre in Italia se ne prevede la reintroduzione in forma obbligatoria: un'altra strombazzata a bordo di un'auto a benzina ricca di piombo.

Sul punto, come si è osservato più volte nei decenni precedenti<sup>(104)</sup>, la differenza rimane ancora netta, così come ancora lunga è la strada da percorrere, sia dal punto di vista culturale, che da quello della predisposizione di risorse umane, senza nulla togliere all'esperimento dell'ufficio del processo, al quale si è già augurato il migliore degli esiti<sup>(105)</sup>.

---

103 Cfr. *Procedimento sommario di cognizione*, in *Dogmatica giuridica e vita. Studi di giustizia civile*, cit., p. 333 ss., p. 338.

104 Cfr. *Poteri probatori delle parti e del giudice nel processo civile tedesco*, in *Dogmatica giuridica e vita. Studi di giustizia civile*, Milano, 2022, p. 291 ss.

105 Cfr. CAPONI, *Un orizzonte aperto su una nuova forma di vita giudiziaria: l'ufficio per il processo*, in *questionegiustizia.it*



Civil Procedure Review  
AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

2

**Quem paga a conta do congestionamento  
do judiciário brasileiro?  
Desafiando as premissas do PL nº 533/2019  
sobre o acesso à justiça no Brasil<sup>1</sup>**

Who pays the bill for the congestion  
of the brazilian judiciary system?  
Challenging the premises of the draft bill  
nº. 533/2019 on access to justice in Brazil

*Danieli Rocha Chiuzuli*

LLM at the Ribeirão Preto Law School of the University of São Paulo.

*Maria Cecília de Araujo Asperti*

Professor at the São Paulo Law School of Fundação Getúlio Vargas.

---

1 Texto baseado na participação da Profa. Dra. Susana Henriques da Costa nos debates da Audiência Pública sobre o PL realizada em 18/11/2021 na Câmara dos Deputados. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=t0F7BcZUjCA>. Uma versão resumida deste texto foi publicada no site JOTA.info no dia 21 fev. 2022. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/quem-paga-a-conta-do-congestionamento-do-judiciario-brasileiro-21022022>.

*Mariana Tonolli Chiavone Delchiaro*

Master of Civil Procedure from the University of São Paulo Law School (FDUSP). Public Defender of the DPSP.

*Susana Henriques da Costa*

Professor of Civil Procedure at the Law School of University of São Paulo (FDUSP). Coordinator of the research group "Access to Justice and Mass Litigation". Public Prosecutor of the MPSP.

**Resumo:** o presente artigo tem como objetivo analisar as premissas do Projeto de Lei nº 533/2019 a partir de dados de pesquisas sobre o acesso à justiça no Brasil. Nesse sentido, por meio do reconhecimento dos pressupostos que o PL apresenta tanto em seu texto, como também em suas justificativas, verifica-se uma perspectiva reducionista acerca da litigiosidade no contexto brasileiro, a qual traz a necessidade de criação de filtros ao acesso à justiça endereçados na ideia da pretensão resistida. Por meio de dados que explicitam a complexidade do fenômeno da litigância no Brasil, as desigualdades que marcam o acesso à justiça e o caminho do conflito, bem como as desigualdades de acesso à rede de internet, o artigo avalia que soluções baseadas em pressupostos eficientistas tendem a trazer reformas legislativas que se distanciam da busca da equalização do acesso. As conclusões do artigo são no sentido do tensionamento das premissas que marcam o projeto sinalizando possíveis contextos que podem sobrevir com sua aprovação.

**Palavras-chave:** PL 533/2019; interesse de agir; pretensão resistida; acesso à justiça; desigualdades.

**Abstract:** this article aims to analyze the premises of the Project of law 533/2019 based on research data on access to justice in Brazil. The bill presents both in its text and in its justifications a reductionist perspective on litigation in the Brazilian context, which brings the need to create filters for access to justice based on the idea of resisted pretension. The article analyzes data that explain the complexity of the litigation phenomenon in Brazil, the inequalities that mark access to justice and the path of conflict, as well as inequalities in access to the internet. The article defends those solutions based on efficient assumptions tend to influence legislative reforms that distance themselves from the equalization of access. The conclusions of the article points in the sense of tensioning the premises that mark the project, signaling possible contexts that may emerge with its approval.

**Keywords:** Project of law 533/2019; interest in acting; resisted pretension; access to justice; inequalities.

**Sumário:** 1 Introdução: premissas centrais do Projeto de Lei 533/2019; 2 Desconstruindo as premissas do PL: referenciais teóricos e dados empíricos sobre a litigiosidade no Brasil; 2.1 Sobre os brasileiros considerarem o Judiciário a melhor via para solução de seus conflitos; 2.2 Sobre a alta litigiosidade do brasileiro e sua procura inconsciente pelo Judiciário; 2.3 Sobre a necessidade de impor o uso de outras vias extrajudiciais, inclusive virtuais, para redirecionar reclamações; 3 Considerações finais; Lista de Referências.

## 1 INTRODUÇÃO: PREMISSAS CENTRAIS DO PROJETO DE LEI 533/2019

Este artigo analisa as propostas do PL nº 533/2019, a partir de dados e pesquisas empíricas sobre a realidade de desigualdade no acesso à justiça no Brasil. O projeto mencionado pretende alterar os arts. 17, parágrafo único e o 491, §3º do Código de Processo Civil de 2015 (CPC), com a inserção da resistência do réu ao cumprimento da obrigação na ideia do interesse de agir. Em sua justificativa, o projeto de lei (PL) explicita que o seu objetivo é a incorporação na legislação processual do conceito de pretensão resistida, de modo que fique comprovado que houve uma tentativa de solução do conflito antes da sua judicialização<sup>2</sup>.

A primeira versão do texto do PL, de autoria de Júlio Delgado (PSB-MG), data de 06/02/2019 e foi sucedida por dois substitutivos e uma emenda ao primeiro substitutivo: Substitutivo de 05/06/2019 (Deputado Vinicius Carvalho - PRB-SP); Emenda ao substitutivo de 18/06/2019 (Deputado Eli Corrêa Filho - DEM-SP); e Substitutivo n. 2 de 03/09/2019 (Deputado Vinicius Carvalho - PRB-SP)<sup>3</sup>.

Segundo as justificativas apresentadas, as mudanças propostas estariam situadas no contexto da alta litigiosidade brasileira que ocorreria pela procura imediata do Judiciário para solução dos conflitos sem a tentativa de medidas administrativas anteriores de solução, ou seja, a busca pela justiça estatal seria considerada como primeira opção pelo cidadão. A necessidade de comprovação da pretensão resistida, portanto, possibilitaria, potencialmente, a redução do número de ações, o desafogamento do Judiciário e a redução da morosidade no julgamento das ações. Citam como canais possíveis para soluções extrajudiciais: Serviço de Atendimento ao Consumidor (SAC) dos próprios fornecedores, Ouvidoria, Consumidor.gov.br e Procons. Isso seria possível pelo fato de as empresas serem “as maiores interessadas em esclarecer e resolver as dúvidas e questões mencionadas pelos clientes”, o que colaboraria para uma solução extrajudicial e amigável<sup>4</sup>.

Vemos por excertos da própria justificativa do PL:

A medida parte da ideia que a maioria das pessoas tem a falsa premissa que é melhor recorrer ao Judiciário, ao invés de tentar solucionar o conflito, primeiramente, por meios administrativos. Não é razoável que o Judiciário, até por um aspecto estrutural e orçamentário, continue sendo o primeiro, único e o mais atrativo – financeiramente – acesso de materialização de direitos<sup>5</sup>.

2 BRASIL. *Projeto de Lei nº 533, de 06 de fevereiro de 2019*. Acrescenta o parágrafo único ao artigo 17 e § 3º ao artigo 491, ambos do Código de Processo Civil, 2019.

3 Os andamentos do PL podem ser consultados em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2191394>.

4 BRASIL. *Projeto de Lei nº 533, de 06 de fevereiro de 2019*. Acrescenta o parágrafo único ao artigo 17 e § 3º ao artigo 491, ambos do Código de Processo Civil, 2019.

5 BRASIL. *Projeto de Lei nº 533, de 06 de fevereiro de 2019*. Acrescenta o parágrafo único ao artigo 17 e § 3º ao artigo 491, ambos do Código de Processo Civil, 2019.

Em reportagem sobre a tramitação do PL, Oyama<sup>6</sup> ressalta as divergências de posicionamentos favoráveis e desfavoráveis sobre ele e as justificativas que embasaram a elaboração da proposta, as quais circunscrevem, sobretudo, a necessidade de contenção e controle da sobrecarga do Judiciário. Nesse sentido, inclusive faz menção a fala concedida pelo próprio autor do projeto - Júlio Delgado - que coloca como fator em evidência a necessidade de gestão quantitativa do número de processos no judiciário a partir de uma experiência pessoal de um amigo na magistratura<sup>7</sup>.

A principal motivação para a apresentação do projeto de lei é o inchaço do Judiciário. “Um colega meu assumiu a magistratura e assumiu 11 mil processos. O objetivo do projeto de lei é aumentar as pequenas causas para ajudar a desafogar o Judiciário”, disse ao JOTA o autor do projeto de lei, deputado Júlio Delgado (PSB-MG)<sup>8</sup>.

Logo, é possível identificar que a premissa que sustenta, sobremaneira, as justificativas para a proposta de alteração legislativa é a de que *há alta litigiosidade da população brasileira, que decorre, por sua vez, de um caminho livre até o Judiciário e de uma preferência inconsciente dos consumidores pela solução judicial do conflito*. Tem-se, também, a premissa de que os consumidores não buscam outras vias administrativas, o que gera alto custo ao Estado.

Com relação a essas premissas, o parecer do Relator Deputado Vinicius Carvalho apresentado em 05 de abril de 2021 na Comissão de Defesa do Consumidor ressalta que no texto do PL, conjuntamente com suas justificativas, o autor da referida proposta legislativa “destaca que o Judiciário está se tornando a forma mais utilizada para o acesso do consumidor aos seus direitos”<sup>9</sup>. Nesse documento, ainda, alguns dados são trazidos na justificativa:

Conforme explicitado em sua justificação, o projeto de lei sob exame visa incentivar a resolução de conflitos entre as partes via administrativa antes de recorrer ao Poder Judiciário que custa cerca de *R\$ 91 bilhões aos cofres públicos*.

(...)

De fato, muitos consumidores sequer entram em contato com o fornecedor para resolução do caso, *preferindo* o ajuizamento de ações para obter o seu ressarcimento. Como consequência, o Judiciário recebe diariamente uma enxurrada de demandas de clientes insatisfeitos com produtos ou serviços adquiridos. E é somente no decorrer das ações que se percebe que tal situação se

6 OYAMA, Érico. Projeto obriga consumidor a buscar acordo antes de acionar Justiça. Objetivo do projeto de lei é reduzir o inchaço do poder Judiciário. JOTA. Disponível em: <https://www.jota.info/coberturas-especiais/relacoes-de-consumo/projeto-obriga-consumidor-a-buscar-acordo-antes-de-acionar-justica-22042021>.

7 OYAMA, op. cit..

8 OYAMA, op. cit..

9 BRASIL. PRL 3 CDC. Parecer do relator, Dep Vinicius Carvalho, pela aprovação do PL nº 533/2019, e da emenda nº 1/2019, apresentada ao Substitutivo, com Substitutivo, 2021.

deve, em boa parte, à ausência de tentativa de resolução do problema antes da sua judicialização<sup>10</sup>.

Portanto, as premissas fundamentais do projeto, dos seus substitutivos e das suas emendas são o (i) excesso de litigiosidade, (ii) a facilidade de acesso ao Judiciário, presumido como arena prioritária pela população, e (iii) a necessidade de impor o uso de outras vias extrajudiciais, inclusive virtuais, para redirecionar reclamações e demandas que hoje acarretariam custos excessivos para a justiça e que causam o seu congestionamento.

Todavia, esse discurso está amparado em um ideário de acesso universal à justiça que não é a realidade no Brasil, sobretudo em articulação com as desigualdades estruturais presentes no contexto nacional. A própria noção da universalidade do acesso à justiça tem sido importante ponto de reflexão das pesquisas em direito que, com diferentes perspectivas teóricas e metodológicas, têm historicamente formado uma perspectiva que desconstrói esse ideal e complexifica o olhar sobre o fenômeno da litigiosidade, como será visto pelos dados e referências ao longo do texto.

É a partir da perspectiva de acesso à justiça que analisa os caminhos desiguais dos conflitos no Brasil e os contextos socioeconômicos que atravessam sua chegada até o Judiciário que será analisado o que essa nova exigência da “pretensão resistida” pode representar nesse percurso.

## **2 DESCONSTRUINDO AS PREMISSAS DO PL: REFERENCIAIS TEÓRICOS E DADOS EMPÍRICOS SOBRE A LITIGIOSIDADE NO BRASIL**

As premissas que amparam o discurso do PL nº 533/19, embora constituam discurso frequente, são desafiadas por dados empíricos sobre: (i) o acesso à justiça, especialmente relativos à litigiosidade e à percepção dos brasileiros sobre o Judiciário e sua atuação enquanto via adequada para solução de seus conflitos; e (ii) o acesso dos brasileiros a internet e, por sua vez, às plataformas digitais do Procon e do consumidor.gov.

Essas dimensões que pretendem ser analisadas ao longo do artigo partem de referenciais teóricos de acesso à justiça que tensionam seu ideário universal, reconhecendo a necessidade de políticas públicas redistributivas<sup>11</sup> e propondo perspectivas de análise sobre problemas de acesso em atenção às desigualdades e a como elas são reduzidas, reproduzidas ou reinventadas no Judiciário<sup>12</sup>.

10 BRASIL. PRL 3 CDC. Parecer do relator, Dep Vinicius Carvalho, pela aprovação do PL nº 533/2019, e da emenda nº 1/2019, apresentada ao Substitutivo, com Substitutivo, 2021

11 GALANTER, Marc. *Por que “quem tem” sai na frente*: especulações sobre os limites da transformação do direito. Tradução e organização de Ana Carolina Chasin. São Paulo: FGV Direito SP, 2018, p. 80-86; GABBAY, Daniela Monteiro; COSTA, Susana Henriques da; ASPERTI, Maria Cecília de Araujo. Acesso à justiça no Brasil: reflexões sobre as escolhas políticas e a necessidade de construção de uma nova agenda de pesquisa. *Revista Brasileira de Sociologia*, v. 6, n. 3, set./dez., 2019, p. 152-181

12 SANDEFUR, R. L. Access to Civil Justice and Race, Class, and Inequality. *Annu. Rev. Sociol.*, 34, 2008, p. 339-358.

Conforme análise Gabbay, Costa e Asperti<sup>13</sup> das reformas legislativas<sup>14</sup> processuais e estruturais do sistema de justiça no Brasil a partir da Constituição Federal de 88, discursos diversos sobre acesso à justiça foram mobilizados, com diferentes significados sendo atribuídos a própria noção de acesso à justiça e sua pretensão universalizante. Sem deixar de reconhecer a relevância e o potencial explicativo das ondas renovatórias de Cappelletti e Garth<sup>15</sup>, tal referencial foi e vem sendo utilizado de modo superficial na explicação dos problemas de acesso à justiça que se particularizam no contexto brasileiro de desigualdades complexas, profundas e estruturais e de um fenômeno de litigiosidade que justamente se desenha a partir delas<sup>16</sup>.

Essas redefinições sobre os caminhos teóricos do acesso à justiça e dos potenciais descritivos e analíticos das ondas renovatórias foram debatidos no evento “Acesso à justiça: velhos problemas, novos dilemas”<sup>17</sup>, no qual se discutiu a ausência de um conceito atual de acesso à justiça no Brasil (e, eventualmente, uma atualização das ondas pensadas outrora<sup>18</sup>) que possa embasar escolhas relativas a políticas públicas realmente comprometidas com a sua democratização. Os debates trouxeram à tona a presença de discursos que atravessam escolhas de políticas públicas de acesso à justiça que figuram como verdadeiras justificativas institucionais de eficiência e gestão de processos e que esvaziam o sentido de justiça do conceito de acesso<sup>19</sup>.

Alinhada a essas problematizações, é possível concluir que as reformas legislativas implementadas a partir dos anos 1990 e 2000 no Brasil reproduziram a mesma dinâmica de concentração de acesso à justiça para quem já tinha e “a redistribuição do acesso à justiça deixou de estar presente nas escolhas político-legislativas feitas no

- 
- 13 GABBAY, Daniela Monteiro; COSTA, Susana Henriques da; ASPERTI, Maria Cecília de Araujo. Acesso à justiça no Brasil: reflexões sobre as escolhas políticas e a necessidade de construção de uma nova agenda de pesquisa. *Revista Brasileira de Sociologia*, v. 6, n. 3, set./dez., 2019, p. 152-181.
- 14 As autoras analisam os marcos normativos que circunscrevem a formação dos juizados especiais; a regulamentação da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85); a Emenda Constitucional 45/2004 responsável pela reforma do Judiciário; e, por fim, a promulgação do novo CPC.
- 15 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Editora Sergio Antonio Fabris, 1988; FERRAZ, Leslie Shériida et al. Repensando o acesso à justiça: velhos problemas, novos desafios. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*. v. 4, n. 3, out., 2017, p. 171-212.
- 16 Sobre as ondas renovatórias de acesso à justiça, autores trazem também algumas novas associadas a movimentos atuais, como ética dos profissões jurídicas, internacionalização, tecnologia, dentre outras preocupações. Cf. ECONOMIDES, Kim. Lendo as ondas do “Movimento de Acesso à Justiça”: epistemologia versus metodologia? In PANDOLFI, Dulce Chaves et. al. *Cidadania, Justiça e Violência*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999, p. 61-76; MOREIRA, Tássia Rodrigues. O acesso democrático à justiça na era da tecnologia: uma questão de política pública. In *Anais do II Encontro Virtual do CONPEDI*. Acesso à justiça II, 2020, p. 228- 243. Disponível em: <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/nl6180k3/2i8uuq04/os73m777Ys9VIU9S.pdf>.
- 17 FERRAZ, Leslie Shériida et al. Repensando o acesso à justiça: velhos problemas, novos desafios. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*. v. 4, n. 3, out., 2017, p. 171-212.
- 18 Sobre a atualização das ondas renovatórias e perspectivas históricas sobre o desenvolvimento do Projeto Florença, destaca-se a fala do Prof. Kim Economides registrada no citado artigo do evento: FERRAZ, Leslie Shériida et al. Repensando o acesso à justiça: velhos problemas, novos desafios. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*. v. 4, n. 3, out., 2017, p. 171-212.
- 19 FERRAZ, Leslie Shériida et al. Repensando o acesso à justiça: velhos problemas, novos desafios. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*. v. 4, n. 3, out., 2017, p. 171-212.

Brasil<sup>20</sup>. Ressaltam uma preponderância nas motivações e nos próprios textos legais de um discurso eficientista sobre o acesso à justiça que serviu e ainda vem servindo de embasamento para escolhas de gestão quantitativa de processos, as quais não se voltam para a elaboração de políticas públicas para um acesso mais justo e igualitário<sup>21</sup>.

Nesse cenário, ao identificar as motivações do PL, é preciso compreender a fundo como se dá a formatação da litigância no Brasil, em especial diante dos reflexos das desigualdades estruturais e acentuadas no perfil de quem acessa o Judiciário e a quem o grande volume de processos beneficia.

A sobrecarga, segundo Galanter<sup>22</sup>, pode conformar uma vantagem estratégica dos litigantes habituais em relação aos aparatos institucionais/judiciais. Isso porque, a sobrecarga traz, muitas vezes, a máxima de que é melhor uma solução negociada entre as partes antes da judicialização do que uma resolução do problema tida como excessivamente morosa no âmbito do judiciário. Essa narrativa carrega consigo um engodo falacioso, como ressalta o autor, na medida em que obsta mudanças legislativas baseadas na realidade de quem de fato acessa à justiça e beneficia aquele que atua socialmente em sucessivas e sistemáticas violações de direitos. Logo, a sobrecarga consiste em fator a ser refletido nas dinâmicas desiguais de acesso à justiça e a necessidade de políticas públicas redistributivas - como se verá pelos dados articulados abaixo - e não de forma reducionista como um fim em si mesmo, como reputa a reforma proposta pelo PL.

Por justamente o projeto impor a necessidade de busca de meios negociais como filtros prévios, em particular em demandas ajuizadas por consumidores (em regra litigantes eventuais) contra fornecedores, é preciso investigar o caminho/processamento do conflito e das disputas<sup>23</sup> para lançar luz no acesso à justiça antes mesmo de o conflito ser institucionalizado e traçar possíveis perfis sociais de quem não acessa<sup>24</sup>. Essas contradições que marcam o (não) acesso à justiça foram refletidas na produção dos dados do Índice de Confiança na Justiça (ICJ Brasil<sup>25</sup>) - trabalhados mais detidamente abaixo - elaborados a partir do reconhecimento dessa formação do conflito que antecede e não se esgota no Judiciário. Oliveira e Cunha<sup>26</sup> revisitam a agenda de pesquisa em acesso à justiça no Brasil e, conjugando as teorias de “necessidades legais,

20 GABBAY, Daniela Monteiro; COSTA, Susana Henriques da; ASPERTI, Maria Cecília de Araujo. Acesso à justiça no Brasil: reflexões sobre as escolhas políticas e a necessidade de construção de uma nova agenda de pesquisa. *Revista Brasileira de Sociologia*, v. 6, n. 3, set./dez., 2019, p. 176.

21 GABBAY, Daniela Monteiro; COSTA, Susana Henriques da; ASPERTI, Maria Cecília de Araujo. Acesso à justiça no Brasil: reflexões sobre as escolhas políticas e a necessidade de construção de uma nova agenda de pesquisa. *Revista Brasileira de Sociologia*, v. 6, n. 3, set./dez., 2019.

22 GALANTER, Marc. *Por que “quem tem” sai na frente*: especulações sobre os limites da transformação do direito. Tradução e organização de Ana Carolina Chasin. São Paulo: FGV Direito SP, 2018, p. 80-86.

23 FELSTINER, William L. F., ABEL, Richard L., SARAT, Austin. The emergence and transformation of disputes: naming, blaming, claiming. *Law and Society Review*, v. 15, 1980.

24 FERRAZ, Leslie Shérica et al. Repensando o acesso à justiça: velhos problemas, novos desafios. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*. v. 4, n. 3, out., 2017, p. 171-212.

25 RAMOS, Luciana de Oliveira et. al. *Relatório com os dados da pesquisa Índice de Confiança na Justiça (ICJBrasil) referente às coletas realizadas entre novembro de 2020 e janeiro de 2021*, FGV Direito SP, 2021.

26 CUNHA, Luciana Gross; OLIVEIRA, Fabiana Luci de. Medindo o acesso à Justiça Cível no Brasil. *Opinião Pública*, v. 22, n. 2, ago., 2016.

processamento do conflito e eventos judicializáveis<sup>27</sup>, colocam em perspectiva uma complexificação da litigiosidade social considerando não apenas as formas disponíveis e mobilizadas pelos indivíduos para chegarem ao sistema de justiça, mas antes disso se se reconhecem como titulares de direitos, como percebem o Judiciário enquanto potencial de solução de seus conflitos e como se comportam perante uma violação.

Para além de tensionarem um discurso de uma “cultura de judicialização”<sup>28</sup> presente no Brasil, esses dados e pesquisas indicam que existem cifras ocultas nesse caminho que, na verdade, demandam mais pesquisas e dados empíricos para se pensar soluções para o (in)acesso à justiça. Essas cifras se situam em fases que antecedem à institucionalização do conflito e que residem na própria forma como a população se entende em uma situação tutelável pelo direito e enxerga as instituições do sistema de justiça e o próprio Judiciário como possíveis âmbitos de solução de seus conflitos.

Dada a complexidade dos entraves, como será observado pelos dados, a reflexão para soluções sobre o acesso à justiça possivelmente se distanciam de propostas que reduzem o problema a uma questão de gestão numérica de processos. Portanto, passa-se a análise dos principais pressupostos que sustentam a proposta de mudança legislativa sobre interesse de agir e como eles dialogam (ou não) com a realidade do acesso à justiça no Brasil.

## 2.1 Sobre os brasileiros considerarem o Judiciário a melhor via para solução de seus conflitos

Esta primeira premissa do PL pode ser desafiada a partir dos dados de percepção dos brasileiros sobre o Judiciário enquanto via adequada para as soluções de seus conflitos e problemas a partir dos quais é possível afirmar que *o brasileiro não confia na Justiça e não a considera a melhor via para encaminhamento de suas demandas*<sup>29</sup>.

Em primeiro lugar, por meio da análise dos dados do Índice de Confiança na Justiça no Brasil (ICJBrasil)<sup>30</sup>, é possível debater seriamente sobre a percepção do brasileiro a respeito do Judiciário. Nesse sentido, é a partir do que os sujeitos percebem sobre a atuação dessa instituição que se podem considerar como possíveis atitudes/predisposições na judicialização de uma experiência de conflito. Por fim, por meio da conjugação entre o que se percebe e como se predispõe agir, é possível projetar o que chega ao Judiciário e elencar algumas circunstâncias de ordem social relevantes<sup>31</sup>.

27 CUNHA, Luciana Gross; OLIVEIRA, Fabiana Luci de. Medindo o acesso à Justiça Cível no Brasil. *Opinião Pública*, v. 22, n. 2, ago., 2016.

28 ZAPATER, Tiago C. Vaitekunas. *Reflexões sobre o PL 533/19 e a necessária mudança da cultura de judicialização*. Conjur, 20 out. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-out-20/zapater-reflexoes-pl-53319-cultura-judicializacao>.

29 RAMOS, Luciana de Oliveira et. al. *Relatório com os dados da pesquisa Índice de Confiança na Justiça (ICJBrasil) referente às coletas realizadas entre novembro de 2020 e janeiro de 2021*, FGV Direito SP, 2021.

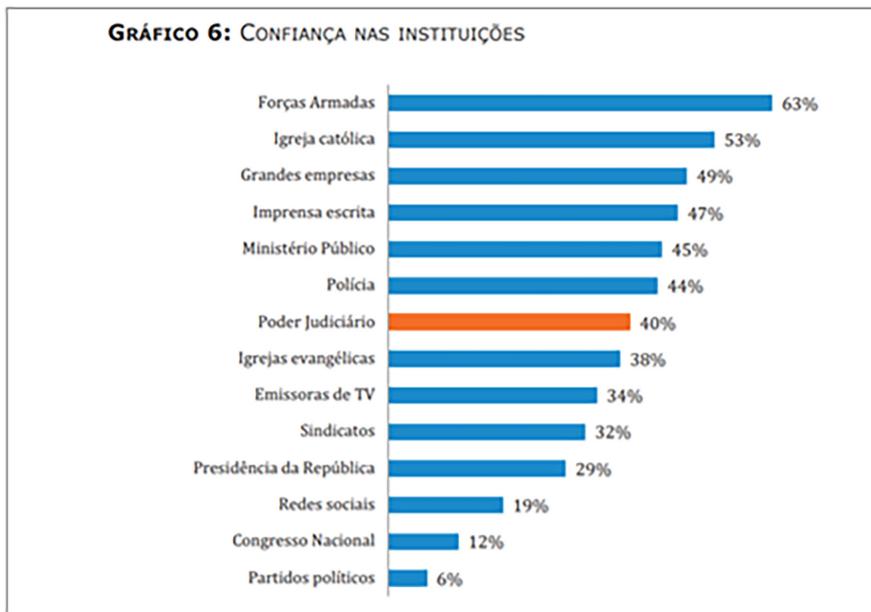
30 O Índice de Confiança da Justiça no Brasil (ICJBrasil) é formado a partir da combinação ponderada dos índices de percepção e de atitude.

31 CUNHA, Luciana Gross; OLIVEIRA, Fabiana Luci de. Acesso à justiça: percepção e comportamento dos brasileiros. In OLIVEIRA, Vanessa Elias de (Org.). *Judicialização de políticas públicas no Brasil*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2019;

Na série histórica produzida pelo ICJBrasil, a sociedade civil percebe o Judiciário como uma instituição *lenta, cara, difícil de utilizar*, pouco honesta, pouco confiável e pouco independente. Em uma escala de 0 a 10, o Judiciário é avaliado com média entre 5 e 5,3<sup>32</sup>. No relatório divulgado em 2021 o índice de confiança no Judiciário caiu, hoje remontando a 4,5 pontos<sup>33</sup>.

Destaca-se, para a presente análise, as percepções sobre altos custos e dificuldade de utilizar o Judiciário, as quais, conjugadas, indicam alguns elementos importantes sobre os gargalos que marcam o caminho até a judicialização. No último relatório de 2021, considerando o período analisado (novembro de 2020 e janeiro de 2021), 83% dos entrevistados entendem que o Judiciário resolve os casos de forma lenta ou muito lenta. O custo para acessar a Justiça também foi mencionado por 77% dos entrevistados, e 73% dos entrevistados declararam que é difícil ou muito difícil utilizar a Justiça<sup>34</sup>.

Figura 1. Gráfico sobre a confiança dos brasileiros nas instituições



Fonte: Relatório ICJ, Brasil, FGV Direito SP, 2021, p. 12.

RAMOS, Luciana de Oliveira et. al. *Relatório com os dados da pesquisa Índice de Confiança na Justiça (ICJBrasil) referente às coletas realizadas entre novembro de 2020 e janeiro de 2021*, FGV Direito SP, 2021.

32 CUNHA, Luciana Gross; OLIVEIRA, Fabiana Luci de. Acesso à justiça: percepção e comportamento dos brasileiros. In OLIVEIRA, Vanessa Elias de (Org.). *Judicialização de políticas públicas no Brasil*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2019, p. 157.

33 RAMOS, Luciana de Oliveira et. al. *Relatório com os dados da pesquisa Índice de Confiança na Justiça (ICJBrasil) referente às coletas realizadas entre novembro de 2020 e janeiro de 2021*, FGV Direito SP, 2021.

34 RAMOS, Luciana de Oliveira et. al. *Relatório com os dados da pesquisa Índice de Confiança na Justiça (ICJBrasil) referente às coletas realizadas entre novembro de 2020 e janeiro de 2021*, FGV Direito SP, 2021.

Não há, portanto, a percepção de que a justiça é a melhor via, muito menos a preferida. Em termos de instituições, na realidade, o índice de confiança nas grandes empresas (49%) é até mesmo superior à confiança no Judiciário (40%)<sup>35</sup>. Isso indica que as pessoas não preferem usar o Judiciário aos canais das empresas, mas que por outras razões, possivelmente a inacessibilidade e a irresponsividade dos canais de solução privados, acabam buscando a solução de seus conflitos via judicialização.

## 2.2 Sobre a alta litigiosidade do brasileiro e sua procura inconsciente pelo Judiciário

Dessa primeira premissa sobre a percepção e predisposição à judicialização dos conflitos pelo brasileiro, decorre a segunda premissa constante no nº 533/19, também muito repetida no senso comum, de que os brasileiros teriam um perfil altamente litigioso e a procura pelo Judiciário seria inconsciente.

Todavia, dados sobre as experiências da sociedade com o Judiciário e sobre os conflitos que, de fato, são conduzidos ao sistema de justiça, complexificam essa narrativa e trazem à tona uma outra realidade: *comparativamente com outros países, os brasileiros levam conflitos muito menos à justiça do que a média global, apesar de vivenciarem problemas legais com maior frequência.*

Oliveira e Cunha<sup>36</sup>, por meio de análises do ICJBrasil entre os anos de 2010-2014, consideram que o contexto social é aspecto importante no percurso observado para os conflitos e, em paralelo com as conclusões dos estudos sobre a realidade norte-americana e europeia, entendem que *a maioria dos conflitos que os brasileiros vivenciam não são conduzidos ao Judiciário, mesmo que apresentem linhas potencialmente judicializáveis.* Em média, a partir dos dados que as autoras trazem ano a ano para a série histórica mencionada, 22% dos entrevistados relatam terem vivenciado situações de violação de consumo, contudo apenas 9,4% deles asseveraram ter conduzido ao Poder Judiciário<sup>37</sup>. Comparativamente com outras temáticas, despeito de os conflitos de consumo serem considerados os principais conflitos que as pessoas consideram levar ao judiciário, eles são contraditoriamente os que apresentam essa maior redução percentual entre vivência e reclamação<sup>38</sup>.

Com relação à restrição do caminho do conflito no Brasil, é importante mencionar os dados apresentados pelo *World Justice Project “Global Insights on Access to Justice”*

35 RAMOS, Luciana de Oliveira et. al. *Relatório com os dados da pesquisa Índice de Confiança na Justiça (ICJBrasil) referente às coletas realizadas entre novembro de 2020 e janeiro de 2021*, FGV Direito SP, 2021.

36 Medindo o acesso à Justiça Cível no Brasil. *Opinião Pública*, v. 22, n. 2, ago., 2016, p. 318-349

37 CUNHA, Luciana Gross; OLIVEIRA, Fabiana Luci de. Medindo o acesso à Justiça Cível no Brasil. *Opinião Pública*, v. 22, n. 2, ago., 2016, p. 318-349, p. 345

38 CUNHA, Luciana Gross; OLIVEIRA, Fabiana Luci de. Medindo o acesso à Justiça Cível no Brasil. *Opinião Pública*, v. 22, n. 2, ago., 2016, p. 318-349, p. 345

(2019)<sup>39</sup> que articulam as experiências de um problema legal e sua possível condução aos órgãos públicos judiciais, por meio de coleta de dados nas três maiores cidades do país no ano de 2017.

Segundo a pesquisa e fluxograma elucidativo *infra*, 69% das brasileiras e dos brasileiros relataram a experiência de algum problema legal nos últimos dois anos, sendo que 32% reportaram problemas legais de consumo. Desse conjunto, 13% acessaram algum tipo de auxílio para solução de seus problemas, sendo que 1% considerou a resolução dos problemas em órgãos públicos, dentre os quais os tribunais/judiciário (“Courts or government body or police”). Importante acrescentar que a pesquisa contou com um índice de 12% de respondentes que relataram dificuldades ou praticamente impossibilidade financeira para resolver seus problemas legais<sup>40</sup>.

Figura 2. Fluxograma sobre a procura de auxílio jurídico pelos brasileiros



Fonte: World Justice Project, 2019

Colocando esses dados em uma perspectiva comparada com os de ordem global, o Brasil apresenta, ainda, alguns contextos mais impactantes, conforme o *World Justice Project*<sup>41</sup>:

- a) Os problemas legais são onipresentes: na média global, 49% relataram problemas de ordem legal nos últimos dois anos. O Brasil, com relação a esse índice, apresenta um percentual agudizado de 69%<sup>42</sup>;
- b) A maioria das pessoas não conduzem seus problemas a advogados ou tribunais: na média global, 29% das pessoas que experienciaram algum problema legal procuraram alguma forma ou auxílio para resolvê-lo, tendo a família e os amigos como espaço predominante de assistência. Com relação a esse índice, o Brasil também apresenta um índice mais grave, na medida em que apenas

39 Disponível em: <https://worldjusticeproject.org/our-work/research-and-data/global-insights-access-justice-2019>.

40 WORLD JUSTICE PROJECT. *Global Insights on Access to Justice*. Findings from the World Justice Project. General Population Poll in 101 Countries 2019.

41 WORLD JUSTICE PROJECT. *Global Insights on Access to Justice*. Findings from the World Justice Project. General Population Poll in 101 Countries 2019.

42 WORLD JUSTICE PROJECT. *Global Insights on Access to Justice*. Findings from the World Justice Project. General Population Poll in 101 Countries 2019.

13% do percentual de pessoas que relataram problemas legais procuram algum tipo de auxílio, com a manutenção da esfera pessoal de relações como espaço predominante de auxílio<sup>43</sup>.

Esses dados desafiam, portanto, a narrativa de um “excesso de acesso” no Brasil, na medida em que, além de indicarem o vão existente entre o que as pessoas reconhecem enquanto violações/problemas legais e o quanto ascendem essa realidade a uma dimensão passível de ser tutelada pelo Judiciário, tensionam os termos universais a partir dos quais o acesso à justiça é colocado: no contexto das situações de consumo, o alto índice de relatos de problemas legais coexiste com uma redução substancial das pessoas que de fato acionam a justiça (e as análises de percepção dão alguns indícios dos motivos para esse movimento) e com as desigualdades socioeconômicas - classe e escolaridade - que atravessam os sujeitos que chegam ao Judiciário<sup>44</sup>.

Destaca-se, portanto, o restrito caminho que o acesso à justiça apresenta no Brasil, sendo que é possível identificar “empecilhos de ordem socioeconômica, bem como simbólicos e culturais”<sup>45</sup> no processo de consideração do Judiciário enquanto via adequada de solução de problemas e, até mesmo, do processamento subjetivo do problema tido como pessoal enquanto um problema de ordem jurídica<sup>46</sup>.

Isso significa considerar que o caminho até o Poder Judiciário não é fácil e livre, e que os dados sobre acesso à justiça a partir dos conflitos já institucionalizados apresentam justamente o grande desafio da compreensão das desigualdades que marcam e se acumulam nas fases anteriores de formação/emergência do conflito judicial<sup>47</sup>, esfera esta que é atravessada de forma relevante por problemas legais e violações a direitos.

É possível identificar que as pesquisas aqui relatadas constroem análises que desafiam uma perspectiva estritamente quantitativa sobre o fenômeno do acesso à justiça e litigiosidade, o que Silva<sup>48</sup> propõe tensionar, quando da análise do perfil da litigância nos Juizados Especiais Cíveis, situando o acesso à justiça enquanto um problema empírico qualitativo e indicando o perfil “gerencial-eficientista” que marca as reformas do sistema de justiça.

O autor assevera que “reformas legislativas preocupadas exclusivamente com aspectos procedimentais ou com a gestão do volume de processos nos tribunais”<sup>49</sup> tocam em

43 WORLD JUSTICE PROJECT. *Global Insights on Access to Justice*. Findings from the World Justice Project. General Population Poll in 101 Countries 2019.

44 WORLD JUSTICE PROJECT. *Global Insights on Access to Justice*. Findings from the World Justice Project. General Population Poll in 101 Countries 2019.

45 CUNHA, Luciana Gross; OLIVEIRA, Fabiana Luci de. Acesso à justiça: percepção e comportamento dos brasileiros. In OLIVEIRA, Vanessa Elias de (Org.). *Judicialização de políticas públicas no Brasil*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2019, p. 172.

46 CUNHA, Luciana Gross; OLIVEIRA, Fabiana Luci de. Acesso à justiça: percepção e comportamento dos brasileiros. In OLIVEIRA, Vanessa Elias de (Org.). *Judicialização de políticas públicas no Brasil*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2019, p. 172.

47 FELSTINER, William L. F., ABEL, Richard L., SARAT, Austin. The emergence and transformation of disputes: naming, blaming, claiming. *Law and Society Review*, v. 15, 1980.

48 Por um acesso qualitativo à justiça - O perfil da litigância nos juizados especiais cíveis. *Rev. Fac. Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 75, jul./dez., 2019.

49 SILVA, Paulo Eduardo Alves da. Por um acesso qualitativo à justiça - O perfil da litigância nos juizados especiais cíveis. *Rev. Fac. Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 75, jul./dez., 2019, p. 464

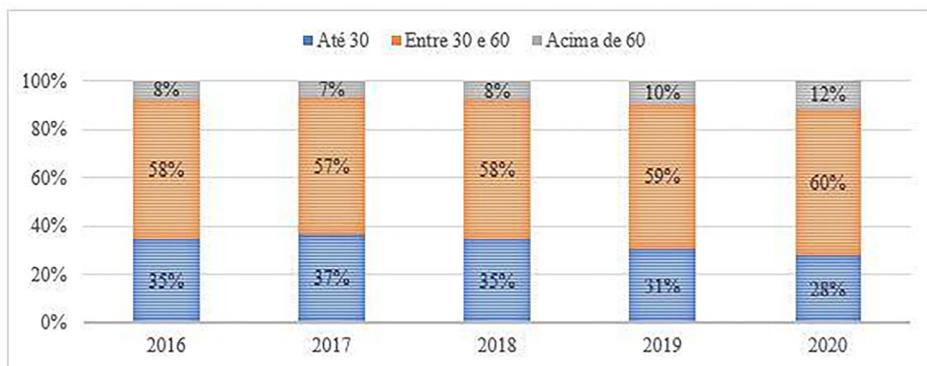
apenas uma faceta do problema, reduzem a complexidade do fenômeno da litigiosidade e não oferecem soluções efetivas. Nesse sentido, a produção de conhecimento na área de acesso à justiça em âmbito nacional não apresenta um grau de suficiência para a afirmativa do “excesso de acesso” e reformas legislativas que tomem esta máxima como pressuposto certamente apresentarão efeitos reduzidos ou até mesmo reveses no que se refere à construção de uma igualdade substancial de acesso à justiça<sup>50</sup>.

É muito arriscado pautar reformas legislativas que não levam em conta a realidade brasileira marcada por imensa desigualdade social, em que há pessoas na fila do osso<sup>51</sup> e crianças desmaiando nas escolas por fome<sup>52</sup>. Não se deve resolver o problema da justiça excluindo os cidadãos. É preciso redistribuir justiça e não ampliar desigualdades.

### 2.3 Sobre a necessidade de impor o uso de outras vias extrajudiciais, inclusive virtuais, para redirecionar reclamações

A terceira premissa do PL nº 533/19 é a de que impor a utilização de vias extrajudiciais é uma forma eficaz de incentivar soluções de conflitos fora do Poder Judiciário, reduzindo o volume de processos. Ela pode ser desafiada pelos dados relativos à acessibilidade das plataformas virtuais do PROCON e do consumidor.gov para a população brasileira, os quais indicam que há um *acesso muito desigual aos canais de atendimento, especialmente os virtuais*. Essa desigualdade pode ser observada pelos dados sistematizados abaixo:

Figura 3. Perfil etário do usuário do consumidor.gov



Fonte: SURIANI, 2022, no prelo.

50 SILVA, Paulo Eduardo Alves da. Por um acesso qualitativo à justiça - O perfil da litigância nos juizados especiais cíveis. *Rev. Fac. Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 75, jul./dez., 2019.

51 UOL. Famílias fazem fila para pegar ossos em Cuiabá, 20 dez. 2021. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=NSmEL8katiU>. Acesso em: 09 fev. 2022.

52 CARRANÇA, Thais. ‘Minha aluna desmaiou de forma’: professores denunciam crise urgente nas escolas brasileiras. *BBC News Brasil*, São Paulo, 17 nov. 2021. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-59215351>, Acesso em 09 fev. 2022.

Observando o gráfico os, é possível verificar a desigualdade acima mencionada. Por exemplo, os dados da série histórica de 2014-2020, da plataforma consumidor.gov (retirados dos Relatórios oficiais do Sistema Nacional de Informações da Defesa do Consumidor - SINDEC) mostram um predomínio, na sua utilização, das regiões do eixo sul-sudeste (70% das reclamações), de usuários jovens, com utilização restrita por idosos (apenas 9% eram idosos) com maior escolaridade (65% com ensino superior completo, 30% com ensino médio e apenas 5% com ensino fundamental)<sup>53</sup>. Os índices socioeconômicos acima enunciados evidenciam a presença de desigualdades no acesso à plataforma, que se colocam como desafios à perspectiva de ampliação de acesso à justiça por meio desse instrumento.

Nesse sentido, uma das conclusões importantes consiste no fato de que, a despeito da potencial ampliação de acesso à justiça que pode ser encontrada na plataforma do consumidor.gov, sobretudo com relação aos encaminhamentos realizados antes da institucionalização do conflito, o uso da plataforma não deveria ser considerado um requisito/filtro de acesso à justiça. Essa obrigatoriedade, inclusive, macularia o próprio processo de formação de uma solução, de fato, consensual (e que pressupõe liberdade de consentir)<sup>54</sup>.

Além disso, a solução proposta não toca as causas que explicam a alta litigiosidade consumerista. Nesse sentido, o debate aqui realizado deveria incluir a pergunta: quem dá origem à litigância repetitiva em matéria de consumo? As pesquisas até aqui realizadas<sup>55</sup> apontam para o papel determinante das falhas regulatórias e/ou condutas de violação sistemática de direitos por fornecedores com grande poder econômico, que também são os grandes litigantes do sistema de justiça. O excesso de demandas, individuais e coletivas, é apenas um reflexo desse fenômeno social que gera macrolitígios que desembocam em massa no Judiciário. Com isso em mente, seria importante pautar o debate sobre excesso de processo e gestão judicial em soluções voltadas à diminuição de situações de injustiças.

A saída deveria passar pela elaboração de políticas públicas preventivas e punitivas, baseadas em dados confiáveis, voltadas a aprimorar a atividade regulatória no Brasil, bem como a combater as violações de direitos pela maior conformidade da atuação dos fornecedores aos preceitos legais<sup>56</sup>. O problema está em quem provoca a litigância

53 SURIANI, Fernanda. Acesso à justiça: análise do caso consumidor.gov. br. In: DELCHIARO, Mariana Tonolli Chiavone; MAIA, Maurílio Casas (Orgs). *Refletindo sobre o acesso à justiça em contexto de litigância repetitiva*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2022

54 SURIANI, Fernanda. Acesso à justiça: análise do caso consumidor.gov. br. In: DELCHIARO, Mariana Tonolli Chiavone; MAIA, Maurílio Casas (Orgs). *Refletindo sobre o acesso à justiça em contexto de litigância repetitiva*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2022

55 GABBAY, Daniela Monteiro; CUNHA, Luciana Gross (Orgs.). *Litigiosidade, morosidade e litigância repetitiva no Judiciário: uma análise empírica*. São Paulo: Saraiva, 2012; SILVA, Marcos Rolim da. *Regulação Econômica e Processo Civil: tutela individual e coletiva na solução de conflitos envolvendo serviços públicos*. São Paulo: JusPodivm, 2022.

56 MARTINS, Nathana Maria Silva; BRITO, Dante Ponte. Acesso à justiça e pretensão resistida no âmbito extrajudicial como condição para propositura da ação pelo consumidor. *Revista da Academia de Ciências do Piauí*, ano 01, nº 01, jul./dez., 2020, p. 80 e 81.

repetitiva, na sua origem e não no pequeno percentual de consumidores que acessam a justiça, ainda que esse percentual signifique quantitativamente muitas demandas. O Judiciário assoberbado é reflexo de uma sociedade que despreza as leis em massa, não de uma alta litigiosidade individual. Dificultar o acesso ao Judiciário, portanto, só faz a essa balança ficar mais desigual.

O uso da plataforma de forma virtual também se conecta com um contexto geral brasileiro de acesso e falta de acesso à internet e seus recursos. Apesar do aumento de acesso à internet no Brasil nos últimos anos, *a inclusão digital ainda é restrita, precária e desigual*: dados do Comitê Gestor da Internet no Brasil - TIC Domicílios 2020 - ano base 2019<sup>57</sup>, demonstram que, embora haja um crescimento significativo nos últimos anos de acesso à internet, 26% dos brasileiros afirmam não serem usuários da internet sob qualquer forma (47 milhões de não usuários)<sup>58</sup>.

Figura 4. Uso da internet (usuárias/usuários)



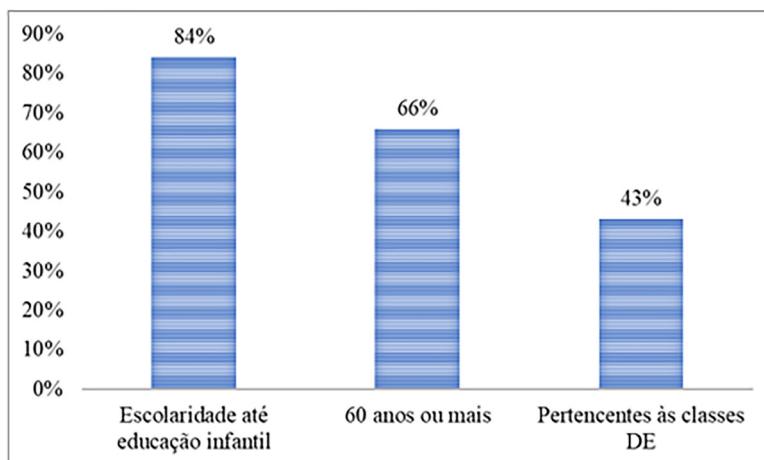
Fonte: TIC Domicílios 2019. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2020.

Além disso, conforme gráfico *infra*, outras reflexões podem ser realizadas sobre as desigualdades de acesso à internet, uma vez que o percentual dos não usuários pertence a um determinado perfil etário e, majoritariamente, está concentrado nas classes sociais DE (desigualdades etárias e socioeconômicas).

57 Disponível em: [https://cetic.br/media/docs/publicacoes/2/20211124201233/tic\\_domicilios\\_2020\\_livro\\_eletronico.pdf](https://cetic.br/media/docs/publicacoes/2/20211124201233/tic_domicilios_2020_livro_eletronico.pdf).

58 NÚCLEO DE INFORMAÇÃO E COORDENAÇÃO DO PONTO BR. *Pesquisa sobre o uso das tecnologias de informação e comunicação nos domicílios brasileiros: TIC Domicílios 2019*. Survey on the use of information and communication technologies in Brazilian households: ICT Households 2019, 1ª ed. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2020.

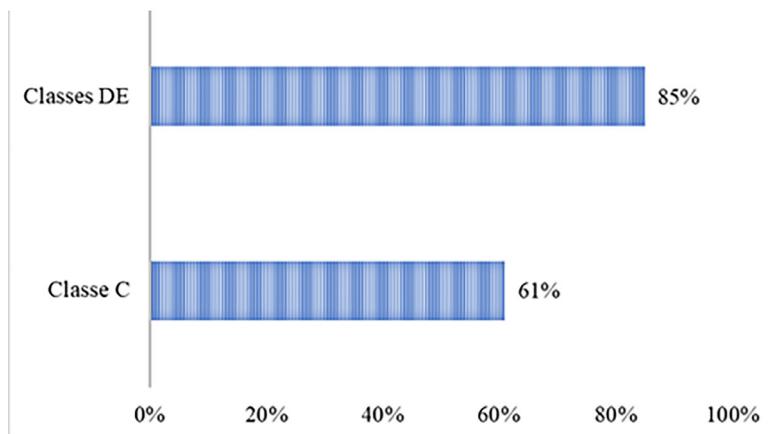
Figura 5. Perfil dos/as não usuários/as



Fonte: TIC Domicílios 2019. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2020.

Com relação ao acesso à internet, há, ainda, um significativo percentual de usuários exclusivos do celular (58%), sendo a ampla maioria nas classes DE (85%).

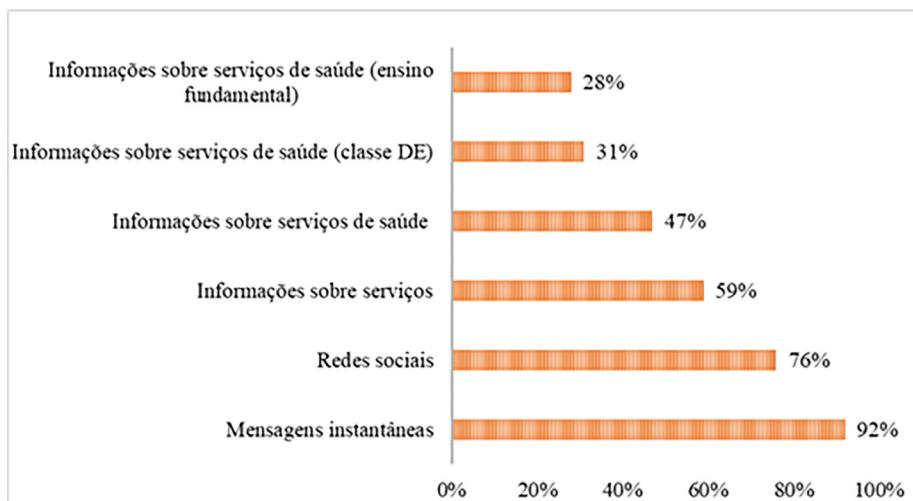
Figura 6. Uso exclusivo por telefone celular



Fonte: TIC Domicílios 2019. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2020.

Esse uso da internet, ainda, não é voltado para toda e qualquer atividade *online*. Enquanto 92% da população usa a internet para troca de mensagens via aplicativos e redes sociais, apenas 59% buscam informações sobre serviços, sendo que esse percentual cai para 31% para as classes DE e para 28% dentre aqueles com apenas o ensino fundamental completo.

Figura 7. Atividades online via celular



Fonte: TIC Domicílios 2019. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2020.

Pelos dados, portanto, não é possível presumir que o acesso digital é mais fácil que o acesso à justiça, na verdade os dados que existem são que o acesso às plataformas digitais é elitizado, com determinado perfil etário e com o uso de recursos específicos.

Por fim, os canais de atendimento das empresas são avaliados como insatisfatórios e irresponsivos: embora pelo Decreto n. 6.523/2008 seja mandatória a existência de canais de atendimento ao consumidor pelas empresas que prestam serviços regulados, estudo realizado para a Secretaria Nacional do Consumidor (SENACON), de 2020, demonstra que, “os usuários do SAC, em média, não percebem qualidade no serviço e não estão satisfeitos”<sup>59</sup>.

### 3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo deste artigo foi analisar as premissas que fundamentam o PL 533/2019 a partir da realidade do acesso à justiça no Brasil. Em diálogo com os referenciais teóricos e dados empíricos de estudos relativos à litigiosidade e acesso à tecnologia no Brasil, identificou-se que o projeto parte de pressupostos que não se coadunam com a realidade brasileira, além de endereçar de uma perspectiva exclusivamente eficientista a gestão de processos no sistema de justiça, deixando de lado, portanto, as desigualdades complexas que marcam o acesso à justiça no Brasil.

59 SENACON. *Estudo sobre alteração normativa do Decreto 6.523, de 31 de julho de 2008*. “PRODUTO 2 – o instrumento deverá levantar a percepção do consumidor dos serviços de telefonia móvel, comércio eletrônico, bancos, companhias aéreas e saúde suplementar, com os Serviços de Atendimento ao Consumidor (SACs)”.

Nesse sentido, o artigo aprofunda o olhar sobre o PL a partir de uma análise que conjuga dados de percepção e predisposição da população de acionar as vias judiciais e do (in)acesso à internet, desvelando as contradições que as premissas do projeto carregam e construindo um repertório de análise mais profundo sobre o fenômeno da litigiosidade e as formas de enfrentá-la. Conclui-se, então, que o volume de demandas judiciais não reflete uma preferência do brasileiro pela justiça, mas sim uma realidade na qual o consumidor vivencia com muita frequência uma ampla gama de problemas consumeristas sem que para tanto procure formas de solução judicial, cabendo a discussão de medidas para endereçar esses problemas, e não para restringir um acesso à justiça que já não é simples, muito menos distributivo.

Acresce-se a essa questão que os canais prévios de atendimento tendem a ser acessados predominantemente por uma população mais jovem, de maior renda e escolaridade, com acesso à informação e um acesso à internet efetivo, capaz de lhe proporcionar condições de manuseio e navegação suficientes para realizar e acompanhar uma reclamação.

Em outras palavras, se aprovado, o PL 533/2019 terá como consequência uma acentuação da desigualdade de acesso à justiça e uma elitização da justiça, não representando qualquer filtro para os cidadãos de maior renda e escolaridade, porém impondo óbices consideráveis àqueles para quem a justiça já é de difícil alcance.

Por fim, o artigo também tentou, a partir da análise do PL, contribuir com uma agenda de pesquisa sobre acesso à justiça que de fato enderece os verdadeiros desafios (e ainda não solucionados) relacionados a uma realidade de litigiosidade marcada pelas desigualdades da população brasileira. Corrobora-se, assim, com a necessidade de aprofundamento do estudo do conceito de acesso à justiça no Brasil, especialmente a partir de pesquisas empíricas que construam aportes quantitativos e qualitativos para reformas legislativas e políticas públicas comprometidas com a efetiva democratização e redistribuição do acesso à justiça para aqueles que continuam à margem do sistema.

## LISTA DE REFERÊNCIAS

BRASIL. *Projeto de Lei nº 533, de 06 de fevereiro de 2019. Acrescenta o parágrafo único ao artigo 17 e § 3º ao artigo 491, ambos do Código de Processo Civil, 2019.* Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1708243](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1708243).

BRASIL. *PRL 3 CDC. Parecer do relator, Dep Vinicius Carvalho, pela aprovação do PL nº 533/2019, e da emenda nº 1/2019, apresentada ao Substitutivo, com Substitutivo, 2021.* Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2276406>.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça.* Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Editora Sergio Antonio Fabris, 1988.

- CUNHA, Luciana Gross; OLIVEIRA, Fabiana Luci de. Medindo o acesso à Justiça Cível no Brasil. *Opinião Pública*, v. 22, n. 2, ago., 2016, p. 318-349.
- CUNHA, Luciana Gross; OLIVEIRA, Fabiana Luci de. Acesso à justiça: percepção e comportamento dos brasileiros. In OLIVEIRA, Vanessa Elias de (Org.). *Judicialização de políticas públicas no Brasil*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2019, p. 151-174.
- ECONOMIDES, Kim. Lendo as ondas do “Movimento de Acesso à Justiça”: epistemologia versus metodologia? In PANDOLFI, Dulce Chaves et. al. *Cidadania, Justiça e Violência*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999, p. 61-76
- FELSTINER, William L. F., ABEL, Richard L., SARAT, Austin. The emergence and transformation of disputes: naming, blaming, claiming. *Law and Society Review*, v. 15, 1980, p. 631-654.
- FERRAZ, Leslie Shériida. *Juizados especiais cíveis e acesso à justiça qualificado: uma análise empírica*. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.
- FERRAZ, Leslie Shériida. *Acesso à justiça: uma análise dos Juizados Especiais Cíveis no Brasil*. FGV Editora: Rio de Janeiro, 2010.
- FERRAZ, Leslie Shériida et al. Repensando o acesso à justiça: velhos problemas, novos desafios. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*. v. 4, n. 3, out., 2017, p. 171-212.
- GABBAY, Daniela Monteiro; CUNHA, Luciana Gross (Orgs.). *Litigiosidade, morosidade e litigância repetitiva no Judiciário: uma análise empírica*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- GABBAY, Daniela Monteiro; COSTA, Susana Henriques da; ASPERTI, Maria Cecília de Araujo. Acesso à justiça no Brasil: reflexões sobre as escolhas políticas e a necessidade de construção de uma nova agenda de pesquisa. *Revista Brasileira de Sociologia*, v. 6, n. 3, set./dez., 2019, p. 152-181
- GALANTER, Marc. *Por que “quem tem” sai na frente: especulações sobre os limites da transformação do direito*. Tradução e organização de Ana Carolina Chasin. São Paulo: FGV Direito SP, 2018.
- MARTINS, Nathana Maria Silva; BRITO, Dante Ponte. Acesso à justiça e pretensão resistida no âmbito extrajudicial como condição para propositura da ação pelo consumidor. *Revista da Academia de Ciências do Piauí*, ano 01, nº 01, jul./dez., 2020, p. 65-83.
- NÚCLEO DE INFORMAÇÃO E COORDENAÇÃO DO PONTO BR. *Pesquisa sobre o uso das tecnologias de informação e comunicação nos domicílios brasileiros: TIC Domicílios 2019*. Survey on the use of information and communication technologies in Brazilian households: ICT Households 2019, 1ª ed. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2020. Disponível em: [https://cetic.br/media/docs/publicacoes/2/20211124201233/tic\\_domicilios\\_2020\\_livro\\_eletronico.pdf](https://cetic.br/media/docs/publicacoes/2/20211124201233/tic_domicilios_2020_livro_eletronico.pdf). Acesso em: 07 nov. 2021.
- NUNES, Dierle; TEIXEIRA, Ludmila. *Acesso à justiça democrático*. Gazeta Jurídica: Brasília, 2013.
- OYAMA, Érico. Projeto obriga consumidor a buscar acordo antes de acionar Justiça. Objetivo do projeto de lei é reduzir o inchaço do poder Judiciário. *JOTA*. Disponível em: <https://www.jota.info/coberturas-especiais/relacoes-de-consumo/projeto-obriga-consumidor-a-buscar-acordo-antes-de-acionar-justica-22042021>.

- RAMOS, Luciana de Oliveira; CUNHA, Luciana Gross; OLIVEIRA, Fabiana Luci; SAMPAIO, Joelson de Oliveira. *Relatório com os dados da pesquisa Índice de Confiança na Justiça (IC-JBrasil) referente às coletas realizadas entre novembro de 2020 e janeiro de 2021*, FGV Direito SP, 2021. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/30922/Relato%cc%81rio%20ICJBrasil%202021.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 07 nov. 2021.
- SANDEFUR, R. L. Access to Civil Justice and Race, Class, and Inequality. *Annu. Rev. Sociol.*, 34, 2008, p. 339-358.
- SENACON. *Estudo sobre alteração normativa do Decreto 6.523, de 31 de julho de 2008. “PRODUTO 2 – o instrumento deverá levantar a percepção do consumidor dos serviços de telefonia móvel, comércio eletrônico, bancos, companhias aéreas e saúde suplementar, com os Serviços de Atendimento ao Consumidor (SACs)”*. Disponível em [https://www.defesadoconsumidor.gov.br/images/Produto\\_2\\_Relatorio\\_SAC\\_VFinal.pdf](https://www.defesadoconsumidor.gov.br/images/Produto_2_Relatorio_SAC_VFinal.pdf). Acesso em 07 nov. 2021.
- SILVA, Marcos Rolim da. *Regulação Econômica e Processo Civil: tutela individual e coletiva na solução de conflitos envolvendo serviços públicos*. São Paulo: JusPodivm, 2022.
- SILVA, Paulo Eduardo Alves da. Por um acesso qualitativo à justiça - O perfil da litigância nos juizados especiais cíveis. *Rev. Fac. Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 75, jul./dez., 2019, p.443-466.
- SURIANI, Fernanda. Acesso à justiça: análise do caso consumidor.gov.br. In: DELCHIARO, Mariana Tonolli Chiavone; MAIA, Maurílio Casas (Orgs). *Refletindo sobre o acesso à justiça em contexto de litigância repetitiva*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2022. [No prelo].
- WORLD JUSTICE PROJECT. *Global Insights on Access to Justice*. Findings from the World Justice Project. General Population Poll in 101 Countries 2019. Disponível em: <https://worldjusticeproject.org/our-work/research-and-data/global-insights-access-justice-2019>>. Acesso em 07 nov. 2021.
- ZAPATER, Tiago C. Vaitekunas. *Reflexões sobre o PL 533/19 e a necessária mudança da cultura de judicialização*. *Conjur*, 20 out. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-out-20/zapater-reflexoes-pl-53319-cultura-judicializacao>.

## NOTÍCIAS

- CARRANÇA, Thais. ‘Minha aluna desmaiou de fome’: professores denunciam crise urgente nas escolas brasileiras. *BBC News Brasil*, São Paulo, 17 nov. 2021. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-59215351>. Acesso em 09 fev. 2022.
- UOL. Famílias fazem fila para pegar ossos em Cuiabá, 20 dez. 2021. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=NSmEL8katiU>. Acesso em: 09 fev. 2022.



## Cooperação judiciária nacional e litígios coletivos

National judicial cooperation and collective litigation

*Tiago do Carmo Martins*

PhD Candidate at the Vale do Itajaí University's Law School.

**Resumo:** O artigo aborda a cooperação judiciária nacional em processos coletivos, em especial a centralização de processos repetitivos, buscando enfoque que privilegie a tutela efetiva dos direitos materiais sob litígio, o que é possível através flexibilização e adaptabilidade do procedimento e da aplicação do princípio da competência adequada.

**Palavras-chave:** Cooperação judiciária nacional. Centralização de processos repetitivos. Competência adequada.

**Abstract:** The article addresses national judicial cooperation in collective litigation, in particular the centralization of repetitive processes, seeking an approach that favors the effective protection of material rights under litigation, which is possible through the flexibility and adaptability of the procedure and the application of the principle of adequate competence.

**Key-words:** National judicial cooperation. Centralization of repetitive processes. Proper competence.

### INTRODUÇÃO

A complexidade da sociedade contemporânea e o desenvolvimento de direitos que transcendem ao indivíduo (meio-ambiente, biotecnologia e novos tratamentos medi-

cinais, litígios coletivos sobre moradia, entre outros), apresentam desafios ao Direito e ao processo. Demandas marcadas por complexidade (possibilidade de mais de uma solução para o conflito) e multipolaridade (os interesses em jogo vão além das posições defendidas por autor e réu)<sup>1</sup> tornam-se mais frequentes.

O litígio coletivo, “conflito de interesses que se instala envolvendo um grupo de pessoas, mais ou menos amplo, sendo que essas pessoas são tratadas pela parte contrária como um conjunto, sem que haja relevância significativa em qualquer de suas características estritamente pessoais”<sup>2</sup>, cada vez mais se apresenta ao Judiciário.

Dentro do gênero “litígio coletivo”, inserem-se também as ações que se apresentam de forma individual ao Poder Judiciário, mas que tem uma origem comum (art. 81, III da Lei 8.078/90), com possibilidade de se identificar e precisar quem são os sujeitos concretamente atingidos.

Sua repetição em larga escala, como ocorre em ações que se pleiteiam acesso a determinado tratamento de saúde, também desafia as Cortes de Justiça, pois é comum o ajuizamento de diversas ações semelhantes por cada um dos interessados (litígios de massa), ao invés de uma única ação coletiva que se proponha a enfrentar o problema de forma global e mais eficiente.

Em tais situações, é comum que a avalanche de processos, apresentados individualmente ao invés de assumirem roupagem coletiva<sup>3</sup>, tragam aos distintos juízos competentes uma visão fragmentada da lide, além de comprometer a capacidade de gerenciamento de casos<sup>4</sup>, tanto na perspectiva da *Court Management* quanto do *Case Management*<sup>5</sup>; e levar, muitas vezes, à fragilização da isonomia, pois a ocorrência de decisões conflitantes é sempre um risco concreto.

- 1 DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. ELEMENTOS PARA UMA TEORIA DO PROCESSO ESTRUTURAL APLICADA AO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO. *Revista de Processo*, vol. 303/2020, p. 45 – 81, Maio / 2020, p. 50.
- 2 VITORELLI, Edilson. *Processo civil estrutural: teoria e prática*. São Paulo: JusPudivm, 2022, p. 30-31.
- 3 Na expressão de Zaneti Jr, os casos repetitivos são uma “espécie de processo coletivo *opt-in*” (no qual as partes podem optar por fazer parte do grupo a ser tutelado), componentes do modelo misto de tutela coletiva brasileira: “O Brasil, país que já é reconhecido por ter, concomitantemente, o controle de constitucionalidade difuso americano e o controle de constitucionalidade concentrado do modelo europeu, inova mais uma vez, saindo na frente com um modelo misto de tutela coletiva, ao mesmo tempo *opt-in* e *opt-out*” (o último representando a faculdade de ser excluído dos efeitos da ação coletiva proposta pelo legitimado extraordinário). ZANETI JR., Hermes. Os casos repetitivos no Brasil: Notas sobre a agregação de litígios, o processo coletivo e os precedentes vinculantes no CPC/215. *Revista Iberoamericana de Derecho Processual*. Vol. 7/2018, p. 225-246, Jan.-Jun./2018, p. 229-230.
- 4 “[...] os instrumentos de gestão processual não se limitam às ferramentas legais de adaptação técnica do procedimento judicial às particularidades da causa. Modernamente, a abrangência do gerenciamento judicial de casos alcança também a eleição do próprio método que se apresente como o mais adequado para a solução do conflito”. FRANCO, Marcelo Veiga. *O gerenciamento processual como técnica cooperativa de estímulo aos meios consensuais de solução de conflitos: estudo comparativo entre os modelos inglês, estadunidense e brasileiro*. *Revista de Processo*, vol. 319/2021, p. 427 – 458, Set / 2021, p. 428.
- 5 “Por um lado, necessária uma adequada Gestão das Cortes (Court Management) para que, através do mais adequado emprego das técnicas de administração de recursos materiais e humanos, possam elas ter melhor desempenho qualitativo e quantitativo. Por outro, através da macro17 e micro Gestão de Processos (Case

Além disso, muitos desses litígios coletivos assumem uma peculiaridade, que lhes caracteriza como espécie do gênero. São os litígios estruturais<sup>6</sup>, entendidos como os que partem de uma situação de desconformidade<sup>7</sup> e se propõe a superá-la, com intervenções positivas e de longo prazo em determinada realidade, com vistas a alterar o futuro.

Neste cenário, o processo tradicional não consegue captar a riqueza de dados e a amplitude dos conflitos envolvidos em tais demandas. Problemas distintos reclamam soluções distintas. Logo, o formato tradicional de processo, forjado para disputas individuais e resolução de problemas pretéritos, não atende aos nuances dos litígios mais complexos e não oferece as ferramentas necessárias para com eles lidar de forma resolutiva.

A meta a ser perseguida pelo Judiciário e pelos profissionais que desempenham funções essenciais à Justiça deve ser a concretização de uma solução judicial que efetivamente resolva o problema trazido a juízo.

Para tanto, nova forma de encarar e conduzir o processo se faz premente e é essencial alguma flexibilização do procedimento, para a tutela efetiva do direito material em litígio<sup>8</sup>. Acionamento do modelo de tribunal multiportas<sup>9</sup>, colaboração entre os su-

---

Management) se busca o uso dos institutos processuais (flexibilização do procedimento, inserção de ADRs, calendarização, etc.) a bem da já mencionada adequada solução do conflito. Gestão de conflitos consiste, portanto, na administração de recursos materiais, humanos e processuais em busca da adequada solução do conflito”. GAJARDONI, Fernando da Fonseca. GESTÃO DE CONFLITOS NOS ESTADOS UNIDOS E NO BRASIL. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Rio de Janeiro. Ano 12, Vol. 19, Núm. 3, Set.-Dez./ 2018, p. 282.

- 6 “Litígios estruturais são litígios coletivos decorrentes do modo como uma estrutura burocrática, pública ou privada, se significativa penetração social, opera. O funcionamento da estrutura é que causa, permite ou perpetua a violação que dá origem ao litígio coletivo”. VITORELLI, Edilson. *Processo Civil Estrutural: Teoria e prática*. São Paulo: JusPodvm, 2022, p. 60.
- 7 “O problema estrutural se define pela existência de um estado de desconformidade estruturada – uma situação de ilicitude contínua e permanente ou uma situação de desconformidade, ainda que não propriamente ilícita, no sentido de ser uma situação que não corresponde ao estado de coisas considerado ideal. Como quer que seja, o problema estrutural se configura a partir de um estado de coisas que necessita de reorganização (ou de reestruturação). Estado de desconformidade, como dito, não é sinônimo necessariamente de estado de ilicitude ou de estado de coisas ilícito. Estado de desconformidade é situação de desorganização estrutural, de rompimento com a normalidade ou com o estado ideal de coisas, que exige uma intervenção (re)estruturante. Essa desorganização pode, ou não, ser consequência de um conjunto de atos ou condutas ilícitas. Pode ser que o problema estrutural venha a gerar situações ilícitas e cada situação isolada mereça um tratamento pelo ordenamento jurídico; pode ser inclusive que se vislumbrem graus mais ou menos graves de ilicitude ligados ao problema estrutural (ilicitude estrutural). O que queremos frisar é que o problema estrutural não necessariamente se assenta na noção de ilicitude e, quando eventualmente nela se assenta, não se confunde, ele mesmo, com as situações ilícitas que dela advêm. O seu tratamento não é a partir da noção de ilicitude, muito embora ela possa ocorrer e quase sempre ocorra”. DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. ELEMENTOS PARA UMA TEORIA DO PROCESSO ESTRUTURAL APLICADA AO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO. *Revista de Processo*, vol. 303/2020, p. 45 – 81, Maio / 2020, p. 46-47.
- 8 “Este fundamento se encontra na premissa de que as regras procedimentais não têm um valor em si mesmo e devem ser examinadas à luz dos objetivos para as quais concebidas, bem como do interesse efetivo das partes”. GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *FLEXIBILIDADE PROCEDIMENTAL* (um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual). São Paulo: 2007, Universidade de São Paulo. Tese de doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 122.
- 9 Trata-se de conceito cunhado pelo professor Frank Sander, da Universidade de Harvard, que expressa a ideia de uma “instituição inovadora que direciona os processos que chegam a um tribunal para os mais adequados

jeitos do processo, negócios processuais, procedimento multipolar e bifásico, execução prolongada no tempo e com decisões em cascata<sup>10</sup> são, dentre outros, elementos que caracterizam o processo estrutural<sup>11</sup> e fazem viável a consecução de uma resolução efetiva ao problema trazido no processo.

Há conduto, um instituto ainda pouco explorado - a cooperação judiciária nacional (CPC, artigos 67 a 69) -, que ostenta potencial para auxiliar no tratamento e resolução de tais litígios. A grande rede jurisdicional implantada no país pode melhor dar conta, através da cooperação institucional entre seus órgãos e tribunais, das dificuldades apresentadas pelos litígios mais complexos. E a centralização de processos repetitivos é espécie de ato cooperativo que se destaca neste cenário.

## 1. A COOPERAÇÃO JUDICIÁRIA NACIONAL

A cooperação judiciária “é uma atividade que consiste em interações ou práticas funcionais não hierárquicas, espontâneas ou provocadas, geralmente não formalizadas, entre juízes e tribunais”<sup>12</sup>. Constitui um “conjunto de atos de gestão adequada de processos e intercâmbio processual entre juízos diversos para prestação jurisdicional de forma plena, econômica, racional e eficiente”<sup>13</sup>. Traz consigo “um poder/dever de

---

métodos de resolução de conflitos, economizando tempo e dinheiro tanto para os tribunais quanto para os participantes ou litigantes”. CRESPO, Mariana Hernandez. *Diálogo entre os professores Frank Sander e Mariana Hernandez Crespo: explorando a evolução do Tribunal Multiportas*. In: *Tribunal Multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil*. Organizadores: Rafael Alves de Almeida, Tania Almeida, Mariana Hernandez Crespo. – Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012, p. 26.

- 10 “Por outro lado, é muito frequente no emprego de medidas estruturais a necessidade de se recorrer a provimentos em cascata, de modo que os problemas devam ser resolvidos à medida que aparecem. Assim, por exemplo, é típico das medidas estruturais a prolação de uma primeira decisão, que se limitará a fixar em linhas gerais as diretrizes para a proteção do direito a ser tutelado, criando o núcleo da posição jurisdicional sobre o problema a ele levado. Após essa primeira decisão - normalmente, mais genérica, abrangente e quase “principiológica”, no sentido de que terá como principal função estabelecer a “primeira impressão” sobre as necessidades da tutela jurisdicional - outras decisões serão exigidas, para a solução de problemas e questões pontuais, surgidas na implementação da “decisão-núcleo”, ou para a especificação de alguma prática devida. Possivelmente, isso se sucederá em uma ampla cadeia de decisões, que implicarão avanços e retrocessos no âmbito de proteção inicialmente afirmado, de forma a adequar, da melhor forma viável, a tutela judicial àquilo que seja efetivamente possível de se lograr no caso concreto. Não raras vezes, esses provimentos implicarão técnicas semelhantes à negociação e à mediação”. ARENHART, Sérgio Cruz. *DECISÕES ESTRUTURAIS NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO*. *Revista de Processo*, v. 38, n. 225, nov./2013, p. 400.
- 11 “O processo estrutural é aquele em que se veicula um litígio estrutural, pautado num problema estrutural, e em que se pretende alterar esse estado de desconformidade, substituindo-o por um estado de coisas ideal.” DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *ELEMENTOS PARA UMA TEORIA DO PROCESSO ESTRUTURAL APLICADA AO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO*. *Revista de Processo*, vol. 303/2020, p. 45 – 81, Maio / 2020, p. 48.
- 12 CABRAL, Antônio do Passo. *Fundamentos para uma teoria da cooperação judiciária: a revolução que se avizinha*. In: *Grandes temas do Novo CPC – v.16 - Cooperação Judiciária Nacional*. Coord. Fredie Didier Jr. e Antônio do Passo Cabral. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 25.
- 13 CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. *A centralização de processos como etapa necessária do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. Tese apresentada como requisito para conclusão de Doutorado em Direito na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo: 2017, p. 303.

ampla interação entre juízos pelos meios mais eficazes para possibilitar a gestão adequada e eficiente de atos processuais”<sup>14</sup>.

Orienta-se pelos princípios da eficiência, razoável duração do processo, cooperação, instrumentalidade das formas, adequação processual e unidade da jurisdição nacional<sup>15</sup>.

Através dela, se otimizam recursos - humanos, tecnológicos, intelectuais -, partindo-se da premissa que o Judiciário nacional é uno e que esta unicidade deve ser aproveitada de modo o mais eficiente possível, em prol da adequada e célere resolução dos conflitos.

Foi o CPC de 2015 o primeiro instrumento legal (em sentido estrito) a contemplar o instituto. Não obstante, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) já o havia introduzido na realidade forense através da Recomendação 38/2011<sup>16</sup> (que inspirou as regras do CPC), sucedida pela Resolução 350/2020<sup>17</sup>.

A natureza jurídica do ato de cooperação judiciária ainda não é pacífica, havendo quem a caracterize como negócio processual<sup>18</sup>, enquanto outra corrente a tem como ato consensual, mas não negocial, pois os juízes não têm capacidade negocial para dispor de interesses próprios nem poderes para dispor dos interesses das partes<sup>19</sup>.

Mas afora esta questão mais conceitual, importa notar que a cooperação judiciária, “apesar de ser realizada por magistrados para surtir efeitos nos processos, não se enquadra no rol de pronunciamentos do juiz, enumerados nos artigos 203 e 204 do CPC”, de modo que o ato que a formaliza “assume muitas vezes um caráter mais administrativo do que jurisdicional”<sup>20</sup>, o que traz reflexos no modo de impugnação do ato.

Note-se que a cooperação pode se estabelecer entre juízos de mesmo grau de jurisdição ou de instâncias distintas, mas ocorre “fora de uma estrutura piramidal e hierárquica”, embora instâncias administrativas com hierárquica entre os celebrantes

14 ARAGÃO, Nilsiton Rodrigues de Andrade. FUNDAMENTOS DA COOPERAÇÃO JUDICIÁRIA NACIONAL. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Rio de Janeiro. Ano 14. Volume 21. Número 3. Set./Dez. 2020, p. 452.

15 ARAGÃO, Nilsiton Rodrigues de Andrade. Cooperação judiciária nacional. In: *Grandes temas do Novo CPC – v.16 - Cooperação Judiciária Nacional*. Coord. Fredie Didier Jr. e Antônio do Passo Cabral. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 62.

16 A norma recomendava aos tribunais a adoção de “mecanismos de cooperação, tais como os Núcleos de Cooperação Judiciária e a figura do Juiz de Cooperação, com a finalidade de institucionalizar meios para dar maior fluidez e agilidade à comunicação entre os órgãos judiciários e outros operadores sujeitos do processo, não só para cumprimento de atos judiciais, mas também para harmonização e agilização de rotinas e procedimentos forenses, fomentando a participação dos magistrados de todas as instâncias na gestão judiciária”.

17 “Estabelece diretrizes e procedimentos sobre a cooperação judiciária nacional entre os órgãos do Poder Judiciário e outras instituições e entidades, e dá outras providências”.

18 DIDIER JR., Fredie. *Cooperação Judiciária Nacional – esboço de uma teoria para o direito brasileiro*. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 84-85.

19 CABRAL, Antônio do Passo. Fundamentos para uma teoria da cooperação judiciária: a revolução que se avizinha. In: *Grandes temas do Novo CPC – v.16 - Cooperação Judiciária Nacional*. Coord. Fredie Didier Jr. e Antônio do Passo Cabral. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 30.

20 ARAGÃO, Nilsiton Rodrigues de Andrade. Cooperação judiciária nacional. In: *Grandes temas do Novo CPC – v.16 - Cooperação Judiciária Nacional*. Coord. Fredie Didier Jr. e Antônio do Passo Cabral. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 65.

devam ser comunicadas do ato, comunicação que, no entanto, não tem a natureza de aprovação ou homologação, uma vez que a própria Resolução 350/2020 do CNJ “deixa claro que tal comunicação é ‘para conhecimento’”<sup>21</sup>.

Segundo Didier Jr., o art. 69 do CPC contempla tipos, instrumentos e atos de cooperação<sup>22</sup>. Os tipos retratam o modo como se realiza a cooperação: solicitação, delegação ou concertação, sem excluir outras possibilidades. Os instrumentos são os meios usados para cooperar: cartas, auxílio direto, ato concertado, dentre outras possibilidades, pois “o pedido de cooperação jurisdicional [...] prescinde de forma específica” (art. 69, do CPC)<sup>23</sup>. E os atos consistem no objeto da cooperação, ao fim a que se destina: reunião de processos, prestação de informações, centralização de processos repetitivos, obtenção e apresentação de provas e a coleta de depoimentos, efetivação de tutela provisória, efetivação de medidas e providências para recuperação e preservação de empresas, facilitação de habilitação de créditos na falência e na recuperação judicial, execução de decisão jurisdicional, além de outros fins adequados à tutela jurisdicional adequada e efetiva<sup>24</sup>.

Dentre todos, compete lançar um olhar mais atento a centralização de processos repetitivos.

## 2. A CENTRALIZAÇÃO DE PROCESSOS REPETITIVOS

Dentre as possibilidades trazidas pela cooperação judiciária nacional, a que mais interessa para os fins deste trabalho é justamente a centralização de processos repetitivos, pois tal mecanismo pode favorecer a resolução de conflitos coletivos apresentados sob roupagem individual ao Judiciário.

A reunião de processos é velha conhecida do processo civil, em decorrência da figura da conexão, prevista no atual Código no art. 55. Havendo pontos comuns entre mais de uma demanda (“quando lhes for comum o pedido ou a causa de pedir”), “Os processos de ações conexas serão reunidos para decisão conjunta, salvo se um deles

21 CABRAL, Antônio do Passo. Fundamentos para uma teoria da cooperação judiciária: a revolução que se avizinha. In: *Grandes temas do Novo CPC – v.16 - Cooperação Judiciária Nacional*. Coord. Fredie Didier Jr. e Antônio do Passo Cabral. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 49.

22 DIDIER JR., Fredie. *Cooperação Judiciária Nacional – esboço de uma teoria para o direito brasileiro*. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 72-73.

23 Campos também menciona a possibilidade de cooperação por e-mail, telefone e aplicativos de mensagens. CAMPOS, Maria Gabriela. *Compartilhamento de competências no processo civil: um estudo do sistema de competências sob o paradigma da cooperação nacional*. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 125.

24 Aragão faz uma ilustração didática: “Assim, por exemplo, a cooperação pode ser deflagrada por um pedido (tipo), por meio de auxílio direto (instrumento) para tratar de intimação de partes (ato), ou então pode originar-se de um concerto entre os juízes (tipo), por meio de reunião de processos (instrumento) para centralizar processos repetitivos (ato). Em princípio, é possível qualquer combinação entre esses elementos, embora alguns arranjos mostrem-se mais harmônicos.” ARAGÃO, Nilsiton Rodrigues de Andrade. Potencialidades e limites da cooperação judiciária nacional. *Civil Procedure Review*, v. 11, n. 1: jan./abr. 2020. p. 35.

já houver sido sentenciado” (art. 55, § 1º). Veja-se que a norma sugere cogência, no sentido de haver um dever de reunião dos processos para julgamento conjunto, muito embora esta cogência comporte temperamentos pelos Tribunais<sup>25</sup>.

Em síntese, como esclarece Didier Jr.<sup>26</sup>, “Haverá conexão se a mesma relação jurídica estiver sendo examinada em ambos os processos, ou se diversas relações jurídicas, mas entre elas houver um vínculo de prejudicialidade ou preliminaridade”<sup>27</sup>.

Mesmo que não exista conexão propriamente, mas apresentando as causas pontos de semelhança que inspirem risco de decisões conflitantes ou contraditórias<sup>28</sup>, também deverá ocorrer a reunião (art. 55, § 3º).

Deste modo, na forma prescrita pelo art. 55, do CPC, havendo conexão ou possibilidade de decisões conflitantes ou contraditórias, deve haver, em princípio, a reunião das ações e isto deverá ocorrer no juízo preventivo (art. 58).

Então, “a reunião de processos é cabível quando as ações discutam a existência ou inexistência de uma mesma relação jurídica base”; mas, por outro norte, é de se observar que “o art. 55 do CPC não fundamenta a reunião de processos repetitivos”<sup>29</sup>.

A colaboração judiciária nacional, a seu turno, pode oferecer solução para a reunião de casos repetitivos, pois permite ter por parâmetro não os pontos em comum das causas, mas a escolha do *juiz adequado*, o mais bem posicionado, para a resolução do conflito que se repita frequentemente, ainda que com nuances que não permitam sua catalogação na categoria da conexão.

Isto, contudo, pressupõe um novo olhar sobre competência e juiz natural, tarefa muito bem desempenhada por, Antônio do Passo Cabral, ao lecionar que a definição do juiz competente, em concreto, para determinado litígio deve levar em conta parâmetros de eficiência na prestação da atividade jurisdicional.

O juiz competente, então, será aquele que estiver em condições de julgar melhor, levando-se em conta sua preparação intelectual, *expertise*, proximidade com a prova,

25 “[...] a reunião de ações conexas para julgamento conjunto constitui faculdade do magistrado, cabendo a ele gerenciar a marcha processual, deliberando pela conveniência, ou não, do processamento e julgamento simultâneo” [...]. REsp 1707572/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/12/2017, DJe 16/02/2018.

26 DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil* – Vol. 1. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 279.

27 O próprio autor exemplifica de forma didática: “Veamos dois exemplos, um de cada caso: i) mesma relação jurídica, discutida em dois processos distintos: ação de despejo por falta de pagamento e ação de consignação em pagamento dos mencionados alugueres ( discute-se a mesma relação jurídica locatícia); ii) diversas relações jurídicas, que no entanto estão ligadas: investigação de paternidade e alimentos (relação jurídica de filiação e relação jurídica de alimentos, embora distintas, umbilicalmente ligadas). DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil* – Vol. 1. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 279.

28 “Contradição existirá quando uma decisão negar o que outra afirmar. Uma declarar a existência da relação jurídica e a outra negar, daí por que a necessidade de reunião. Já conflitante será a decisão que não for compatível com a outra (que vai de encontro a), ainda que não lhe contradiga”. MEIRELES, Edilton. Reunião de processos, cooperação e conflito de competências. *Revista de processo*. Vol. 294/2019, p. 77-94, Ago./2019, p. 81.

29 FERREIRA, Gabriela Macedo. *O ato concertado entre juizes cooperantes: esboço de uma teoria para o Direito brasileiro*. *Civil Procedure Review*. v.10, n.3: set.-dez./2019, p. 39-40.

acesso efetivo das partes ao juízo, entre outros fatores. Como diz o autor<sup>30</sup>, destacando a interrelação entre juiz natural e princípio da competência adequada:

se o juiz natural não é infenso a considerações de eficiência, e se o sistema de competências pode ser orientado por princípios, afigura-se correto concluir que o juízo sobre a competência não deve ser definido num exame de legalidade estrita. O enquadramento principiológico do sistema de competências entre eficiência e garantias faz com que, em vez de perguntarmos “quem decide”, devamos investigar “quem decidiria melhor” à luz de todos os princípios envolvidos.

Também com amparo no magistério de Cabral, Ferreira sustenta que a inflexibilidade da legalidade estrita como critério definidor de competência está exaurida pela dinâmica das relações trazidas a juízo na atualidade, dependendo, em alguns casos, “de provimento casuístico e discricionário” para alcançar o ideal de acesso a ordem jurídica justa e efetiva, “sem que isto implique em vulneração aos princípios do juiz natural, da separação de poderes e da legalidade”<sup>31</sup>, justamente porque a definição do juiz adequadamente competente se esteia em critérios seguros (“objetividade, impessoalidade e invariância”<sup>32</sup>).

Do mesmo modo, Didier Jr. e Zaneti Jr. ponderam que a “análise das regras existentes no Direito brasileiro tem de passar pelo filtro do princípio da competência adequada (corolário dos princípios do devido processo legal e da adequação)”. No atual contexto de direitos complexos e litígios massificados “Não é possível aplicar as regras legais de competência sem fazer o juízo de ponderação a partir do exame das peculiaridades do caso concreto”<sup>33</sup>.

É necessário olhar mais para o resultado do que para a forma, de modo a permitir que o procedimento sirva ao direito material e não o contrário. “O foco deve estar na produção de decisões justas de forma imparcial e eficiente. O princípio do juiz natural, portanto, não pode mais ser visto como um fim em si mesmo, mas como instrumento para a tutela de direitos”<sup>34</sup>.

30 CABRAL, Antônio do Passo. *Juiz Natural e Eficiência Processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no Processo Civil*. Coordenação Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, e-book, RB-6.1.

31 FERREIRA, Gabriela Macedo. O ato concertado entre juízes cooperantes. In: *Grandes temas do Novo CPC – v.16 - Cooperação Judiciária Nacional*. Coord. Fredie Didier Jr. e Antônio do Passo Cabral. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 243-244.

32 CABRAL, Antônio do Passo. *Juiz Natural e Eficiência Processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no Processo Civil*. Coordenação Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, e-book, RB-5.15.

33 DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo*. Vol. 4, 13 ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 147.

34 FERREIRA, Gabriela Macedo. *O ato concertado entre juízes cooperantes: esboço de uma teoria para o Direito brasileiro*. Civil Procedure Review. v.10, n.3: set.-dez./2019, p. 19. DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil – Vol. 1*. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 279.

A chave para esta ressignificação do princípio do juiz natural repousa exatamente no art. 69, § 2º, VI, do CPC, que alberga um “poder de disposição do procedimento”, e “a capacidade do órgão jurisdicional para flexibilizar o procedimento em cooperação com outros órgãos jurisdicionais, permitindo, assim, dispor da competência”<sup>35</sup>.

Tem-se, então, uma nova hipótese de modificação da competência do juízo, criada pelo CPC de 2015, ainda muito pouco explorada e que se formaliza mediante ato concertado entre os juízes envolvidos, “acordo atípico entre dois ou mais juízes para regulamentar uma relação permanente entre os juízos cooperantes, autorizando a alteração da competência para a prática de determinados atos, em prol da eficiência na administração judiciária”<sup>36</sup>.

Como recorda Cabral<sup>37</sup>, a centralização de processos repetitivos é, na verdade, mais um mecanismo componente do microsistema dos processos repetitivos do processo civil brasileiro, ao lado do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) e dos Recursos Extraordinário e Especial Repetitivos (art. 928, do CPC). Contudo, a hipótese do art. 69, §2º se diferencia das demais pela sua destinação a dirimir questões de fato, ao passo que seus análogos têm como premissa a definição de questão de Direito.

A alteração da competência, aliás, é efeito previsto em diversas passagens do art. 6º, da Resolução CNJ nº. 350/2020, denotando “clara indicação de atuação de outros magistrados no processo objeto da cooperação”, devendo-se admitir “certa flexibilidade no exercício das competências jurisdicionais, pois mais de um juiz atuará em um mesmo processo. Em termos mais diretos, é possível alterar a competência por meio da cooperação judiciária”<sup>38</sup>.

Deste modo, a técnica da centralização de processos repetitivos é causa de alteração de competência, efetuada à luz das especificidades do caso concreto e na busca do juiz em melhores condições para efetivamente dirimir o conflito; e legitima o juiz adequadamente competente a “instruir, decidir e executar” os processos a ele acometidos<sup>39</sup>.

E, no que tange aos litígios estruturais, especialmente aqueles apresentados de modo fragmentário, pelo ajuizamento de múltiplas ações individuais ao invés da demanda coletiva, trata-se de técnica salutar, pois:

35 CAMPOS, Maria Gabriela. *Compartilhamento de competências no processo civil: um estudo do sistema de competências sob o paradigma da cooperação nacional*. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 171.

36 FERREIRA, Gabriela Macedo. *O ato concertado entre juízes cooperantes: esboço de uma teoria para o Direito brasileiro*. Civil Procedure Review. v.10, n.3: set.-dez./2019, p. 26.

37 CABRAL, Antônio do Passo. *Juiz Natural e Eficiência Processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no Processo Civil*. Coordenação Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, e-book, RB-4.5.

38 ARAGÃO, Nilsiton Rodrigues de Andrade. Fundamentos da cooperação judiciária nacional. In: *Grandes temas do Novo CPC – v.16 - Cooperação Judiciária Nacional*. Coord. Fredie Didier Jr. e Antônio do Passo Cabral. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 72.

39 DIDIER JR., Fredie. Ato concertado e centralização de processos repetitivos. In: *Grandes temas do Novo CPC – v.16 - Cooperação Judiciária Nacional*. Coord. Fredie Didier Jr. e Antônio do Passo Cabral. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 237.

Sabe-se que, num processo estrutural, fixam-se metas a serem atingidas a médio e longo prazos. Ocorre que, em determinados contextos, um litígio estrutural pode ensejar o ajuizamento de inúmeras demandas individuais que, inclusive, venham a interferir nos planos estabelecidos no processo estrutural; por outro lado, essas demandas individuais não-estruturais não têm aptidão de pôr fim ao litígio estrutural. Por isto, a centralização desses processos pode ser meio apto a viabilizar a implementação das metas estabelecidas nos processos estruturais, pois o julgamento dos processos não-estruturais relacionados à questão não seria feito em descompasso com o plano estabelecido no processo estrutural. E mais: é meio de garantir isonomia, pois se evita tratamento distinto a quem busque o Judiciário em relação a quem tente a satisfação de seu direito por outras vias<sup>40</sup>.

Assim, à semelhança do que se dá com a conexão, os processos são reunidos para apreciação conjunta, visando solução melhor e mais racional. Mas diversamente do que ocorre na conexão, em que a reunião se dá no juízo prevento, na hipótese do art. 69, § 2º, do CPC, a congregação se dará no juízo que tenha a competência adequada para a causa<sup>41</sup> e, por isto, esteja em posição de dar resposta mais equânime e eficiente ao problema.

### 3. POSSIBILIDADES CONCRETAS DE APLICAÇÃO DA CENTRALIZAÇÃO DE PROCESSOS REPETITIVOS

A doutrina tem explorado muitas hipóteses de emprego da centralização de processos repetitivos<sup>42,43</sup>. Cumpre investigar um pouco mais tais potencialidades, tendo em mente que: a. o ato concertado não poderá alterar regras de competência absoluta, fixadas constitucionalmente<sup>44</sup>, embora a cooperação entre juízes de ramos distintos

40 DIDIER JR., Fredie. Ato concertado e centralização de processos repetitivos. In: *Grandes temas do Novo CPC – v.16 - Cooperação Judiciária Nacional*. Coord. Fredie Didier Jr. e Antônio do Passo Cabral. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 237.

41 “É que a reunião para julgamento conjunto prevista no art. 55, § 3º do CPC deverá ocorrer perante o juízo prevento, nos termos do art. 58, enquanto que a reunião dos processos prevista no art. 69, § 2º, não”. CAMPOS, Maria Gabriela. *Compartilhamento de competências no processo civil: um estudo do sistema de competências sob o paradigma da cooperação nacional*. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 135.

42 A respeito, veja-se, a título ilustrativo: FERREIRA, Gabriela Macedo. O ato concertado entre juízes cooperantes: esboço de uma teoria para o Direito brasileiro. *Civil Procedure Review*. v.10, n.3: set.-dez./2019, p. 35.

43 Didier Jr. oferece as seguintes hipóteses de aplicação da colaboração judiciária: “ato concertado entre juízes para processamento de casos repetitivos; ato concertado para a suspensão da distribuição de processos para um determinado juízo; ato concertado para reunião de execução contra grandes devedores em uma vara de execução fiscal; ato concertado para tornar uma das varas cíveis competente privativamente para ações de improbidade administrativa: ela continuaria com a sua competência original, mas passaria a ser a única a ter competência para improbidade administrativa, garantida a compensação da distribuição de outros casos; ato concertado para produção de prova única e por amostragem em ações indenizatórias com base em acidentes ambientais”. DIDIER JR., Fredie. Ato concertado e centralização de processos repetitivos. In: *Grandes temas do Novo CPC – v.16 - Cooperação Judiciária Nacional*. Coord. Fredie Didier Jr. e Antônio do Passo Cabral. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 231.

44 DIDIER JR., Fredie. Ato concertado e centralização de processos repetitivos. In: *Grandes temas do Novo CPC – v.16 - Cooperação Judiciária Nacional*. Coord. Fredie Didier Jr. e Antônio do Passo Cabral. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 238.

do Judiciário não seja vedada, pois o que está obstaculizado é apenas que o juiz sem competência material absoluta profira decisões de mérito<sup>45</sup>; b. é salutar que as partes sejam ouvidas antes da reunião dos processos, pois serão diretamente afetadas pela concertação, muito embora eventual oposição não vincule os juízos concertantes<sup>46</sup>.

### 3.1. Auxílio Emergencial

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região instituiu regime especial para lidar com grande volume de casos ajuizados para pleitear acesso ao auxílio emergencial da pandemia COVID-19<sup>47</sup>. Nesta iniciativa, houve alteração de competência para apreciação dos processos, “por norma infralegal, posterior aos casos, com possibilidade de redistribuição dos processos por portaria (aparentemente contra a regra da *perpetuatio*), formação de órgãos jurisdicionais temporários, ou no mínimo atribuição temporária de competência, equalização e especialização de juízos e juízes”<sup>48</sup>.

Com efeito, trata-se de iniciativa inovadora e adequada ao volume e à natureza coletiva da questão, muito embora apresentada de modo fragmentado ao Judiciário. Da experiência, releva destacar como características adequadas à magnitude do problema repetitivo: a. a concentração da competência para processar as causas em poucos e específicos juízos, sediados nas capitais dos estados abrangidos pela Corte, alguns dos quais sequer eram Varas Federais, mas Centros de Conciliação<sup>49</sup>; b. possibilidade de mudança de competência e reunião de feitos (repetitivos) nos núcleos de conciliação de subseções do interior dos estados (art. 1º, § 3º, IV); c. possibilidade de designação de juízes para auxílio em referidas causas (art. 4º); d. atribuição de competência para homologar e executar os acordos aos (art. 2º e 4º, parágrafo único); e. acompanha-

45 ARAGÃO, Nilsiton Rodrigues de Andrade. Fundamentos da cooperação judiciária nacional. In: *Grandes temas do Novo CPC – v.16 - Cooperação Judiciária Nacional*. Coord. Fredie Didier Jr. e Antônio do Passo Cabral. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 78.

46 FERREIRA, Gabriela Macedo. O ato concertado entre juízes cooperantes: esboço de uma teoria para o Direito brasileiro. *Civil Procedure Review*. v.10, n.3: set.-dez./2019, p. 32.

47 Portaria conjunta nº. 8/2020 da Corregedoria-Regional e da Coordenadoria dos Juizados Especiais Federais. Disponível em: [https://www.trf4.jus.br/trf4/diario/visualiza\\_documento\\_adm.php?orgao=1&id\\_materia=3014374&reload=false](https://www.trf4.jus.br/trf4/diario/visualiza_documento_adm.php?orgao=1&id_materia=3014374&reload=false). Acesso em: 10/02/2022.

48 CABRAL, Antônio do Passo. *Juiz Natural e Eficiência Processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no Processo Civil*. Coordenação Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, e-book, RB-5.11.

49 “Art. 1º [...] §1º Na Seção Judiciária do Paraná, os processos de todas as Subseções poderão ser redistribuídos à Subseção Judiciária de Curitiba, para tramitação perante o Núcleo de Conciliações, que atuará com o apoio dos CEJUSCONs das demais Subseções para trabalho em rede.

§2º Na Seção Judiciária de Santa Catarina os processos poderão ser redistribuídos ao CEJUSCON de Florianópolis.  
§ 3º Na Seção Judiciária do Rio Grande do Sul:

I – Os processos que tramitam nas Varas Federais de Porto Alegre serão redistribuídos à 26ª Vara Federal, com competência inclusive para o seu julgamento e baixa;

II – Poderão ser redistribuídos ao CEJUSCON de Porto Alegre os processos que tramitam nas Varas Federais e UAAs das demais Subseções Judiciárias; [...]”

mento das demandas pelos Centros locais de inteligência; f. estabelecimento de fluxo processual uniforme e em conjunto com a Advocacia-Geral da União (art. 3º, parágrafo único e Anexo).

O sistema estabelecido, mesmo sem mencionar de forma expressa a cooperação judiciária e embora tenha sido uma iniciativa do tipo *top-down*, valeu-se de ampla colaboração e coordenação entre juízos distintos, o que autoriza seja catalogado como experiência de pleno sucesso na seara da centralização de milhares processos repetitivos<sup>50</sup>, podendo servir de inspiração para outras hipóteses de repetição de demandas, que, mediante ato concertado entre distintos juízos, poderiam receber processamento semelhante ao instituído pelo TRF4 para o auxílio emergencial.

Por exemplo, juízos distintos, mas com igual competência material poderiam concertar ato para lidar de modo mais adequado com a implementação de revisões de benefícios previdenciários, questão que costuma, após a definição da tese jurídica aplicável, demandar muitos atos e cálculos para efetivação do direito declarado.

Nesta hipótese, os centros locais de inteligência poderiam desenvolver métodos padronizados para a liquidação dos julgados; e sua execução poderia ficar a cargo de um único juízo, ou mesmo de um centro de conciliação, que centralizaria as demandas, eventualmente até com apoio de servidores lotados nos juízos concertantes.

### 3.2. Vícios construtivos

Muito frequentes são as ações que versam sobre vícios de construção de imóveis financiados pelo programa federal “Minha Casa Minha Vida”, ora denominado “Casa Verde e Amarela”. Não raro, as ações individuais trazidas ao Judiciário englobam todas as unidades de um mesmo condomínio.

Para questões como esta, que têm origem comum em vício de produto ou serviço, ligadas a uma origem contratual semelhante, e que “muito frequentemente, dizem respeito a interesses que, embora individuais, carregam um problema de política pública, com efeitos irradiados para incontáveis indivíduos, sugerindo a adoção de medida de caráter coletivo, para muito além da solução individual do problema”<sup>51</sup>, é fortemente aconselhável a reunião das causas para tratamento conjunto<sup>52</sup>.

50 Segundo o sistema estatístico do TRF4 (<https://g4.trf4.jus.br/MicroStrategy/asp/Main.aspx>, acesso em 10/02/2022), desde a instituição do programa, mais de 47 mil ações foram ajuizadas e apenas 6% aguardam julgamento.

51 LUNARDI, Thaís Amoroso Paschoal. *COLETIVIZAÇÃO DA PROVA: Técnicas de produção coletiva da prova e seus reflexos na esfera individual*. Curitiba: 2018, Universidade Federal do Paraná. Tese de doutorado apresentada Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, p. 153.

52 Jreige e Silva Filho ilustram essa conveniência, a partir de exame de processos que tratavam da revisão de contratos de aluguel, por onerosidade excessiva causada pela pandemia COVID-19, os quais tiveram desfechos distintos, não obstante sua semelhança: “O que se nota é que diversas demandas relacionadas ao mercado imobiliário, impactado pela crise pandêmica, chegaram para análise da jurisdição estatal. E malgrado tais

Mas nem sempre a reunião poderá se fundar em conexão, pois a identidade de pedidos ou causa de pedir pode não restar clara, já que a afetação de cada lesado pode ser distinta, assim como suas pretensões. Não haverá, ainda, necessariamente, risco de decisões conflitantes. São possíveis decisões distintas para os casos semelhantes, pois pode ser que exista algum vício de construção no empreendimento, mas que este afete apenas algumas unidades e o problema nas outras decorra de má conservação ou reformas feitas pelos próprios mutuários.

Em tal contexto, o tratamento uniforme e adequado da questão de fato repetitiva que aporta em cada processo individual pode se dar pela via da cooperação judiciária, com a centralização dos processos repetitivos em algum dos juízos territorialmente competentes e que esteja em melhor posição para apreciar, de forma adequada, os litígios.

Pode-se pensar, por exemplo, em uma subseção com mais de uma vara com igual competência (lembrando que nas Varas Federais atuam dois juízes, titular e substituto), mediante ato concertado entre os magistrados, direcionar para um único juiz da localidade todos os processos que tratem de vícios construtivos. E não apenas de um mesmo condomínio, mas de todos aqueles construídos com verba do programa federal numa determinada localidade.

Esse magistrado receberia um acervo grande, é verdade, mas isto poderia ser compensado com a diminuição de sua distribuição, direcionada aos demais juízos concertantes. A grande vantagem, para a jurisdição e para o jurisdicionado, residiria na especialização de um magistrado para as causas repetitivas, com possibilidade de uniformização de ritos, procedimentos e racionalização da atividade instrutória, com evidente ganho de tempo e redução de despesas.

### 3.3 Direito à saúde

As ações que buscam tratamentos médicos ou procedimentos cirúrgicos se repetem de modo impressionante. Entre 2008 e 2017, foram ajuizados 498.715 processos na primeira instância da justiça de 17 estados e 277.411 processos na segunda instância de 15 Tribunais de Justiça pesquisados pelo CNJ.

---

demandas envolvam partes diversas, ficou bem nítido que elas possuem não só questões fáticas similares, como também questões de direito. Ora, da leitura dos casos acima destacados — distribuídos para diferentes varas —, vislumbra-se que ambos abarcam a mesma questão fática, ou seja, a necessidade de que sejam revisitados os aluguéis comerciais diante dos impactos da pandemia da COVID-19. Nessa senda, considerando que a questão meritória das demandas possui evidente convergência, a realização de atos concertados para um desenvolvimento processual mais eficiente seria amplamente possível, como por exemplo a reunião em um só juízo. Mas mais do que isso: também é possível observar que ambas tratam da mesma questão de direito, no qual as decisões valeram-se, inclusive, do mesmo dispositivo normativo como fundamento (artigo 317 do Código Civil) para analisar a viabilidade ou não, dada a onerosidade excessiva, de uma revisão ou até suspensão contratual. Todavia, percebe-se que, apesar de todas as semelhanças fáticas e de direito, os resultados foram distintos”. JREIGE, Camilo; SILVA FILHO, Davi da. Resignificação do princípio do juiz natural: A busca por uma jurisdição efetiva por meio de ato concertante para organizar demandas decorrentes da COVID-19. *Revista Caderno Virtual* – 2020, p. 35. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br>. Acesso em: 10/02/2022.

Impressiona, também, o “crescimento acentuado de aproximadamente 130% no número de demandas anuais de primeira instância (Justiça Estadual) relativas ao direito à saúde de 2008 para 2017”; enquanto, para os demais tipos de processos, dados do relatório “Justiça em Números do CNJ apontam um crescimento de 50% no número total de processos em primeira instância”<sup>53</sup>.

Com efeito, cada demanda individual traz a angústia de uma pessoa assolada por determinada moléstia, mas a grande quantidade de processos sobre o tema evidencia possível estado de desconformidade nas políticas e instituições encarregadas de gerir o direito à saúde.

Além disso, a abordagem exclusivamente individual do problema pode trazer resultados danosos, violadores da isonomia e potencialmente desestabilizadores das políticas gerais. A exemplificar, tem-se o direcionamento de somas orçamentárias vultuosas para determinado indivíduo; o encaminhamento dispare de casos semelhantes pelo Judiciário, com a concessão de determinado medicamento em certo juízo e sua negativa em outro; e o tratamento privilegiado (fura-fila) concedido à pessoa que, cansada de aguardar, recorre à Justiça para ter acesso ao procedimento cirúrgico de que necessita.

Neste passo, há de se concordar com a advertência de Castelo, ao afirmar que “Ainda que o direito à saúde seja juridicamente exigível, nem sempre a forma mais adequada de efetivá-lo se dá através da tutela jurisdicional tradicional”, sendo “essencial a adoção de decisões estruturais, permeadas pelo diálogo interinstitucional, o que permite gerar resultados mais racionais e eficientes”, para fazer frente ao “incremento vertiginoso da judicialização”, que “impõe o experimentalismo institucional visando soluções coletivas e amparadas na construção de procedimentos deliberativos”<sup>54</sup>.

Experiência com tais características foi implementada na Justiça Federal do Ceará. Mediante negócios processuais e intensa interlocução com os envolvidos, logrou-se, via ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal, unificar a fila de atendimento para cirurgias ortopédicas no município de Fortaleza. A partir de um enfoque estrutural, foi possível organizar ordem única e transparente para acesso ao tratamento, o que implicou na imediata redução do número de novas ações individuais sobre o tema<sup>55</sup>.

A cooperação judiciária pode incrementar ações deste tipo. Pensando novamente em uma comarca ou subseção com vários juízes competentes para uma mesma matéria<sup>56</sup>, seria viável um ato concertado entre eles para que, por exemplo, ações de saúde

53 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça e Instituto de Ensino e Pesquisa - Insper. *JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL: perfil das demandas, causas e propostas de solução*. Brasília: CNJ, 2019, p. 15.

54 CASTELO, Fernando Alcântara. DIREITO À SAÚDE E DECISÕES ESTRUTURAIS: POR UMA JUDICIALIZAÇÃO MAIS RACIONAL E EFICIENTE. *Revista de Processo*, vol. 274/2017, p. 317 – 342, Dez./2017, p. 326.

55 BRASIL. Justiça Federal do Ceará. *Sistema Integrado de Cirurgia é lançado na JFCE*. Disponível em: [https://www.jfce.jus.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=2599:sistema-integrado-de-cirurgia-e-lancado-na-jfce&catid=9:noticias&Itemid=167](https://www.jfce.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=2599:sistema-integrado-de-cirurgia-e-lancado-na-jfce&catid=9:noticias&Itemid=167). Acesso em: 15/02/2022.

56 Ou mesmo no âmbito de uma única Vara Federal, em que atuam dois juízes, seria possível a especialização mediante ato concertado. Como sugere Ferreira: “A atribuição de competência a um dos juízes que atua na vara

fossem concentradas em um único juízo. Haveria, então, uma especialização por matéria mediante ato concertado entre os juízes de primeiro grau. O aporte significativo de processos ao juízo escolhido na concertação seria compensado com a redução de novas demandas a ele atribuíveis, que seriam repartidas entre os pares<sup>57</sup>.

As vantagens da especialização em casos como este são destacadas por Cabral<sup>58</sup>, ao asseverar que:

no quadro atual do juiz natural [...], a especialização de órgãos jurisdicionais nessas temáticas complexas não só é autorizada, mas passa a ser um imperativo da eficiência. O juiz natural, na perspectiva da alocação ótima de recursos e técnicas processuais, em muitos casos deve ser o juiz com a expertise necessária para prestar adequadamente a tutela jurisdicional.

Nesta ótica, e na busca da melhor tutela possível ao direito material em jogo, “o juiz natural deve ser visto como aquele que possui maior capacitação para decidir a matéria”<sup>59</sup>.

É também Cabral, com olhar no direito estrangeiro, quem oferece sugestões para desvendar o juiz adequado em circunstâncias do tipo, propondo uma “especialização com foco nos magistrados”, em que juízes “especialistas em um tema podem ser designados para exercer jurisdição não apenas no tribunal ou juízo em que regularmente estão lotados, mas também em outros”<sup>60</sup>.

Além deste aspecto, a concertação entre os juízes haveria de levar em conta também outros fatores, como a estrutura de cada vara (equipamentos e serventuários), eventual excesso de acervo processual pendente, a facilidade de acesso às partes etc., para que a concertação trouxesse efetivos ganhos de tempo, qualidade e isonomia para os jurisdicionados<sup>61</sup>.

---

– titular ou substituto – para tratar de determinado tipo de demanda sobre o mesmo tema (desapropriação sobre áreas privadas para construção de uma estrada, por exemplo) torna a decisão mais rápida e qualificada ante a especialização e aprofundamento do magistrado no tema, tanto nas questões jurídicas quanto fáticas”. FERREIRA, Gabriela Macedo. *O ato concertado entre juizes cooperantes: esboço de uma teoria para o Direito brasileiro*. Civil Procedure Review. v.10, n.3: set.-dez./2019, p. 42.

57 FERREIRA, Gabriela Macedo. *O ato concertado entre juizes cooperantes: esboço de uma teoria para o Direito brasileiro*. Civil Procedure Review. v.10, n.3: set.-dez./2019, p. 43.

58 CABRAL, Antônio do Passo. *Juiz Natural e Eficiência Processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no Processo Civil*. Coordenação Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, e-book, RB-5.23.

59 FERREIRA, Gabriela Macedo. *O ato concertado entre juizes cooperantes: esboço de uma teoria para o Direito brasileiro*. Civil Procedure Review. v.10, n.3: set.-dez./2019, p. 43.

60 CABRAL, Antônio do Passo. *Juiz Natural e Eficiência Processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no Processo Civil*. Coordenação Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, e-book, RB-5.26.

61 Note-se que algo semelhante já ocorre, embora em iniciativa do tipo *top-down*, com a implementação de Núcleos de Justiça 4.0 (Resolução CNJ nº 385/2021), através dos quais os Tribunais de Justiça de Goiás ([https://cosemsgo.org.br/1o-e-2o-nucleos-de-justica-4-0-comecam-a-receber-processos-a-partir-desta-quarta-](https://cosemsgo.org.br/1o-e-2o-nucleos-de-justica-4-0-comecam-a-receber-processos-a-partir-desta-quarta)

### 3.4 Meio ambiente

Talvez o campo em que a natureza estrutural dos litígios coletivos mais se evidencie seja o das ações que versam sobre reequilíbrio do meio ambiente degradado.

Para ilustrar, veja-se a ação civil pública nº 50128435620214047200, em trâmite na 6ª Vara Federal de Florianópolis, proposta pela ONG Costa Legal, Associação Florianopolitana das Entidades Comunitárias e Associação Pachamama, com apoio jurídico do Grupo de Pesquisa Direito Ambiental e Ecologia Política na Sociedade de Risco e do Grupo de Pesquisa Observatório de Justiça Ecológica, ambos da Universidade Federal de Santa Catarina; cujo objeto é “existência de um problema estrutural de massiva e iterativa violação de direitos ambientais e ecológicos da Lagoa da Conceição e da comunidade que dela depende”, além do reconhecimento da “Lagoa da Conceição como ente natural titular de direitos específicos, consubstanciados nos direitos à existência, com preservação de sua integridade ecológica, à conservação, manutenção e restauração de seus processos ecológicos essenciais”. Para a consecução da preservação e reparação ambiental visadas, a ação propugna a criação de “Câmara Judicial de Proteção da Lagoa da Conceição (CJ-PLC), ou órgão similar”, para auxiliar o juízo “na adoção das medidas estruturais necessárias para garantir a integridade ecológica do ente natural através de uma governança judicial socioecológica”.

Trata-se de litígio voltado ao futuro, que pretende alterar alegado estado de desconformidade, atribuído às estruturas estatais demandadas; que envolve uma multipolaridade de interesses e subgrupos, com pretensões não apenas de ordem ecológica, mas também sociais, culturais e econômicas; e cuja complexidade é inegável, pois é impossível extrair, por mera subsunção, uma resposta unívoca do ordenamento para o problema alegado.

Entretanto, diversamente do exemplo acima, muitas vezes os litígios ambientais não se apresentam com sua feição estrutural evidenciada de plano. Há casos que são trazidos separadamente, embora componentes de um mesmo contexto maior.

Veja-se, por exemplo, uma série de ações civis públicas ajuizadas pelo Ministério Público Federal com o objetivo de remover várias edificações em área alegadamente de preservação ambiental, localizada no Morro das Pedras, Praia do Campeche, também em Florianópolis. Para a tutela pretendida, a opção do autor foi propor ações individualizadas, cada uma versando sobre ocupação específica e deduzida em face de seus ocupantes<sup>62</sup>.

---

feira-4/) e Amapá (<https://www.cnj.jus.br/judiciario-do-amapa-aprova-criacao-de-nucleo-de-justica-4-0-na-area-da-saude/?idU=1>) e o Tribunal Regional Federal da 2ª Região (<https://www10.trf2.jus.br/institucional/wp-content/uploads/sites/43/2017/04/cartilha-nucleo-de-justica-4-0-2a-regiao.pdf>) centralizaram todas as ações de saúde tramitando em seus âmbitos territoriais nos núcleos em questão (o TRF2 criou um núcleo para ações da Seção Judiciária do Rio de Janeiro e outro para os processos da Seção Judiciária do Espírito Santo).

62 Veja-se, exemplificativamente, os seguintes processos, todos da 6ª Vara Federal de Florianópolis: 50113608820214100000, 50362603820214000000, 50362725220214100000, 50362656020214000000,

No entanto, as edificações impugnadas se estendem por vasta área territorial, cerca de 3 km de praia, importando, caso as ações sejam exitosas, em reestruturação de parte significativa de um bairro inteiro da capital catarinense, com remoção de edificações e elaboração de vários planos de recuperação de área degradada.

Além desta característica, de busca de transformação para o futuro, para superação de estado de coisas tido por irregular, pode-se vislumbrar a multipolaridade, pois é possível que entre os demandados existem subgrupos, com interesses e caracteres distintos; e a complexidade, já que, assim como ocorrera no exemplo anterior, da Lagoa da Conceição, a solução não escorre de modo unívoco e evidente da moldura legal.

Percebendo a natureza estrutural do problema, o TRF da 4ª Região reuniu para tratamento conjunto<sup>63</sup> quase duas dezenas de recursos pendentes na Corte, atribuídos a relatores diversos, os quais foram concentrados (reunião de processos repetitivos) no Sistema de Conciliação do TRF4 (SISTCON), órgão em princípio vocacionado para a solução consensual de conflitos, mas que assume funções instrutórias quando isto seja necessário para facilitar a conciliação.

À reunião de processos repetidos se seguiu a celebração de ato concertado, entre o Sistema de Conciliação do TRF4 com os juízes atuantes na 6ª Vara Federal de Florianópolis, com vistas a que a instrução atribuída ao SISTCON, destinada a solucionar processos em segundo grau, pudesse aproveitar também aos feitos em trâmite na primeira instância, já que as questões estão intimamente relacionadas e a prova unificada poderia economizar tempo e recursos<sup>64</sup>.

O exemplo ilustra o emprego da centralização de processos repetitivos, da cooperação judiciária entre juízos de instâncias distintas e do tratamento coletivo e estru-

---

50370736520214000000, 50370788720214000000, 50376911020214000000, 50377015420214100000, 50379648620214000000, 50380323620214000000, 50378176020214100000, 50379717820214100000 e 50124021220204047200.

63 A iniciativa surgiu no agravo de instrumento Nº 5036873-27.2021.4.04.0000/SC, em que a relatora, Desembargadora Federal Vânia Hack de Almeida, determinou “a remessa do feito ao SistCon para possibilitar o tratamento conjunto da prova pericial ambiental”, no que foi seguida pelos demais desembargadores atuantes nos outros recursos.

64 “Ato Nº 1073/2022: Abrangência da concertação: Este ato concertado objetiva disciplinar a cooperação judiciária envolvendo os atos necessários para a produção de prova pericial única e eventual conciliação em todos os processos acima relacionados, em trâmite na 6ª Vara Federal de Florianópolis; e também nos recursos de competência do TRF da 4ª Região, cujo tratamento conjunto foi atribuído ao SISTCON (AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 5036873-27.2021.4.04.0000); todos relativos a edificações localizadas no Morro das Pedras / Praia do Campeche, Florianópolis - SC. Objeto da cooperação: O SISTCON, em cooperação com a 6ª Vara Federal de Florianópolis, realizará atos de instrução (audiência pública, inspeção judicial etc.) com vistas a facilitar a conciliação e, caso negativa, a solução adjudicada nos feitos objeto da presente concertação. Duração: Este ato concertado vigorará até a realização das providências instrutórias e tentativas de conciliação correlatas, sem prejuízo de ser encerrada em momento anterior, por iniciativa de qualquer dos juízos cooperantes”.

turante de demandas apresentadas de modo fragmentado, tudo com o objetivo final de dar tratamento adequado ao direito material em litígio (meio ambiente, mas com potencial impacto no direito à moradia).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O processo civil contemporâneo lida com problemas nem sempre tratáveis sob a lógica binária do processo individual. Pelo contrário, os litígios coletivos, em especial os de massa e os estruturais, apresentam desafios que demandam alguma adaptabilidade e flexibilidade procedimental, para que o processo não termine por prejudicar a tutela do direito material.

Nesta ótica, a cooperação judiciária nacional pode ser de grande valia. A extensa rede de juízes e tribunais pode operar de modo mais eficiente e adequado nos litígios de longo alcance e complexidade, aumento as capacidades disponíveis a um único juiz, considerado isoladamente.

Os processos repetitivos, que tenham por base uma mesma relação jurídica ou que representem fragmentos de um mesmo problema estrutural, podem se beneficiar muito da cooperação, como ilustram os exemplos lançados neste ensaio.

A concentração de processos repetitivos no juiz natural com competência adequada favorece o tratamento uniforme e isonômico de casos semelhantes, com ganho de tempo, custos, esforços e resultados melhores de todo o tipo, para o Judiciário e, sobretudo, para os destinatários da jurisdição.

Os instrumentos legais e normativos já estão postos. Basta aplicá-los com os olhos voltados na efetividade dos direitos, mais que na liturgia fria do processo.

## REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ARAGÃO, Nilsiton Rodrigues de Andrade. Cooperação judiciária nacional. In: *Grandes temas do Novo CPC – v.16 - Cooperação Judiciária Nacional*. Coord. Fredie Didier Jr. e Antônio do Passo Cabral. Salvador: JusPodivm, 2021.

ARAGÃO, Nilsiton Rodrigues de Andrade. FUNDAMENTOS DA COOPERAÇÃO JUDICIÁRIA NACIONAL. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Rio de Janeiro. Ano 14. Volume 21. Número 3. Set./Dez. 2020.

ARAGÃO, Nilsiton Rodrigues de Andrade. Potencialidades e limites da cooperação judiciária nacional. *Civil Procedure Review*, v. 11, n. 1: jan./abr. 2020.

ARENHART, Sérgio Cruz. DECISÕES ESTRUTURAIIS NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO. *Revista de Processo*, v. 38, n. 225, nov./2013.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça e Instituto de Ensino e Pesquisa - Insper. *JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL: perfil das demandas, causas e propostas de solução*. Brasília: CNJ, 2019.

- BRASIL. Justiça Federal do Ceará. *Sistema Integrado de Cirurgia é lançado na JFCE*. Disponível em: [https://www.jfce.jus.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=2599:sistema-integrado-de-cirurgia-e-lancado-na-jfce&catid=9:noticias&Itemid=167](https://www.jfce.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=2599:sistema-integrado-de-cirurgia-e-lancado-na-jfce&catid=9:noticias&Itemid=167). Acesso em: 15/02/2022.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1707572/SP*, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/12/2017, DJe 16/02/2018.
- BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. *Agravo de instrumento Nº 5036873-27.2021.4.04.0000/SC*, TERCEIRA TURMA, Relatora VÂNIA HACK DE ALMEIDA, juntado aos autos em 11/01/2022.
- BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. *Portaria conjunta nº. 8/2020 da Corregedoria-Regional e da Coordenadoria dos Juizados Especiais Federais*. Disponível em: [https://www.trf4.jus.br/trf4/diario/visualiza\\_documento\\_adm.php?orgao=1&id\\_materia=3014374&reload=false](https://www.trf4.jus.br/trf4/diario/visualiza_documento_adm.php?orgao=1&id_materia=3014374&reload=false). Acesso em: 10/02/2022.
- CABRAL, Antônio do Passo. Fundamentos para uma teoria da cooperação judiciária: a revolução que se avizinha. In: *Grandes temas do Novo CPC – v.16 - Cooperação Judiciária Nacional*. Coord. Fredie Didier Jr. e Antônio do Passo Cabral. Salvador: JusPodivm, 2021.
- CABRAL, Antônio do Passo. *Juiz Natural e Eficiência Processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no Processo Civil*. Coordenação Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, e-book.
- CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. *A centralização de processos como etapa necessária do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. Tese apresentada como requisito para conclusão de Doutorado em Direito na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo: 2017.
- CAMPOS, Maria Gabriela. *Compartilhamento de competências no processo civil: um estudo do sistema de competências sob o paradigma da cooperação nacional*. Salvador: JusPodivm, 2020.
- CASTELO, Fernando Alcântara. DIREITO À SAÚDE E DECISÕES ESTRUTURAIS: POR UMA JUDICIALIZAÇÃO MAIS RACIONAL E EFICIENTE. *Revista de Processo*, vol. 274/2017, p. 317 – 342, Dez./2017.
- CRESPO, Mariana Hernandez. *Diálogo entre os professores Frank Sander e Mariana Hernandez Crespo: explorando a evolução do Tribunal Multiportas*. In: *Tribunal Multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil*. Organizadores: Rafael Alves de Almeida, Tania Almeida, Mariana Hernandez Crespo. – Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012.
- DIDIER JR., Fredie. Ato concertado e centralização de processos repetitivos. In: *Grandes temas do Novo CPC – v.16 - Cooperação Judiciária Nacional*. Coord. Fredie Didier Jr. e Antônio do Passo Cabral. Salvador: JusPodivm, 2021.
- DIDIER JR., Fredie. *Cooperação Judiciária Nacional – esboço de uma teoria para o direito brasileiro*. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 84-85.
- DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil – Vol. 1*. Salvador: JusPodivm, 2019.

- DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo*. Vol. 4,13 ed. Salvador: Juspodivm, 2019.
- DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. ELEMENTOS PARA UMA TEORIA DO PROCESSO ESTRUTURAL APLICADA AO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO. *Revista de Processo*, vol. 303/2020, p. 45 – 81, Maio / 2020.
- FERREIRA, Gabriela Macedo. O ato concertado entre juízes cooperantes: esboço de uma teoria para o Direito brasileiro. *Civil Procedure Review*. v.10, n.3: set.-dez./2019.
- FERREIRA, Gabriela Macedo. O ato concertado entre juízes cooperantes. In: *Grandes temas do Novo CPC – v.16 - Cooperação Judiciária Nacional*. Coord. Fredie Didier Jr. e Antônio do Passo Cabral. Salvador: JusPodivm, 2021.
- FRANCO, Marcelo Veiga. *O gerenciamento processual como técnica cooperativa de estímulo aos meios consensuais de solução de conflitos: estudo comparativo entre os modelos inglês, estadunidense e brasileiro*. *Revista de Processo*, vol. 319/2021, p. 427 – 458, Set / 2021.
- GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *FLEXIBILIDADE PROCEDIMENTAL* (um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual). São Paulo: 2007, Universidade de São Paulo. Tese de doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.
- GAJARDONI, Fernando da Fonseca. GESTÃO DE CONFLITOS NOS ESTADOS UNIDOS E NO BRASIL. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Rio de Janeiro. Ano 12, Vol. 19, Núm. 3, Set.-Dez./ 2018.
- JREIGE, Camilo; SILVA FILHO, Davi da. *Ressignificação do princípio do juiz natural: A busca por uma jurisdição efetiva por meio de ato concertante para organizar demandas decorrentes da COVID-19*. *Revista Caderno Virtual* – 2020. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br>. Acesso em: 10/02/2022.
- LUNARDI, Thaís Amoroso Paschoal. *COLETIVIZAÇÃO DA PROVA: Técnicas de produção coletiva da prova e seus reflexos na esfera individual*. Curitiba: 2018, Universidade Federal do Paraná. Tese de doutorado apresentada Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná.
- MEIRELES, Edilton. *Reunião de processos, cooperação e conflito de competências*. *Revista de processo*. Vol. 294/2019, p. 77-94, Ago./2019.
- VITORELLI, Edilson. *Processo Civil Estrutural: Teoria e prática*. São Paulo: JusPodvM, 2022.
- ZANETI JR., Hermes. Os casos repetitivos no Brasil: Notas sobre a agregação de litígios, o processo coletivo e os precedentes vinculantes no CPC/215. *Revista Iberoamericana de Derecho Processual*. Vol. 7/2018, p. 225-246, Jan.-Jun./2018.



# Civil Procedure Review

AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

4

## Os agentes de execução e a atividade cognitiva<sup>1</sup>

The enforcement agents and the cognitive activity

*Augusto Barbosa Santos Filho*

LLM at Federal University of Bahia's Law School

**RESUMO:** O presente artigo dedica-se a analisar os modelos de desjudicialização da execução civil propostos nos últimos anos, no Brasil, sob a perspectiva da cognição, utilizada como critério diferenciador de atividades entre juiz e agente de execução, de modo a tentar identificar as divergências entre as propostas e alguns reflexos que a adoção desse parâmetro pode provocar na teoria e na prática. Constata-se, primeiramente, no sistema de justiça multiportas, cognição sendo desempenhada fora do Poder Judiciário. Compreende-se, também, a atividade cognitiva como inerente ao tratamento do pleito executivo. Fixadas essas premissas, analisa-se os modelos de desjudicialização propostos, identificando-se diferenças significativas quanto ao âmbito de matérias cognoscíveis pelo agente de execução em cada um deles. Conclui-se que o parâmetro, portanto, não deve ser a ocorrência da atividade cognitiva em si, mas, sim, as matérias objeto de apreciação, as consequências de sua atribuição a outro ente e/ou a existência de eventual restrição normativa que limite a análise de determinados temas ao Estado-juiz.

**Palavras-chave:** Cognição. Agente de execução. Desjudicialização.

1 O presente artigo resulta das atividades do Grupo de Pesquisa “Transformações nas teorias sobre o processo e o Direito Processual”, vinculado à Universidade Federal da Bahia (UFBA), cadastrado no Diretório Nacional de Grupos de Pesquisa do CNPQ (<http://dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/22515>) e integrante da ProcNet – Rede Internacional de Pesquisa sobre Justiça Civil e Processo contemporâneo (<http://laprocon.ufes.br/rede-de-pesquisa-0>).

**ABSTRACT:** This article aims to analyze the civil enforcement dejudicialization models recently proposed in Brazil, under the perspective of the cognitive activity, which has been used as criterion of activities distribution between judge and enforcement agent, in order to identify the differences among the proposals and some consequences that the adoption of this parameter may provoke, theoretically and practically. At first, in a multidoor justice system, it is verified the occurrence of cognition outside the courts. Besides that, one understands the cognitive activity as inherent to the enforcement process. Then, the civil enforcement dejudicialization models are analyzed and compared, what leads to identify a diversified spectrum of cognition assigned to the enforcement agents. Therefore, the parameter should not be the cognitive activity in itself, but the consequences of its attribution to other entities or the existence of any normative restriction that limits the analysis of certain themes to the judge.

**Keywords:** Cognition. Enforcement agent. Dejudicialization.

**SUMÁRIO:** 1 Introdução; 2 A atividade cognitiva no sistema de justiça multiportas; 3 Cognição e execução; 4 Cognição e os agentes de execução nos modelos de desjudicialização da execução civil – 4.1 O projeto de lei 6.204/2019 – 4.2 O anteprojeto de lei do grupo de pesquisa “Transformações nas estruturas fundamentais do processo”, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – 4.3 A proposta do grupo de pesquisa “Observatório da execução judicial e desjudicializada”, da Universidade de São Paulo; 5 Conclusão; Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

A atividade cognitiva tem sido utilizada como parâmetro de organização e de distribuição de tarefas entre o Poder Judiciário e os agentes externos, nos modelos de desjudicialização da execução civil propostos nos últimos anos – são eles: o projeto de lei 6.204/2019, em trâmite no Congresso Nacional; o anteprojeto do grupo de pesquisa “Transformações nas estruturas fundamentais do processo”, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro; e o projeto do grupo de pesquisa “Observatório da execução judicial e desjudicializada”, da Universidade de São Paulo.

Quando contrapostos, os modelos divergem bastante entre si no que diz respeito ao espectro de atribuições reservado ao Judiciário e aquele delegado aos agentes de execução, adotando, entretanto, o mesmo critério: a cognição. Afirma-se que aos juízes cumpre exercer a atividade cognitiva e aos agentes, a efetivação dos atos executivos, materiais.

O presente artigo dedica-se, portanto, a analisar tais modelos de desjudicialização da execução civil sob a perspectiva da atividade cognitiva, de modo a tentar identificar as razões por trás das divergências entre as propostas e alguns reflexos que a adoção desse parâmetro pode provocar na teoria e na prática.

O caminho adotado a fim de cumprir esse mister inicia com o estabelecimento do marco teórico a partir do qual se pretende averiguar os modelos de desjudicialização, qual seja, aquele a sustentar o conceito de cognição – primeiramente, em sua relação

com a função jurisdicional e com os demais meios de acesso à justiça, e, em seguida, em seu vínculo com a execução. Fixadas essas bases, passar-se-á ao exame das propostas destacadas, viabilizando, assim, a tirada das devidas conclusões.

## 2 A ATIVIDADE COGNITIVA NO SISTEMA DE JUSTIÇA MULTIPORTAS

Cognição, na lição de Watanabe<sup>2</sup>, é “prevalentemente um ato de inteligência, consistente em considerar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes, vale dizer, as questões de fato e as de direito que são deduzidas no processo”. Nunes, Lud e Pedron<sup>3</sup> definem cognição como atividade técnica intelectual voltada à apreciação com racionalidade das alegações de fato, de direito e das provas produzidas no bojo de um processo.

Em termos classificatórios, o estudo de Watanabe<sup>4</sup> estabelece dois critérios, quais sejam, a extensão da cognição, parametrizada no plano horizontal, e a profundidade da cognição, identificada no plano vertical. Sob a primeira ótica, a atividade de conhecimento pode ser plena, não havendo limitações ao que o órgão julgador pode conhecer, ou parcial, quando se estabelecem restrições ao quanto pode ser objeto de cognição.

De acordo com o segundo critério, a atividade cognitiva pode ser exauriente, voltada a um exame profundo da matéria levada à apreciação do órgão julgador, ou sumária, lastreada em juízo de probabilidade, em que se constata uma análise mais superficial.

Considerados os diferentes espectros da cognição, tanto em profundidade, quanto em extensão, Sica<sup>5</sup> entende que seria ela a ferramenta básica para a instrumentalidade do processo e a atividade mais importante, pois exercida mesmo quando o objetivo é executivo ou cautelar. Similarmente, Aragão<sup>6</sup> sustenta sempre haver cognição amoldada aos objetivos do processo, variando, portanto, em intensidade. Na mesma linha de raciocínio, Araújo<sup>7</sup> afirma haver conhecimento proposicional em todo processo<sup>8</sup>.

2 WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 41.

3 NUNES, Dierle; LUD, Natanael; PEDRON, Flávio Quinaud. *Desconfiando da imparcialidade dos sujeitos processuais: um estudo sobre os vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e o debiasing*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 220.

4 WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 83-94.

5 SICA, Heitor Vitor Mendonça. Velhos e novos institutos fundamentais do direito processual civil. In: ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz (org.). *40 anos da teoria geral do processo no Brasil: passado, presente e futuro*. p. 430-466. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 456-457.

6 ARAGÃO, Nilsiton. *Execução jurisdicional em tópicos*. Fortaleza: Premius, 2016. p. 19.

7 ARAÚJO, José Aurélio de. *Cognição sumária, cognição exaustiva e coisa julgada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 48.

8 Tais autores tecem essas considerações discutindo o especificamente processo judicial, vale ressaltar. A referência, no entanto, parece-nos válida na concatenação argumentativa que ora se constrói, a fim de demonstrar, por fim, que as ideias desses autores vão além e são aplicáveis também aos processos não judiciais, objeto de exame das páginas seguintes.

Vincula-se, assim, a noção de processo com a de cognição. Desse modo, sustentar que a cognição é exclusivamente atribuída à jurisdição (Judiciário e arbitragem) implica defender que somente há processo quando há jurisdição. Esse segundo paradigma, no entanto, não mais se sustenta, especialmente em um cenário de justiça multiportas, em que se compreende a realização do Direito como fim atingível por uma série de vias de acesso.

A ordem constitucional vigente evidenciou a necessidade de observância das garantias do devido processo em todos os campos<sup>9-10</sup>, desde o âmbito administrativo<sup>11</sup> até o espectro das relações privadas<sup>12</sup>. Na lição de Nunes<sup>13</sup>, “o processo constitui, na atualidade, uma verdadeira garantia contra o exercício ilegítimo de poderes públicos e privados em todos os campos”.

Uma vez constatada, portanto, a presença do processo em áreas externas à da jurisdição, haveria ainda qualquer vinculação entre esses dois conceitos? Barbi<sup>14</sup> sustenta, em constatação com a qual se filia o presente artigo, que a relação entre processo e jurisdição seria a de círculos concêntricos, uma vez que se identifica processo (círculo maior) fora da jurisdição (círculo menor)<sup>15</sup>, mas não existe jurisdição fora do processo, visto que este é o método necessário para o exercício da jurisdição<sup>16</sup>.

- 
- 9 Textualmente, a CF dispõe no art. 5º: “LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.
- 10 De modo que se chega a defender que, no ordenamento jurídico brasileiro contemporâneo, inexistente distinção entre processo e procedimento. Sobre o tema: BRAGA, Paula Sarno. *Norma de processo e norma de procedimento: o problema da repartição de competência legislativa no direito constitucional brasileiro: integridade e coerência na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Salvador: JusPodivm, 2015.
- 11 “Entretanto, se, inicialmente, predominou uma visão restrita, que não conectava o processo com outras formas de atuação estatal que não a jurisdicional, o certo é que o processo passou a assumir um sentido muito mais amplo do que sua vinculação exclusiva ao Estado e à forma de atuação do Poder Judiciário. Com efeito, contemporaneamente, a noção de processo deixou de se circunscrever ao âmbito judicial, tornando-se característica em toda a atuação estatal, inclusive no âmbito da Administração Pública”. SOUSA, Rosalina Freitas Martins de. *A função jurisdicional adequada e a releitura do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional* (CRFB/88, Art. 5º, XXXV). Tese (Doutorado). 213 f. Recife: Universidade Federal de Pernambuco, 2017. p. 114.
- 12 Jurisprudencialmente, consolidou-se entendimento de que as garantias do devido processo aplicam-se também nas relações privadas. Vide: “Sociedade Civil Sem Fins Lucrativos. União Brasileira De Compositores. Exclusão De Sócio Sem Garantia Da Ampla Defesa E Do Contraditório. Eficácia Dos Direitos Fundamentais Nas Relações Privadas. Recurso Desprovido”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 201819*, relator(a): Ellen Gracie, relator(a) p/ acórdão: Gilmar Mendes, segunda turma, data de julgamento: 11/10/2005, data da publicação: 27/10/2006. Na doutrina, cf., por exemplo, BRAGA, Paula Sarno. *Aplicação do devido processo legal nas relações privadas*. Salvador: JusPodivm, 2008.
- 13 NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*, 1. ed., 4ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2012. p. 209.
- 14 GONÇALVES, Marcelo Barbi. *Teoria geral da jurisdição*. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 445.
- 15 Similarmente: “Conclui-se assim que a processualidade compreende a jurisdição, mas não se esgota nela”. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. p. 20.
- 16 “O exercício da jurisdição pressupõe o processo prévio, em que se garantam o devido processo legal e seus corolários. Todo Poder exerce-se processualmente”. DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. 17. ed. v. 1. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 162.

Na área do círculo maior (processo) externa ao círculo menor (jurisdição), tem-se, como exemplos, o CADE (Conselho Administrativo de Conselho Econômico)<sup>17</sup>, os Tribunais de Contas<sup>18</sup>, as agências reguladoras<sup>19</sup> e o Tribunal Marítimo (quando não funciona como juízo arbitral<sup>20</sup>), entendidos como *equivalentes* jurisdicionais, uma vez que às suas decisões faltam a insuscetibilidade de controle externo<sup>21</sup> e, em consequência, a inaptidão para a coisa julgada, duas características que, no entender deste estudo, integram o conceito de jurisdição<sup>22</sup>.

Se há processo fora do âmbito jurisdicional, também há cognição para além da jurisdição. Os agentes acima mencionados, exercendo função de equivalente jurisdicional e utilizando-se do método processual, praticam atividade intelectual de consideração, análise e valoração de alegações e de provas e, com base nela, constroem suas decisões lastreadas no Direito vigente, realizando-o. A diferença encontra-se, no atual sistema de estabilidades, na possibilidade de modificação do quanto decidido por outra instituição – mas a atividade cognitiva, em si, inegavelmente é exercida, dado deveras realçado pela especialidade das matérias submetidas a cada um desses polos decisórios.

Outro exemplo, agora de natureza privada, negocial, a ilustrar esse dado, consiste nos *dispute boards*, comitês de resolução de disputas, método de prevenção e resolução de controvérsias de uso especialmente notável em contratos de infraestrutura e de grandes obras (e que, com a entrada em vigor da lei 14.133/2021, passa a ter aplicação prevista para contratos administrativos no Brasil<sup>23</sup>), em que um ou mais *experts* são

- 17 Que possui, em sua estrutura organizacional (art. 5º), o Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, em cujas atribuições (art. 9º) encontram-se, entre outras: decidir sobre a existência de infração à ordem econômica e aplicar as penalidades previstas em lei; decidir os processos administrativos para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica instaurados pela Superintendência-Geral e decidir pelo cumprimento das decisões, compromissos e acordos. Cf. Lei 12.529/2011.
- 18 Responsável por julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público, segundo o art. 71, II, da Constituição Federal.
- 19 Vide o exemplo da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), que pode dirimir, no âmbito administrativo, as divergências entre concessionárias, permissionárias, autorizadas, produtores independentes e autoprodutores, bem como entre esses agentes e seus consumidores, de acordo com o art. 3º, V, da lei 9.427/1996.
- 20 Possibilidade expressamente prevista no art. 16, “f”, da lei 2.180/1954: “Art 16. Compete ainda ao Tribunal Marítimo: [...] f) funcionar, quando nomeado pelos interessados, como juízo arbitral nos litígios patrimoniais consequentes a acidentes ou fatos da navegação”.
- 21 DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. 17. ed. v. 1. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 169.
- 22 Neste ponto, vale ressaltar que o conceito de jurisdição adotado diverge daquele construído por Marcelo Barbi, a despeito de se utilizar, aqui, sua noção acerca da existência de processo fora do âmbito jurisdicional. Para o aludido jurista, as características mencionadas, de insuscetibilidade de controle externo e de aptidão para a coisa julgada, não fazem parte do conceito de jurisdição. Com isso, tem-se que as dimensões dos círculos interno e externo variam de acordo com o marco teórico, se do aludido autor ou se o adotado neste trabalho – permanece, no entanto, a ideia de que o fenômeno processual ultrapassa os limites da jurisdição. Cf. GONÇALVES, Marcelo Barbi. *Teoria geral da jurisdição*. Salvador: JusPodivm, 2020.
- 23 Junto com outros meios de prevenção e resolução de controvérsias, como a conciliação, a mediação e a arbitragem, sempre quando relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis. Cf. Lei 14.133/2021.

eleitos pelas partes para acompanhar o desenvolvimento do contrato, estando sempre à disposição para consultas, dúvidas, desentendimentos ou mesmo divergências. Entre as espécies de *dispute boards*, o *adjudication board* tem função que abarca a prolação de decisões vinculativas aos sujeitos contratantes em caso de controvérsias, os *dispute review boards* produzem recomendações, os *combined dispute board* são aptos a aconselhar e a decidir e os *ad hoc dispute boards* voltam-se somente para uma disputa específica já surgida, sendo desfeitos assim que a ela é dado uma solução<sup>24</sup>.

Aqui, igualmente se identifica o exercício de cognição pelos *experts* eleitos pelas partes, reforçado pelo próprio fato de tais integrantes serem especialistas na área de execução do contrato, pondo em relevo não só a existência como a profundidade da atividade cognitiva desenvolvida.

Conclui-se, nesta etapa, portanto, que a noção de atribuição exclusiva da atividade cognitiva ao Judiciário, no âmbito do exercício da função jurisdicional (a qual, hoje, no Brasil, também é exercida pela arbitragem), não encontra respaldo na realidade de um sistema de justiça multiportas, não se mostrando parâmetro contundente para lastrear, em teoria, modelos de desjudicialização.

### 3 COGNIÇÃO E EXECUÇÃO

Como adiantado no tópico anterior, o marco teórico adotado neste trabalho entende que, quando e onde quer que haja processo, haverá cognição – cognição sumária ou exauriente, plena ou parcial; a *medida* determina-se pelos objetivos do processo, mas a *existência* da cognição mostra-se uma constatação inescapável.

A noção segundo a qual conhecimento e execução seriam fenômenos estanques, separados, remonta, na História recente, às construções teóricas em torno do Código de Processo Civil de 1973, cuja estrutura segrega os processos cautelar, de conhecimento e de execução. O próprio CPC-73, contudo, previa uma série de hipóteses nas quais o executado defendia-se endoprocessualmente, ensejando atividade cognitiva, ao menos contra atos executivos (arts. 668, 677, 683, I, 685, I etc.)<sup>25</sup>.

Neste momento, no entanto, cumpre ressaltar a atividade cognitiva desenvolvida no processo executivo sem a participação do réu, na linha do estudo de Sica<sup>26</sup>, a fim de desvincular a ideia de cognição na execução das defesas do executado, pondo em rele-

24 SKITNEVSKY, Karin Hlavnicka. *Dispute boards: meio de prevenção de controvérsias*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016. p. 32-38.

25 Como observa: SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Cognição do juiz na execução civil*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 147.

26 “Em resumo, para os objetivos que movem este trabalho, o tratamento do objeto litigioso na execução deve ser, tal qual num laboratório, isolado das demandas contrapostas do executado. Afinal, a doutrina nunca recusou que o juiz examinasse o objeto litigioso da execução por força de postulação de mérito do executado. [...] No entanto, os estudiosos do tema, em geral, resistem em reconhecer que o juiz o faça sem provocação do executado”. SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Cognição do juiz na execução civil*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 157.

vo, assim, a inerência da atividade cognitiva no tratamento do pleito executivo, mesmo quando o devedor não opõe resistência.

Ecoa, sobre o tema, a lição de Watanabe<sup>27</sup>, quando asseverou que, na execução, opera-se uma cognição rarefeita. Didier Jr.<sup>28</sup> contrapõe a lição, afirmando que esta jamais foi correta, tendo em vista que o magistrado deve controlar de ofício as questões atinentes à admissibilidade da execução, manifestar-se a respeito de questões relativas à existência ou à exigibilidade da obrigação exequenda ou ao desenvolvimento do próprio procedimento executivo.

A prática de atos executivos, por sub-rogação ou constrição, na lição de Bedaque<sup>29</sup>, normalmente é precedida de decisão do órgão julgador, o que depende de cognição acerca da situação processual – desse modo, minimamente, “o juiz deve controlar a regularidade dos atos satisfativos, até para manter o equilíbrio entre os interesses em conflito”. Similarmente, Barbi<sup>30</sup> salienta a necessidade de discernir o ato material do juízo que o ordenou – exemplifica com o desapossamento do bem, que não se confunde com a decisão que, verificando a existência do direito de crédito e aplicando o princípio da responsabilidade patrimonial, determina a penhora. Denardi<sup>31</sup> afirma que, a respeito dos atos executivos, o juiz conhece, exerce juízos de valor e prolata decisões.

Antes mesmo da prática dos atos executivos, todavia, existe cognição pelo órgão julgador – a começar pela própria interpretação do título executivo<sup>32</sup>. Prosseguindo na análise da admissibilidade<sup>33</sup> da execução, Calmon de Passos<sup>34</sup> ensinava que a execução,

27 “No plano vertical, a cognição pode ser classificada, segundo o grau de sua profundidade, em exauriente (completa) e sumária (incompleta). Há, ainda, a cognição em sua forma mais tênue e rarefeita, sendo mesmo eventual, que é a cumprida no processo de execução [...] Na execução, a cognição é bem escassa”. WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987. p. 83.

28 DIDIER JÚNIOR, Fredie. Impugnação do executado (lei federal nº 11.232/2005). In: TESHEINER, José Maria Rosa [et al.] (coord.). *Instrumentos de coerção e outros temas de direito processual civil – estudos em homenagem aos 25 anos de docência do Professor Dr. Araken de Assis*. p. 193-218. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 198.

29 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Cognição e decisões do juiz no processo executivo. In: FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords). *Processo e constituição*. p. 358-378. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 363-364.

30 GONÇALVES, Marcelo Barbi. *Teoria geral da jurisdição*. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 42.

31 DENARDI, Volnei Luiz. *Execuções judicial e extrajudicial no sistema financeiro da habitação: lei nº 5.741/71 e decreto-lei nº 70/66*. 381 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2005. p. 198.

32 Cf. CUNHA, Leonardo Carneiro da; TERCEIRO NETO, João Otávio. A interpretação do título executivo como matéria de defesa na execução. *Civil procedure review*, v. 11, n. 2, p. 171-184, 2020. Disponível em: <https://civilprocedurereview.com/blog/editions/a-interpretacao-do-titulo-executivo-como-materia-de-defesa-na-execucao-leonardo-carneiro-da-cunha-e-joao-otavio-terceiro-neto/>. p. 172. Acesso em: 22 mar. 2021.

33 “O juízo de admissibilidade opera sobre o plano de validade dos atos jurídicos. [...] Todo procedimento judicial instaura-se por um ato postulatório [...] Bem pensado o tema, portanto, percebe-se que o ato postulatório é o primeiro dos atos que compõem o ato-complexo procedimento – é o primeiro dos atos condicionantes, a que alude Marcos Bernardes de Mello. O exame da validade do ato postulatório é, a fortiori, o exame da validade do próprio procedimento de que faz parte”. DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza. O juízo de admissibilidade na teoria do geral do direito. In: JORDÃO, Eduardo Ferreira; DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza (coord.). *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. p. 287-318. Salvador: JusPodivm, 2007. p. 295.

34 PASSOS, José Joaquim Calmon de. Processo de execução – alguns temas polêmicos. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno (org.). *Ensaios e artigos* (Obras de J. J. Calmon de Passos). v. 2. p. 129-146. Salvador:

como todo processo, reclama o atendimento de uma série de requisitos, relativos aos sujeitos, ao objeto, à relação processual e à própria regularidade do procedimento, cumprindo ao magistrado examiná-los, o que assegura e impõe o exame do mérito. Zavascki<sup>35</sup> afirma ser extenso o âmbito do juízo de conhecimento no processo executivo, citando, como exemplo, o controle dos pressupostos processuais, das condições da ação, da existência, higidez e tipicidade do título executivo.

Para além da cognição exercida no início e no transcorrer da execução, também ela incide em sua conclusão. Aragão<sup>36</sup> identifica três fases no processo executivo, em consonância com a perspectiva adotada neste estudo: a primeira, postulatória, com a demanda executiva e o juízo de admissibilidade; a segunda, voltada aos meios executórios específicos e adequados; e a terceira, que denomina decisória, justamente focada na verificação da satisfação da obrigação. Sica<sup>37</sup> constata que o grau de facilidade ou de dificuldade de aferir se a obrigação foi ou não cumprida ao fim das atividades executivas depende basicamente de dois fatores, quais sejam, a manifestação de vontade do exequente e a modalidade de obrigação – e, se o magistrado encontrar nos autos prova de satisfação da obrigação, que pode ser produzida mesmo sem participação do executado, a solução é, efetivamente, prolatar sentença declaratória a respeito, mesmo no silêncio do exequente, decisão essa que deve existir sempre, em prol da segurança jurídica.

Pontue-se, por fim, que as defesas do executado aumentam o espectro de cognição desenvolvido na execução, veiculando alegações de fato e de direito em contraponto ao atingimento das pretensões autorais – o modo de alocá-las, se dentro do procedimento executivo ou fora dele, configura opção legislativa que aumenta ou limita o âmbito de matérias apreciáveis, ponderando valores como eficiência e celeridade na recuperação do crédito, de um lado, e o respeito ao contraditório, do outro.

Deve-se ressaltar, ainda, que o contraditório também deve abranger os terceiros potencialmente atingidos pelos atos constritivos<sup>38</sup>, os responsáveis secundários<sup>39</sup>, os credores concorrentes, o arrematante, o adjudicatário<sup>40</sup> e o próprio exequente<sup>41</sup>. Há,

---

JusPodivm, 2016. p. 140. Texto original publicado em *Revista da Associação dos Magistrados do Paraná*, Curitiba, ano III, n. 14, out./dez. 1978.

35 ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo de execução*: parte geral. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 64.

36 ARAGÃO, Nilsiton. *Execução jurisdicional em tópicos*. Fortaleza: Premium, 2016. p. 19-20.

37 SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Cognição do juiz na execução civil*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 209-211.

38 “O diálogo do contraditório deve também vigorar na preparação das decisões que afetem a esfera jurídica ou patrimonial de terceiros, em relação a estes”. GRECO, Leonardo. A execução e a efetividade do processo. *Revista de processo*, São Paulo, n. 94, p. 34-66, 1999. p. 54.

39 SIQUEIRA, Thiago Ferreira. *A responsabilidade patrimonial no novo sistema processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 197-198.

40 GRECO, Leonardo. *O processo de execução*. v. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 582.

41 “A radicalização da ideia de que o contraditório na execução é ‘parcial e atenuado’ pode trazer prejuízos ao próprio exequente. [...] o contraditório deve ser concebido bilateralmente”. SICA, Heitor Vitor Mendonça.

ainda, uma variedade de incidentes cognitivos, tais quais a desconsideração da personalidade jurídica, a nomeação de bem à penhora e a alienação antecipada do bem penhorado<sup>42</sup>. Tal contraditório verifica-se não apenas no que concerne aos atos executivos empreendidos contra o executado, mas, também, naqueles impostos ao demandante e a terceiros<sup>43</sup>. De tudo isso, pode-se concluir que, mesmo em um sistema que segregue (ou tente segregar) toda e qualquer defesa do executado a procedimento autônomo, não há como escapar da atividade cognitiva e do próprio contraditório dos demais sujeitos<sup>44</sup>.

Nesse passo, reitera-se o entendimento de que é indissociável o método processual da atividade cognitiva, ainda que em grau mínimo de profundidade e/ou extensão<sup>45</sup>. Desse modo, encontra-se presente na execução civil em todo o seu desenrolar, desde a cognição sumária quando do exame de admissibilidade para liberação da eficácia executiva do título até a aferição do cumprimento da obrigação, em cognição exauriente<sup>46</sup>.

Identificar a atividade cognitiva associada ao processo executivo mostra-se essencial, conforme se verá a seguir, ao exame da desjudicialização da execução civil, especialmente quanto aos parâmetros utilizados para justificar a retirada de atos pro-

---

*Cognição do juiz na execução civil*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 140. Exemplo de Márcio Faria: “[...] antes de apreciar a defesa do executado lastreada no §3º do art. 854 do CPC, deve o juiz, salvo na hipótese de sua rejeição liminar, intimar o exequente para se manifestar, em cinco dias, sob pena de ofensa ao contraditório”. FÁRIA, Márcio Carvalho. As zonas (ainda) cinzentas sobre a penhora on-line e uma tentativa de se encontrar algumas soluções. *Revista de processo*, São Paulo, v. 305, 2020. Versão eletrônica. p. 14.

- 42 DIDIER JÚNIOR, Fredie. Esboço de uma teoria da execução civil. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 380, p. 65-78, 2005. p. 69.
- 43 “Daí que é possível, por exemplo, a fixação de multa para cumprimento de decisão que imponha a terceiro, administrador de cadastro de proteção de crédito, a exclusão do nome da parte. O administrador do cadastro não precisa ser réu no processo para ser destinatário da ordem – e, portanto, para ser compelido a cumpri-la. [...] O réu pode, por exemplo, requerer que seja o demandante compelido a exibir determinado documento”. DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Diretrizes para a concretização das cláusulas gerais executivas dos arts. 139, IV, 297 e 536, § 1º, CPC. *Revista de processo*, São Paulo, v. 267, p. 227-272, 2017. Versão eletrônica. p. 6-7.
- 44 “Constata-se, desde logo, que a pureza da separação da atividade coativa e da atividade cognitiva em processos distintos é apenas ilusória, porque incidem na execução pretensões cognitivas de outros sujeitos, como o próprio exequente, os credores concorrentes, o arrematante e o adjudicatário, que têm de ser equacionados no próprio processo executivo, enquanto o devedor e os terceiros atingidos por atos coativos dispõem de ações cognitivas autônomas, embora acessórias”. GRECO, Leonardo. *O processo de execução*. v. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 582.
- 45 “Se se busca a certeza, a cognição tem de ser tanto mais exaustiva quanto possível; se se busca segurança, uma medida que atenuie os riscos da demora do processo, a cognição não pode ser tão exaustiva, sob pena de comprometer a própria utilidade da medida; se se pretende a execução, a cognição judicial não deve abarcar, ao menos inicialmente, questões que digam respeito à formação do título, mas, necessariamente, envolverá as questões que dizem respeito à efetivação da obrigação, ou seja, os pressupostos de admissibilidade e a sobrevivência da obrigação executada”. DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de direito processual civil*, 11. ed. rev., ampl. e atual., v. 5. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 61.
- 46 SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Cognição do juiz na execução civil*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

cessuais (ou do processo inteiro) do Judiciário, bem como as hipóteses de necessário acionamento deste.

## 4 COGNIÇÃO E OS AGENTES DE EXECUÇÃO NOS MODELOS DE DESJUDICIALIZAÇÃO DA EXECUÇÃO CIVIL

Estabelecidas as premissas teóricas acerca da cognição e sua relação com a função jurisdicional e com a execução, cumpre analisar os modelos de desjudicialização da execução civil propostos nos últimos anos no Brasil, sob a perspectiva da atividade cognitiva.

### 4.1 O PROJETO DE LEI 6.204/2019

De acordo com o projeto de lei 6.204/2019, atribui-se a função de agente de execução ao tabelião de protesto, espécie de delegatário de serventia extrajudicial, e o processo executivo pode desenvolver-se integralmente fora do Judiciário, o qual somente atua quando provocado pelas partes ou pelo próprio condutor. Trata, o projeto, apenas das execuções por quantia certa.

Na esteira no quanto fixado nos tópicos anteriores, de que há cognição exercida, no sistema de justiça multiportas, fora do âmbito da jurisdição, reconhece-se que, às serventias extrajudiciais, vem se delegando procedimentos que exigem carga cognitiva cada vez maior<sup>47</sup>. Partindo de suas atribuições primevas, que já possuem teor interpretativo, valorativo e decisório<sup>48</sup>, nota-se o aumento gradativo do âmbito de matérias conferido à apreciação das serventias no fenômeno da desjudicialização notável nesse século, tendo como exemplos: da declaração de nascimento fora do prazo legal, atribuindo-se ao Oficial de Registro o poder de exigir prova suficiente a respeito, em caso de suspeita de falsidade, de acordo com a lei 11.790/2008, “sendo certo que a mesma

47 “Parece-nos que, tendo a desjudicialização avançado, até o momento, adotando como foco primordial a *função cognitiva*, conforme uma *perspectiva bifronte*, que será abordada em item próprio, seja através da desjudicialização da jurisdição voluntária para os cartórios extrajudiciais, seja da jurisdição contenciosa mediante a valorização da justiça coexistencial e da arbitragem, é chegado o momento de avançarmos no segmento da *função executiva*.”. HILL, Flávia Pereira. *Lições do isolamento: reflexões sobre Direito Processual em tempos de pandemia*. Rio de Janeiro: edição do autor, 2020. p. 83.

48 “Apesar disso, também é indiscutível que, no exercício de suas atribuições, tais delegatários realizam atos instrutórios e emitem atos de natureza decisória: os tabeliães de notas analisam a documentação das partes e decidem sobre a sua suficiência ou não para a instrumentalização dos atos e negócios jurídicos de sua competência; os tabeliães de protesto analisam os títulos e documentos de dívida protocolizados nas serventias de que são titulares e decidem sobre a presença ou não dos requisitos formais necessários ao eventual registro do protesto; os registradores civis, de imóveis e de títulos e documentos fazem a qualificação dos documentos que lhes são apresentados, analisando a possibilidade ou não de alcançarem a publicidade registral”. PEIXOTO, Marco Aurélio Ventura; PEIXOTO, Renata Cortez Vieira. Limitações ao poder decisório do tabelião na execução desjudicializada. In: MEDEIROS NETO, Elias Marques de; RIBEIRO, Flávia Pereira (coord.). *Reflexões sobre a desjudicialização da execução civil*. p. 651-672. Curitiba: Juruá, 2020. p. 657.

verificação das provas que era feita pelo Juiz, agora será feita pelo Oficial Registrador, com igual rigor<sup>49</sup>; do reconhecimento da filiação socioafetiva (Provimento n. 63, de 2017, do CNJ), em que há “produção de provas documentais e testemunhais perante o registrador civil das pessoas naturais para demonstração do vínculo”<sup>50</sup>; da usucapião extrajudicial e das execuções extrajudiciais estudadas no capítulo anterior.

Constata-se também que a abertura do acesso ao Judiciário, alternativamente, durante o trâmite na via extrajudicial e mesmo depois do seu esgotamento, configura-se uma constante, a evidenciar o controle externo sobre os atos praticados em cartório – o que, se, por um lado, impede a caracterização da função exercida pelas serventias como jurisdicional, por outro, não descaracteriza nem diminui a importância dessa via no sistema multiportas de acesso à justiça.

Diante desse cenário, não surpreende que, agora, as atenções voltem-se à execução civil, o que se coaduna com o panorama da desjudicialização do país, em que se aumenta, de forma gradual, as atribuições dos cartórios e a necessária carga cognitiva para desenvolver os procedimentos então colocados sob sua responsabilidade.

O art. 4º do projeto de lei 6.204/2019 congrega, em seus incisos, as atribuições conferidas ao agente de execução, que seriam: examinar o requerimento e os requisitos do título executivo, bem como eventual ocorrência de prescrição e decadência; consultar a base de dados mínima obrigatória (referenciada no art. 29), para localização do devedor e de seu patrimônio; efetuar a citação do executado para pagamento do título, com os acréscimos legais; efetuar a penhora e a avaliação dos bens; realizar atos de expropriação; realizar o pagamento ao exequente; extinguir a execução; suspender a execução diante da ausência de bens suficientes para a satisfação do crédito; consultar o juízo competente para sanar dúvida relevante; encaminhar ao juízo competente as dúvidas suscitadas pelas partes ou terceiros em casos de decisões não reconsideradas.

Dessa forma, constata-se que o projeto disciplina procedimento que, a princípio, pode desenvolver-se plenamente sem qualquer intervenção judicial, visto que ao agente de execução incumbirá desde o exame inicial da demanda até a extinção pós pagamento, incluindo (quase) todos os atos executivos necessários nesse ínterim. Há manifestações doutrinárias no sentido de que esse projeto aborda apenas as “tarefas mais burocráticas da execução”<sup>51</sup>, “atos meramente procedimentais, que não envol-

49 HILL, Flávia Pereira. A desjudicialização do procedimento de registro tardio de nascimento. inovações trazidas pela lei federal nº 11.790/08. *Revista eletrônica de direito processual*, v. 2, n. 2, p. 123-133, 2008. Disponível em: [www.revistaprocessual.com](http://www.revistaprocessual.com). Acesso em: 30 mar. 2020. p. 130.

50 PEIXOTO, Marco Aurélio Ventura; PEIXOTO, Renata Cortez Vieira. Limitações ao poder decisório do tabelião na execução desjudicializada. In: MEDEIROS NETO, Elias Marques de; RIBEIRO, Flávia Pereira (coord.). *Reflexões sobre a desjudicialização da execução civil*. p. 651-672. Curitiba: Juruá, 2020. p. 658.

51 RIBEIRO, Flávia Pereira. Desjudicialização da execução civil. *Youtube*. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=9I8yddQruhc&list=PL0xivGulKurBn6CQqhOC5h7CxxRaGawR&index=22&t=4s>. Acesso em: 12 set. 2020.

vem função jurisdicional<sup>52</sup>, atos de natureza administrativa<sup>53</sup> sem ou com conteúdo mínimo jurisdionalizante<sup>54</sup>.

Tais posicionamentos claramente coadunam-se à corrente que entende execução e conhecimento como polos estanques<sup>55</sup>, associando a jurisdição exclusivamente ao segundo<sup>56</sup> e o processo executivo à uma *natureza* administrativa. Primeiramente, discorda-se que o agente de execução, de acordo com o projeto, agiria apenas em atos burocráticos, materiais – além destes, que, no processo executivo a tramitar no Judiciário, seriam atribuídos às secretarias e aos oficiais de justiça, como a efetuação da citação, da penhora, da avaliação, do pagamento e da consulta às bases de dados, há clara necessidade de juízo prévio a seu respeito. Enquanto os serventuários e auxiliares da justiça agem por determinação do magistrado<sup>57</sup>, o agente de execução aqui atua independentemente, com autonomia, que abrange desde o exame de admissibilidade, passando pelo impulso oficial do feito e pela valoração acerca dos meios executivos adotados, até a verificação acerca do adimplemento, incluindo-se as hipóteses de execução infrutífera, sem necessidade de qualquer pronunciamento judicial anterior sobre a prática desses atos.

O projeto de lei, no art. 17, dispõe, ainda, que a extinção da execução processada em tabelionato de protesto será declarada por certidão e independerá de pronunciamento judicial. Aqui, a argumentação contrária à existência de atividade cognitiva prévia ao ato mostra-se ainda mais difícil – afinal, como afirmar a ocorrência de adimplemento sem conhecimento a respeito? Na lição de Cortez e Peixoto<sup>58</sup>, o ato de extinção

- 
- 52 COELHO, Gláucia Mara; GUEDES, Rafael Fernandes. Breves apontamentos sobre a desjudicialização da execução: necessidades e desafios. In: MEDEIROS NETO, Elias Marques de; RIBEIRO, Flávia Pereira (coord.). *Reflexões sobre a desjudicialização da execução civil*. p. 373-391. Curitiba: Juruá, 2020. p. 388.
- 53 NEVES, Fernando Crespo Queiroz. Execução fiscal extrajudicial – necessidade urgente. In: MEDEIROS NETO, Elias Marques de; RIBEIRO, Flávia Pereira (coord.). *Reflexões sobre a desjudicialização da execução civil*. p. 281-303. Curitiba: Juruá, 2020. p. 302.
- 54 FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. Da constitucionalidade da execução civil extrajudicial – análise dogmática do PL 6.204/2019. In: MEDEIROS NETO, Elias Marques de; RIBEIRO, Flávia Pereira (coord.). *Reflexões sobre a desjudicialização da execução civil*. p. 517-544. Curitiba: Juruá, 2020. p. 533.
- 55 RIBEIRO, Flávia Pereira. A cognição na tutela executiva e o PL 6.204/2019. *Youtube*. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=OWWjR4LNQoo>. Acesso em: 26 jul. 2021.
- 56 “[...] como consequência da redução de demandas, permitirá aos juízes togados a destinação de seu tempo à prática das verdadeiras funções jurisdicionais que lhes são confiadas, quais sejam, resolver os conflitos insertos em ações de conhecimento. [...] o Estado-juiz exerce, nestes casos, as funções de mero ‘administrador de cobranças’, pois é assente que a jurisdição, na verdadeira acepção da palavra, raramente é prestada nos procedimentos executivos pelos togados”. FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. Da constitucionalidade da execução civil extrajudicial – análise dogmática do PL 6.204/2019. In: MEDEIROS NETO, Elias Marques de; RIBEIRO, Flávia Pereira (coord.). *Reflexões sobre a desjudicialização da execução civil*. p. 517-544. Curitiba: Juruá, 2020. p. 523.
- 57 *V.g.*, o art. 782 do Código de Processo Civil: “Art. 782. Não dispondo a lei de modo diverso, o juiz determinará os atos executivos, e o oficial de justiça os cumprirá”.
- 58 PEIXOTO, Marco Aurélio Ventura; PEIXOTO, Renata Cortez Vieira. Limitações ao poder decisório do tabelião na execução desjudicializada. In: MEDEIROS NETO, Elias Marques de; RIBEIRO, Flávia Pereira (coord.). *Reflexões sobre a desjudicialização da execução civil*. p. 651-672. Curitiba: Juruá, 2020. p. 664.

equivaleria à sentença judicial. Xavier<sup>59</sup> entende, inclusive, que, dada a sua importância, esse ato de extinção da execução deveria ser reservado ao magistrado.

Igualmente meritória é a decisão de não acolhimento do pleito executório, quando, por exemplo, reconhece a extinção da pretensão executiva pela prescrição ou acolhe a alegação de compensação<sup>60</sup>. O projeto prevê expressamente a primeira possibilidade em seu art. 4º, I, em evidente estipulação de ato decisório “a demandar do agente de execução conhecimento e atenção quanto às eventuais causas suspensivas ou interruptivas da prescrição, a fim de adotar a decisão adequada”<sup>61</sup>. O dispositivo, sozinho, fragiliza as noções de que não haveria cognição e decisão atinente ao mérito na execução extrajudicial – não se olvidando que, a bem do respeito às garantias do devido processo e do fortalecimento da independência do procedimento extrajudicial, deve-se possibilitar o contraditório ao exequente nessa hipótese, apesar de a literalidade do artigo permitir a decisão de ofício.

O conjunto de dispositivos tais como o que versa sobre a verificação do termo ou condição, o que determina a aferição de prescrição ou decadência e o que atribui o ato de extinção da execução após o adimplemento ao agente, sem necessidade de qualquer pronunciamento judicial a respeito, evidenciam que o próprio texto não consegue negar, integralmente, o âmbito da atividade cognitiva do agente sobre o mérito da execução, mesmo que em outros momentos aluda a uma suposta postura exclusivamente formalista.

Deve-se discernir, portanto, o ato material do ato de inteligência que o determinou<sup>62</sup> e, a partir dessa constatação, reconhecer que, nos moldes do projeto de lei ora analisado, ambos estão a cargo do agente de execução<sup>63</sup>.

59 CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Reunião 1 – observatório da execução judicial e desjudicializada. *Youtube*. Disponível em: [https://www.youtube.com/watch?v=JKbmh8Z\\_Q8A&list=PL0xivGulKurBn6CqhOC5h7XcxxRaGawR&index=8&t=372s](https://www.youtube.com/watch?v=JKbmh8Z_Q8A&list=PL0xivGulKurBn6CqhOC5h7XcxxRaGawR&index=8&t=372s). Acesso em: 31 ago. 2020.

60 DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de direito processual civil*. 9. ed. rev. e atual. v. 5. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 64.

61 PEIXOTO, Marco Aurélio Ventura; PEIXOTO, Renata Cortez Vieira. Limitações ao poder decisório do tabelião na execução desjudicializada. In: MEDEIROS NETO, Elias Marques de; RIBEIRO, Flávia Pereira (coord.). *Reflexões sobre a desjudicialização da execução civil*. p. 651-672. Curitiba: Juruá, 2020. p. 661.

62 “Mas é preciso distinguir o ato material do ato de inteligência sobre os interesses conflitantes (*rectius*: o juízo sobre a expectativa de incidência normativa das partes). O desapossamento do bem não se confunde com a decisão que, verificando a existência do direito de crédito e aplicando o princípio da responsabilidade patrimonial, ordena a penhora”. GONÇALVES, Marcelo Barbi. *Teoria geral da jurisdição*. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 42.

63 “Se esses atos – e correspondentes juízos de aplicação do Direito – não fossem cometidos ao agente de execução (o tabelião), não haveria desjudicialização nenhuma (ou quase nenhuma) e, por decorrência, nenhuma ampliação do acesso à justiça, tal como conceituado ao longe deste estudo”. GRAMSTRUP, Erik Frederico. O acesso à justiça e a execução extrajudicial por quantia certa (PL 6.204/2019). In: MAIA, Benigna Araújo Teixeira; BORGES, Fernanda Gomes e Souza; HILL, Flávia Pereira; RIBEIRO, Flávia Pereira; PEIXOTO, Renata Cortez Vieira (orgs.). *Acesso à justiça: um novo olhar a partir do Código de Processo Civil de 2015*. p. 105-127. Londrina: Thoth, 2021. p. 120.

Entendimento contrário leva a posicionamentos tais como: “a intervenção por parte do Estado-juiz ocorrerá quando necessária cognição que se aproxime de ulterior ato decisório”<sup>64</sup>; “a desjudicialização proposta (PL 6.204/2019) atribui ao juiz, no curso de um processo executivo, competências que venham a demandar atividades cognitivas relativas à aplicação de normas jurídicas”<sup>65</sup>; ou, ainda, que “qualquer providência que demande análise de mérito quanto aos meios de defesa e impugnação manejados pelo devedor, por exemplo, deverá ser objeto de apreciação pelo Poder Judiciário”<sup>66</sup>. A necessidade de cognição e/ou de análise de mérito não se revelam critérios de acionamento *necessário* da máquina judiciária compatíveis com as atribuições delegadas ao agente de execução regulado pelo projeto, tendo em vista que a ele serão incumbidas ambas essas atividades, especialmente notáveis no exame de admissibilidade e na aferição acerca do adimplemento (dando azo à extinção da execução).

Outro critério aventado encontra-se no surgimento de controvérsias ou questões<sup>67</sup>, que também se mostra insuficiente. Repita-se: há clara diferença entre a provocação do Estado-juiz ser *permitida* e assegurada e ela ser *obrigatória*, pela impossibilidade de o agente dirimir o impasse. Poder-se-ia, todavia, aventar que, de fato, qualquer controvérsia *tivesse* que ser submetida ao magistrado – entretanto, nesse cenário, a dependência da via extrajudicial em relação ao Judiciário revelar-se-ia deveras intensa, uma vez que “não pode imaginar o pretense legislador que todos os atos executivos são desprovidos de complexidade e que não geram debate e cognição”<sup>68</sup>, o que suscitaria questionamentos contundentes acerca da adequação do modelo proposto como meio de desafogamento do maquinário estatal<sup>69</sup>.

64 CASTRO, Daniel Penteadado de. Atividades extrajudiciais antes delegadas ao poder Judiciário: breves comentários em confronto com as iniciativas de desjudicialização da execução civil. In: MEDEIROS NETO, Elias Marques de; RIBEIRO, Flávia Pereira (coord.). *Reflexões sobre a desjudicialização da execução civil*. p. 105-124. Curitiba: Juruá, 2020. p. 121.

65 ONO, Tayanara Tiemi; MORAES, Daniela Marques de. Desjudicialização da execução civil: uma análise das experiências estrangeiras e do projeto de lei 6.204/2019. In: MEDEIROS NETO, Elias Marques de; RIBEIRO, Flávia Pereira (coord.). *Reflexões sobre a desjudicialização da execução civil*. p. 125-157. Curitiba: Juruá, 2020. p. 154.

66 MEDEIROS NETO, Elias Marques de. Reflexões sobre a necessária busca de antecipada de bens do devedor. In: MEDEIROS NETO, Elias Marques de; RIBEIRO, Flávia Pereira (coord.). *Reflexões sobre a desjudicialização da execução civil*. p. 175-191. Curitiba: Juruá, 2020. p. 176.

67 “Mas, quando se cogita de desjudicializar a execução, o que, em regra, se procura é apenas afastar do juiz a atividade rotineira dos atos executivos, resguardando, porém, sua competência para decidir as questões que eventualmente possam surgir durante o procedimento”. THEODORO JÚNIOR, Humberto. As novas codificações francesa e portuguesa e a desjudicialização da execução forçada. In: MEDEIROS NETO, Elias Marques de; RIBEIRO, Flávia Pereira (coord.). *Reflexões sobre a desjudicialização da execução civil*. p. 461-483. Curitiba: Juruá, 2020. p. 462-463.

68 RODRIGUES, Marcelo Abelha; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Primeiras impressões sobre a ‘defesa’ do executado na execução extrajudicial do projeto de lei 6.204/2019. In: MEDEIROS NETO, Elias Marques de; RIBEIRO, Flávia Pereira (coord.). *Reflexões sobre a desjudicialização da execução civil*. p. 605-625. Curitiba: Juruá, 2020. p. 624.

69 Cabível aqui a menção à nota técnica da AMB, bastante contrária ao projeto, que faz observação acerca da dependência das serventias em relação ao Judiciário, que pode não levar à redução de demandas almejada: “Nesse contexto, o Projeto acaba por criar uma espécie de procedimento híbrido a ser conduzido pelo tabelião, mas com a interferência do Magistrado em alguns atos: algo que apenas complexifica o procedimento e em

Não bastasse isso, o próprio texto do projeto de lei evidencia que os critérios genéricos da existência de controvérsia ou questão são inaplicáveis. O art. 21, §1º, afirma que, caso o agente *não reconsidere decisão* impugnada por parte que se entenda prejudicada, ele encaminhará a suscitação de dúvida formulada pelo interessado para o juízo competente. Tem-se, portanto, expressamente previstos no mesmo dispositivo, tanto o reconhecimento do poder decisório do agente de execução, quanto a possibilidade de, a requerimento, ele reconsiderar decisões impugnadas.

A conclusão, portanto, reforça o entendimento aqui traçado: existe um âmbito de matérias apreciáveis pelo agente, remanescendo a necessidade de delimitá-las. Ribeiro<sup>70</sup> menciona, dentro do seu magistério com base na ideia de que qualquer controvérsia caberia ao magistrado dirimir, as seguintes situações como exemplos de matérias que não poderiam ser decididas pelo agente de execução: a desconsideração da personalidade jurídica, a invasão de domicílio, a penhora de bem de família e de cotas societárias. Cada uma das hipóteses mencionadas, todavia, possui justificações distintas.

A invasão de domicílio configura medida de força física, fora das atribuições do agente, inclusive por disposição do texto do projeto (art. 20, *in fine*), além do que possui expressa reserva de juiz na Constituição Federal (art. 5º, XI, *in fine*) – também verificável no sistema lusitano, sendo essa a justificativa para tal impedimento<sup>71</sup>.

A desconsideração da personalidade jurídica, por sua vez, configura instrumento de imputação de responsabilidade patrimonial<sup>72</sup>, não de simples percalço na persecução dos bens penhoráveis. A impossibilidade de o agente apreciar o requerimento de desconsideração da personalidade jurídica, desse modo, apenas se coaduna com a diretiva básica de que ele somente promove a execução, exercendo cognição e profereindo decisões com o objetivo de *efetivar* a responsabilidade patrimonial *previamente determinada*. Não cabe ao agente *imputá-la* a ninguém; não cabe ao agente *formar* título executivo.

A penhora do bem de família e de cotas societárias, por outro lado, revela quão discricionária é a utilização do critério de existência de cognição para distribuir tarefas entre

---

nada contribui para a redução de demandas perante o Poder Judiciário”. BRASIL. Associação dos Magistrados Brasileiros. *Nota Técnica ao Projeto de Lei n.º 6204, de 2019*. Presidente: VIDEIRA, Renata Gil de Alcantara. Material desenvolvido em parceria com a assessoria Malta Advogados. Brasília, 2020.

70 RIBEIRO, Flávia Pereira. *Desjudicialização da execução civil*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2019. p. 184.

71 “Sendo oposta alguma resistência ou havendo receio justificado de oposição de resistência, o agente de execução pode solicitar diretamente, isto é, sem necessidade de despacho judicial, o auxílio das autoridades policiais (art. 756.º, n.º 2). [...] Contudo, por razões que se prendem com a proteção constitucional da habitação, quando esteja em causa a entrega efetiva de um imóvel que constitua o domicílio do executado, a solicitação de auxílio das autoridades policiais carece de prévio despacho judicial”. GONÇALVES, Marco Carvalho. *Lições de processo civil executivo*. Coimbra: Almedina, 2016. p. 295.

72 DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de direito processual civil*, 11. ed. rev., ampl. e atual., v. 5. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 61.

Judiciário e agente. Na primeira hipótese, há uma evidente preocupação com o direito à moradia e a proteção ao patrimônio mínimo, buscando reservar ao Judiciário a análise de tal ordem de questões; na segunda, aparentemente, aponta para a necessidade de acionamento do magistrado quando a execução compreender atos de administração.

Reconhece, essa vertente doutrinária, que há cognição para analisar a penhora de bem de família e para desenvolver atos executivos que necessitam do auxílio de um administrador, ao tempo que entende não haver atividade cognitiva para verificar se a execução é admissível, se a obrigação está ou não prescrita ou se ela foi devidamente adimplida. A contradição mostra-se latente.

O argumento de que o agente de execução do projeto seria extremamente legalista<sup>73</sup> tampouco se justifica – afinal, a subsunção é uma técnica de resolução de demandas, sendo preciso analisar se os fatos apresentados enquadram-se na hipótese normativa. Reitere-se: é preciso discernir a *existência* da atividade cognitiva do âmbito da cognição exercida. Ainda que sumária e/ou parcial, ela existe e não deve ser ignorada – se o for, a aleatoriedade na eleição das matérias apreciáveis apenas em juízo pode levar a um indesejável quadro de insegurança jurídica.

## 4.2 O ANTEPROJETO DE LEI DO GRUPO DE PESQUISA “TRANSFORMAÇÕES NAS ESTRUTURAS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO”, DA UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Na exposição de motivos do anteprojeto de lei proposto pelo grupo de pesquisa “Transformações nas estruturas fundamentais do processo” da Universidade Estadual do Rio de Janeiro, afirma-se que cabe ao juiz o exercício da cognição<sup>74</sup>. De acordo com o texto normativo proposto, trazendo alterações no Código de Processo Civil, os atos do agente de execução seriam pré-determinados e subordinados à supervisão e controle diretos do juiz: “Art. 154-A. Incumbe ao agente de execução, *nos limites da sua atribuição funcional ou da delegação do juiz competente em cada caso*”; “Art. 782. Não dispendo a lei de modo diverso, o agente de execução cumprirá os atos executivos *sob a supervisão do juiz competente*, ressalvados os atos de conteúdo decisório de competência exclusiva do juiz, ou aqueles que competem aos cartórios e secretarias Judiciários”; “Art. 796-A. [...] §2º O exercício da competência para a condução do pro-

73 Conforme: RIBEIRO, Flávia Pereira. Desjudicialização da execução civil. *Youtube*. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=9l8yddQruhc&list=PL0xivGuIKurBn6CQqhOC5h7XcxaRaGawR&index=22&t=4s>. Acesso em: 12 set. 2020.

74 CABRAL, Antonio; ANDRADE, Juliana Melazzi; PARIZIO, André; DUARTE, Larissa Carrasqueira; BOISSON, Eduarda. Anteprojeto de lei. Atribuição da prática de atos executivos para agentes de execução no cumprimento de sentença ou no processo de execução. Proposta de alterações ao Código de Processo Civil e à lei de execuções fiscais. *Civil procedure review*, v. 12, n. 1, p. 207-234, 2021. p. 210. Disponível em: <https://civilprocedurereview.com/blog/editions/anteprojeto-de-lei-atribuicao-da-pratica-de-atos-executivos-para-agentes-de-execucao-no-cumprimento-de-sentenca-ou-no-processo-execucao-proposta-de-alteracoes-ao-codigo-de-processo-civil-e-a-lei-de/>. Acesso em: 22 mar. 2021.

cesso de execução poderá ser delegado pelo juiz ao agente de execução *em decisão na qual deverão ser especificados os atos que poderão ser praticados e seus respectivos limites e condições*”; “Art. 796-B. O agente de execução deverá atuar imparcialmente, nos limites da lei e da delegação judicial específica” (destaques nossos).

O anteprojeto também deixa bem claro que a atuação do agente de execução não abrangeria qualquer defesa do executado, sendo todas elas, inclusive as que visam a impugnar atos executivos praticados pelo agente, direcionadas imediatamente ao juiz delegatário: “Art. 796-C. Os atos praticados pelos agentes de execução, bem como a demora injustificada e excessiva na sua atuação, podem ser objeto de impugnação pelas partes, por terceiro interessado e pelo Ministério Público, impugnação que será decidida pelo juiz competente”.

A função do agente de execução poderia, segundo o anteprojeto, nos §§ 4º e 5º do art. 796-A, ser exercida por ente público ou particular, inclusive por escolha negocial entre as partes. O que o anteprojeto traz corresponde a uma nova modalidade de auxiliar da justiça, não como cargo, mas como função, em um campo de atribuições que vai um tanto além das que atualmente são de responsabilidade dos oficiais de justiça. Em verdade, de acordo com o anteprojeto, o agente de execução absorveria todas as funções dos oficiais de justiça na fase ou no processo executivo, restringindo a área de atuação dos meirinhos à fase de conhecimento. As atribuições do agente, no entanto, vão além.

No art. 796-A, §1º, afirma-se que o agente estaria autorizado a efetuar todas as diligências do processo executivo que não fossem atribuídas às serventias judiciárias ou de competência exclusiva do juiz. A análise da totalidade do anteprojeto permite identificar uma série de hipóteses normativas, alusivas a etapas do procedimento executivo, em que a exigência da atuação do juiz é integralmente substituída pela determinação da presença do agente de execução. Alguns exemplos: nomeação de avaliador, quando necessários conhecimentos específicos para realizar a avaliação dos bens penhorados (art. 870, parágrafo único.); redução ou aumento da penhora (art. 874); determinação de lavratura, bem como assinatura, do auto de adjudicação (art. 877); fixação do preço mínimo, das garantias e das condições de pagamento na alienação (art. 880, §1º) e no leilão (art. 885) etc.

Observa-se que, após o exame de admissibilidade pelo magistrado e a determinação de citação ou intimação do executado, o procedimento passaria a ser conduzido por impulso oficial do agente de execução, em clara subtração de atividades que, atualmente, encontram-se sob a responsabilidade do juiz – com isso, evidencia-se o ganho que o anteprojeto traria com a eliminação de etapas mortas do processo executivo, as quais, em regra, relacionam-se com as “filas de conclusão”, em que pilhas de processos permanecem à espera da devida apreciação e do consequente pronunciamento judicial, para dar seguimento ao feito. Trata-se, portanto, de efetiva descentralização, como defendido<sup>75</sup>.

75 ANDRADE, Juliana Melazzi. *É preciso desjudicializar ou descentralizar a execução civil*. Disponível: <https://www.conjur.com.br/2021-abr-10/melazzi-desjudicializar-ou-descentralizar-execucao-civil>. Acesso em: 14 abr. 2021.

O texto utiliza a expressão competência *exclusiva* do magistrado como fórmula de limitação da atuação do agente. Trata-se, todavia, de locução cujo significado não é encontrado fora do texto do anteprojeto, mas que é preenchido por suas próprias disposições. O CPC apenas utiliza a expressão “competência exclusiva” quando trata de relações internacionais, vinculando-a à autoridade judiciária brasileira (art. 30, II, e art. 964). A Constituição fala da “competência exclusiva” do Congresso Nacional (art. 49, *caput*, e art. 68, §1º), das varas especializadas em questões agrárias (art. 126) e da União, para instituir determinados tributos (art. 149) e para emitir moeda (art. 164). Não se relacionam, portanto, com a sua utilização no anteprojeto. Interpretação sistemática do texto permite concluir, por exclusão, que ao magistrado caberia: o juízo de admissibilidade da execução, o exame do atendimento do mérito antes de prolatar sentença e a apreciação das defesas do executado, das impugnações aos atos delegados praticados e dos incidentes cuja resolução não tenha sido expressamente atribuída ao agente. A dita competência exclusiva do juiz parece ser essa.

Põe-se em relevo, portanto, que, na delegação de atos para condução desse trâmite executivo, ao agente de execução também foi atribuída atividade cognitiva e decisória. Mesmo na execução por quantia certa, cujo regramento detalhado diminui o âmbito de criatividade do condutor consideravelmente, constata-se hipóteses de exercício valorativo mais acentuado, como a prevista no §1º do art. 835 do CPC, que impõe a prioridade da penhora em dinheiro, mas possibilita ao juiz e, no caso do anteprojeto, ao agente de execução, nas demais hipóteses, alterar a ordem prevista no *caput*, a depender das circunstâncias do caso concreto.

A carga decisória evidencia-se ainda mais com a determinação da necessidade de fundamentação, no texto do próprio anteprojeto, no mesmo dispositivo. Imposição desnecessária, especialmente por haver norma geral de fundamentação dos atos do agente, no art. 796-B, §1º, que reforça o teor decisório incluído nas atribuições do delegatário. Para não deixar margem a dúvidas, há uma atribuição em especial, mencionada muito rapidamente no anteprojeto, mas de relevo inegável na extensão do exercício cognitivo do agente: no inciso IV do art. 154-A, fala-se que lhe incumbiria efetuar liquidações. A liquidação, módulo de cognição exauriente, sem inversão do contraditório<sup>76</sup>, voltado a apurar o *quantum debateur*, passaria a ficar a cargo do agente de execução – com isso, pergunta-se se a modulação cognitiva mudaria, passando para um expediente de cognição sumária com inversão do contraditório, no modo inverso ao atualmente operante. O texto não menciona em momento algum como se daria essa liquidação, sem também modificar a redação sobre o tema no CPC, deixando a entender que a normativa vigente, inclusive porquanto inalterada, aplicar-se-ia exatamente como está.

Se a necessidade de conhecer os fatos alegados e demonstrados, equilibrar os interesses das partes e, finalmente, decidir, a respeito de cada etapa do procedimento

76 SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Cognição do juiz na execução civil*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 191.

executivo, revela-se, ainda que de forma mais singela, na execução por quantia certa, ela se torna mais evidente nas execuções específicas, em que o contraditório oportunizado, especialmente ao exequente, intensifica-se<sup>77</sup>.

O anteprojeto do grupo de pesquisa “Transformações nas estruturas fundamentais do processo” da Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ) propõe, enfim, modelo de desjudicialização atômica da execução civil, voltada a um conjunto de atos específicos, todos sob controle direto do magistrado e integrantes de um único processo, desenvolvido no Judiciário.

Nesse cenário, há evidente atividade cognitiva e decisória praticada pelo agente, porém significativamente reduzida, quando comparada ao modelo do projeto de lei 6.204/2019, porquanto voltada apenas ao desenvolvimento dos atos executivos em si, excluindo-se o exame de admissibilidade (ao início) e a análise acerca do adimplemento (ao final) – além do que, sempre sob supervisão do juiz e sujeita à confirmação, à alteração ou ao desfazimento.

### **4.3 A PROPOSTA DO GRUPO DE PESQUISA “OBSERVATÓRIO DA EXECUÇÃO JUDICIAL E DESJUDICIALIZADA”, DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO**

A proposta apresentado pelo grupo “Observatório da execução judicial e desjudicializada”<sup>78</sup>, da Faculdade de Direito da USP, congrega elementos de ambos os modelos anteriores. Explica-se. Ao tempo que propõe desjudicializar apenas o iter procedimental executivo, promovendo alterações em dispositivos do Código de Processo Civil, tal qual o anteprojeto da UERJ, restringe-se às execuções por quantia certa e elege, como agentes de execução, os delegatários de (todas as) serventias extrajudiciais, de forma similar ao projeto de lei 6.204/2019 – mas não idêntica, visto que, na proposta que tramita no Congresso, apenas os delegatários de uma espécie de serventia, os tabelionatos de protesto, funcionariam como agentes de execução.

No modelo ora examinado, aos agentes de execução incumbiria, em regra, exercer tarefas que, atualmente, já cabem a outros auxiliares da justiça, especialmente os oficiais de justiça – note-se que 35 (trinta e cinco) das disposições cujas redações se propõe alterar basicamente inserem o agente de execução em normas já direcionadas a oficiais ou a auxiliares da justiça (são elas: Art. 149; Art. 175-C, §2º; Art. 245, §1º; Art. 246, VI; Art. 248; Art. 249; Art. 250; Art. 251; Art. 252; Art. 253; Art. 254; Art. 255; Art.

77 SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Cognição do juiz na execução civil*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 209-211.

78 Disponível em: FARIA, Márcio Carvalho; HILL, Flávia Pereira; MINAMI, Marcos Youji; NEVES, Fernando Crespo Queiroz; ROCHA, Márcio; RODRIGUES, Marcelo Abelha; SICA, Heitor Vitor Mendonça; SILVA, Larissa Clare Pochmann da. Proposta de alteração do Código de Processo Civil para inserção da previsão da execução extrajudicial. In: ALVIM, Teresa Arruda; BELLIZZE, Marco Aurélio; CABRAL, Trícia Navarro Xavier; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro (Coord.). *Execução civil: novas tendências – estudos em homenagem ao professor Arruda Alvim*. p. 801-824. Indaiatuba: Foco, 2022.

265; Art. 273; Art. 274; Art. 275; Art. 782; Art. 829, §1º; Art. 830; Art. 836, §1º; Art. 846; Art. 861; Art. 869, §5º; Art. 870; Art. 872; Art. 880; Art. 881; Art. 884; Art. 886; Art. 887; Art. 888, parágrafo único; Art. 890, III; Art. 901, §1º; Art. 903; Art. 921, §1º-A).

Em outros sete artigos, há previsões normativas de promoção de atos executivos, pelo agente, apenas após aprovação judicial (são eles: Art. 862; Art. 866; Art. 867; Art. 868; Art. 869; Art. 870, parágrafo único; Art. 875 – os quais tratam, em sua maioria, a respeito de hipóteses de nomeação de administrador).

Essa maneira de distribuir as atribuições necessárias ao desenrolar da execução mostra-se coerente com as diretrizes fixadas na exposição de motivos, em que se afirma que cabe ao magistrado o exercício da atividade cognitiva e, ao agente de execução, a efetivação dos atos materiais previamente determinados pelo juiz – ou seja, distingue-se, com clareza, o ato intelectual de análise e de valoração da situação fática apresentada, confrontando-a com as disposições normativas incidentes sobre o caso, do ato de concretização, de materialização, do que foi anteriormente determinado. Não por outro motivo, constata-se tamanha equivalência de funções com outros auxiliares da justiça (em cujo rol o agente de execução seria incluído, segundo alteração proposta no art. 149 do Código de Processo Civil).

Em cinco situações, há equiparação de poderes entre o agente de execução e o juiz, sendo elas: o poder de expedir e receber cartas de ordem, precatória e rogatória (alterações no capítulo III, do título II, do livro IV do CPC); o poder de designar leiloeiro público (Art. 883); o poder de determinar a indisponibilidade de ativos financeiros existentes em nome do executado, sem dar-lhe ciência previamente (Art. 854); o poder de cancelar a indisponibilidade por prova de pagamento da dívida por outro meio (Art. 854, §6º); e o poder de decidir sobre o requerimento de substituição de bem penhorado feito pelo executado (Art. 847, §1º).

Interessam, ao presente estudo, as três últimas hipóteses, porquanto confeririam alguma margem de autonomia ao agente e, com ela, o espectro cognitivo necessário para a construção da respectiva decisão – notoriamente, a possibilidade de cancelamento da indisponibilidade por prova de pagamento do débito por outro meio, porquanto implica que, ao agente, caberia analisar se houve, de fato, o adimplemento, para somente depois promover o cancelamento.

O incidente de substituição de bem penhorado feito pelo executado possui requisitos próprios (diz o *caput* do art. 847 que “o executado pode, no prazo de 10 (dez) dias contado da intimação da penhora, requerer a substituição do bem penhorado, desde que comprove que lhe será menos onerosa e não trará prejuízo ao exequente”), cujo preenchimento deve ser examinado e discutido, em clara atividade cognitiva. Note-se, entretanto, que o projeto parece contradizer a atribuição desse poder decisório ao agente quando não altera a redação do art. 853, o qual afirma que o juiz ouvirá a contraparte, quando houver o requerimento de qualquer das medidas previstas na subseção (em que o alterado art. 847 está incluído), antes de decidir.

Percebe-se, desse modo, que ou a proposta possui inconsistências ou permite, pontualmente, que o agente de execução exerça atividade cognitiva e decisória – de um modo ou de outro, evidencia-se que o critério de separação de tarefas com base na existência ou não de teor cognitivo e decisório não proporciona uma aplicação precisa, mesmo quando se reconhece a presença da cognição em todo o desenvolvimento do processo executivo.

Essa cisão gera, como se constata, uma extrema dependência do órgão judicial, uma vez que praticamente todo e qualquer ato precisa ser por ele determinado – assim, pergunta-se: haveria, de fato, uma dinamização do processo executivo?

O modelo assemelha-se, em boa medida, às ideias desenvolvidas por Cilurzo<sup>79</sup>, que propôs uma primeira fase de desjudicialização da execução civil por quantia na qual se delega às serventias extrajudiciais (neste caso, de protesto apenas) somente os atos que, atualmente, são atribuídos às secretarias, de modo a suprimir as chamadas “etapas mortas” do processo, que o autor identificou em seu estudo empírico. Nessa linha, os cartórios extrajudiciais de protesto funcionariam como os cartórios das varas cíveis (o tabelião, como escrivão judicial), vinculadas ao fórum e atuando apenas sob determinação dos magistrados nos feitos executivos.

A conclusão que ora se chega é a seguinte: baseando-se em uma precisa divisão de atividades de acordo com a presença ou não de teor cognitivo e decisório, chega-se a uma desjudicialização que, no máximo, aumenta o rol de auxiliares da justiça, podendo diminuir as ditas “etapas mortas” sob responsabilidade de serventuários, mas em nada alterando o tempo nas chamadas “filas de conclusão”, quando os processos ficam aguardando pronunciamento judicial.

Por outro lado, se é conferida autonomia ao agente de execução para conduzir integralmente o processo executivo, mesmo segregando algumas defesas do executado à exclusiva apreciação judicial, na linha do quanto propõe o projeto de lei 6.204/2019, acaba-se por criar, em verdade, mais uma instância decisória a aumentar a já extensa cadeia de possibilidade de recursos existente<sup>80</sup>. Ainda que se tenha tentado inserir, no aludido projeto, a irrecurribilidade das decisões judiciais sobre

79 CILURZO, Luiz Fernando. *A desjudicialização na execução por quantia*. 246 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. p. 193-198.

80 Como observado na exposição de motivos do projeto da USP, quando justifica o critério de restringir a atividade decisória ao rol de atribuições exclusivas do magistrado: “Com isso evita-se que as questões incidentes na execução se submetam a sucessivas instâncias decisórias (agente de execução, instância administrativa de controle dos atos do agente de execução, juízo de 1º grau de jurisdição, tribunal de 2º grau de jurisdição e tribunais superiores), mantendo-se apenas aquelas atualmente vigentes para os processos em geral (juízo de 1º grau de jurisdição, tribunal de 2º grau de jurisdição e tribunais superiores)”. FÁRIA, Márcio Carvalho; HILL, Flávia Pereira; MINAMI, Marcos Youji; NEVES, Fernando Crespo Queiroz; ROCHA, Márcio; RODRIGUES, Marcelo Abelha; SICA, Heitor Vitor Mendonça; SILVA, Larissa Clare Pochmann da. Proposta de alteração do Código de Processo Civil para inserção da previsão da execução extrajudicial. In: ALVIM, Teresa Arruda; BELLIZZE, Marco Aurélio; CABRAL, Trícia Navarro Xavier; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro (Coord.). *Execução civil: novas tendências – estudos em homenagem ao professor Arruda Alvim*. p. 801-824. Indaiatuba: Foco, 2022. p. 804.

impugnações a atos do agente de execução por meio de suscitação de dúvida<sup>81</sup>, visando a evitar tal efeito deletério, a possibilidade de impetração de mandados de segurança, ressaltado pela doutrina que criticou a ideia<sup>82</sup>, certamente, acabaria por gerá-lo da mesma maneira.

## 5 CONCLUSÃO

O parâmetro de reserva de atividade cognitiva, pura e simplesmente, ao Poder Judiciário, em primeiro lugar, sequer encontra respaldo no contemporâneo sistema de justiça multiportas, em que se identifica diversos polos de decisão, não raramente com expertise sobre determinados temas. Mostra-se, portanto, desarrazoado como singular critério organizador de atribuições em um modelo de desjudicialização. O parâmetro não deve ser a ocorrência da atividade cognitiva *em si*, mas, sim, as matérias objeto de apreciação, as consequências de sua atribuição a outro ente e/ou a existência de eventual restrição normativa que limite a análise de determinados temas ao Estado-juiz (ou à jurisdição – quando, na reserva, adiciona-se a arbitragem).

No específico caso da execução civil, entendendo-se que a atividade cognitiva permeia todo o procedimento, a divisão de tarefas com base na presença ou na ausência de teor cognitivo e decisório leva, no máximo, a um aumento do rol de auxiliares da justiça, visto que o desenvolvimento do feito dependerá de pronunciamento prévio do juiz na mesma medida que dele depende na estrutura vigente. Nesse modelo, pode-se diminuir as ditas “etapas mortas” sob responsabilidade de serventuários dos cartórios judiciais, em nada alterando, todavia, o tempo gasto nas chamadas “filas de conclusão”, quando os processos ficam aguardando pronunciamento judicial.

Por outro lado, se é conferida autonomia ao agente de execução para conduzir o processo executivo, acaba-se por criar mais uma instância decisória a aumentar a já extensa cadeia de possibilidade de recursos existente. Quão maior o poder decisório e, conseqüentemente, o âmbito de questões cognoscíveis pelo agente de execução, menos dependente dos trâmites burocráticos judiciais é o procedimento executivo,

81 Na redação original do projeto, era o que previa o §2º do art. 21. O Substitutivo do Relator Senador Marcos Rogério, todavia, alterou a redação do dispositivo, expressamente prevendo o cabimento do agravo de instrumento. Cf. BRASIL. Senado Federal. *Relatório Legislativo do Projeto de lei 6204, de 2019*. Autoria: Senador Marcos Rogério.

82 V.g., PEIXOTO, Marco Aurélio Ventura; PEIXOTO, Renata Cortez Vieira. Limitações ao poder decisório do tabelião na execução desjudicializada. In: MEDEIROS NETO, Elias Marques de; RIBEIRO, Flávia Pereira (coord.). *Reflexões sobre a desjudicialização da execução civil*. p. 651-672. Curitiba: Juruá, 2020. p. 669; FARIA, Márcio Carvalho. Primeiras impressões sobre o projeto de lei 6.204/2019: críticas e sugestões acerca da tentativa de se desjudicializar a execução civil brasileira (parte cinco). *Revista de Processo*, São Paulo, v. 317, p. 437-471, 2021. Versão eletrônica. p. 3; GRAMSTRUP, Erik Frederico. O acesso à justiça e a execução extrajudicial por quantia certa (PL 6.204/2019). In: MAIA, Benigna Araújo Teixeira; BORGES, Fernanda Gomes e Souza; HILL, Flávia Pereira; RIBEIRO, Flávia Pereira; PEIXOTO, Renata Cortez Vieira (orgs.). *Acesso à justiça: um novo olhar a partir do Código de Processo Civil de 2015*. p. 105-127. Londrina: Thoth, 2021. p. 121.

tornando-o, potencialmente, mais célere – diz-se “potencialmente”, pois a possibilidade de recursos ao e no Judiciário podem minar esse efeito.

Feitas tais considerações, tem-se que, nos modelos de desjudicialização da execução civil examinados, constatam-se variações do espectro cognitivo e decisório atribuído ao agente de execução. Enquanto, no projeto de lei 6.204/2019, a execução pode tramitar totalmente fora do Judiciário, incumbindo, portanto, ao agente condutor, o exame de admissibilidade, as decisões acerca do cabimento e da adequação dos atos executivos e a aferição acerca do adimplemento, cuja resolução, expressa em ato próprio, é apta a encerrar o procedimento, sem qualquer necessidade de pronunciamento judicial.

Não se mostra pertinente, portanto, afirmar que a organização de atribuições, nesse caso, dá-se com base na atividade cognitiva em si, porque o agente de execução a exerce durante todo o rito, claramente. Desse modo, a necessidade de acionamento judicial controverte-se – não se trata da *existência de cognição*, mas da *determinação das matérias que somente o juiz poderia apreciar* e os motivos que sustentariam essa exclusividade. Afinal, haveria cognição necessária para apreciar a impenhorabilidade de um bem de família, mas ela não existira na verificação sobre a prescrição da obrigação executada (que o projeto atribui de forma expressa ao agente)? Há, evidentemente, cognição em ambos os casos – o que difere é a matéria apreciada, não a atividade sobre ela exercida.

Os modelos propostos pelos grupos de pesquisa da UERJ e da USP assemelham-se, no que concerne à atividade cognitiva desenvolvida na execução, tanto no exame de admissibilidade, quanto na análise do atendimento do mérito – ambos ficam a cargo do magistrado, exclusivamente, assim como as defesas do executado e as impugnações aos atos praticados pelo agente. A diferença encontra-se no espectro cognitivo e decisório atribuído ao delegatário no desenvolvimento dos atos executivos em si – enquanto, no anteprojeto da UERJ, o agente pode possuir maior autonomia na condução, a depender dos termos do ato delegatário, o que implica um âmbito de decisão maior acerca do cabimento e da adequação dos atos empreendidos (além do fato de que qualquer espécie de obrigação seria executável por essa via), na proposta do grupo da USP, o delegatário, em regra, somente age mediante prévia determinação judicial e apenas nos casos de obrigação de pagar quantia certa (neste ponto, tal qual o projeto de lei 6.204/2019).

Percebe-se, assim, uma gradação do espectro de matérias cognoscíveis pelo agente de execução, quando se compara os modelos propostos de desjudicialização da execução civil, tendo, em um extremo, o projeto de lei 6.204/2019, comportando o maior âmbito de atribuição, e, no outro, a proposta do grupo de pesquisa da USP, que equipara o agente de execução aos já existentes auxiliares da justiça, em cujo rol ele seria incluído.

## REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Juliana Melazzi. *É preciso desjudicializar ou descentralizar a execução civil*. Disponível: <https://www.conjur.com.br/2021-abr-10/melazzi-desjudicializar-ou-descentralizar-execucao-civil>.
- ARAGÃO, Nilsiton. *Execução jurisdicional em tópicos*. Fortaleza: Premium, 2016.
- ARAÚJO, José Aurélio de. *Cognição sumária, cognição exaustiva e coisa julgada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Cognição e decisões do juiz no processo executivo. In: FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords). *Processo e constituição*. p. 358-378. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.
- BRAGA, Paula Sarno. *Aplicação do devido processo legal nas relações privadas*. Salvador: JusPodivm, 2008.
- BRAGA, Paula Sarno. *Norma de processo e norma de procedimento: o problema da repartição de competência legislativa no direito constitucional brasileiro: integridade e coerência na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Salvador: Juspodivm, 2015.
- BRASIL. Associação dos Magistrados Brasileiros. *Nota Técnica ao Projeto de Lei n.º 6204, de 2019*. Presidente: VIDEIRA, Renata Gil de Alcantara. Material desenvolvido em parceria com a assessoria Malta Advogados. Brasília, 2020.
- BRASIL. Senado Federal. *Relatório Legislativo do Projeto de lei 6204, de 2019*. Autoria: Senador Marcos Rogério. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9132565&ts=1662007067046&disposition=inline>.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 201819*, relator(a): Ellen Gracie, relator(a) p/ acórdão: Gilmar Mendes, segunda turma, data de julgamento: 11/10/2005, data da publicação: 27/10/2006.
- CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Reunião 1 – observatório da execução judicial e desjudicializada. *Youtube*. Disponível em: [https://www.youtube.com/watch?v=JKbmh8Z\\_Q8A&list=PL0xivGuIKurBn6CQqhOC5h7XcxxRaGawR&index=8&t=372s](https://www.youtube.com/watch?v=JKbmh8Z_Q8A&list=PL0xivGuIKurBn6CQqhOC5h7XcxxRaGawR&index=8&t=372s)
- CABRAL, Antonio; ANDRADE, Juliana Melazzi; PARIZIO, André; DUARTE, Larissa Carrasqueira; BOISSON, Eduarda. Anteprojeto de lei. Atribuição da prática de atos executivos para agentes de execução no cumprimento de sentença ou no processo de execução. Proposta de alterações ao Código de Processo Civil e à lei de execuções fiscais. *Civil procedure review*, v. 12, n. 1, p. 207-234, 2021. Disponível em: <https://civilprocedurereview.com/blog/editions/anteprojeto-de-lei-atribuicao-da-pratica-de-atos-executivos-para-agentes-de-execucao-no-cumprimento-de-sentenca-ou-no-processo-execucao-proposta-de-alteracoes-ao-codigo-de-processo-civil-e-a-lei-de/>.
- CASTRO, Daniel Penteado de. Atividades extrajudiciais antes delegadas ao poder Judiciário: breves comentários em confronto com as iniciativas de desjudicialização da execução civil. In: MEDEIROS NETO, Elias Marques de; RIBEIRO, Flávia Pereira (coord.). *Reflexões sobre a desjudicialização da execução civil*. p. 105-124. Curitiba: Juruá, 2020.
- CILURZO, Luiz Fernando. *A desjudicialização na execução por quantia*. 246 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

- COELHO, Gláucia Mara; GUEDES, Rafael Fernandes. Breves apontamentos sobre a desjudicialização da execução: necessidades e desafios. In: MEDEIROS NETO, Elias Marques de; RIBEIRO, Flávia Pereira (coord.). *Reflexões sobre a desjudicialização da execução civil*. p. 373-391. Curitiba: Juruá, 2020.
- CUNHA, Leonardo Carneiro da; TERCEIRO NETO, João Otávio. A interpretação do título executivo como matéria de defesa na execução. *Civil procedure review*, v. 11, n. 2, p. 171-184, 2020. Disponível em: <https://civilprocedurereview.com/blog/editions/a-interpretacao-do-titulo-executivo-como-materia-de-defesa-na-execucao-leonardo-carneiro-da-cunha-e-joao-otavio-terceiro-neto/>.
- DENARDI, Volnei Luiz. *Execuções judicial e extrajudicial no sistema financeiro da habitação: lei nº 5.741/71 e decreto-lei nº 70/66*. 381 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2005.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. 17. ed. v. 1. Salvador: JusPodivm, 2015.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de direito processual civil*, 11. ed. rev., ampl. e atual., v. 5. Salvador: Juspodivm, 2021.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie. Esboço de uma teoria da execução civil. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 380, p. 65-78, 2005.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie. Impugnação do executado (lei federal nº 11.232/2005). In: TESHEINER, José Maria Rosa [et al.] (coord.). *Instrumentos de coerção e outros temas de direito processual civil* – estudos em homenagem aos 25 anos de docência do Professor Dr. Araken de Assis. p. 193-218. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza. O juízo de admissibilidade na teoria do geral do direito. In: JORDÃO, Eduardo Ferreira; DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza (coord.). *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. p. 287-318. Salvador: JusPodivm, 2007.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Diretrizes para a concretização das cláusulas gerais executivas dos arts. 139, IV, 297 e 536, § 1º, CPC. *Revista de processo*, São Paulo, v. 267, p. 227–272, 2017.
- FARIA, Márcio Carvalho. As zonas (ainda) cinzentas sobre a penhora on-line e uma tentativa de se encontrar algumas soluções. *Revista de processo*, São Paulo, v. 305, 2020.
- FARIA, Márcio Carvalho. Primeiras impressões sobre o projeto de lei 6.204/2019: críticas e sugestões acerca da tentativa de se desjudicializar a execução civil brasileira (parte cinco). *Revista de Processo*, São Paulo, v. 317, p. 437-471, 2021.
- FARIA, Márcio Carvalho; HILL, Flávia Pereira; MINAMI, Marcos Youji; NEVES, Fernando Crespo Queiroz; ROCHA, Márcio; RODRIGUES, Marcelo Abelha; SICA, Heitor Vitor Mendonça; SILVA, Larissa Clare Pochmann da. Proposta de alteração do Código de Processo Civil para inserção da previsão da execução extrajudicial. In: ALVIM, Teresa Arruda; BELLIZZE, Marco Aurélio; CABRAL, Trícia Navarro Xavier; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro (Coord.). *Execução civil: novas tendências* – estudos em homenagem ao professor Arruda Alvim. p. 801-824. Indaiatuba: Foco, 2022.

- FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. Da constitucionalidade da execução civil extrajudicial – análise dogmática do PL 6.204/2019. In: MEDEIROS NETO, Elias Marques de; RIBEIRO, Flávia Pereira (coord.). *Reflexões sobre a desjudicialização da execução civil*. p. 517-544. Curitiba: Juruá, 2020.
- GONÇALVES, Marcelo Barbi. *Teoria geral da jurisdição*. Salvador: JusPodivm, 2020.
- GONÇALVES, Marco Carvalho. *Lições de processo civil executivo*. Coimbra: Almedina, 2016.
- GRECO, Leonardo. *O processo de execução*. v. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- GRECO, Leonardo. A execução e a efetividade do processo. *Revista de processo*, São Paulo, n. 94, p. 34-66, 1999.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.
- GRAMSTRUP, Erik Frederico. O acesso à justiça e a execução extrajudicial por quantia certa (PL 6.204/2019). In: MAIA, Benigna Araújo Teixeira; BORGES, Fernanda Gomes e Souza; HILL, Flávia Pereira; RIBEIRO, Flávia Pereira; PEIXOTO, Renata Cortez Vieira (orgs.). *Acesso à justiça: um novo olhar a partir do Código de Processo Civil de 2015*. p. 105-127. Londrina: Thoth, 2021.
- HILL, Flávia Pereira. *Lições do isolamento: reflexões sobre Direito Processual em tempos de pandemia*. Rio de Janeiro: edição do autor, 2020.
- HILL, Flávia Pereira. A desjudicialização do procedimento de registro tardio de nascimento. inovações trazidas pela lei federal nº 11.790/08. *Revista eletrônica de direito processual*, v. 2, n. 2, p. 123-133, 2008. Disponível em: [www.revistaprocessual.com](http://www.revistaprocessual.com).
- MEDEIROS NETO, Elias Marques de. Reflexões sobre a necessária busca de antecipada de bens do devedor. In: MEDEIROS NETO, Elias Marques de; RIBEIRO, Flávia Pereira (coord.). *Reflexões sobre a desjudicialização da execução civil*. p. 175-191. Curitiba: Juruá, 2020.
- NEVES, Fernando Crespo Queiroz. Execução fiscal extrajudicial – necessidade urgente. In: MEDEIROS NETO, Elias Marques de; RIBEIRO, Flávia Pereira (coord.). *Reflexões sobre a desjudicialização da execução civil*. p. 281-303. Curitiba: Juruá, 2020.
- NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*, 1. ed., 4ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2012.
- NUNES, Dierle; LUD, Natanael; PEDRON, Flávio Quinaud. *Desconfiando da imparcialidade dos sujeitos processuais: um estudo sobre os vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e o debiasing*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2020.
- ONO, Tayanara Tiemi; MORAES, Daniela Marques de. Desjudicialização da execução civil: uma análise das experiências estrangeiras e do projeto de lei 6.204/2019. In: MEDEIROS NETO, Elias Marques de; RIBEIRO, Flávia Pereira (coord.). *Reflexões sobre a desjudicialização da execução civil*. p. 125-157. Curitiba: Juruá, 2020.
- PASSOS, José Joaquim Calmon de. Processo de execução – alguns temas polêmicos. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno (org.). *Ensaio e artigos* (Obras de J. J. Calmon de Passos). v. 2. p. 129-146. Salvador: JusPodivm, 2016.

- PEIXOTO, Marco Aurélio Ventura; PEIXOTO, Renata Cortez Vieira. Limitações ao poder decisorio do tabelião na execução desjudicializada. In: MEDEIROS NETO, Elias Marques de; RIBEIRO, Flávia Pereira (coord.). *Reflexões sobre a desjudicialização da execução civil*. p. 651-672. Curitiba: Juruá, 2020.
- RIBEIRO, Flávia Pereira. *Desjudicialização da execução civil*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2019.
- RIBEIRO, Flávia Pereira. A cognição na tutela executiva e o PL 6.204/2019. *Youtube*. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=OWWjR4LNQoo>.
- RIBEIRO, Flávia Pereira. Desjudicialização da execução civil. *Youtube*. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=9I8yddQruhc&list=PL0xivGulKurBn6CQqhOC5h7XcxcRa-GawR&index=22&t=4s>.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. As novas codificações francesa e portuguesa e a desjudicialização da execução forçada. In: MEDEIROS NETO, Elias Marques de; RIBEIRO, Flávia Pereira (coord.). *Reflexões sobre a desjudicialização da execução civil*. p. 461-483. Curitiba: Juruá, 2020.
- SICA, Heitor Vitor Mendonça. Velhos e novos institutos fundamentais do direito processual civil. In: ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz (org.). *40 anos da teoria geral do processo no Brasil: passado, presente e futuro*. p. 430-466. São Paulo: Malheiros, 2013.
- SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Cognição do juiz na execução civil*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- SKITNEVSKY, Karin Hlavnicka. *Dispute boards: meio de prevenção de controvérsias*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016.
- SIQUEIRA, Thiago Ferreira. *A responsabilidade patrimonial no novo sistema processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- SOUSA, Rosalina Freitas Martins de. *A função jurisdicional adequada e a releitura do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional* (CRFB/88, Art. 5º, XXXV). Tese (Doutorado). 213 f. Recife: Universidade Federal de Pernambuco, 2017.
- WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.
- ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo de execução: parte geral*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.



# Civil Procedure Review

## AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

# 5

## Party autonomy in domestic and cross-border enforcement proceedings

---

*Wolfgang Hau*

Professor at the Ludwig-Maximilians-University Munich,  
and judge at the Oberlandesgericht Munich.

### 1. INTRODUCTION

In an open society, freedom of contract is usually the starting point of every discussion about the organisation of relationships governed by private law. As regards enforcement, however, even in civil cases party autonomy normally only refers to the freedom of the person pursuing enforcement:<sup>1</sup> It is up to the judgment creditor to decide if and when he or she will bring enforcement proceedings.<sup>2</sup> The debtor, on the other hand, seems to have almost no saying. Of course, the debtor can be allowed to apply for a postponement or a judicial review of execution measures. But when it comes to enforcement, at least in principle, the debtor is not a partner on an equal footing but subject to all legal measures as long as he or she is not willing and prepared to do what he or she has been convicted to do. This is at least the traditional approach, which, in turn, may explain why enforcement agreements have received less attention than consensual solutions in other fields of procedural law.<sup>3</sup>

---

1 This paper does not deal with enforcement in criminal or administrative law cases.

2 In German: „Grundsatz der Parteidisposition“. Cf. *Baur/Stürner/Bruns, Zwangsvollstreckungsrecht* (14<sup>th</sup> edition 2022) para. 6.5; *Stamm, Die Prinzipien und Grundstrukturen des Zwangsvollstreckungsrechts – Ein Beitrag zur Rechtsvereinheitlichung auf europäischer Ebene* (2007) pp. 110 *et seq.*

3 For example, hardly anything is said on enforcement agreements in the comprehensive chapter that the great Greek scholar *Konstantinos Kerameus* has contributed to the International Encyclopaedia of

Nevertheless, it might be premature to consider enforcement agreements a topic of little theoretical or practical relevance, to be touched upon only for the sake of completeness when dealing with procedural contracts in general. It is a truism that law in practice and law in the books may differ, and this surely holds true for procedural law and, in particular, for enforcement proceedings, which to a great extent are not carried out by courts and judges but by judicial officers and enforcement agents.<sup>4</sup> But in recent years, even “in the books” one can find interesting new perspectives, advocating a trend towards “participatory or amicable enforcement”. To this effect, the Council of Europe’s guiding principles concerning enforcement propose that the parties should have a duty to co-operate appropriately in the enforcement process and that, in particular in family law matters, the relevant authorities should facilitate this co-operation.<sup>5</sup> Following such recommendations by the Council of Europe and the European Commission on the Efficiency of Justice (CEPEJ),<sup>6</sup> another prominent statement is the “Global Code of Enforcement” (GCE), a set of unbinding principles drafted by the International Union of Judicial Officers (UIHJ).<sup>7</sup> Article 10 GCE requires states to “ensure that the professional instructed with the enforcement has the option of adopting a consensual enforcement procedure at the request of the debtor” (paragraph 1) and stipulates that, “in order to adapt the

---

Comparative Law; see *Kerameus*, Enforcement Proceedings, in: *Zweigert/Drobnig* (editors), International Encyclopaedia of Comparative Law, vol. XVI (Civil Procedure, edited by *Cappelletti*), chapter 10 (2002). The same holds true for the elaborate chapter dealing with the enforcement of judgments in *Chase/Hershkoff/Silbermann/Sorabji/Stürner/Taniguchi/Varano*, Civil Litigation in Comparative Context (2<sup>nd</sup> edition 2017). Furthermore, no special consideration is given to enforcement agreements in the otherwise highly informative comparative studies by *Andenas, Hess & Oberhammer* (Enforcement Agency Practice in Europe, 2005), *Deguchi* (Effective Enforcement of Creditors’ Rights, 2022), and *Kennett* (Civil Enforcement in a Comparative Perspective – A Public Management Challenge, 2021).

- 4 For an in-depth comparative study of enforcement personnel and organisation, see *Kennett* (note 4).
- 5 Council of Europe, Recommendation Rec (2003) 17 of 9 September 2003 of the Committee of Ministers to Member States on Enforcement, III (1) (c) (<[https://search.coe.int/cm/Pages/result\\_details.aspx?ObjectId=09000016805df135](https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016805df135)> accessed 16 February 2023).
- 6 On 9. December 2009, the European Commission on the Efficiency of Justice (CEPEJ) adopted Guidelines for a Better Implementation of the Existing Council of Europe’s Recommendation on Enforcement (<<https://rm.coe.int/16807473cd>> accessed 16 February 2023). Para. 8 of these 2009 CEPEJ Guidelines reads: “The enforcement process should be sufficiently flexible so as to allow the enforcement agent a reasonable measure of latitude to make arrangements with the defendant, where there is a consensus between the claimant and the defendant. Such arrangements should be subject to thorough control to ensure the enforcement agent’s impartiality and the protection of the claimant’s and third parties’ interests. The enforcement agent’s role should be clearly defined by national law (for example their degree of autonomy). They can (for example) have the role of a ‘post judicial mediator’ during the enforcement stage.” See also the CEPEJ Good Practice Guide on Enforcement of Judicial Decisions, adopted on 10 December 2015 (<<https://rm.coe.int/european-commission-for-the-efficiency-of-justice-cepej-good-practice-/16807477bf>> accessed 16 February 2023).
- 7 *Moutout*, Code mondial de l’exécution – Global Code of Enforcement (3<sup>rd</sup> edition 2016). The articles of the GCE are accessible on the UIHJ’s homepage (<[www.uihj.com/en](http://www.uihj.com/en)> [“Publications”] accessed 16 February 2023). For a discussion of this project, see *Ferrand*, Code mondial de l’exécution et droit français des procédures civiles d’exécution – Convergences en vue d’une exécution à la fois effective et soucieuse des garanties fondamentales, ZZPInt (Zeitschrift für Zivilprozess International) 20 (2015), 27.

enforcement to the situation of the creditor and the debtor, states must allow the active participation of the parties to the enforcement” (paragraph 2).<sup>8</sup>

Against this backdrop, this paper outlines to what extent there already is – or should be more – room for party autonomy in enforcement proceedings or even for “*enforcement à la carte*”.<sup>9</sup> These considerations are presented from the perspective of Germany,<sup>10</sup> where the topic has been attracting a lot of attention for quite some time now<sup>11</sup> and still is under discussion.<sup>12</sup> While the main focus of the paper is on domestic cases, some thought is also given to the widely unexplored topic of enforcement contracts in cross-border scenarios (see below VII.).

## I. SUBJECT-MATTER OF ENFORCEMENT AGREEMENTS

### 1. Enforcement procedure

As far as the conceivable subject matter of enforcement agreements is concerned, the GCE speaks of “enforcement terms and conditions”.<sup>13</sup> Indeed, it seems obvious that

- 
- 8 See also the glossary, annexed to the GCE (note 8), which states that “participatory or amicable enforcement” is supposed to mean “enforcement procedure that allows parties to reach an agreement on enforcement terms and conditions under the authority of the enforcement agent and the supervision of a judge”.
- 9 This paper deals only with enforcement proceedings for the benefit of individual creditors, leaving out of consideration the special problems of contracting in the context of insolvency proceedings.
- 10 For introductions to German enforcement law in English language, see *Rützel/Wegen/Wilske*, Commercial Dispute Resolution in Germany (2<sup>nd</sup> edition 2016) chapter 1 V; *Murray/Stürner*, German Civil Justice (2004) chapter 11 F; *Hau*, The Law of Civil Procedure, in: *Wagner/Zekoll* (editors), Introduction to German Law (3<sup>rd</sup> edition 2018) p. 479 (496–501); *Hess/Mack*, Germany, in: *Andenas/Hess/Oberhammer* (note 4), p. 176. For a brief introduction in Portuguese language, cf. *Beneduzi*, Introdução ao processo civil alemão (2<sup>nd</sup> edition 2018) chapter 10. For overviews of procedural agreements under German law, see the contributions by *Schlosser*, Einverständliches Parteihandeln im deutschen Zivilprozess, and *Kern*, Procedural Contracts in Germany, in: *Cabral/Nogueira* (editors), *Negócios Processuais* (2<sup>nd</sup> edition 2016) pp. 117–142, 191–204.
- 11 Cf. *Bartels*, Der Verzicht auf den gesetzlichen Vollstreckungsschutz, *Rpfleger* (Der Deutsche Rechtspfleger) 2008, 397; *Gaul/Schilken/Becker-Eberhard*, Zwangsvollstreckungsrecht (12<sup>th</sup> edition 2010) § 33 (compilation of older treatises on p. 568); *Emmerich*, Zulässigkeit und Wirkungsweise der Vollstreckungsverträge, *ZZP* (Zeitschrift für Zivilprozess) 82 (1969), 416; *Philipp*, Zulässigkeit und Durchsetzbarkeit von Parteivereinbarungen in der Zwangsvollstreckung, *Rpfleger* (Der Deutsche Rechtspfleger) 2010, 456; *Rinck*, Parteivereinbarungen in der Zwangsvollstreckung aus dogmatischer Sicht (1996); *Scherf*, Vollstreckungsverträge (1971); *Wagner*, Prozessverträge – Privatautonomie im Verfahrensrecht (1998) chapter 10 B (compilation of older treatises in note 99).
- 12 For recent accounts, see *Heinze*, Mehr Freiheit wagen in der Zwangsvollstreckung: Plädoyer für eine Neuordnung und Neubewertung von Vollstreckungsvereinbarungen, in: *Dutta/Heinze* (editors), Mehr Freiheit wagen – Beiträge zur Emeritierung von Jürgen Basedow (2018) p. 303; *Hergenröder*, Gültliche Erledigung der Zwangsvollstreckung als Leitprinzip – Vollstreckungsvereinbarungen im Spannungsfeld zwischen Gesetz und Privatautonomie, *DGVZ* (Deutsche Gerichtsvollzieher Zeitung) 2012, 105; *Hergenröder*, Die Vollstreckungsvereinbarung im System der Zwangsvollstreckung, *DGVZ* (Deutsche Gerichtsvollzieher Zeitung) 2013, 145; *Loyal*, Parteivereinbarungen bei der Vollstreckung von Gerichtsentscheidungen anderer EU-Mitgliedstaaten, *GPR* (Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union) 2018, 63; *Musielak*, Parteivereinbarungen in der Zwangsvollstreckung, in: *Meller-Hannich/Haertlein/Gaul/Becker-Eberhard* (editors), *Rechtsslage – Rechtserkenntnis – Rechtsdurchsetzung*: Festschrift für Eberhard Schilken (2015) p. 749.
- 13 GCE (note 8), glossary.

parties might be interested in modifying the rather technical rules that organise enforcement procedures. A typical case of application for such arrangements, as already highlighted in the 2009 CEPEJ Guidelines,<sup>14</sup> is the definition of the enforcement timeframe. In more general terms, article 190 of the Brazilian Code of Civil Procedure of 2015 (CCP) provides that, “when the action deals with rights that permit the resolution of the dispute by the parties themselves, the competent parties can lawfully stipulate changes in the procedure to adapt it to the specific requirements of the action and to agree upon their burden, powers, procedural rights and obligations, before or during the proceedings”.<sup>15</sup> Placed in the general part of the CCP, it seems as if this provision is supposed to apply also to enforcement proceedings, which are dealt with in the second book of the CCP’s special part.

The existence of such a general clause is anything but self-evident. Rather, it is due to the fact that today, Brazil has one of the most advanced and state-of-the-art codifications of civil procedure in the world. In most other legal systems, there are either no such general clauses allowing the parties to adjust procedural rules to their needs, or they only deal with ordinary court proceedings, not with enforcement proceedings. The German Code of Civil Procedure (*Zivilprozessordnung – ZPO*),<sup>16</sup> for example, is much older than the CCP: Originally it dates from 1877, although since then it has undergone numerous reforms.<sup>17</sup> Even in its current version, there are only few signs that hint towards the possibility of enforcement agreements. One of the few examples is section 816 ZPO, which provides that upon attachment, the creditor and the debtor are free to agree on the date and the location of the sale at auction of the objects attached. Another instance is section 876 ZPO mentioning an agreement between creditors in order to settle a dispute over the distribution of the debtor’s assets. The traditional German view was that such spotty provisions do not reflect a general rule but constitute exceptions that are confined to their genuine scope of application and, in consequence, should be interpreted narrowly. Based on this assumption, by way of an *argumentum e contrario*, it was concluded that enforcement agreements are only admissible when expressly mentioned in the ZPO. The main reason for this was the thinking that the law of civil procedure does not belong to private law but to public law, which is not governed by party autonomy but the principle of strict law-abidance.<sup>18</sup>

14 2009 CEPEJ Guidelines (note 7) II.3.1.2 (para 70).

15 All citations of the CCP in this paper are based on the translation by *Arruda Alvin/Didier Jr.* (editors), *Código de Processo Civil Brasileiro – Traduzido para a Língua Inglesa* (2017).

16 An official English translation of the ZPO is available online: <[www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_zpo/index.html](http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_zpo/index.html)> accessed 16 February 2023. Most English citations of the ZPO in this paper follow this translation.

17 For an account of the most relevant reforms see *Hau*, *Recent German Reforms of Civil Procedure*, in: *Lipp/Fredriksen* (editors), *Reforms of Civil Procedure in Germany and Norway* (2011) p. 61.

18 A recent revival of this traditional approach is the suggestion to analyse enforcement procedure accordingly to administrative procedure. In consequence, this would leave very little, if any, room for party autonomy once the proceedings have been initiated. For this perception, see *Stamm* (note 3), but also the critical assessment by *Gaul/Schilken/Becker-Eberhard* (note 12) § 33 para 2 note 9.

Notwithstanding this restrictive approach traditionally undertaken by German courts, for many years practitioners and scholars have pointed out that less formalism and some more flexibility would be desirable.<sup>19</sup> In fact, one can find provisions dealing with different aspects of enforcement in many German standard contracts in a variety of legal fields, in particular in commercial and consumer contracts, but also in company agreements, prenuptial agreements and agreements dealing with the law of succession. Adapting, at least to a certain extent, to that practice, even in Germany the wind has changed over the years and the prevailing opinion today is more liberal and open-minded: Enforcement agreements are still neither taken at face value nor always regarded as valid, but they can be recognised, even in contexts not expressly mentioned in the ZPO, depending on their specific content and the circumstances of their accomplishment. This is to be explored in more detail (see below V.).

## 2. Enforceability

In theory, a legal system could stipulate that it is up to the parties to decide not only on rather technical details of enforcement proceedings but also on the preliminary question of enforceability as such. In consequence, parties could agree that an obligation or a private law instrument (for example a settlement) should be enforceable without having to fulfil any further procedural conditions.<sup>20</sup> In Germany, party autonomy certainly does not reach so far: Enforceability cannot simply be agreed upon by the parties but must be imposed by law. This is indicated by section 794 [1] no. 1 ZPO, which provides that “compulsory enforcement may be pursued based on settlements concluded by the parties before a German court in order to resolve the legal dispute”. This provision underlines that it is not the parties who impose enforceability; rather, the ZPO states that a settlement reached under certain circumstances, especially in court, shall *ipso iure* be enforceable in the same way as a judgment would be. To the same effect, the debtor who is obliged to pay money (or to carry out certain other types of private law duties) can subject himself to immediate compulsory enforcement. This, however, only entails enforceability if the submission has been recorded in accordance with specific formal requirements by a German notary public within the bounds of his or her official authority (section 794 [1] no. 5 ZPO).

On the other hand, this does not mean that the question of enforceability could never be affected by agreement. In principle, under German law, parties can agree that a legal instrument that normally would be enforceable as such (for example a judgment or a payment order issued by a court) shall not be enforceable or shall be enforceable only under additional circumstances. It is suggested that the same holds true for Brazil

<sup>19</sup> Cf. *Heinze* (note 13) for a recent statement advocating “more courage” in upholding enforcement agreements.

<sup>20</sup> For some comparative observations on this point, see *Chase/Hershkoff/Silbermann/Sorabji/Stürner/Taniguchi/Varano* (note 4) pp. 600–606.

where at least the broad wording of article 190 CCP would cover such negative enforcement agreements.

### 3. The claim

The promotion of settlements is a general feature of modern procedural doctrine and law making.<sup>21</sup> In particular, both in Brazil (article 139 [v] CCP) and in Germany (section 278 [1] ZPO), judges are required to foster, at any time during the proceedings, the resolution of the legal dispute by the parties, and conciliation hearings preceding the hearing are arranged for the purpose of reaching such amicable settlement of the dispute (article 334 CCP; section 278 [2]–[6] ZPO). Comparative analysis reveals that this does not only hold true for lawsuits before the court, but also for execution proceedings.<sup>22</sup> This shift in enforcement law and practice from traditional debt collection towards amicable solutions is confirmed, for example, by section 802b ZPO: The enforcement officer is required to endeavor an amicable termination of the matter and to grant to the debtor a period within which payment is to be made, or may allow payment in instalments, as long as the creditor has not ruled out such a payment agreement. The same attitude is expressed in the 2009 CEPEJ Guidelines (stating that the enforcement agent can have the role of a “post judicial mediator” during the enforcement stage)<sup>23</sup> and in article 11 GCE, according to which the states shall introduce procedures that make it possible to settle the liabilities of the debtor, when it is necessary for the reestablishment of the debtor.

For an analytical framework of enforcement agreements, however, it is important to distinguish between the creditor’s claim against the debtor on the one hand (“materiell-rechtlicher Anspruch”, i.e., the private law right in dispute between the parties) and the enforceable instrument in which the claim is couched on the other hand (“Vollstreckungstitel”, for example the judgment). German law does not subscribe to the Anglo-American doctrine of merger, which supposes that the claim (or cause of action) merges into the judgment and thereby loses its independent existence.<sup>24</sup> Instead, it is suggested that claim and judgment can co-exist, and that, in consequence, agreements on the enforcement stage can deal with one aspect and/or the other. So, for instance, when the parties agree on an extension for payment, the claim is the object of the agreement. This is an ordinary contract and its preconditions and consequences are

21 The other, often criticised side of the coin can be a tendency to excessively favour compromise in order to avoid a court decision at any price. For such warnings, see, for example, *Eidenmüller/Fries*, *Against False Settlements: Designing Efficient Consumer Rights Enforcement Systems in Europe*, in: *Micklitz/Wechsler* (editors), *The Transformation of Enforcement – European Economic Law in a Global Perspective* (2016) p. 87.

22 See *Hess*, *Comparative Analysis of the National Reports*, in: *Andenas/Hess/Oberhammer* (note 4), p. 25 (42).

23 2009 CEPEJ Guidelines (note 7) para. 8.

24 The aim of the doctrine of merger, i.e., to prevent a second action for the relief already granted, is under German law reached by applying the doctrine of *res adjudicata*; cf. *Murray/Stürner* (note 11) pp. 360–362.

governed by the rules of substantive law only, notwithstanding the fact that the creditor has already obtained a judgment against his or her debtor. On the other hand, it is not the claim but the enforceability of the judgment that is concerned when the parties agree that enforcement procedures shall not be started or continued for a certain period: Such an agreement has to be assessed from the perspective of procedural law. To make things even more complicated, there are also mixed agreements. Take, for example, a scenario in which, after the creditor has obtained a judgement for a lump sum, the parties agree on an instalment plan and the creditor promises not to start execution as long as the creditor pays his or her dues. In such a case, both the rules of contract law and the rules of procedural law can apply, depending on which aspect of the agreement is in question.

It goes without saying that in many cases it can be difficult to distinguish between agreements concerning the claim and agreements concerning its enforcement, and for some this may seem to be over-theoretical altogether. From the perspective of legal doctrine, however, this distinction is not *l'art pour l'art* but has important implications. In particular, it makes a difference whether the preconditions of a valid consent are governed by the rules of substantive law or by the rules of procedural law. Furthermore, the distinction is relevant in respect of the remedies and procedural consequences when one party refuses to comply with the agreement (see below VI).

## II. PARTIES TO ENFORCEMENT AGREEMENTS

### 1. Creditor and debtor

As already seen, certain provisions in the Brazilian CCP and the German ZPO refer to an agreement concluded by the creditor and the debtor. This is to say that they are parties to a veritable contract in the field of enforcement law. Obviously, the GCE means the same when speaking of the parties reaching “an agreement on enforcement terms and conditions”.<sup>25</sup> In other cases, however, an adjustment of the standard rules for enforcement does not take place by way of an agreement but through a unilateral act, usually a simple declaration of will. This distinction is well known in German procedural doctrine, which draws a line between unilateral party acts<sup>26</sup> and procedural contracts, and a very similar distinction is neatly highlighted by article 200 CCP according to which the acts of the parties consisting of unilateral or bilateral declarations of will shall immediately produce the constitution, modification or extinction of procedural rights.

<sup>25</sup> GCE (note 8), glossary.

<sup>26</sup> This, in turn, entails a further distinction between unilateral acts having immediate effect (“Bewirkungshandlungen”) and acts merely asking the court to trigger the aimed effect (“Erwirkungshandlungen”). See *Beneduzi* (note 11) p. 100.

In the enforcement context, it is generally up to the judgment creditor to make such unilateral declaration of will. For example, the creditor can abandon either the execution proceedings entirely or merely one enforcement measure (article 775 CCP) and is free to consent that assets may be deposited with the judgment debtor (article 840 § 2 CCP). Similar provisions can be found in Germany, such as section 843 ZPO, stating that the creditor may waive the rights acquired by the attachment notwithstanding his or her claim and that such waiver is effected by a corresponding declaration, which is to be served on the debtor. In other cases, however, the law requires a declaration of will by the debtor. A practically important example is a submission to enforceability in accordance with section 794 [1] no. 5 ZPO.

Since this paper shall mainly be focused on enforcement agreements, unilateral declarations will not be dealt with in more detail. It should, however, be clear that in practice the legal basis for a unilateral declaration is normally an agreement of the parties. To illustrate this, take the example just mentioned: More often than not, the debtor will submit to enforceability only because he or she has agreed to do so, for instance in a loan contract. And the same holds true for unilateral declarations: Usually the creditor will not abandon a right granted under the rules of enforcement law because he or she has all of a sudden turned into a generous and indulgent person, but only because he or she has previously promised to do so, for example in a settlement agreement. Technically speaking, however, it is the unilateral declaration, not the underlying agreement between the parties, that directly affects the enforcement law situation in such cases (as opposed to the level of the contractual obligation).

## 2. Enforcement authorities

In certain circumstances, the conclusion or implementation of the parties' agreement requires some sort of participation or approval by the court or other enforcement authority. In this respect, the GCE states that the parties shall reach "an agreement on enforcement terms and conditions under the authority of the enforcement agent and the supervision of a judge".<sup>27</sup> Aiming in the same direction, article 922 CCP assigns an active role to the judge: "If the parties agree, the judge shall declare the stay of execution for the period granted by the judgment creditor so that the judgment debtor may voluntarily perform the obligation." In more general terms, according to article 190 (sole paragraph) CCP, the judge shall control the validity of the agreement.

In other cases, the enforcement authority is only entrusted a decision when the parties cannot agree upon an amicable solution. For instance, under article 869 CCP, the judge may appoint either the judgment creditor or the judgment debtor as bailee-trustee, but, in case an agreement has not been reached after hearing the opposing party, the judge shall appoint a qualified professional to perform that function. Quite

---

<sup>27</sup> GCE (note 8), glossary.

similar, an officer of the court shall perform the appraisal of the attached assets (article 870 CCP), but this is not required when one of the parties accepts the estimate made by the other (article 871 [I] CCP).

When reading the Brazilian Code, one gets the impression that the court can even become a veritable party to a procedural agreement. This is indicated by the wording of article 191 CCP, according to which “by mutual agreement, the judge and the parties can establish a timetable for the performance of procedural acts, when appropriate”. From a comparative perspective, this is very remarkable. In Germany, for example, the enforcement authority can be required by law to initiate an agreement, especially an amicable solution of the dispute (cf. section 802b ZPO, as already mentioned above II.2). It must, however, be emphasised that notwithstanding its involvement, the enforcement authority under German law does never become a party to the agreement. Rather, it either performs a duty imposed by law or, as far as provided for by law, acts as representative of a party. To this effect, section 754 [1] ZPO states that the court-appointed enforcement officer is authorised to enter into payment agreements binding upon the creditor.

### 3. Third parties

Depending on the context, agreements dealing with enforcement issues are conceivable not only between the creditor and the debtor but also between various creditors. For instance, as already mentioned, section 876 ZPO deals with an agreement between creditors intended to settle a dispute over the distribution of the debtor’s assets. Other agreements in the field of enforcement law are made by the creditor and a third party, such as the highest bidder in the course of the foreclosure auction of real property. A rather technical example can be found in section 91 [2] of the German Act on Enforced Auction and Receivership.<sup>28</sup> A more common instance might be the case of a creditor who promises to a third party, maybe a parent of the debtor, that he or she will not start enforcement proceedings against the debtor. In terms of legal doctrine, however, this is not an enforcement agreement but an ordinary contract, governed by the substantive rules of contract law, and has no direct impact on the enforcement law situation between the creditor and the debtor. Sometimes it is the other way around: it is the debtor who contracts with a third party in order to make arrangements for enforcement. For instance, the debtor may agree to transfer a valuable asset to a third party subject to the condition that his or her creditor starts enforcement proceedings. It goes without saying that such an agreement is highly problematic because it tries to protect the debtor at the disadvantage of the creditor’s legal position. In consequence, most legal systems would regard such contracts as void or at least voidable upon application by the creditor.

28 For an official English translation, see <[www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_zvg/index.html](http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_zvg/index.html)> accessed February 2023.

### III. OBJECTIVES OF ENFORCEMENT AGREEMENTS

#### 1. Restricting enforcement

In order to structure the spectrum of enforcement agreements, one can distinguish between arrangements extending and arrangements restricting enforcement. To start with the latter, there is a broad spectrum of conceivable clauses aiming at limiting the creditor's right to execution. In theory, the most far-reaching example would be a clause that completely rules out any enforcement by the creditor against the debtor's assets. Other clauses are less extensive and thus more commonly used: They suspend enforceability (or enforcement, respectively) for a specific time or attach certain pre-conditions that would otherwise not be required by the applicable enforcement law. The third option is a clause that limits the (types of) assets subject to execution, e.g., providing that execution is only possible against the debtor's movables, but not with regard to his or her immovable property. A legal basis for such an arrangement is article 833 CCP, which states that assets are non-leviable when declared, by a voluntary act, exempt from execution. Obviously, all clauses restricting execution provoke the question whether legal safeguards for the protection the creditor's interests are required (see above V.4).

#### 2. Extending enforcement

The second group of agreements aims in the opposite direction. In practice, there is a broad spectrum of conceivable clauses trying to enhance the creditor's right to execution. In particular, the creditor might be interested in an option to start enforcement proceedings sooner and/or depending on lower requirements than otherwise prescribed by the applicable provisions. Other clauses allow for enforcement even in debtor's assets which are subject to special legal protection and therefore normally exempt from execution. Such clauses must be analysed with regard to the question whether legal safeguards for the protection of the debtor's interests are required.

### IV. FACTORS RELEVANT FOR THE VALIDITY OF ENFORCEMENT AGREEMENTS

Against this backdrop, the question arises whether there are useful guidelines for the analysis of the validity of enforcement agreements. As regards procedural agreements in general, the Brazilian CCP in its article 190 (sole paragraph) gives an answer to the effect that the judge shall control the validity of the agreement, but shall deny its application only in the case of nullity or inclusion of unconscionable terms in adhesion contracts or in cases where any of the parties is in a manifest position of weakness. This seems to be a remarkably generous approach, almost a *laissez-faire* attitude, which is in line with the general tendency of the Brazilian CCP to favour party autonomy over

strict formality. In contrast it does not come as a surprise that the German ZPO is silent and leaves it to the courts and doctrine to find appropriate tests for the evaluation of procedural agreements. In the following, the factors are set out which are usually considered relevant for enforcement agreements.

## 1. Mode of the agreement

In respect of the way in which the parties conclude the enforcement agreement, article 190 (sole paragraph) CCP refers to the legal regime governing adhesion contracts. Indeed, it makes sense to give more room to a procedural agreement that has been individually negotiated by both parties than to a clause contained in the standard terms of the party that has the stronger bargaining position. From the German perspective, this distinction is relevant for the assessment of enforcement agreements, which, at least in principle, are subject to the general provisions of the Civil Code (Bürgerliches Gesetzbuch – BGB<sup>29</sup>). While, as a general rule, an ordinary contract is not to be considered void unless it violates a statutory prohibition (section 134 – “gesetzliches Verbot”) or is contrary to public policy (section 138 BGB – “Sittenwidrigkeit”), a much stricter test applies regarding standard business terms (“Allgemeine Geschäftsbedingungen”; sections 305–310 BGB), i.e., contract terms that have not been negotiated in detail between the parties but were pre-formulated for more than two contracts and presented by one party to the other party upon the entering into of the contract. Provisions in such standard business terms are ineffective if, contrary to the requirement of good faith, they unreasonably disadvantage the other party, in particular when they are either not sufficiently clear and comprehensible or incompatible with essential principles of the statutory provision from which they deviate.<sup>30</sup>

## 2. Parties to the agreement

Reference to a position of weakness, as expressly mentioned in article 190 (sole paragraph) CCP, asks the judge to distinguish between agreements concluded by parties acting on an equal footing and situations in which one party is clearly more vulnerable than the other. This consideration is also relevant under German law, which allows the court to take into account whether the case concerns a business-to-business relation or a business-to-consumer relation: In b2c scenarios, judicial control of standard business terms is even stricter than in b2b scenarios (cf. section 310 [1], [3] BGB). Furthermore, special attention to the protection of the more vulnerable party can be given in the case of employment disputes or family disputes (e.g., over a duty to pay maintenance).

29 For an official English translation see <[www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_bgb](http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb)> accessed 16 February 2023.

30 For a detailed analysis of the relevance of the BGB provisions on standard business terms for enforcement agreements, see *Hau*, *Zwangsvollstreckung*, in: *Wolf/Lindacher/Pfeiffer* (editors), *AGB-Recht* (7<sup>th</sup> edition 2020).

### 3. Effect of the agreement

Another factor that is not explicitly mentioned in the wording of article 190 (sole paragraph) CCP but plays an important role in the German discussion is the effect of the arrangement: It seems to be of particular interest for the evaluation of an enforcement agreement whether it further weakens the debtor's position or, on the contrary, restricts the creditor's rights (see above IV.). In case of doubt, it seems better to uphold an agreement of the latter variety. The rationale behind that is the idea that in the context of enforcement proceedings, the law only provides for a minimum standard of protection for the debtor, and that only under very exceptional circumstances it would be fair to lag even behind this minimum level. By comparison, the creditor is in lesser need of protection: Since it is anyway up to the creditor to decide if and when he or she brings enforcement proceedings, a consensual limitation of creditor's procedural rights is usually not alarming.

### 4. Timing of the agreement

Another factor worth being taken into consideration is timing: The parties can make provisions for the case that enforcement will be necessary either at the very beginning of their legal relationship or later, after their dispute has become manifest, or even only when enforcement proceedings have already started. As regards the impact of timing on the validity of enforcement agreements, one could think: the earlier, the better. This would be in line with the "veil of ignorance" which is at the heart, for example, of *John Rawls'* theory of justice:<sup>31</sup> From this perspective, one would expect that an enforcement agreement should be better balanced when at the time of the conclusion of the agreement no party already knows whether he or she will end up in the position of judgment creditor or judgment debtor. But on the contrary, in case of doubt, it seems reasonable to favor an agreement only made during the course of enforcement proceedings: Only at this stage of the dispute a weaker party, usually the debtor, can really oversee the consequences of the agreement and has a chance to comprehend that (and in how far) it is going to weaken his or her legal situation.

## V. ENFORCING ENFORCEMENT AGREEMENTS

A rather technical question that has still gained a lot of attention in Germany concerns the remedies and the applicable procedural rules in case of non-compliance or in case of dispute over the scope or validity of an enforcement agreement. This issue is closely related to the system of remedies in enforcement proceedings in general, which

---

<sup>31</sup> *Rawls*, *A Theory of Justice* (1999).

in turn can be rather complex.<sup>32</sup> The problem is further complicated since enforcement agreements, as already mentioned (see above II.3), can refer to the creditor's claim as such or the enforceability of the judgment.

It seems appropriate to distinguish between two main aspects. Firstly, one has to answer the question which consequences can be expected when the enforcement authority regards the agreement as valid but one party (the debtor or the creditor, respectively) refuses to comply: Is the enforcement authority allowed to uphold and apply the agreement or can the party relying on the agreement only claim damages for non-compliance against the other party? Secondly, it is necessary to determine the suitable remedy in case the enforcement authority disregards the agreement. Only recently, this question has led to a landmark decision by the German Federal Court of Justice (Bundesgerichtshof),<sup>33</sup> holding that the right remedy is an action against the claim being enforced (section 767 ZPO – "Vollstreckungsgegenklage") rather than a mere objection against the manner of enforcement or non-enforcement (section 766 ZPO – "Vollstreckungserinnerung"). For the time being, this pragmatic decision may settle the issue for practical purposes in Germany; upon closer examination from a theoretic perspective, however, it raises almost as many new questions as it has tried to answer.<sup>34</sup>

## VI. THE INTERNATIONAL DIMENSION

It seems obvious that enforcement in general and enforcement agreements in particular pose even greater problems in cross-border cases. This is additionally complicated by the fact that there is almost no guidance provided by national or international law-makers. The GCE, for example, is expressly meant to address domestic and cross-border settings alike, but in the latter respect it turns out to be very vague. Another example of quite an unspecific provision is article 34 of the 2007 Hague Maintenance Convention,<sup>35</sup> which requires its Contracting States (such as Brazil and the Member States of the European Union) to make available in domestic law effective measures to enforce decisions under this Convention, specifying that such measures may include "the use of mediation, conciliation or similar processes to bring about voluntary compliance". Taking a closer look, three sets of problems seem particularly worthy of discussion:

Firstly, a problem often faced in transnational litigation is immunity of the defendant. Under public international law, it is generally acknowledged that an immune party,

32 For some brief comparative observations on this point, see *Chase/Hershkoff/Silbermann/Sorabji/Stürner/Taniguchi/Varano* (note 4) pp. 634–642.

33 Bundesgerichtshof, 18 May 2017 – VII ZB 38/16, ECLI:DE:BGH:2017:180517BVIIIZB38.16.0.

34 For (at least partly critical) assessments see *Gössl*, NJW (Neue Juristische Wochenschrift) 2017, 2205; *Walker/Schmitt-Kästner*, WuB (Entscheidungsanmerkungen zum Wirtschafts- und Bankrecht) 2017, 506.

35 Hague Convention of 23 November 2007 on the International Recovery of Child Support and Other Forms of Family Maintenance.

such as a state or state entity, may submit to the jurisdiction of the courts of another state, either by way of a unilateral declaration or by an agreement to that effect. In practice, such agreements can often be found in the terms of state bonds. The tricky question, however, is whether submission to jurisdiction does also apply on the enforcement level when a judgment has been rendered against the defendant. This is answered in the negative, for example, by article 32 [4] of the Vienna Convention on Diplomatic Relations of 18 April 1961: “Waiver of immunity from jurisdiction in respect of civil or administrative proceedings shall not be held to imply waiver of immunity in respect of the execution of the judgement, for which a separate waiver shall be necessary.”

Secondly, it should be considered whether ordinary private parties could determine by agreement the states in which enforcement can or cannot take place.<sup>36</sup> Such an arrangement would work similarly to a choice-of-court agreement as regards execution. Unfortunately, even state-of-the-art instruments such as the 2012 Brussels Recast Regulation,<sup>37</sup> the 2005 Hague Choice of Court Convention<sup>38</sup> and the 2019 Hague Enforcement Convention<sup>39</sup> provide no provisions dealing with enforcement agreements. It seems as if under the domestic law of most states it is not up to the parties to decide under which preconditions a foreign judgment can be recognised and enforced. More attention should be paid to negative agreements stipulating that foreign judgments shall not be enforced in particular states or groups of states. Such agreements would allow the debtor to protect his or her assets in certain states, leaving it to the creditor to bring enforcement proceedings in other states. This can make sense as long as it does not deprive the creditor of any realistic chance to achieve satisfaction. Therefore, *in dubio pro libertate*, it is suggested to allow such agreements in international business, and it would be helpful to get guidance from the legislator in the near future, in particular on the EU level or from the Hague Conference.

The third question is whether in cross-border cases there should be room for choice of enforcement law. It seems clear that the parties, even by voluntary agreement, cannot stipulate that enforcement in Brazil, for instance, should be carried out completely in accordance with the German rules. But maybe it would be reasonable and thus admissible for parties to select the law applicable to particular aspects of enforcement. So, for example, it might make sense to uphold an agreement providing that it is not

36 For discussions of some basic questions related to this see *Hau*, *Executio non conveniens? – Zum Ausschluss der Vollstreckung anererkennungsfähiger ausländischer Entscheidungen*, *ZVglRWiss (Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft)* 116 (2017), 23 (41–43); *Schwarz*, *Enforcement Shopping im europäischen Rechtsraum – Unter besonderer Berücksichtigung des deutschen und polnischen Zwangsvollstreckungsrechts* (2019) pp. 107 *et seq.*

37 Regulation (EU) no. 1215/2012 of 12 December 2012 on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters (Recast).

38 Hague Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements.

39 Hague Convention of 2 July 2019 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters.

the *lex fori executionis* but the rules of the debtor's domicile that should determine which assets shall exempt from execution.

## VII. CONCLUSIONS

At least to a certain extent, leaving room for enforcement agreements can facilitate enforcement proceedings and increase the likelihood of an amicable termination of disputes. However, there is and there should be no “*enforcement à la carte*”: In many cases, it is simply in the best interest of a vulnerable party to limit freedom of contract when it comes to enforcement agreements. Even parties acting on an equal footing should not be allowed to adjust each and every parameter to their particular preferences, likes and dislikes. Presumably, there is no doubt as to the objectives of enforcement law: efficiency, fairness and a positive balance between the rights and interests of the parties.<sup>40</sup> However, in this context, it is an end in itself that enforcement is defined and substantiated by a clear legal framework, setting out the powers, rights and responsibilities of the parties themselves as well as third parties and authorities.<sup>41</sup> Taylor-made solutions may ensure flexibility, but on the flipside, in many cases flexibility will run contrary to transparency and predictability. Therefore, concerning powers, rights and responsibilities, but also the parameters of the organisation of the enforcement process, it is the legislators' task to put things on the right track. The parties, on the other hand, should not be saddled with that, but should rather enjoy autonomy for minor adjustments to their particular needs. It does seem reasonable, however, to boost party autonomy in international cases in terms of consensual choice between the available *fora* for enforcement.

---

40 See, for example, Council of Europe Rec (2003) 17 (note 6), preamble.

41 This, too, is correctly emphasised in the aforementioned Recommendation, sub III [1] [a]–[b], [2] [a]–[c].



# Civil Procedure Review

AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

6

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

French civil appeal: a procedural model lacking the nova prohibition

*Giacomo Pirotta*

PhD and Research Fellow at University Milano-Bicocca.

**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 tempo<sup>1</sup>.

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 difese<sup>2</sup> – 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*

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 testuale<sup>3</sup>, 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 sollevabili<sup>4</sup> e dalla sospensione dell'efficacia esecutiva<sup>5</sup>.

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

---

*dispose pas d'éléments suffisants pour statuer»;* similmente, l'art. 563 c.p.c., sul *novum probatorio* in appello, 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 voies extraordinaires 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 francese<sup>7</sup>, garantisce l'“imparzialità” della corte evitando che il ruolo di controllore si sovrapponga a quello di controllato<sup>8</sup>. 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*<sup>9</sup>.

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 generale<sup>10</sup>, 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*<sup>11</sup>, 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 sede<sup>12</sup>.

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-OUDOT, *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 gravame<sup>13</sup>.

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'appello<sup>14</sup>; 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. 163; Cass., 4 mars 1980, n. 78-13302, in *Bulletin des*

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 processuali<sup>15</sup>: per un verso, ha infatti recepito il principio del doppio grado di giurisdizione<sup>16</sup>, impedendo ai litiganti di omettere un grado di giudizio; per un altro, invece,

---

*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 regudicanda 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-TEYSSÉ, 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*<sup>17</sup>, imponendo alla *cour* di decidere la disputa nelle condizioni in cui venne conosciuta dai giudici di primo grado<sup>18</sup>.

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*<sup>19</sup> in secondo grado<sup>20</sup> (artt. 564 e 565 c.p.c.<sup>21</sup>), ovverosia per l'impossibilità di introdurre tutte quelle richieste ed istanze di parte non confluite nelle conclusioni di prime cure<sup>22</sup>.

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 regudicanda 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 parlerà<sup>23</sup> – 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 cure<sup>24</sup>.

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 verificatisi<sup>25</sup>; fanno parte di questa categoria le nuove *prétentions* rese necessarie dall'intervento di un terzo<sup>26</sup>, dalla sopravvenienza di un fatto o dalla sua rivelazione<sup>27</sup>.

- 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 pretoriale.
- 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 e 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

Oltre a queste, è possibile introdurre in appello le *prétentions qui constituent des défenses*<sup>28</sup>, 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 (giudiziale<sup>29</sup>), le domande riconvenzionali<sup>30</sup> e le domande tendenti a respingere le domande avverse<sup>31</sup>.

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.)<sup>32</sup>.

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 sopravvenuti<sup>33</sup>.

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

---

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).

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-OUODOT, 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.

nel processo italiano, anche in quello d'oltralpe è vietata la *mutatio* della domanda iniziale, mentre è perfettamente legittima l'*emendatio libelli*.

Anche nel sistema francese, quindi, la valutazione circa l'ammissibilità di tali modifiche presuppone, dapprima, la corretta individuazione delle *prétentions*<sup>34</sup> e, successivamente, il loro raffronto: all'esito di tale attività, l'alterazione sarà inammissibile quando il mutamento riguardi l'oggetto<sup>35</sup> e/o i soggetti coinvolti<sup>36</sup>; 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»<sup>37</sup>.

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 originaria<sup>38</sup>: 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-TEYSSIÉ, *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-TEYSSIÉ, *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

tale tesi, si attribuirebbe, peraltro, maggiore dignità a un'altra norma del codice di rito francese – l'art. 563<sup>39</sup> – laddove consente alle parti di introdurre nuovi *moyens*, nuovi "mezzi", a sostegno delle domande originarie<sup>40</sup>.

Se è vero, infatti, che nel concetto di *moyen* ex art. 563 rientra altresì quello di *fondement juridique*<sup>41</sup>, le alterazioni che incidano sulla sola causa della domanda dovrebbero trovare la propria giustificazione in tale norma e non nell'art. 565<sup>42</sup>. In altre parole, stante la sovrapposibilità 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 incisivi<sup>43</sup>.

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*<sup>44</sup>.

---

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 avalla 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 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-TEYSSIE, *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*.

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 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 stringenti<sup>45</sup>.

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*)<sup>46</sup> e la proponibilità di nuove prove (*preuves*)<sup>47</sup> 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 causa<sup>48</sup>.

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.

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 *fins 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.

Innanzitutto, la necessità di procedere con l'assunzione di nuove prove comporta la riapertura della fase istruttoria (la cd. *mise en état*<sup>49</sup>); tale attività – che può protrarre 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 comunicazione<sup>50</sup> delle *pièces*. La gestione di tale attività è affidata al *Conseiller de la mise en état*<sup>51</sup> 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 causa<sup>52</sup>.

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*<sup>53</sup>.

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 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.

Ciò chiarito, gli aggravati discendenti dal *novum* ammissibile non sarebbero, però, ingiustificati: secondo la dottrina francese, gli ampliamenti della cognizione sarebbero conaturati 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* circonda 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 decisoria<sup>54</sup>; a dire della dottrina, infatti, la necessità di risolvere la controversia – definendola in appello – giustificherebbe l'esame di nuove difese, evitando inutili rinvii al giudice di prime cure<sup>55</sup>.

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*<sup>56</sup>, 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 contenzioso<sup>57</sup>.

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 les 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 COMPENOLLE – 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 differente<sup>58</sup>.

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 secolo<sup>59</sup>.

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 causa<sup>60</sup>; 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 60<sup>61</sup>.

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 fasi<sup>62</sup>; 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)<sup>63</sup>.

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 portata<sup>64</sup>. La *solution médiane* che si prospettava suggeriva quindi il mantenimento dell'ammissibilità di nuovi *moyens*, nuove *preuves* e nuove *pièces*<sup>65</sup>, 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 sanzione<sup>66</sup>: 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 Giustizia<sup>67</sup>), 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 litigio<sup>68</sup>.

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 magistrato<sup>69</sup>.

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 fatti<sup>70</sup>.

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 risollevarne 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*<sup>71</sup>.

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*<sup>72</sup> (come prima fece il *Rapport Coulon*).

A fronte di tale esitazione, la commissione esortò però il legislatore a recepire il *principe de concentration*: la sua introduzione avrebbe portato razionalità nella pro-

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.).

cedura 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 assumersi<sup>73</sup>.

Entrambe le misure indicate (ossia la rilevabilità officiosa dell'irricevibilità di nuove domande<sup>74</sup> 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 critiche<sup>75</sup>: malgrado i buoni propositi, i risultati conseguiti con l'emanazione del decreto furono tutt'altro che soddisfacenti<sup>76</sup>.

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 prove<sup>77</sup>.

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

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; similamente, 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/>

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 controverse<sup>78</sup>.

Tre anni più tardi, con il *décret* n. 2017-891 del 6 maggio 2017<sup>79</sup>, 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 rivista<sup>80</sup>. A prescindere da questa novità, il legislatore ha lievemente

78 La limitazione prospettata è frutto del contemperamento 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 tutt'al 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 regudicanda. 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 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

inciso sull'introducibilità di nuovi elementi in appello, abrogando specifiche previsioni che consentivano l'accesso a nuove *prétentions*<sup>81</sup>. 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 appello<sup>82</sup>.

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.

## 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.

---

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).

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

L'immutabilità del litigio – valore cardine dell'abrogato codice del 1806 – opera come principio generale del processo francese preservando l'inalterità della regiudicanda<sup>84</sup>. Benché depotenziato, siffatto valore continua a regolare l'intero svolgimento della procedura<sup>85</sup> inasprendosi progressivamente col maggiore grado di stabilità acquisito dal giudizio<sup>86</sup>. 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*<sup>87</sup> 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).

A ben vedere, peraltro, siffatta elasticità dovrebbe proprio dipendere dall'altro dei sopra citati principi, ovvero dall'evoluzione del litigio<sup>88</sup>: 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

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.

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

per qualsiasi stato di diritto: i consociati difficilmente accetterebbero una decisione inattuale frutto di un processo non adattabile e, anzi, totalmente impermeabile ai mutamenti intervenuti<sup>89</sup>. Sotto questo punto di vista, quindi, la *transformation 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 sopravvenuti<sup>90</sup>.

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 lassiste<sup>91</sup>.

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 ingiustificate<sup>92</sup>; 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 inoltre 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 distortivi: 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 procedurale*<sup>93</sup>, ossia a quel principio di correttezza e probità che dovrebbe ispirare la condotta dei litiganti.

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.

93 Sulla lealtà processuale, si vedano – anche con opinioni discordanti – DOUCHY-OUDOT, *La loyauté procédurale en matière civile*, in *Gazette du Palais*, 17 nov. 2009, 3 ss.; MINIATO, *L'introuvable principe de loyauté en procédure*

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 concentrazione<sup>94</sup>.

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*»<sup>95</sup>.

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 succitati valori, ossia del *principe de l'évolution du litige*, del *principe de l'immutabilité* e del *principe de loyauté*<sup>96</sup>.

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 fattispecie<sup>97</sup>; in tal modo, l'ampliamento della cognizione

---

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-OUDOT, *op. ult. cit.*, 3 ss.

95 *Rapport Magendie I*, 45.

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.*

deriverebbe dai soli mutamenti sostanziali e processuali della controversia, vanificando i comportamenti abusivi provenienti dalle parti<sup>98</sup>. 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*<sup>99</sup>.

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 primo grado<sup>100</sup>, 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 giustizia<sup>101</sup>, 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 giudizio<sup>102</sup>.

---

*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 avr. 1975, in *Gazette du Palais*, 1975, 2, 442; CA Lyon, 2 avr. 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.

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

7

## Convenções processuais e o papel do magistrado na negociação sobre o processo<sup>1</sup>

*Maria José Capelo*

*Associate Professor at the University of Coimbra's Law School.*

**Resumo:** o texto aborda as formas de relevância do princípio da autonomia da vontade no modelo processual português, com análise das modalidades e efeitos do controle, por parte do juiz, dos negócios processuais.

**ABSTRACT -** The text addresses the forms of enhancing the principle of autonomy of will in the Portuguese procedural model, with an analysis of the methods and effects of the control, by the judge, of procedural agreements.

**Keywords:** *Autonomy of will/Civil Procedure/Judicial Control/procedural agreements*

**Palavras-chave:** *Autonomia da vontade/ Processo Civil/ controle judicial/negócios processuais*

1. A figura do juiz gestor no modelo processual português. 2. A participação das partes na tomada de decisões: a gestão processual em contraditório. 3. O acordo/anuência das partes como pressuposto de decisões judiciais. 4. A relevância da autonomia da vontade das partes no processo português. 4.1. O incentivo à autocomposição. 4.2. Os negócios sobre o poder de conduzir o processo (legitimidade). 5. Os vários tipos de controle judicial dos negócios processuais: controle de validade, aferição da oportunidade e conveniência e homologação por sentença.

<sup>1</sup> Texto de apoio à conferência proferida no Congresso Internacional –“Novas Tendências do Direito Processual Civil”, que teve lugar em Manaus aos dias 19 e 20 de setembro de 2022, uma organização do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas/Escola de Aperfeiçoamento Servidor do TJ/AM.

5.1. *Âmbito de aplicação da homologação judicial: os negócios extintivos da instância.* 5.2. *A equiparação da sentença homologatória (de negócios autocompositivos) à sentença de mérito.* 6. *A autonomia da vontade das partes perante fenómenos de desjudicialização.*

1. A história do processo tem-se pautado pela busca da fórmula ideal de distribuição de papéis entre o juiz e as partes.

Nos tempos atuais, o equilíbrio entre os poderes do juiz e aqueles encabeçados pelas partes parece ter atingido sólidos alicerces num “modelo programático”, em alternativa a uma conceção pragmática (típica de uma visão liberal e privatística do processo) na medida em que «o que se pede ao juiz é o exercício da função jurisdicional, e não a certificação, através da sentença, do que uma das partes conseguiu impor ou obter da outra em juízo»<sup>2</sup>.

E este modelo, relativamente à intervenção dos sujeitos na gestão do processo, serve-se de diferentes mecanismos no intuito de atingir uma justa composição do litígio. Ao passo que o sistema brasileiro confiou nas virtudes da negociação processual, o regime português enalteceu o papel do juiz como gestor.

Tal não significa que o regime português seja alheio ou desvalorize os negócios processuais. Segundo afirma REMÉDIO MARQUES, «[A] possibilidade de mobilizar o negócio processual no Direito Processual Civil, no quadro dos atos processuais, mais não traduz do que uma nova operatividade do princípio do dispositivo enquanto expressão da autonomia privada no processo (...)»<sup>3</sup>.

Contudo, esta abertura às manifestações do princípio da autonomia deve assentar no pressuposto de que nem todas as manifestações de vontade se traduzem num fenómeno de contratualização. Como bem adverte o jurista francês Loïs CADIET, o recurso a este instituto, no âmbito do processo, pressupõe muitas vezes utilizações *degradés* ou metafóricas da noção de contrato, abarcando, por conseguinte, modalidades distintas da participação das partes<sup>4</sup>.

Nesta perspetiva, após caracterizarmos brevemente o modelo processual português, teceremos as nossas considerações em torno da relevância da vontade das partes neste ordenamento.

A partir da Revisão do Código de Processo Civil Português de 2013<sup>5</sup> (que consolidou os propósitos da Reforma de 1995/96), é de assinalar o facto de a discussão doutrinal

2 Cf. JOÃO DE CASTRO MENDES/MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Manual de Processo Civil*, Volume I, Lisboa:AAF DL, 2022, p. 79.

3 Cf. «Negócios processuais e o processo executivo português», *Boletim da Faculdade de Direito* 94/2 (2018), p. 1053-1096, expressamente p. 1054 e 1055.

4 Cf., do Autor, «Les pouvoirs du juge dans le cours de la procédure civile et de la procédure pénale», *Les cahiers de la justice*, 2013/03, N.º 3, p. 63 a 75.

5 Lei n.º 41/2013, de 26 de junho.

se ter desviado da temática “publicismo *versus* privatismo” e se ter centrado essencialmente nos contornos e modo de efetivar a colaboração entre o juiz e as partes<sup>6</sup>.

O novo Código quis acautelar as ferramentas necessárias à consecução de uma tutela judicial efetiva mediante a obtenção de uma justa decisão de mérito.

Apelou-se, neste propósito, a um juiz gestor, que dirige ativamente o processo e promove o seu andamento célere, providenciando o suprimento os vícios e moldando o conteúdo e forma dos atos aos fins que estes visam atingir<sup>7</sup>. É ainda incumbência do juiz adequar o procedimento – as normas puramente processuais na expressão de GAJARDONI<sup>8</sup> – às características do litígio<sup>9</sup>.

No domínio da matéria de facto, em caso de alegações imperfeitas e insuficientes, o juiz *deve* convidar ambas as partes a suprir estas falhas<sup>10</sup>. A omissão deste despacho de aperfeiçoamento (proferido na fase subsequente aos articulados) tem determinado a anulação da sentença pelos tribunais superiores quando a deficiência do articulado consubstanciou fundamento de decisão de improcedência em 1.ª instância<sup>11</sup>.

A lei não se limitou a prever estes poderes – muito deles interpretados como manifestação de um dever assistencial do juiz às partes<sup>12</sup> – mas configurou-os como poderes vinculados, sendo o seu cumprimento sindicado tanto pelas partes como pelos tribunais superiores.

6 *Vide*, reconduzindo os deveres do juiz e das partes, enquanto mecanismos adequados à obtenção de decisão breve e justa, ao princípio da cooperação em sentido material e formal, JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *Introdução ao Processo Civil: Conceito e Princípios Gerais à Luz do Novo Código*, 4.ª ed., Coimbra: Geslegal, 2017, p. 187 a 193.

7 Cf. artigos 6.º e 547.º do CPC. Os artigos citados sem referência a qualquer diploma legal pertencem ao Código de Processo Civil Português aprovado pela Lei n.º 41/2013, de 26/6.

8 Cf., do Autor, *Flexibilização procedimento -Um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual: de acordo com as recentes reformas do CPC*, São Paulo: Editora Atlas S.A, 2008, sobretudo p.32 a 40.

9 Como assinala J. P. REMÉDIO MARQUES, «*as partes estão impedidas de alterar a sequência legalmente prevista*, somente o juiz o pode fazer ao abrigo do *princípio da adequação formal* (...)» (Cf. «Negócios processuais e o processo executivo português», *cit.*, p. 1059, itálico do Autor).

10 Cf. artigo 590.º.

11 Tal como se verificou na situação apreciada no Tribunal da Relação do Porto, no Acórdão de 30/04/2020, Processo n.º 639/18.8T8PRD.P1, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)..A Jurisprudência tem seguido o entendimento de MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA no sentido da omissão do despacho de aperfeiçoamento não originar, em si mesma, uma nulidade processual, mas antes uma nulidade da decisão se a deficiência do articulado constituir o fundamento utilizado pelo tribunal para julgar improcedente o pedido formulado pela parte. – *Vide*, do Autor, *Omissão do dever de cooperação do tribunal: que consequências?*, 01.2015, [https://www.academia.edu/10210886/TEIXEIRA\\_DE\\_SOUSA\\_M\\_Omiss%C3%A3o\\_do\\_dever\\_de\\_coopera%C3%A7%C3%A3o\\_do\\_tribunal\\_que\\_consequ%C3%A3ncias\\_01\\_2015](https://www.academia.edu/10210886/TEIXEIRA_DE_SOUSA_M_Omiss%C3%A3o_do_dever_de_coopera%C3%A7%C3%A3o_do_tribunal_que_consequ%C3%A3ncias_01_2015). (acesso agosto 2022)

12 Defendendo um dever assistencial do juiz como forma de corrigir as desigualdades entre as partes - JOÃO DE CASTRO MENDES/MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Manual de Processo Civil*, Volume I, *cit.*, p. 101. Num entendimento diverso, JOSÉ LEBRE DE FREITAS e ISABEL ALEXANDRE (*Código de Processo Civil Anotado*, Volume 1.º, 4.ª ed, Coimbra:Almedina, p. 34) sustentam que o facto de a lei prever, no artigo 4.º, o dever de o tribunal assegurar, ao longo de todo o processo, um estatuto de igualdade substancial das partes, não significa que se abra a porta a um dever assistencial do juiz, «nos termos que lhe imponham a prestação de auxílio à parte dele carecida por via do deficiente exercício do seu direitos e faculdades, fora dos casos em que uma lei especial o determine».

2. Não obstante estes amplos poderes de direção, o novo paradigma processual está muito distante de qualquer concepção autoritária do processo. No exercício da sua atividade o juiz está vinculado à observância do contraditório pelo que as partes são convidadas a manifestar-se, contribuindo, desta forma, com os seus pontos de vista.

Anote-se que o dever de audição das partes não se esgota na prevenção de decisões surpresa<sup>13</sup>, pois revela-se em toda a sua amplitude ao garantir a participação efetiva das partes ao longo dos vários momentos de um procedimento<sup>14</sup>.

No exercício deste *direito de influenciar*, encabeçado pelas partes, o momento de uma primeira audiência (intitulada audiência prévia), destinada ao saneamento e organização do processo para as fases seguintes, assume particular importância<sup>15</sup>.

Nesta fase intermédia do procedimento, os vários despachos judiciais – nomeadamente programação da audiência final, conhecimento antecipado de exceções dilatórias ou perentórias, fixação dos temas controvertidos e flexibilização procedimental – são proferidos preferencialmente após debate oral com as partes.

O primado que a lei portuguesa confere à audição prévia das partes torna-se evidente naqueles casos em que o tribunal decide dispensar esta audiência. Como reação, as partes podem provocar a sua realização de *forma potestativa* sempre que tiverem interesse em debater (oralmente) com o juiz as questões de mérito ou processuais que se suscitem nesta fase do processo<sup>16</sup>.

Em suma, ao irrigar todas as fases do processo com o contraditório, comprometem-se as partes numa gestão eficiente do processo.

3. O diálogo entre todos os sujeitos processuais revela-se ainda noutra dimensão. Em determinadas situações, a lei não se basta com a mera audição das partes, pois exige o *acordo/concordância* das partes como pressuposto de atos e decisões por parte do juiz.

A necessidade destas declarações paralelas das partes pode ser entendida como mais um sinal do jogo dos interesses no contexto de um processo. Revela, por isso, atualidade a observação de CHIOVENDA quando, após classificar o direito processual civil como direito público, sublinhou a sua posição especial, a qual derivava da “interdependência contínua entre o interesse geral e o interesse individual”<sup>17</sup>.

13 Cf. n.º 3 do artigo 3.º.

14 Sublinhando esta nova dimensão de contraditório – JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *Introdução ao Processo Civil: Conceito e Princípios Gerais à Luz do Novo Código*, cit., p. 126 a 138.

15 Vide, sobre esta fase processual, o nosso estudo “A relevância da gestão processual na fase da audiência prévia”, *Boletim da Faculdade de Direito*, volume 96/1 (2020), pp. 161 a 177.

16 Cf. n.º 3 do artigo 593.º.

17 Cf. *Istituzioni di Diritto Processuale Civile*, Volume I, Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1950, pp. 63 e 64. Num comentário ao entendimento de CHIOVENDA, REMO CAPONI («Autonomia privata e processo civile: gli accordi processual»), *Civil Procedure Review*, v.1, n.2: 42-57, jul./set., 2010, pp. 42 a 57) argumenta a favor da possibilidade de colocar o direito processual num território entre o direito público e privado, acrescentando que é preciso superar esta dicotomia para trabalhar numa construção de um “diritto intermedio e interstiziale”.

A lei processual civil portuguesa ilustra-nos com várias hipóteses em que a vontade das partes *integra* o processo formativo do ato judicial. Assim, por exemplo, em matéria de prova pericial, as partes são ouvidas sobre a nomeação do perito<sup>18</sup>, podendo *sugerir* quem deve realizar a diligência. Havendo acordo das partes sobre a identidade do perito a designar, deve o juiz *nomeá-lo* salvo se fundamentamente tiver razões para pôr em causa a sua idoneidade e competência.

De igual modo, se a testemunha faltar, o adiamento da inquirição só é viável se as partes manifestarem a sua concordância<sup>19</sup>.

Ainda no campo da prova, quando se verificar impossibilidade ou grave dificuldade de comparência da testemunha no tribunal, o juiz pode autorizar que o depoimento seja prestado através de documento escrito desde que as partes acordem nesse sentido (artigo 518.º)<sup>20</sup>. O mesmo regime é aplicável - acordo das partes como pressuposto da decisão do juiz - quando a audiência final não se conclui num dia e é necessário agendar nova data (artigo 606.º).

Repare-se que em todas estas circunstâncias, as partes manifestam a sua vontade ou anuência ao conteúdo do despacho judicial, mas a conformação ou modificação é tratada, para todos os efeitos, como resultado de um ato judicial.

Ou seja, é importante sublinhar que estas manifestações de vontade *paralelas* e convergentes são dirigidas ao juiz - enquanto elemento/pressuposto constitutivo de ato judicial -, distinguindo-se (nota já bem assinalada, na doutrina brasileira, por BARBOSA MOREIRA<sup>21</sup> e desenvolvida por ANTÓNIO DO PASSO CABRAL<sup>22</sup>) daqueles casos de *autorregulação do processo* através da celebração de convenções processuais.

Isto é, enquanto na primeira categoria, as manifestações das partes são dirigidas ao tribunal<sup>23</sup>; na segunda, a conformação da situação jurídica processual ou a disposição de poderes deriva diretamente da vontade das partes. Todavia, nesta segunda espécie, a convenção pode estar sujeita a algum controle judicial (como veremos), mas o efeito jurídico querido pelas partes (ou por uma das partes em caso de negócio unilateral) só a elas é imputado.

18 Se não for viável a requisição de perícia a estabelecimento, laboratório ou serviço oficial (cf. artigo 467.º)

19 Artigo 509.º.

20 Também artigo 520.º.

21 JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, «Convenções das partes sobre matéria processual», *Temas de direito processual: terceira série*, São Paulo: Saraiva, 1984, p. 87 a 98, expressamente p.89 e 90.

22 ANTÓNIO DO PASSO CABRAL (*Convenções processuais*, 2.ª ed, Editora JusPODIVM, 2018, sobretudo p. 74 a 77) configura as hipóteses de declarações concordantes/paralelas das partes (direcionadas ao juiz) como “atos conjuntos” e “estimulantes” e, por isso, distingue-as da figura das convenções processuais,

23 Na doutrina alemã, ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD (*Zivilprozesrecht*, 17.ª, Verlag C.H. Beck, p. 349) distinguem também os contratos processuais daqueles casos em que há declarações de “consentimento” ou “anuência” para a prática de determinados atos por parte do juiz (como, por exemplo, para efeitos de dispensar um prévio debate oral à luz do § 128, II, ZPO).

4. Embora não exista preceito que proíba genericamente a celebração de convenção processual atípica<sup>24</sup>, a prática não nos tem enriquecido com esta modalidade<sup>25</sup>.

E tal estado de coisas encontra justificação na *opção de política legislativa* portuguesa por uma direção ativa e flexível a cargo do juiz, a qual teve, como consequência lógica, a *diminuição* do espaço de modulação do processo pelas partes<sup>26</sup>.

De qualquer modo, o Código de Processo Civil Português não deixa de acolher diversas convenções processuais.

O pacto de competência é comum na prática dos nossos tribunais, como mais uma cláusula contratual, servindo os interesses das partes na determinação do tribunal territorialmente competente. A lei é clara quanto à sua força imperativa ao afirmar que “a competência fundada na estipulação é tão obrigatória como a que deriva da lei” (n.º 3 do artigo 95.º).

A nível dos litígios internacionais, a jurisprudência do Tribunal da Justiça da União Europeia tem destacado a importância da autonomia da vontade das partes no estabelecimento da competência internacional, nomeadamente em sede de relações contratuais, sublinhando o papel fundamental do juiz nacional no controlo da existência de consenso dos contraentes na fixação do pacto<sup>27</sup>.

Outras convenções tipificadas envolvem o mérito – como a transação, acordo emergente de mediação, desistência ou confissão do pedido – ou modelam o procedimento (tais como o acordo de suspensão do processo e o acordo de prorrogação de prazos). Também se toleram convenções probatórias em matéria não subtraída à disponibilidade das partes desde que não agravem a posição probatória de uma das partes ou belisquem as determinações legais cuja fundamentação radique em razões de ordem pública<sup>28</sup>.

A figura do negócio processual não tem sido imune a controvérsias judiciais, não obstante o efeito jurídico advir do consenso. Acreditamos que este tipo de litigiosidade

24 *Vide*, sublinhando a amplitude com que são admitidos negócios processuais junto dos tribunais alemães, com ressalva daqueles que não respeitem uma proibição legal ou os bons costumes, THOMAS RAUSCHER, in *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 6.ª ed., Band 1, 2020, “Einleitung”, nota 466. Assinala que não são permitidos, por exemplo, os acordos que limitem os meios de prova, aqueles em que haja renúncia a deduzir um meio de oposição à execução de um título executivo em concreto, ou a não fazer uso de um determinado processo. No sistema espanhol, GUILLERMO SCHUMANN BARRAGÁN (*Derecho a la tutela judicial efectiva y autonomía de la voluntad: los contratos procesales*, Madrid: Marcial Pons, 2022, p. 142 a 157, expressamente p. 150) propugna pela admissibilidade de negócios processuais atípicos, mas assinala que os negócios processuais terão de se desenvolver sob a égide do princípio da legalidade, consagrado no art.1 da *Ley de Enjuiciamiento Civil*, pelo que só serão válidos quando uma norma processual autorize, expressa ou tacitamente, o exercício da autonomia da vontade.

25 *Vide*, sobre os limites à liberdade de conformação do conteúdo dos negócios processuais, J.P.REMÉDIO MARQUES, *ob.cit.*, p. 1068 a 1072.

26 *Vide*, sublinhando que, em função de decisões de política legislativa, o ordenamento processual, outorga um maior ou menor âmbito de atuação da autonomia da vontade, GUILLERMO SCHUMANN BARRAGÁN, *ob.cit.*, p.35.

27 Cf. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 4/02/2016, Processo n.º 536/14.6TVLSB.L1.S, [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

28 Cf. artigo 345.º do Código Civil. Tem-se entendido que o princípio do inquisitório não pode ser beliscado pela convenção probatória, sob pena de nulidade.

radica na natureza *complexa e multidimensional* do negócio processual, o qual se situa na intersecção entre o direito civil e o direito processual<sup>29</sup>. Aferindo a jurisprudência portuguesa conclui-se que os problemas mais comuns prendem-se com a força vinculativa e âmbito objetivo da transação<sup>30</sup>, a (in)admissibilidade da aposição de uma cláusula acessória – como a condição – à desistência do pedido<sup>31</sup>, a aferição da validade dos pactos de jurisdição<sup>32</sup> e a interpretação da convenção de arbitragem<sup>33</sup>.

4.1. Perante a atual riqueza de meios de resolução de litígios, deve incentivar-se o exercício da autonomia da vontade das partes em prol da gestão do conflito e de seleção da técnica adequada (seja através da autocomposição e/ou heterocomposição). Através deste tipo de negociação, comprometem-se as partes na procura de soluções capazes de articular os meios extrajudiciais com os judiciais, seja numa vertente alternativa, subsidiária ou complementar.

Em matéria de coordenação dos vários mecanismos de resolução de litígios merece destaque a figura das cláusulas escalonadas (*multi-step*)<sup>34</sup> sobretudo em contratos complexos de execução continuada. Neste tipo de cláusulas, as partes convencionam um esquema de resolução de litígios em fases sequenciais: prevendo, por exemplo, o recurso à negociação, e se este não for eficaz em determinado prazo, as partes convencionam o uso da técnica de mediação, e em caso de insucesso, estipula-se que será adotada a via arbitral (ou judicial)<sup>35</sup>.

- 29 Assinalando estas notas caracterizadores da figura do negócio processual – GUILLERMO SCHUMANN BARRAGÁN, *ob. cit.*, p. 138. Na sua obra *Convenções Processuais (citada supra)*, António do Passo Cabral analisou os requisitos e pressupostos para a formação válida e eficaz os acordos processuais (sobretudo p. 304 a 318), tanto à luz de normas materiais como processuais, ficando patente a “corregulação normativa” entre esta duas espécies de regras (Cf, também do mesmo Autor, sublinhando a “reaproximação entre normas de direito material e normas do direito processual”, no campo dos negócios processuais, «Da instrumentalidade à materialização do processo: as relações contemporâneas entre direito material e direito processual. *Civil Procedure Review*. v. 12, n. 2: maio-ago. 2021, pp. 69-102, sobretudo pp. 88 e 89).
- 30 Em matéria de transação, entre outros, Acórdãos da Relação do Porto, Processo n.º 19355/19.7T8PRT.P1, DE 17/12/2020; e Processo n.º 2676/15.5T8PNF-C.P1, de 20/09/2021.in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).
- 31 Cf., sufragando que «não é admissível a homologação da desistência do pedido sob condição de desentranhamento da contestação apresentada pelo réu contestante, pois, constituindo a desistência um ato jurídico unilateral, ele é incondicionável», Acórdão da Relação do Porto, Processo n.º 172/18.8T8OVR-A.P1, 26/02/2019, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt). Em contexto brasileiro, sufragando a aposição de condições tanto à prática de qualquer ato processual como (por maioria de razão, atendendo ao facto de se tratar de uma “autolimitação voluntária”) aos acordos processuais, ANTÓNIO DO PASSO CABRAL, *Convenções Processuais, cit.*, p. 268 e 269.
- 32 Cf., a título exemplificativo, sobre os requisitos essenciais de validade de um pacto de jurisdição e o conceito de invalidade substancial do artigo 25.º do Regulamento 1215/2012 Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Processo n.º 3797/16.0T8VIS.C1.S1, 09/05/2019; e rejeitando aceitação tácita de um pacto de jurisdição, Acórdão da Relação de Guimarães, Processo n.º 905/19.5T8.BRG.G1, 13/02/2020, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).
- 33 *Vide*, aludindo às regras de interpretação da convenção de arbitragem enquanto negócio formal e valorizando o princípio do *favor arbitrandum*, Acórdão da Relação do Porto (Processo n.º 1433/21.4T8MAI.P1, 21/06/2022).
- 34 Cf, analisando a figura naqueles casos em que as partes convencionam o recurso prévio à conciliação ou/e à negociação antes de desencadearem o processo arbitral, PEDRO METELLO NÁPOLES e JOSÉ MIGUEL JÚDICE, *Cláusulas que impõem mecanismos de prévia conciliação – da sua executoriedade e das consequências da sua violação* [https://www.josemigueljudicearbitration.com/xms/files/03\\_ARTIGOS\\_CONFERENCIAS\\_JMJ/01\\_Artigos\\_JMJ/Clausulas\\_de\\_conciliacao\\_previa\\_a\\_arbitragem\\_Livro\\_Acuerdo\\_Arbitral\\_Peru\\_2010.pdf](https://www.josemigueljudicearbitration.com/xms/files/03_ARTIGOS_CONFERENCIAS_JMJ/01_Artigos_JMJ/Clausulas_de_conciliacao_previa_a_arbitragem_Livro_Acuerdo_Arbitral_Peru_2010.pdf).
- 35 *Vide*, relacionando a figura das cláusulas escalonadas com o pacto de *non petendo*, PAULA COSTA E SILVA, *Perturbações no cumprimento dos negócios processuais*, Lisboa:AAF DL, 2020, p. 66.

Este procedimento “escalonado” tem a mais valia de permitir a busca da técnica adequada e eficaz de resolução do conflito, mas tem como desvantagens a provável perda de celeridade e incertezas sobre o regime aplicável na hipótese de uma das partes não respeitar a “sequência” acordada<sup>36</sup>.

Em matéria de meios alternativos aos tribunais, a Lei da Mediação de 2013<sup>37</sup> é um marco importante, no sistema português, na medida em que regulou, de forma sistemática, os diversos aspetos envolvidos na mediação, promovendo a opção por esta técnica de resolução de conflitos.

São vários os estímulos à celebração de convenção de mediação pré-judicial<sup>38</sup>. Para além se acautelar que durante o processo de mediação se suspendem os prazos de caducidade e de prescrição em curso<sup>39</sup>, assinala-se o facto de a lei responsabilizar o autor pelas custas de parte<sup>40</sup> independentemente do resultado da ação, quando podendo este recorrer à mediação, optou pela via judicial (salvo quando a parte contrária tenha inviabilizado a utilização desse meio de resolução alternativa do litígio)<sup>41</sup>.

O acesso aos métodos de autocomposição é também fomentado através da imputação de força executiva<sup>42</sup> aos acordos de mediação, dispensando-se, em regra<sup>43</sup>, a

36 Cf. *Vide*, problematizando o regime aplicável em caso de incumprimento deste tipo de cláusulas, PAULA COSTA E SILVA, *Perturbações no cumprimento dos negócios processuais*, cit., sobretudo p. 80 a 84.

37 Lei n.º 29/2013, 19 de abril.

38 Quando celebram uma convenção de mediação pré-judicial, os sujeitos vinculam-se a submeter os litígios, que emergirem de uma determinada relação, a um procedimento de mediação antes de ser intentada uma ação. Se alguma das partes recorrer à via judicial e a parte contrária invocar a existência deste acordo, o tribunal não determina a extinção da instância, mas deverá suspender a instância e remeter as partes para a mediação (cf. n.º 4 do artigo 12.º da Lei de Mediação).

39 Cf. n.º 2 do artigo 13.º da Lei da Mediação. Os prazos de caducidade e prescrição retomam-se quando há recusa de uma das partes em continuar o procedimento, pelo esgotamento do prazo máximo de duração deste ou ainda quando o mediador determine o fim da mediação – cf. n.º 3 do artigo 13.º.

40 As custas de parte são integradas pelas taxas de justiça pagas, os encargos efetivamente suportados pela parte e os honorários do mandatário e as despesas por este efetuadas.

41 Cf. n.º 4 do artigo 533.º (a aplicação deste preceito está, porém, dependente de regulamentação que até hoje ainda não foi aprovada). Numa superação da alternativa “mediação obrigatória/facultativa” e com o propósito de uma eficaz articulação da mediação com os meios judiciais, talvez fosse de ponderar uma maior sensibilização dos litigantes para esta técnica de resolução de litígios, submetendo-os obrigatoriamente a uma reunião (sessão) “pré-mediação” com o intuito de os informar sobre o funcionamento da mediação e suas virtudes, preservando-se a liberdade de optar pela prossecução da via judicial em detrimento da continuação para a fase da mediação. A oportunidade temporal (pré-judicial ou intra-judicial) desta “reunião informativa” merece, porém, alguma ponderação, que neste estudo prescindimos – por extravasar os temas principais – dissecar.

42 Para beneficiar desta força executiva, o acordo de mediação terá de dizer respeito a litígio que possa ser objeto de mediação, o seu conteúdo não poderá violar a ordem pública, as partes deverão ser dotadas de capacidade para a sua celebração e o mediador de conflitos deve estar inscrito na lista de mediadores de conflitos organizada pelo Ministério Público (Cf. artigo 9.º da Lei da Mediação). *Vide*, explicitando os casos de (in)dependência da concessão de força executiva do ato da homologação, DULCE LOPES/ AFONSO PATRÃO, *Lei da Mediação Comentada*, 2016, 2.ª ed, Coimbra: Almedina, sobretudo p. 66 a 72, e 111 a 114. Repare-se ainda que, uma vez homologado, o acordo passará a ser tratado como sentença (homologatória de um acordo de mediação) com a consequência de merecer no processo executivo o tratamento de “decisão judicial” nomeadamente em matéria de oposição à execução (com restrição de fundamentos – Cf. artigo 729.º).

43 A lei impõe em determinados casos a necessidade de homologação, tais como os acordos obtidos junto dos julgados de paz e aqueles obtidos no âmbito de processos tutelar cíveis (cfr., sobre este ponto, DULCE LOPES/ AFONSO PATRÃO, *Lei da Mediação Comentada*, cit., p. 68).

necessidade de sujeitá-los a prévia *homologação judicial*. No entanto, as partes têm a *faculdade* de requerer a homologação do acordo<sup>44</sup>. Note-se que o recurso a este controle judicial *ex voluntate*<sup>45</sup> – por via de um ato de homologação – poderá ser pertinente em situações jurídicas plurilocalizadas, pois na generalidade dos países europeus só goza de força executiva o acordo de mediação constante de documento autêntico ou homologado judicialmente<sup>46</sup>.

4.2. No ordenamento português, em campos tradicionalmente retirados da esfera das partes, tal como a definição das partes legítimas, tem-se notado uma progressiva “abertura” à negociação.

Ressalvando a clássica figura do litisconsórcio necessário convencional (em que as partes convertem um litisconsórcio voluntário em necessário), a admissibilidade, por ato de vontade, da concessão a um terceiro do poder de conduzir processualmente situação jurídica alheia foi sempre alvo de controvérsia.

Contudo, nos últimos tempos, nota-se alguma tolerância à quebra do critério legal emergente do n.º 3 do artigo 30.º no sentido de serem identificadas como partes legítimas “os sujeitos da relação controvertida, tal como é configurada pelo autor”<sup>47</sup>.

Assim, no processo de maior acompanhado<sup>48</sup> (correspondendo à antiga categoria dos processos de interdição e de inabilitação), o n.º 1 do atual artigo 141.º do Código Civil prevê a hipótese de o acompanhamento ser requerido pelo próprio ou, mediante *autorização* deste, pelo cônjuge, pelo unido de facto, por qualquer parente sucessível. Repare-se que a lei recorre ao expediente da “autorização”, no sentido de ato unilateral, e não de “acordo”, mas, de qualquer modo, não deixa de revestir uma forma de

44 Segundo determina o n.º 3 do artigo 14.º da Lei da Mediação, esta homologação judicial facultativa «tem por finalidade verificar se o mesmo respeita a litígio que possa ser objeto de mediação, a capacidade das partes para a sua celebração, se respeita os princípios gerais de direito, se respeita a boa-fé, se não constitui um abuso do direito e o seu conteúdo não viola a ordem pública».

45 Processo que terá natureza urgente – n.º 4 do artigo 14.º da Lei da Mediação.

46 Vide, sobre este ponto, DULCE LOPES/ AFONSO PATRÃO, *Lei da Mediação Comentada*, cit., p. 111 e 114. A partir de agosto de 2019, iniciou-se em Singapura o processo de adesão à Convenção sobre a Execução de Acordos de Mediação, aprovada pela UNCITRAL e pela Assembleia Geral das Nações Unidas, na qual se ambiciona facilitar e simplificar o reconhecimento e execução de acordos internacionais resultantes de mediação (que já não estejam abrangidos por outros instrumentos internacionais). O Estado Português ainda não aderiu, discutindo-se, inclusive, a adesão simultânea dos Estados-Membros da União Europeia.

47 Cf., para uma apreciação crítica da legitimidade como pressuposto processual, o nosso estudo, *Interesse Processual e Legitimidade Singular nas Ações de Filiação*, STVDIA IVRIDICA, Coimbra Editora, 1999, sobretudo p.151 a 164.

48 A Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto, criou o regime jurídico do maior acompanhado, eliminando os institutos da interdição e da inabilitação, previstos no Código Civil de 1966. Segundo determina o artigo 138.º do Código Civil, beneficia das medidas de acompanhamento previstas na lei civil o maior impossibilitado, por razões de saúde, deficiência, ou pelo seu comportamento, de exercer, plena, pessoal e conscientemente, os seus direitos ou de, nos mesmos termos, cumprir os seus deveres. O processo de acompanhamento de maior tem carácter urgente, aplicando-se-lhe, com as necessárias adaptações, o disposto nos processos de jurisdição voluntária no que respeita aos poderes do juiz, ao critério de julgamento e à alteração das decisões com fundamento em circunstâncias supervenientes (cf. artigos 891.º a 904.º).

atribuir legitimidade extraordinária por ato de vontade do futuro beneficiário da medida de acompanhamento que vier a ser decretada<sup>49</sup>.

No âmbito do seguro facultativo de responsabilidade civil foi também concedida relevância à vontade dos contraentes na definição dos sujeitos com legitimidade passiva em caso de litígio judicial<sup>50</sup>. Embora a prática jurisprudencial fosse no sentido de admitir uma ação direta contra a seguradora com o fundamento de que se tratava de um contrato a favor de terceiro, a Lei do Contrato de Seguro de 2008 permitiu que a seguradora fosse demandada (como ré) nos casos em que as partes assim o estipulem<sup>51</sup>.

5. Apesar destes sinais de preponderância da vontade das partes, a ordem jurídica processual não goza de um padrão uniforme no que diz respeito à definição do papel do magistrado na negociação. Também é evidente a falta de um critério geral quanto às repercussões e oportunidade de invocação de vícios na formação da vontade negocial<sup>52</sup>.

Em matéria de vícios da vontade, a previsão legal da ação destinada a declarar a nulidade ou anulabilidade está sistematicamente regulada nas matérias atinentes às causas de extinção da instância, mais precisamente no artigo 291.º atinente às figuras da confissão, desistência e transação.

A confissão do pedido, a desistência e a transação podem ser declaradas nulas ou anuláveis nos termos das normas que regem os negócios de direito privado seja através de interposição de recurso extraordinário de revisão seja mediante a propositura de ação autónoma destinada a declarar a invalidade<sup>53</sup>. Subsiste a dúvida se fora desta

49 MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA [“O regime do acompanhamento de maiores: alguns aspetos processuais”, in *Novo Regime Jurídico do Maior Acompanhado*, E-BOOK CEJ (2019), p. 47] afirma que «(...) o cônjuge, o unido de facto e o parente sucessível não vão actuar como representantes, mas antes como partes, isto é, como requerentes do processo de acompanhamento de maiores. A situação não é, assim de representação, mas de substituição processual voluntária: o beneficiário é a parte substituída e o cônjuge, o unido de facto ou o parente sucessível a parte substituída».

50 Cf. n.º 2 do artigo 140.º da Lei do Contrato de Seguro (Decreto-lei.º 72/2008, de 16 de abril). No nosso estudo [«Segurador e causador do dano: partes principais ou intervenientes acessórios à luz do artigo 140.º da Lei do Contrato de Seguro?»] *Julgar*, Lisboa, n. 43 (Jan.-Abr. 2021), p. 95-112] enunciamos as desvantagens emergentes do facto de a configuração da legitimidade passiva estar na disponibilidade das partes nas ações que envolvam seguros facultativos de responsabilidade civil, pois obsta a uma “padronização” das partes legítimas e origina, em ações idênticas, estatutos processuais distintos para o segurador (umas vezes como partes principal, outra como parte acessória).

51 Ou ainda quando o segurado tenha informado o lesado da existência do seguro e este tenha iniciado negociações diretas com o segurador.

52 No Código de Processo Civil do Brasil está previsto expressamente o controle de validade dos negócios processuais de ofício ou a requerimento das partes (parágrafo único do art. 190). LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA defende a adoção do sistema de invalidades processuais no sentido de que não se deve invalidar o negócio processual se não houver prejuízo, se for possível aproveitá-lo ou se a finalidade for alcançada [cf. *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, Antonio do Passo Cabral/ Ronaldo Cramer (Coord), cit., anotação art. 190, p. 325].

53 O trânsito em julgado da sentença proferida sobre a confissão, a desistência ou a transação não obsta a que se intente a ação destinada à declaração de nulidade ou à anulação de qualquer delas, ou se peça a revisão da sentença com esse fundamento, sem prejuízo da caducidade do direito à anulação (cf. n.º 2 do artigo 291.º).

previsão são irrelevantes faltas ou vícios da vontade relativamente aos demais acordos processuais<sup>54</sup>.

No que diz respeito ao controle judicial, a lei portuguesa oscila entre a técnica da homologação, o mero controle da validade do ato das partes e o “veto judicial” fundado em critérios da conveniência e oportunidade temporal. Contudo, em todos eles, a *perfeição do negócio* basta-se com as vontades convergentes das partes.

Em matéria de pactos de jurisdição (no âmbito dos conflitos internacionais) e de acordos de competência preveem-se requisitos de validade e competirá ao tribunal sindicá-lo o seu preenchimento<sup>55</sup>.

Já quanto à modificação convencional do pedido e da causa de pedir, o julgador limita-se a obstar aos efeitos de tal acordo se “a alteração ou ampliação perturbar inconvenientemente a instrução, discussão e julgamento do pleito” (artigo 264.º). Ou seja, uma espécie de veto judicial, não discricionário<sup>56</sup>, fundado num juízo técnico.

5.1. No campo reservado à homologação judicial, quer-nos parecer interessante sublinhar os seus efeitos e razão de ser no processo português.

O vocábulo “homologação”, em termos de direito comparado, não tem um sentido unívoco, tendo apenas como denominador comum a circunstância de consistir numa atividade de controle. Na doutrina francesa sublinha-se que a noção de homologação judicial não beneficia de uma definição clara e precisa, abarcando, nas múltiplas vertentes, uma atividade judicial, de natureza e efeitos diferentes, perante um ato de vontade privado<sup>57</sup>, sendo algumas conceitualmente “falsas homologações”<sup>58</sup>.

Num estudo antigo, IVAN BALENSI refere que a abertura à homologação judicial em matéria de relações de direito privado ocorreu na sequência da superação de uma conceção liberal e individualista do processo civil<sup>59</sup>. Anota que a homologação, enquanto

54 O processualista português ANSELMO DE CASTRO defendeu a relevância dos vícios de consentimento em matéria de procuração (mandato judicial), estipulação de competência, litisconsórcio por acordo das partes, compromisso e cláusula compromissória, como garantia da conformidade com a vontade, «não só por serem atos constitutivos ou causais, como por carecerem de garantia externa que ao acto advém da sua prática no processo» (cf. *Direito Processual Civil Declaratório*, Volume III, Coimbra: Almedina, 1982, p. 17).

55 Cf. artigo 94.º e 95.º, e artigo 25.º Regulamento (UE) n.º 1215/2012, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12/12/2012, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial.

56 Afirmando que este poder do juiz não é discricionário, JOSÉ DE LEBRE DE FREITAS e ISABEL ALEXANDRE, *Código de Processo Civil*, Volume 1.º, cit, p. 525.

57 JULY JOLY-HURARD, *La fin des pourparlers judiciaires délégués, Conciliation et médiation judiciaires*, Presses Universitaires d’Aix-Marseille, 2003, <http://books.openedition.org/puam/714>.

58 Cf., chamando atenção para este ponto, CHRISTOPHE FARDET, «La notion d’homologation», *Revue Droits*, n.º 28, 1999, PUF, p. 181; e referindo que o papel do juiz resulta pouco claro relativamente aos acordos em que a homologação é facultativa, BÉATRICE GORCHS, «Le controle judiciaire des accords de Règlement amiable», *Revue de l’arbitrage*, 2008, N.º 1, p. 34 a 67, sobretudo p. 35 a 37.

59 Cf. reportando tais atos de homologação à jurisdição graciosa, herdeira da jurisdição voluntária do direito romano e do direito canónico, «L’homologation judiciaire des actes juridiques», *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1978, N.º 1, p. 42 e ss, expressamente p. 43 e 46.

atividade de caráter não contencioso e preventiva de litígios, pode recair tanto sobre atos preexistentes que poderão subsistir por si mesmos se a lei assim o tivesse decidido<sup>60</sup> como poderá servir outros fins (como, por exemplo, conferir valor jurídico a atos das partes)<sup>61</sup>.

No Código de Processo Civil do Brasil recorre-se, por exemplo, à expressão “homologação” em matéria de reconhecimento de decisão estrangeira (“ação de homologação” nos termos da letra do art. 960), sendo também utilizada relativamente ao ato de desistência da ação<sup>62</sup>, à transação<sup>63</sup> e à autocomposição extrajudicial<sup>64</sup>. Todavia, a função da figura da homologação e seu regime não são necessariamente equivalentes em cada uma destas situações<sup>65</sup>.

A propósito da homologação da autocomposição que põe termo à causa nos termos do inciso III do art. 487, FREDIE DIDIER JR assinala que, para proceder à homologação, o tribunal «deverá verificar se a própria autocomposição é possível, se não há colusão ou simulação das partes (...) e se os advogados têm poder especial para tanto (...)», aditando que a homologação tem a dupla função de pôr fim ao processo e possibilitar a formação de caso julgado<sup>66</sup>.

Já, diferentemente, a homologação da autocomposição extrajudicial está sujeita às regras de um processo padrão de jurisdição voluntária (Cf. art. 725., VIII), cuja decisão homologatória consubstanciará, por sua vez, um título executivo judicial<sup>67</sup>.

Em matéria de organização do processo está também prevista a homologação judicial da delimitação consensual das questões de facto e de direito<sup>68</sup>, cujo significado – quer-nos parecer – não coincidirá com o da homologação de um ato que ponha termo à instância e poderá variar consoante o sentido que atribuímos à vontade das partes.

60 Cf. «L’homologation judiciaire des actes juridiques», *cit.*, p. 46.

61 Cf. no regime francês, sobre a heterogeneidade das situações submetidas a homologação judicial e a natureza das funções de homologação, BALENSI, «L’homologation judiciaire des actes juridiques», *cit.*, sobretudo pp. 46 e 79.

62 Cf. art. 158, 200 e 485., VIII. *Vide*, explicando o “efeito específico” que acrescenta a homologação à desistência da ação, ANTÔNIO DO PASSO CABRAL, *Convenções Processuais*, *cit.*, p. 266 e 267.

63 Cf. art. 487, II, al.b).

64 Cf. artigo 725, VIII.

65 PEDRO NOGUEIRA (*Negócios Jurídicos Processuais*, Editora JusPODIVM, 2016, p. 229 e 230) explicita que, por força da regra geral constante do art. 200 do CPC do Brasil, os atos das partes consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais, não carecendo, salvo disposição expressa em sentido contrário, de homologação. ANTÔNIO DO PASSO CABRAL imputa ao juiz uma função de fomento e de controle da validade, sublinhando, como princípio-regra, a desnecessidade de homologação (Cf. *Convenções Processuais*, *cit.*, p. 257 a 270).

66 Cf. FREDIE DIDIER JR., *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, Antonio do Passo Cabral/ Ronaldo Cramer (Coord.). anotação art. 487, p. 702.

67 Cf. BRUNO FREIRE E SILVA, *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, Antonio do Passo Cabral/ Ronaldo Cramer (Coord.), *cit.*, anotação art. 725, p. 1031.

68 Cf. artigo 357, § 2, CPC do Brasil.

Na interpretação do § 2 do artigo 357, LUIZ RODRIGUES WAMBIER e EDUARDO TALAMINI<sup>69</sup> apelam às duas possíveis aceções em torno da “delimitação consensual” com repercussões na configuração da homologação.

Se perspetivarmos a delimitação consensual das questões de facto como *resultado da convicção* de cada uma das partes no que diz respeito às questões que elas entendem subsistir como controversas, o pressuposto para a homologação será a própria correção – ou seja, caso o juiz «repute correta a seleção feita pelas partes ele irá endossá-la, assumi-la como sua»<sup>70</sup>. Tais Ilustres Juristas salientam que, nesta aceção, «a definição consensual das questões a serem ainda resolvidas não terá a natureza de um negócio jurídico processual», sendo que o juiz homologará porque considera acertada a definição das questões controvertidas<sup>71</sup>.

Numa outra linha de entendimento – como assinalam – é possível conceber a definição consensual como um *ato de vontade* das partes porque não querem discutir as demais questões<sup>72</sup>, logo homologando este negócio, o juiz fá-lo «não porque considera correta a definição de questões a ele apresentadas, mas sim porque reconhece a autonomia das partes para dispor sobre aquele objeto»<sup>73</sup>.

Este exemplo tem o intuito singelo de demonstrar que o mesmo ato – sob uma dupla perspetiva – condicionará a forma como compreendemos a figura da homologação judicial e o seu papel no ordenamento.

Se nos centrarmos na ordem jurídica portuguesa, verificamos que a “homologação” é unicamente aplicável aos acordos que ponham termo à instância no contexto de um processo de conhecimento (*processo declarativo*, na expressão portuguesa)<sup>74</sup>. Tem como intuito principal conferir vestes de “sentença” à manifestação de vontade, distinguindo-se, a este propósito, os efeitos substanciais do negócio e os efeitos processuais da sentença que o homologa<sup>75</sup>.

Após o demandante ter manifestado a vontade de confessar ou desistir do pedido ou da instância<sup>76</sup>, ou de as partes celebrarem uma transação, submete-se o ato à homologação. À luz do Código de Processo Civil, o julgador deve verificar, neste momen-

69 Cf., para mais desenvolvimentos, *Curso Avançado de Processo Civil- Teoria Geral do Processo*, Volume I, 21.ª ed., São Paulo: Thomson Reuters, 2022, sobretudo p. 602 a 604.

70 Cf. *ob.cit.*, p. 603.

71 Cf. *idem*.

72 Cf. *ob.cit.*, p.604.

73 Cf. *Idem*.

74 Expressando a ideia de que a homologação judicial é apenas mais uma exigência para a eficácia do ato, mas não reduzindo ou exonerando a autonomia das partes, J.P.REMÉDIO MARQUES, *ob.cit.*, p. 1072.

75 Sublinhando estes dois planos, LEBRE DE FREITAS/ISABEL ALEXANDRE, *Código de processo Civil Anotado*, Volume 1.º, *cit.*, p. 587.

76 JOÃO DE CASTRO MENDES e MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA (*ob.cit.*, Volume I, p. 590) admitem uma promessa de desistência da ação ou do pedido, sufragando que esta promessa não extingue a instância, «mas faculta que o réu possa invocar e o tribunal possa conhecer de uma excepção dilatória inominada, obstando à continuação da acção (...)».

to, se os direitos, que fundamentam a causa, estão na disponibilidade das partes, assim como deve apreciar a capacidade e a legitimidade para a prática do ato.

Uma vez assegurada a regularidade formal, o tribunal profere sentença homologatória, a qual determina a extinção do processo [cf. artigo 277.º, alínea d)].

5.2. No campo dos negócios que versam sobre o objeto da causa, a sentença de homologação é tratada como uma *sentença de mérito*, sendo por isso *equiparada* a uma decisão sobre a situação substantiva controvertida. E embora o tribunal não aplique o direito objetivo aos factos provados, ao homologar, é comum o tribunal condenar ou absolver em conformidade com os termos do negócio celebrado<sup>77</sup>.

Para além de determinar a extinção do processo, esta sentença adquire *força de caso julgado material* (artigo 619.º, n.º 1) após o trânsito em julgado<sup>78</sup>. O que significa que o seu conteúdo se impõe e tem de ser acatado pelas partes e pelos tribunais, impedindo que se repita ou contradiga judicialmente aquilo que as partes acordaram. A situação jurídica substancial fica com a mesma estabilidade e a mesma certeza que uma relação jurídica definida por sentença transitada em julgado<sup>79</sup>.

6. Por fim, ainda com referência ao ordenamento português, mas numa linha distinta àquela que temos vindo a expor, será interessante ponderar em que medida a “ausência” do juiz em determinados momentos ou atos do processo – numa lógica de “desjudicializar” – proporciona um maior domínio e relevância da figura das convenções processuais.

No procedimento probatório já se nota a “ocupação” pelas partes de territórios classicamente reservados ao juiz.

Numa tendência de valorização dos depoimentos escritos, associada a um “declínio da oralidade”<sup>80</sup> e a uma menor valorização da imediação<sup>81</sup>, o Código admite a in-

77 *Vide*, sobre este ponto, JOSÉ LEBRE DE FREITAS/ISABEL ALEXANDRE, *Código de Processo Civil Anotado*, Volume 1.º, *cit.*, p. 587.

78 Na doutrina portuguesa existe controvérsia em torno do tratamento processual da eficácia de uma sentença homologatória de uma transação num novo processo com objeto idêntico. *Vide*, caracterizando-a como exceção de caso julgado material, LEBRE DE FREITAS/ISABEL ALEXANDRE, *Código de Processo Civil Anotado*, Volume 1.º, *cit.*, p. 587; e TIAGO SOARES DA FONSECA, *A Transação Civil na litigância extrajudicial e judicial*, Gestlegal: Coimbra, 2018, sobretudo pp. 994 a 996. Cf., no sentido de se tratar de uma exceção dilatória inominada, RITA LOBO XAVIER, «Transacção judicial e processo civil», *Estudos em Homenagem ao Prof. Sérvulo Correia*, Volume III, 2010, Coimbra Editora, pp. 817-836, expressamente p. 825 e 826.

79 Sublinhando esta ideia Acórdão da Relação do Porto, Processo 58/12.0TTVLG.1.P1, in *www.dgsi.pt.*

80 Cf. referindo esse “declínio”, mas sublinhando as vantagens da oralidade e da imediação, YARSHELL, Flávio Luiz, «*Qual o futuro da oralidade?*» In *A prova no direito processual civil*: Estudos em homenagem ao professor João Batista Lopes (Coordenação de Lopes, Ricardo Augusto de Castro; Medeiros Neto, Elias Marques de; Oliveira Neto, Olavo de), 1ª ed., Editora Verbatim, 2013, p. 233 a 241; e refletindo sobre a oralidade como ferramenta processual, em contexto de procedimento sumário, Jordi NIEVA-FENOLL, «El procedimiento verbal sin oralidad. La transformación de un modelo», in *Las transformaciones del proceso civil*, Juan F. Herrero Perezagua (Dir.), Thomson Reuters- Aranzadi, 2016, p. 81 a 110.

81 Em tempo de pandemia, no sistema português, em matéria de prestação de declarações do arguido ou do depoimento das testemunhas ou de parte, privilegiou-se a sua realização presencial, salvo acordo das partes/

quirição no domicílio profissional dos advogados quando as partes assim acordarem (sendo o depoimento reduzido a escrito)<sup>82</sup>. O juiz não estará presente na inquirição e tal opção está na esfera das partes. Alguma doutrina<sup>83</sup> tende a sufragar a restrição da admissibilidade deste acordo às causas que envolvam direitos disponíveis, impondo-se em conformidade uma interpretação restritiva do preceito.

Nesta linha de relativização da oralidade e da imediação, não é de estranhar uma recente uma Proposta de Lei<sup>84</sup> (entretanto caducada) em que se previa a possibilidade de as partes acordarem na forma escrita dos depoimentos sem fazer depender tal acordo de um ato de autorização do juiz.

Por fim, na área do processo executivo, justificam uma breve menção os acordos sobre a obrigação exequenda<sup>85</sup> e a sua “independência” de qualquer controle judicial.

No ordenamento português são de destacar tanto o acordo entre o exequente e o executado pelo qual este se compromete a pagar a dívida em prestações (de acordo com um plano de pagamentos)<sup>86</sup> como o negócio processual plurilateral (celebrado entre o executado, o exequente e os credores reclamantes) sobre a obrigação exequenda, o qual pode consistir nomeadamente numa simples moratória, num perdão, total ou parcial, de créditos, na substituição, total ou parcial, de garantias ou na constituição de novas garantias<sup>87</sup>.

Tais negócios (inclusive a desistência do pedido enquanto renúncia ao crédito exequendo) produzem de imediato os seus efeitos, não se exigindo a sua homologação nem uma decisão do tribunal a decretar a extinção da execução<sup>88</sup>.

---

sujeitos processuais em sentido contrário. Crítico quanto à possibilidade de videoconferência privada por acordo das partes, NUNO ANDRADE PISSARRA, «As audiências judiciais por videoconferência no processo civil», *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, ano LXI, n.º 1 a 4, janeiro-dezembro 2020, pp. 167 ss., sobretudo pp. 178 a 179. *Vide*, ainda sobre a mediação em tempo de pandemia, RITA LYNCE DE FARIA, «O princípio da imediação no processo civil em Portugal em tempos de pandemia: a realização das audiências por videoconferência», *in Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, A. 16, Vol. 23, n.º 1, janeiro a abril de 2022, pp. 1319 a 1346; e o nosso estudo, «La pandemia en la jurisdicción civil portuguesa: variaciones entre un régimen suspensivo y la primacía de una justicia presencial», *In El Derecho, A Prueba - 11 Sistemas Jurídicos Ante el Desafío de la COVID-19*, org. Pilar Martín Rios, César A. Villegas Delgado, Porto: Juruá, 2022, p. 17 a 31.

82 Cf. artigo 517.º.

83 Cf. LEBRE DE FREITAS/ISABEL ALEXANDRE, *Código de Processo Civil Anotado*, Volume 2.º, 4.ª ed, Coimbra: Almedina, p. 399.

84 *Proposta de Lei* n.º 92/XIV/2.ª, 10/05/2021, [www.parlamento.pt](http://www.parlamento.pt). Nesta Proposta (artigo 518.º) previa-se que, havendo acordo das partes, o depoimento de terceiro podia ser prestado através de documento escrito, datado e assinado pelo seu autor, do qual ficasse a constar relação discriminada dos factos e das razões de ciência invocadas.

85 Para além de outros negócios processuais admissíveis – Cf., exemplificando vários tipos de negócios no contexto de um processo executivo, J.P. REMÉDIO MARQUES, *ob.cit.*, pp. 1079 a 1086.

86 Cf. artigo 806.º.

87 Cf. artigo 810.º

88 Cf. artigo 849.º. *Vide*, explicitando este regime, Acórdãos do Tribunal da Relação de Évora e Lisboa, respetivamente, Processo n. 3443/14.9T8STB.E1, DE 30/11/2016, e Processo n.º 2495/14.6.T8OER.L1-6, de 8/02/2018, disponíveis em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

Por um lado, a opção por algum tipo de desjudicialização na execução<sup>89</sup> – no sentido de determinadas funções terem sido retiradas da esfera do juiz – parece ter sido uma das razões para determinar que estes acordos sobre a obrigação exequenda escapassem ao controle judicial e deles só seja dado conhecimento a um agente de execução<sup>90</sup>.

Por outro lado, terão sido decisivos neste regime tanto a inadequação da figura da homologação judicial (nos moldes portugueses) aos acordos emergentes da ação executiva como a natureza provisória da extinção da execução<sup>91</sup> (pois pode haver uma renovação da execução em caso de incumprimento de tais acordos<sup>92</sup>).

Após esta menção aos acordos em processo executivo, fica patente que o controle judicial dos negócios processuais não tem de pressupor necessariamente um ato de homologação. No entanto, o vacilante sentido do vocábulo “homologação” talvez justifique, em cada ordenamento, a definição dos termos em que esta função se processa e os fins a que preside.

Em jeito de conclusão, diremos que a maior ou menor relevância da figura dos negócios processuais resultará de opções de política legislativa (em prol do equilíbrio entre os poderes do juiz e aqueles encabeçados pelas partes) e não tanto de uma qualquer “intolerância” à presença da autonomia da vontade no processo.

No sistema português confiou-se essencialmente na convergência dos interesses de todos os intervenientes na condução do processo, apelando à participação das partes na gestão do processo. Nota-se, porém, numa espécie de “contracorrente”, uma abertura a modelos de negócios processuais sem a interferência judicial.

Nesta heterogeneidade de “caminhos” busca-se o modelo ideal. Mas a concretização deste propósito depende da reforma de mentalidades. E esta reforma nem sempre anda ao ritmo que a Justiça exige.

89 J.J.GOMES CANOTILHO (*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª ed., Coimbra:Almedina, p. 673) salienta que «é possível distinguir no processo dimensões processuais materialmente jurisdicionais e dimensões processuais que não exigem intervenção do juiz, podendo estar a ser dinamizadas por outros agentes ou operadores jurídicos (...)», exemplificando com a figura do agente de execução. Referindo que ocorreu uma “desjudicialização” no processo executivo, mas rejeitando que estejamos perante um processo “desjurisdicionado”, JOÃO DE CASTRO MENDES/MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Manual de Processo Civil*, Volume II, *cit.*, p. 435 e 436. Repare-se que o juiz deixou de ter a seu cargo a promoção das diligências executivas, não lhe cabendo, nomeadamente, em regra, ordenar a penhora, a venda ou o pagamento, ou extinguir a instância executiva, mas continua a ter o controle da admissibilidade da execução, a julgar reclamações, as impugnações dos atos do agente de execução a decidir outras questões.

90 O agente de execução está na causa como auxiliar da justiça do Estado, embora escolhido pelo exequente. Esta escolha tem a natureza, como refere RUI PINTO, de negócio processual unilateral «com os estritos efeitos de atribuição de competência a um concreto agente de execução» (cf. *A ação executiva*, Lisboa: AAFDL, 2018, p. 126). Ao agente da execução compete efetuar todas as diligências do processo executivo que não estejam atribuídas a secretaria ou sejam da competência do juiz, nomeadamente, citações, notificações, consulta de bases de dados, penhoras e seus registos, liquidações e pagamentos (cf. artigo 719, n.º 1).

91 Se o acordo não for acatado, o exequente (ou o credor reclamante) pode renovar a execução para pagamento do crédito remanescente.

92 Cf. n.º 3 do artigo 810.º.

## BIBLIOGRAFIA

- BALENSI, Ivan, «L'homologation judiciaire des actes juridiques», *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1978, N.º 1, p. 42 a 79.
- CABRAL, António do Passo, *Convenções processuais*, 2.ª ed, Editora JusPODIVM, 2018.
- «Da instrumentalidade à materialização do processo: as relações contemporâneas entre direito material e direito processual. *Civil Procedure Review*. v. 12, n. 2: maio-ago. 2021, pp. 69-102.
- CABRAL, Antonio do Passo/ CRAMER, Ronaldo (Coord.). *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- CADIET, Loïs, «Les pouvoirs du juge dans le cours de la procédure civile et de la procédure pénale», *Les cahiers de la justice*, 2013/03, N.º 3, p. 63 a 75.
- CANOTILHO, J.J.Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª ed., Coimbra:Almedina.
- CAPELO, Maria José, *Interesse Processual e Legitimidade Singular nas Ações de Filiação*, STVDIA IVRIDICA, Coimbra Editora, 1999.
- “A relevância da gestão processual na fase da audiência prévia”, *Boletim da Faculdade de Direito*, volume 96/1 (2020), pp. 161 a 177.
  - «Segurador e causador do dano : partes principais ou intervenientes acessórios à luz do artigo 140.º da Lei do Contrato de Seguro?» *Julgar*, Lisboa, n.43 (Jan.-Abr. 2021), p.95-112.
  - «La pandemia en la jurisdicción civil portuguesa: variaciones entre un régimen suspensivo y la primacía de una justicia presencial», In *El Derecho, A Prueba - 11 Sistemas Jurídicos Ante el Desafío de la COVID-19*, org. Pilar Martín Rios, César A. Villegas Delgado, Porto: Juruá, 2022, p. 17 a 31
- CAPONI, Remo, «Autonomia privata e processo civile: gli accordi processual», *Civil Procedure Review*, v.1, n.2: 42-57, jul./set., 2010, pp. 42 a 57.
- CASTRO, Anselmo de, *Direito Processual Civil Declaratório*, Volume III, Coimbra: Almedina, 1982.
- CHIOVENDA, Giuseppe, *Istituzioni di Diritto Processuale Civile*, Volume I, Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1950
- FARDET, Christophe, «La notion d'homologation», *Revue Droits*, n° 28, 1999, PUF, p. 181
- FARIA, Rita Lynce de ,«O princípio da imediação no processo civil em Portugal em tempos de pandemia: a realização das audiências por videoconferência», in *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, A. 16, Vol. 23, n.º 1, janeiro a abril de 2022, p. 1319 a 1346.
- FONSECA, Tiago Soares da, *A Transação Civil na litigância extrajudicial e judicial*, Coimbra: Gestlegal, 2018.
- FREITAS, José Lebre de, *Introdução ao Processo Civil: Conceito e Princípios Gerais à Luz do Novo Código*, 4.ª ed., Coimbra: Geslegal, 2017

- FREITAS, José lebre de/ ALEXANDRE , Isabel, *Código de Processo Civil Anotado*, Volume 1.º, 4.ª, e Volume 2.º, 4.ª ed, Coimbra:Almedina.
- GAJARDONI, *Fernando da Fonseca*, *Flexibilização procedimento -Um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual: de acordo com as recentes reformas do CPC*, São Paulo: Editora Atlas S.A, 2008.
- GORCHS, Béatrice, «Le controle judiciaire des accords de Règlement amiable», *Revue de l'arbitrage*, 2008, N.º 1, p. 34 a 67.
- JOLY-HURARD, July, *La fin des pourparlers judiciaires délégués, Conciliation et médiation judiciaires*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2003, <http://books.openedition.org/puam/714>.
- LOPES, Dulce/ PATRÃO, Afonso, *Lei da Mediação Comentada*, 2016, 2.ª ed, Coimbra: Almedina
- MARQUES, J.P Remédio, «Negócios processuais e o processo executivo português», *Boletim da Faculdade de Direito* 94/2 (2018), p. 1053-1096.
- MENDES, João de Castro/ SOUSA, Miguel Teixeira de, *Manual de Processo Civil*, Volumes I e II, Lisboa:AAF DL, 2022 .
- MOREIRA, José Carlos Barbosa, «Convenções das partes sobre matéria processual», *Temas de direito processual: terceira série*, São Paulo: Saraiva, 1984, p. 87 a 98.
- NÁPOLES, Pedro Metello de /JÚDICE, José Miguel, *Cláusulas que impõem mecanismos de prévia conciliação – da sua executoriedade e das consequências da sua violação* [https://www.josemigueljudicearbitration.com/xms/files/03\\_ARTIGOS\\_CONFERENCIAS\\_JMJ/01\\_Artigos\\_JMJ/Clausulas\\_de\\_conciliacao\\_previa\\_a\\_arbitragem\\_\\_Livro\\_Acuerdo\\_Arbitral\\_\\_Peru\\_\\_2010.pdf](https://www.josemigueljudicearbitration.com/xms/files/03_ARTIGOS_CONFERENCIAS_JMJ/01_Artigos_JMJ/Clausulas_de_conciliacao_previa_a_arbitragem__Livro_Acuerdo_Arbitral__Peru__2010.pdf).
- NIEVA-FENOLL, Jordi, «El procedimiento verbal sin oralidad. La transformación de un modelo», in *Las transformaciones del proceso civil*, Juan F. Herrero Perezagua (Dir.), Thomson Reuters- Aranzadi, 2016, p. 81 a 110.
- NOGUEIRA , Pedro, *Negócios Jurídicos Processuais*, Editora JusPODIVM, 2016.
- PINTO, Rui, *A ação executiva*, Lisboa: AAFDL, 2018.
- RAUSCHER, Thomas/KRÜGER, Wolfgang, *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen* 6.ª ed., Band 1, 2020; C.H.Beck.
- ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, *Zivilprozesrecht*, 17.ª, Verlag C.H. Beck.
- SCHUMANN BARRAGÁN, Guillermo, *Derecho a la tutela judicial efectiva y autonomia de la voluntad: los contratos procesales*, Madrid:Marcial Pons, 2022, p.35.
- SILVA, Paula Costa e, *Perturbações no cumprimento dos negócios processuais*, Lisboa:AAF DL, 2020.
- SOUSA, MIGUEL TEIXEIRA DE, “O regime do acompanhamento de maiores: alguns aspetos processuais”, in *Novo Regime Jurídico do Maior Acompanhado*, E-BOOK CEJ (2019).
- WAMBIER, Luiz Rodrigues/TALAMINI, Eduardo, *Curso Avançado de Processo Civil- Teoria Geral do Processo*, Volume I, 21.ª ed., São Paulo: Thomson Reuters, 2022.

XAVIER, Rita Lobo, «Transacção judicial e processo civil», *Estudos em Homenagem ao Prof. Sérvulo Correia*, Volume III, 2010, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 817-836.

YARSHELL, Flávio Luiz, « *Qual o futuro da oralidade?*» In *A prova no direito processual civil: Estudos em homenagem ao professor João Batista Lopes* (Coordenação de Lopes, Ricardo Augusto de Castro; Medeiros Neto, Elias Marques de; Oliveira Neto, Olavo de), 1ª ed., Editora Verbatim, 2013, p.233 a 241.