



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 Tsikrikas (Universidade de Atenas, Grécia)
Dmitry Maleshin (University of Moscow, Russia)
Fernando Gascón Inchausti (University Complutense of Madrid, Spain)
Frédérique Ferrand (University of Lyon, France)
Fredie Didier Jr. (Federal University of Bahia, Brazil)
Giorgio Costantino (University of Rome, Roma Tre, Italy)
Giovanni Priori Posada (Pontificia Universidade Católica del Perú)
Hermes Zaneti Jr. (Federal University of Espírito Santo, Brazil)
Jordi Nieva-Fenoll (University of Barcelona, Spain)
José Roberto Bedaque (University of São Paulo, Brazil)
Loïc Cadiet (University of Paris, Sorbonne, France)
Marino Marinelli (University of Trento, Italy)
Michele Angelo Lupoi (University of Bologna, Italy)
Miguel Teixeira de Sousa (University of Lisbon, Portugal)
Mostefa Maouene (University Sidi bel Abbès, Algeria)
Neil Andrews (University of Cambridge, England)
Paula Costa e Silva (University of Lisbon, Portugal)
Paula Sarno Braga (Federal University of Bahia, Brazil)
Remo Caponi (University of Florence, Italy)
Rolf Stürner (University of Freiburg, Germany)
Teresa Arruda Alvim (Pontificia Universidade Católica, São Paulo, Brazil)

Executive Editors

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

Reviewers (this issue)

Elie Eid (SP)
Fernanda David (RJ)
Fernanda Medina Pantoja (RJ)
Guilherme Christen Möller (RS)
João Paulo Lordelo (BA)
Juliana Melazzi (RJ)
Leandro Fernandez (PE)
Márcio Faria (MG)
Rodrigo Ramina de Lucca (PR)
Sarah Merçon-Vargas (ES)
Vinicius Lemos (AC)



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

Alan Uzelac

Full Professor of Law and Head of Department for Civil Procedure at the University of Zagreb, Croatia.

Clarisse Frechiani Lara Leite

“Livre-Docte”, Ph.D. and Master of Laws at the University of São Paulo, Brazil. Lawyer.

Deborah Azevedo Freire

Master of Laws candidate at the Federal University of Espírito Santo (UFES), Brazil.

Filipe Ramos Oliveira

Ph.D. candidate at the University of São Paulo (USP). M.Sc. at the Federal University of Espírito Santo (UFES), Brazil.

Gilberto Fachetti Silvestre

Professor at the Federal University of Espírito Santo (UFES); Ph.D. from the Pontifical Catholic University of São Paulo (PUC/SP).

Guilherme Thofehr Lessa

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

Hervé Martial Tchabo Sontang

Maitre de Conférences at the University of Dschang, Cameroon. Member of the Unité de Recherche en Droit, Institutions et Intégration Communautaire (URDIIC).

Patrícia Ribeiro Coutinho

Master of Laws candidate at the Federal University of Espírito Santo (UFES), Brazil

Simone Caponetti

Ph.D. in Labour Law at University of Rome “Tor Vergata” and Researcher in Labour Law at University of Padua, Italy.



Civil Procedure Review

AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

Sumário

• 1	
Le droit au juge naturel en droit camerounais.....	11
(The right to a natural judge in Cameroonian Law)	
<i>Hervé Martial Tchabo Sontang</i>	
Introduction.....	12
I - Un droit tacitement consacré dans les textes.....	15
A- Un droit imprimé en filigrane du principe de l'égalité devant la loi.....	15
B- Un droit dérivant du principe de la légalité de l'organisation judiciaire.....	18
II - Un droit sérieusement éprouvé dans sa mise en œuvre	20
A- Une mise en œuvre affectée par les failles de l'organisation judiciaire	21
B- Une mise en œuvre perfectible à la lumière des droits étrangers	24
Références bibliographiques / Bibliographic references.....	27
• 2	
A defesa do executado por simples petições e a garantia do juízo	
como condição para suspensão da execução.....	29
the judgment debtor's defense and the guarantee as a requirement	
for the execution stay	
<i>Filipe Ramos Oliveira</i>	
1. Introdução.....	30
2. Pretensão executiva e defesa na execução: premissas para a compreensão do tema..	30
3. Admissibilidade da demanda executiva, eficácia executiva e atos executivos.....	37
3.1. Objeções materiais e o ônus do executado na superação da incerteza.....	45

4. Admissibilidade da demanda, eficácia executiva e efetividade da tutela jurisdicional: a garantia do juízo	51
5. A exceção de pré-executividade	53
6. Da atipicidade à tipicidade: da exceção de pré-executividade às simples petições..	59
7. Conclusão	67
8. Referências	68

• 3

Conciliation in labour disputes between problems of effectiveness of workers' rights and prospects for the future in the Italian civil procedure system **74**

Simone Caponetti

1. Foreword.....	75
2. Origin and initial development of conciliation in labour disputes	76
3. The mandatory attempt at conciliation introduced by the 1998 mini-reform, constitutionality and debate among legal scholars.....	78
4. The proposals for reform put forward by the 2001 Foglia Commission and the 2002 Vaccarella Commission.....	82
5. Conciliation is no longer mandatory under Law No 183/2010	83
6. Nostalgia for mandatory conciliation: dismissals on business grounds and Law N° 92/2012.....	85
7. The Jobs Act and the problem of the effectiveness of the protection of workers' rights	87
8. Some final clarifications between problematic issues and new horizons	90
9. Final reflections and future prospects.....	92
Reference.....	94

• 4

A “nulidade de algibeira” e a sua alegação pela parte a quem beneficia: estratégia processual abusiva e lesiva da boa-fé processual e do contraditório substancial..... **100**

The “nullity of algibeira” and its claim by the party to whom it benefits: abusive and lesive processual strategy of processual good faith and substantial contradictory

Gilberto Fachetti Silvestre, Patrícia Ribeiro Coutinho and Deborah Azevedo Freire

1. Introdução.....	101
--------------------	-----

2. Contraditório substancial, cooperação processual e boa-fé processual	102
3. Relação da boa-fé processual com a ética, a lealdade e a veracidade processuais.....	109
4. Nulidade de algibeira, boa-fé processual, suppressio e venire contra factum proprium non valet	111
5. Conclusão	117
6. Referências bibliográficas.....	117

• 5

Repensando o Valor da Causa: bases para uma nova sistematização.... 122

Rethinking the Amount in Controversy: bases for a new systematization

Guilherme Thofehn Lessa

1. Introdução	123
2. O valor da causa: alguns breves apontamentos gerais	123
2.1. O conceito de valor da causa	124
2.2. A definição do valor da causa	127
3. Duas observações sobre o estado da arte do valor da causa	130
3.1. Causas de valor inestimável	130
3.2. Além do valor da causa legal e por estimativa.....	135
3.2.1. Valor inestimável e atribuição.....	135
3.2.2. Valor da causa legal e os precedentes judiciais.....	137
4. Proposta de sistematização	139
Referências bibliográficas.....	140

• 6

Should Procedural Legislation Regulate the Length of Judicial Proceedings? Evaluating European Practices and Experiences in Judicial Time Management..... 143

Alan Uzelac

I. Introduction	144
i. Challenges regarding policies of fixing judicial timeframes by procedural legislation.....	145
a) Conceptual challenges to effectiveness of legislative fixing of judicial timeframes.....	146
b) Challenges regarding appropriateness of the fixed legislative timeframes.....	147
c) Challenges regarding implementation of stipulated timeframes	148

d)	Challenges regarding compliance with the rule of law standards.....	148
ii.	European standards for procedural timeframes.....	149
a.	European Human Rights Convention and case-law of the ECtHR.....	149
b.	CEPEJ work on procedural timeframes.....	152
c.	ELI-UNIDROIT European Rules of Civil Procedure (2020)	154
d.	Practice in selected EU countries	155
e.	Conclusions.....	159
	Bibliography.....	160

• 7

Incentivos econômicos e ações societárias: um ensaio sobre análise econômica dos métodos de solução de conflitos **162**

Economic incentives and corporate actions:
an essay on economic analysis of conflict resolution methods

Clarisse Frechiani Lara Leite

1.	O que significa analisar economicamente o Direito?.....	163
2.	Análise econômica dos métodos de solução de conflitos, da perspectiva da AED positiva.....	166
3.	AED normativa e direito processual	167
4.	O modelo básico da litigância e os fatores que interferem na decisão de litigar.....	168
5.	Os fatores da litigância aplicados às ações societárias	170
5.1.	Reflexões em torno do valor do bem em disputa	170
5.2.	Reflexões em torno dos custos para litigar.....	172
5.3.	Reflexões em torno das divergência de expectativas entre litigantes.....	174
6.	Conclusões.....	176
	Bibliografia	177



Civil Procedure Review

AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

1

Le droit au juge naturel en droit camerounais

(The right to a natural judge in Cameroon Law)

Hervé Martial Tchabo Sontang

Maitre de Conférences at the University of Dschang, Cameroon. Member of the Unité de Recherche en Droit, Institutions et Intégration Communautaire (URDIIC).

Résumé : Le procès équitable suppose, entre autres, que le jugement soit prononcé par un tribunal et/ou un juge indépendant et impartial. Dans tout État qui se fonde sur l'idée de la prééminence du Droit, la justice doit être organisée de manière à être dépouillée de tout risque de grief sérieux affectant sa neutralité ou celle des juges. C'est sur des bases objectives que l'assignation d'un tribunal ou d'un juge à un dossier doit être opérée. Le justiciable doit avoir pour juge celui que la loi seule a établi, son juge naturel. Leur rencontre ne devrait pas procéder d'une manipulation ou d'un arrangement particulier, mais résulter de la mise en œuvre des critères spécialement prédéfinis par le législateur en tenant compte de l'égalité des citoyens devant la loi et la justice. Ces principes sont bien en vigueur en droit camerounais, quoique malmenés dans leur mise en œuvre.

Mots-clés : Organisation judiciaire ; Procès équitable ; Principe d'égalité ; Juge naturel.

Abstract : A fair trial presupposes, among other things, that the judgment is pronounced by a court and/or an independent and impartial judge. In any state based on the idea of the rule of law, justice must be organized in such a way as to be stripped of any risk of serious grievance affecting its neutrality or that of the judges. It is on objective bases that the assignment of a court or a judge to a case must be made. The litigant must have for judge the one whom the law alone has established, his natural judge. Their meeting should not result from manipulation or a particular arrangement, but result from the implementation of criteria specially predefined by the legislator, taking into account the equality of citizens before the law and justice. These principles are indeed in force in Cameroonian law, although mistreated in their implementation.

Keywords : Judicial organization ; Fair trial ; Principle of equality; natural judge.

Plan: I- Un droit tacitement consacré dans les textes. A- Un droit imprimé en filigrane du principe de l'égalité devant la loi. B- Un droit dérivant du principe de la légalité de l'organisation judiciaire. II- Un droit sérieusement éprouvé dans sa mise en œuvre. A- Une mise en œuvre affectée par les failles de l'organisation judiciaire B- Une mise en œuvre perfectible à la lumière des droits étrangers Références bibliographiques / Bibliographic references.

INTRODUCTION

Tous les membres des Nations Unies ont affirmé dans le document final du Sommet mondial de 2005 (paragraphe 134) la « *nécessité de voir l'État de droit consacré et respecté par tous aux niveaux national et international* »¹. Le principe de l'État de droit (aussi dit « *prééminence du droit* ») a dès lors valeur universelle. L'État de droit s'entend d'une société attachée à la primauté du droit, celle-ci étant à son tour comprise et interprétée de manière à intégrer « *les principes de légalité et de régularité de la procédure* »². Dans cette logique, il apparaît que « *la notion d'État de droit repose sur un droit sûr et prévisible, dans lequel toute personne a le droit d'être traitée par les décideurs de manière digne, égale et rationnelle, dans le respect du droit existant, et de disposer de voies de recours pour contester les décisions devant des juridictions indépendantes et impartiales, selon une procédure équitable* »³.

Ce qui vient d'être dit sur la notion d'État de droit montre bien que son affermissement repose profondément sur la Justice. C'est elle en effet qui régule les rapports entre les différents membres et organes de la société, rétablit l'ordre et rebâtit les liens de droit rompus. Il n'y a donc pas d'État de droit sans justice, incarnée dans une organisation judiciaire bien articulée. D'ailleurs, comme le précisait Portalis, « *la justice est la première dette de la souveraineté* »⁴. On pourrait donc dire qu'un État n'assume véritablement sa souveraineté que dans la mesure où il assure sur son territoire une organisation judiciaire offrant les garanties d'une justice de qualité. De même, il s'en déduit que la finalité première d'une société de droit « *est d'assurer, pour chaque affaire, que la décision du juge respecte les garanties du procès équitable* »⁵. Cela suppose nécessairement que soit assuré sur son territoire le droit pour toute personne d'accéder au juge et d'obtenir de lui une décision régulière.

Comme on le voit, dans un État de droit, l'enjeu n'est pas seulement d'accéder au juge, mais surtout, de bénéficier effectivement d'un « *droit au juge* ». En effet, ce

1 Commission de Venise du Conseil de l'Europe, Liste des critères de l'État de droit, 2016, https://www.venice.coe.int/images/SITE%20IMAGES/Publications/Rule_of_Law_Checklist_FRA.pdf.

2 Commission de Venise du Conseil de l'Europe, *idem*.

3 Commission de Venise du Conseil de l'Europe, *idem*.

4 J.-E. M. Portalis, *Discours préliminaire sur le projet de code civil*, prononcé le 21 janvier 1801, Préface de Michel Massenet. Bordeaux, Éditions Confluences, 2004.

5 J.-P. Jean, « Préface », in V. Donier, B. Lapérou-Schneider (Dir.), *Accès au juge - quelles évolutions*, 1^{ère} édition, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 19.

concept est plus large puisqu'il implique non seulement la saisine du juge, mais surtout d'obtenir de celui-ci une solution juste, objective et impartiale. Au plan processuel, le droit au juge est le droit fondamental de base puisque c'est à travers sa mise en œuvre effective que les autres droits fondamentaux sont garantis⁶. Il est donc indispensable à l'effectivité des autres droits et libertés fondamentaux de l'Homme⁷ ; c'est en quelque sorte un vecteur, ou, pour reprendre l'expression employée par Guy Braibant, « *le droit des droits* »⁸. On relèvera notamment que l'accès au juge conditionne, dans une bonne mesure, l'accès au droit puisqu'on admet en général que c'est le juge qui dit le droit. Mais, comme dans ce cadre, en plus de la loi, le juge relève aussi de sa conscience⁹ et que celle-ci est généralement propre à chaque individu, les modalités d'identification du juge devant connaître d'une affaire doivent être définies de manière à préserver le souci d'une bonne administration de la justice. Celle-ci ne « *se réduit pas aux procédures juridictionnelles conduisant au jugement* »¹⁰, mais, prend aussi en compte « *la qualité des processus administratifs qui sous-tendent les procédures juridictionnelles* »¹¹. Bref, en plus de l'efficacité juridictionnelle, tribunaire des règles de procédure, l'organisation judiciaire doit aussi avoir à cœur le respect des garanties fondamentales du procès¹².

Le plus important dans un procès n'est donc pas qu'une décision soit prononcée par un juge, mais aussi notamment que l'affaire soit confiée au juge prédisposé pour la connaître au regard des différents éléments qui la caractérisent. Cela suppose que l'organisation judiciaire regarde la question de l'attribution des affaires aux juges comme participant de la « *garantie des droits* »¹³. L'objectivité attendue de la justice ne se limite donc pas seulement à un devoir pour le juge saisi, mais, s'apprécie aussi à partir des modalités de sa saisine. Cette compréhension révèle un pan de l'intérêt de la consécration du droit au juge naturel.

Ce droit repose notamment sur l'idée que, « *d'une certaine manière, une partie de la solution d'une affaire dépend du juge auquel le dossier est transmis* »¹⁴. Par ailleurs, il

6 En ce sens, I. Sayn, « La place des outils procéduraux dans l'accès au droit et à la justice des plus pauvres », in *Droit et pauvreté*, séminaire ONPES - DRESS MiRe, 2007, p. 139.

7 V. Donier et B. Laperou-Schneider, « Propos introductifs » in *Accès au juge - quelles évolutions -*, 1^{ère} édition, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 21.

8 Expression employée à propos du droit au recours qui inclut le droit d'accès au juge, in *La charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Seuil, 2001, p. 217. Cité par V. Donier, et B. Laperou-Schneider, préc., p. 21.

9 Cf. art. 37, al. 2 Constitution camerounaise. Pour une étude sur la question, v. A. Akam Akam, « La loi et la conscience dans l'office du juge », *Revue de l'ERSUMA, Droit des affaires - Pratique Professionnelle*, N° 1 - Juin 2012, *Pratique professionnelle*.

URL: <http://revue.ersuma.org/no-1-juin-2012/pratique-professionnelle/LA-LOI-ET-LA-CONSCIENCE-DANS-L>

10 L. Cadiet, « Introduction à la notion de bonne administration de la justice en droit privé », in *Revue Justice & cassation*, Dalloz, 2013, p. 14.

11 L. Cadiet, *Idem*, p. 15.

12 L. Cadiet, *Idem*, p. 20.

13 L. Cadiet, *Idem*, p. 20.

14 cf. E. Jeuland, *Droit processuel général*, 3^{ème} édition, LGDJ, Domat Droit privé, 2014, p. 147.

visé à garantir le souci d'équité qui commande de traiter également des choses égales, *ex aequo et bono*¹⁵, de même qu'à préserver, dès le moment de la saisine de la juridiction, l'indépendance et l'impartialité du juge qui sera affecté au dossier. Les modalités de saisine ou d'attribution d'une affaire à un juge ne doivent donc pas faire suspecter une collusion ni aucun préjugé sur sa neutralité, l'idée de justice voulant que le juge investi d'une affaire soit, « *objectivement impartial et perçu comme tel* »¹⁶.

Le droit au juge naturel n'est pas expressément consacré dans beaucoup de législations. Au Cameroun par exemple, en tant que tel, les textes normatifs n'invoquent généralement pas la notion de juge naturel. Pour autant, doit-on conclure que le droit auquel cette notion sert de complément est ignoré du droit positif camerounais ? Pour essayer de faire le point sur cette question, il convient peut-être, dans le raisonnement, d'aller au-delà des termes des dispositions en vigueur au Cameroun pour analyser leur portée et leur esprit. Dans cette approche, il convient généralement de considérer que la notion de juge naturel, très souvent entendue comme renvoyant, de manière non erronée certes, mais restrictive, au juge ayant reçu de la loi compétence d'attribution pour connaître d'un type de litige¹⁷, revêt, au niveau de l'organisation judiciaire, deux dimensions majeures :

La première est la définition des ordres de juridictions avec, au sein de chacun d'eux, la délimitation du ressort de chaque juridiction qui en fait partie, ceci afin de rendre leurs compétences prévisibles. À ce niveau, le souci de l'égalité de tous devant la loi, et, partant, devant la justice, commande de l'interdiction des juridictions d'exception. Le principe est donc que « tous les justiciables ont droit à être jugés de manière égale, devant les mêmes juridictions, statuant selon les mêmes règles de procédure, appliquant les mêmes règles de droit »¹⁸. Cette précision conduit vers la seconde dimension.

En effet, il ne suffit pas de dire quelle juridiction est compétente, encore faut-il clairement définir les conditions dans lesquelles elle va siéger. Les mêmes soucis de prévisibilité et d'égalité commandent à ce niveau de dire non seulement si les juridictions siègent en formation de juge unique ou en collégialité, mais encore comment, au sein de la juridiction concernée, et en cas de pluralité de juges en poste, sera(ont) précisément désigné(s) celui ou ceux qui siègera(ont) effectivement pour connaître une affaire précise.

15 E.-J. Luzolo Bambi Lessa, *Traité de droit judiciaire, La justice congolaise et ses institutions*, Presses Universitaires du Congo (PUC), Kinshasa, 2018, n° 116.

16 J.-P. Jean, *Préc.*, p. 20.

17 C'est dans ce sens qu'il est employé dans cet attendu de la CCJA : « *Toute contestation née de la procédure de saisie ou qui s'y réfère directement et qui est de nature à exercer une influence immédiate et directe sur cette procédure est un incident de saisie immobilière et doit être ramenée devant le juge naturel de la saisie dans le but d'aboutir à une unité et une rapidité de procédure* ». CCJA, Arrêt n° 017/2017 du 23 février 2017, Aff. Ecobank-Mali C./ Office Malien de l'Habitat et la Société Immobilière Franco-Africaine.

18 S. Guinchard (Dir.), *Droit et pratique de la procédure civile 2021-2022*, 10^{ème} édition, Dalloz, coll. Dalloz Action, 2021, n° 31.11.

On peut donc, en résumé, retenir que le droit à un juge naturel fait de la loi le pilier de l'organisation judiciaire, son œuvre ne devant pas se limiter à la définition « *des règles de compétence* », mais devant, aussi et surtout, se prolonger dans la fixation des « règles portant sur la répartition des affaires au sein d'un tribunal »¹⁹. Ainsi compris, le constat est que, même s'il n'est pas expressément mentionné dans les textes relatifs à l'organisation judiciaire au Cameroun, le droit au juge naturel n'est cependant pas véritablement inconnu dans son contexte. L'esprit qu'il porte se trouve consacré en filigrane dans les dispositions de la Constitution camerounaise, relayées par d'autres textes en vigueur. Dès lors, on peut dire qu'il s'agit d'un droit tacitement considéré par les textes (I) même si l'on est forcé d'observer que la mise en œuvre desdites dispositions n'est au demeurant pas toujours appréciée avec rigueur, ce qui compromet la vigueur de ce droit (II).

I - UN DROIT TACITEMENT CONSACRÉ DANS LES TEXTES

Le droit au juge naturel, sans être expressément formulé ainsi, ne serait pas inconnu du droit camerounais. L'idée qui le sous-tend se trouve bien à la base de certains principes fondamentaux en vigueur au Cameroun. Deux principes consacrés dans la Constitution du Cameroun sont notamment concernés ici : il s'agit d'une part du principe de l'égalité devant la loi (A) et, d'autre part, du principe de la légalité de l'organisation judiciaire (B).

A- Un droit imprimé en filigrane du principe de l'égalité devant la loi

En l'état du droit camerounais, malgré qu'on lui reconnaisse la qualité d'un « *droit fondamental* »²⁰, le droit au juge naturel n'est pas formellement consacré. Pourtant, il s'agit d'une exigence participant à l'idée de la bonne administration de la justice. Il ne serait toutefois pas ignoré. L'on peut en effet s'appuyer sur l'alinéa 2 de l'article 1^{er} de la Constitution camerounaise qui dispose que la République « *assure l'égalité de tous les citoyens devant la loi* » pour le déduire et redéfinir l'organisation judiciaire en conséquence. Ce principe de l'égalité est particulièrement rappelé par l'article 1-1 du Code pénal camerounais qui dispose clairement que « *la loi pénale s'impose à tous* ».

L'égalité devant la loi suppose nécessairement que la justice, qui est chargée de dire le droit en cas de nécessité, soit elle-même tenue et régie par ledit principe : égaux de-

19 E. Jeuland, *Droit processuel général*, op. cit., n° 190, p. 245. L'auteur précise que c'est surtout la question de la répartition des affaires entre les chambres et les juges d'un même tribunal qui est visée par ce droit. Il écrit par ailleurs que « *les règles de compétence sont en effet générales et prévisibles et leur modification ne permet guère de faire échapper à un juge donné telle ou telle affaire. Or, la répartition des affaires devant les tribunaux français se fait par une ordonnance de roulement du président de chaque juridiction qui a, jusqu'à présent, la nature d'une mesure d'administration judiciaire* ». Lire aussi D. Cohen, « Contentieux d'affaires et abus de forum shopping », *Recueil Dalloz*, 2010, Chron., p. 975.

20 Cf. Th. S. Renoux, « Le droit au juge naturel, droit fondamental », *RTD Civ.*, n° 01, 1993, p. 33.

vant la loi, les citoyens doivent être traités comme égaux devant la justice qui veille à l'application de la loi. L'égalité devant la loi serait donc vaine si elle ne reposait pas sur une égalité devant la justice. C'est certainement pour cette raison qu'en droit comparé, le Conseil constitutionnel français a expressément reconnu que « *le principe d'égalité devant la justice* » est « *inclus dans le principe d'égalité devant la loi* »²¹. Il a notamment utilisé cette formule pour établir le lien évident qui existe entre le droit au juge naturel et le principe de l'égalité devant la loi. En effet, en France où le droit au juge naturel n'a plus figuré dans la constitution depuis 1848, le conseil constitutionnel l'a rattaché au principe de l'égalité devant la justice et donc au « *principe plus général de l'égalité devant la loi* »²².

Dans la mesure où la Constitution camerounaise proclame le principe de l'égalité des citoyens, en ce qui concerne leurs droits et devoirs, d'une part²³, et devant la loi, d'autre part, la logique et le raisonnement du juge constitutionnel français ont bien du sens dans le contexte camerounais. Cependant, en observant que c'est de manière presque indirecte que le juge constitutionnel français a rattaché le droit au juge naturel au principe de l'égalité devant la loi, en passant précisément par le principe de l'égalité devant la justice, ce dernier n'étant pas expressément consacré en droit interne français, l'on peut bien se demander s'il ne serait pas possible de trouver un meilleur raisonnement en scrutant le droit camerounais.

On garde à l'esprit que le principe de l'égalité devant la loi est non seulement essentiel pour le fonctionnement des sociétés démocratiques, mais aussi un droit fondamental de l'homme constamment rappelé par les instruments juridiques internationaux. Ainsi, est-il proclamé dans la Déclaration universelle des droits de l'homme, en son article 7 principalement²⁴, consacré dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques²⁵ et, en ce qui concerne l'Afrique, dans la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples²⁶. On n'oublie pas également que ce principe, très souvent posé en termes généraux, est bien aussi parfois défini pour un domaine particulier comme c'est le cas dans le domaine de la justice. En effet, en parcourant quelques instruments juridiques internationaux, on s'aperçoit qu'ils ne se limitent pas à consacrer l'égalité devant la loi, mais que, tenant compte des enjeux fondamentaux de la justice pour la construction de l'État de droit, mettent une emphase nette sur la justice.

Dans cette logique, faisant sans doute écho à l'article 10 de la DUDH qui proclamait déjà que « *toute personne a droit, en pleine égalité, à ce que sa cause soit entendue*

21 Cons. const. n° 75-56 DC, 23 juill. 1975, *Rec. Cons. const.* p. 2 ; *GDCC* 2^e éd. n° 27.

22 Th. S. Renoux, préc.

23 Il ressort du préambule de la Constitution que « *tous les hommes sont égaux en droits et en devoirs* ».

24 Art. 7 DUDH dispose : « *Tous sont égaux devant la loi et ont droit sans distinction à une protection égale contre toute discrimination qui violerait la présente Déclaration et contre toute provocation à une telle discrimination* ».

25 L'article 3 PIDCP dispose : « *Les Etats parties au présent Pacte s'engagent à assurer le droit égal des hommes et des femmes de jouir de tous les droits civils et politiques énoncés dans le présent Pacte* ».

26 L'article 3 de la Charte Africaine des Droits de l'homme et des Peuples dispose : « *1. Toutes les personnes bénéficient d'une totale égalité devant la loi. 2. Toutes les personnes ont droit à une égale protection de la loi* ».

équitablement et publiquement par un tribunal indépendant et impartial (...) », l'article 14 du PIDCP dispose en son alinéa 1^{er} que « *tous sont égaux devant les tribunaux et les cours de justice* ». Il convient à ce niveau de préciser que le PIDCP étant ratifié par le Cameroun, ses dispositions s'imposent au législateur national conformément aux prévisions de l'article 45 de la Constitution²⁷. Par son double fondement constitutionnel et conventionnel, le principe de l'égalité devant la justice fait bien partie intégrante du droit positif camerounais. Dès lors, ses implications, qui conduisent logiquement vers la reconnaissance d'un droit au juge naturel, devraient y être de rigueur. Il faut en effet approuver l'idée que « *l'égalité devant la justice se traduit par la consécration d'un droit au juge naturel* »²⁸ puisqu'elle « *fait obstacle à ce que des citoyens se trouvant dans des conditions semblables et poursuivis pour les mêmes infractions soient jugés par des juridictions composées selon des règles différentes* »²⁹. Ce principe se pose en s'opposant à toute discrimination subjective, devant la loi et la justice, et donc à la manipulation des modalités de désignation des juridictions et des juges appelés à siéger. Il s'insurge aussi contre la création des juridictions d'exception dans le seul « *but de priver les juridictions ordinaires de leur compétence* »³⁰ et de constituer des tribunaux sur mesure. Il s'en déduit que si le but poursuivi peut se justifier objectivement, la mise en place d'une juridiction d'exception se comprendrait.

D'ailleurs, en pratique, la notion d'égalité ne doit pas se comprendre de manière linéaire, mais, dans un sens qui la rapproche de celle d'équité qui commande de ne traiter également que les personnes, choses ou situations elles-mêmes égales. C'est ainsi qu'un auteur observe que l'égalité « *implique nécessairement des aménagements et des limites puisque, à tout moment, même placés dans une situation d'égalité initiale, les individus sont amenés à acquérir des droits spécifiques et différenciés résultant de leurs activités et de leur environnement* »³¹. Cette considération conduit nécessairement à admettre des aménagements à la règle d'égalité de tous devant la loi de manière générale et devant la justice de manière particulière. Certains de ces aménagements prennent la forme de privilèges de juridiction consacrés par la loi, en matière répressive, en faveur de certaines personnes, en raison de la qualité des fonctions qu'elles exercent³².

27 Ce texte dispose : « *Les traités ou accords internationaux régulièrement approuvés ou ratifiés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie* ».

28 "La justice est-elle égale pour tous ?", Dernière modification : 11 juin 2019 à 11h23, <https://www.vie-publique.fr/fiches/38037-principe-constitutionnel-degalite-devant-la-justice#:~:text=Concr%C3%A8tement%2C%20l'%C3%A9galit%C3%A9%20devant%20la,de%20proc%C3%A9dure%20et%20de%20fond.>

29 N. Fricero, *Les institutions judiciaires*, Mémentos LMD, 8^{ème} édition, 2017, p. 13.

30 La réprobation des juridictions d'exception est réaffirmée dans les Directives et principes sur le droit à un procès équitable et à l'assistance judiciaire en Afrique (Article A-e).

31 E.-J. Luzolo Bambi Lessa, *op. cit.*, n° 194.

32 Cf. Les articles 635 et suivants du Code de procédure pénale.

On peut donc observer que, dans le contexte camerounais, le respect des engagements internationaux, notamment des dispositions du PIDCP, conduit normalement à admettre l'idée que le droit au juge naturel est bien reconnu, notamment par le truchement du principe de l'égalité devant la justice qui, lui-même, fait partie du principe de l'égalité devant la loi. Il ne s'agirait pas là de son seul fondement puisqu'il se déduirait davantage de la règle constitutionnelle qui place l'organisation judiciaire dans le domaine de la loi.

B- Un droit dérivant du principe de la légalité de l'organisation judiciaire

L'« *organisation judiciaire* » s'entend de l'ensemble des règles qui déterminent la hiérarchie, la composition et la compétence des juridictions, ainsi que le statut des magistrats et des auxiliaires de la justice³³. Il s'infère de cette définition que la prise en compte du droit à un juge naturel procède évidemment de l'organisation judiciaire. C'est en effet l'organisation judiciaire qui détermine les ordres de juridictions, leurs compétences, leurs compositions et les modalités de leur fonctionnement. Ses règles impactent forcément sur la manière dont le travail judiciaire est mis en œuvre ; de même, elles sont susceptibles d'affecter la qualité des rapports entre les justiciables et la justice. C'est certainement en tenant compte de cela que le Constituant a réservé l'organisation judiciaire à la compétence du Parlement. Il ressort clairement de la Constitution camerounaise que, relèvent du domaine de la loi, entre autres, « *l'organisation judiciaire et la création des ordres de juridiction* »³⁴. De cette formule, il peut être raisonnablement déduit que, n'ayant pas de façon expresse consacré ni défini le contenu du droit au juge naturel, la Constitution en aurait délégué la connaissance au Parlement.

Il est donc du pouvoir de cet Organe de définir, pour chaque hypothèse de contentieux, le juge naturel. Dans ce cadre, il doit se laisser guider par les principes et directives déclinés dans la Constitution et certains instruments juridiques internationaux en vigueur, lesquels consacrent, directement ou indirectement, le droit au juge naturel. Il resterait donc simplement au législateur de se saisir véritablement de cette idée, de la formaliser et de la mettre en œuvre de manière à préserver sa substance et à garantir son effectivité. Il s'en infère alors que le Parlement n'est pas souverain. D'ailleurs, au sujet de la mise en œuvre de l'article 14 du PIDCP qui pose le principe de l'égalité devant la justice, l'un des fondements du droit au juge naturel, le Comité des Droits de l'Homme de l'ONU « *note que l'on ne peut pas laisser à la seule appréciation du législateur national la détermination de la teneur essentielle des garanties énoncées dans le Pacte* »³⁵.

Cela implique alors un contrôle exercé sur le Parlement pour s'assurer de la fidélité de son œuvre à ces principes supérieurs. À titre de droit comparé, le conseil constitu-

33 Cf. G. Cornu (Dir.), *Vocabulaire juridique*, 12^{ème} édition mise à jour, PUF, 2018.

34 Art. 26, al. 2, c-5 Constitution du Cameroun.

35 Comité des Droits de l'Homme (ONU), Observation générale n° 32, article 14. Droit à l'égalité devant les tribunaux et les cours de justice et à un procès équitable, 90^{ème} session, Genève, 9 27 juillet 2007, n° 4.

tionnel français l'a subtilement rappelé en déclarant contraire à la Constitution française la disposition légale confiant à un président de tribunal le soin de choisir la formation de jugement et, surtout, de dire si ce tribunal serait composé d'un collège de trois magistrats ou au contraire d'un seul. Il est évident qu'un tel pouvoir confié à un magistrat heurte notablement le principe de l'égalité devant la justice dans la mesure où « *des affaires de même nature pourraient ainsi être jugées ou par un tribunal collégial ou par un juge unique* » sur la seule volonté du président du tribunal³⁶. Selon que la formation est collégiale ou constituée d'un juge unique, le justiciable ne bénéficie pas, en théorie au moins, des mêmes garanties d'objectivité³⁷, ce qui caractérise une rupture de l'égalité devant la justice.

Comme il a été précisé ci-dessus, ce principe, avec tous ses corollaires, aurait au Cameroun un fondement supra-législatif. La Convention qui le consacre étant ratifiée, sa place dans la hiérarchie des normes conduit logiquement à reconnaître qu'il prime sur la loi comme le prévoit l'article 45 de la Constitution³⁸. De ce fait, ses dispositions s'imposent au législateur camerounais tenu, dès lors, de tenir impérativement compte du principe d'égalité devant la justice au moment où il définit l'organisation judiciaire. Non seulement, doit-il fixer la compétence des juridictions sur la base des critères objectifs, en tenant compte de l'égalité des justiciables, mais encore, est-il tenu de fixer lui-même, sans délégation aux juridictions, la compétence et les modalités de composition des formations juridictionnelles. C'est à lui, et non au pouvoir judiciaire et à ses membres, qu'incombe l'organisation judiciaire. D'ailleurs, en lui confiant la charge d'organiser la justice, la Constitution n'a pas, du moins expressément et sous réserve de son article 28, autorisé le Parlement à la subdéléguer.

En clair, le législateur doit formellement déterminer, pour chaque contentieux, une formation de jugement dont l'identification et la composition sont prédéterminées, connues de tous les justiciables à l'avance³⁹. Il doit clairement indiquer, dans quels cas la formation collégiale peut/doit se réunir, sans que cela dépende du pouvoir souverain du Président de la juridiction.

Contrairement à un tribunal arbitral qui est généralement constitué lorsque le litige est déjà né, la justice étatique est organisée de telle sorte que pour une affaire précise, la juridiction compétente et les modalités de sa composition soient prédéterminées par la loi. Ainsi, une fois qu'un litige survient, les parties devraient

36 Cons. const. n° 75-56 DC, 23 juill. 1975, *Rec. Cons. const.* p. 2 ; *GDCC* 2^e éd. n° 27.

37 Selon un auteur, la modalité de la collégialité renforcerait le contradictoire ; aussi écrit-il : « *le constat élémentaire que la décision collégiale, œuvre de plusieurs juges, leur impose une délibération, une confrontation de points de vue éventuellement différents qui peut effectivement prendre la forme d'une discussion contradictoire* ». Desdevis, « Collégialité, impartialité et contradiction », *Mélanges Serge Guinchard*, 2010, Dalloz, p. 234.

38 Ce texte dispose que « *les traités ou accords internationaux régulièrement approuvés ou ratifiés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre parti* ».

39 Thierry S. Renoux, préc., p. 33.

déjà savoir quelle juridiction doit en connaître, ainsi que les modalités de sa composition, ce qui préserve le souci de l'égalité des armes⁴⁰. Le tribunal et/ou le juge compétents doivent l'être suivant des paramètres et critères définis avant la survenance des faits qui donnent lieu à sa saisine (*ante factum*) et dont la mise en œuvre échappe à tout risque de manipulation par une partie prenante, y compris le président de la juridiction saisie. Dans tous les cas, comme le précise le Comité des Droits de l'Homme de l'ONU, l'égalité des armes exige que les règles de saisine et de procédure soient conçues telles qu'elles n'entraînent, pour le défendeur au procès, aucun « *désavantage ou une autre inégalité* »⁴¹. Cette garantie, dont l'effectivité conditionne la qualité et la légitimité du juge officiant, est de rigueur devant tout organe exerçant une fonction juridictionnelle⁴². En matière arbitrale notamment, les modalités de constitution du tribunal en tiennent bien compte. Ce sont en effet les deux parties qui s'entendent pour désigner l'arbitre unique et, en cas d'un tribunal arbitral collégial, les arbitres désignés par chacune des parties désignent ensemble un troisième qui officiera comme président. À défaut, le juge d'appui, tiers impartial, s'en occupe⁴³.

Le droit ne peut véritablement être dit que par un juge compétent et légitime. C'est ce que vise la garantie du juge naturel qui, en substance, « *exige que droit soit fait par le juge compétent selon la loi* »⁴⁴. C'est pourquoi l'incompétence ou la violation des règles de constitution des juridictions sont des causes de nullité de la décision ou de renvoi devant la juridiction normalement compétente⁴⁵. La loi doit donc bien tenir son rôle puisque ses failles, qui sont cependant bien visibles en cette matière, peuvent gravement compromettre la mise en œuvre du droit à un juge naturel.

II - UN DROIT SÉRIEUSEMENT ÉPROUVÉ DANS SA MISE EN ŒUVRE

L'organisation judiciaire en vigueur au Cameroun prend en compte certains aspects du droit au juge naturel. Il en est ainsi de la consécration de divers ordres de juridic-

40 D'après le point A, 2-a) des Directives et principes sur le droit à un procès équitable et à l'assistance judiciaire en Afrique, « *le droit à être entendu équitablement repose sur les éléments essentiels suivants : Le principe de l'égalité des armes des parties à la procédure, qu'elle soit administrative, civile, pénale ou militaire (...)* ».

41 Communication n° 1347/2005, *Dudko c. Australie*, par 7.4. cf. Comité des Droits de l'Homme (ONU), Observation générale n° 32, article 14. Droit à l'égalité devant les tribunaux et les cours de justice et à un procès équitable, 90^{ème} session, Genève, 9 27 juillet 2007, n° 13.

42 Comité des droits de l'homme de l'ONU, Communications n° 1015/2001, *Perterer c. Autriche*, par. 9.2 (procédure disciplinaire contre un fonctionnaire) ; et n° 961/2000, *Everett c. Espagne*, par. 6.4 (extradition).

43 Cf. art. 6, Acte uniforme OHADA relatif au droit de l'arbitrage révisé.

44 Seif, U. (2005). « Droit et Justice retenue. Sur les origines de la garantie du « juge naturel » en dehors des théories de la séparation des pouvoirs du XVII e au XIX e siècle », *Revue historique de droit français et étranger* (1922-), 83(2), 215-245. Retrieved November 13, 2020, from <http://www.jstor.org/stable/43852778>.

45 C. S., Formation des Chambres Réunies, Arrêt n° 28/FCR du 15 avril 2010, Aff. Baliaba François C. MP & Famille Ekindi.

tions avec la définition des domaines de compétence de chacun d'eux de telle sorte qu'en fonction de la nature des intérêts en cause, le justiciable sache d'emblée aux juridictions de quel ordre s'adresser. Cependant, relativement aux autres aspects de ce droit, l'organisation judiciaire présente des failles sérieuses. Pour prendre l'exemple de l'aspect lié à l'égalité des justiciables, il convient d'observer que, devant les juridictions civiles et pénales, précisément au moment de la saisine du juge, le principe n'est que très insuffisamment garanti. Ceci se justifie par le fait que c'est parfois le demandeur qui, unilatéralement, choisit le juge qui examinera et décidera du cas qui l'oppose au défendeur (A). Cette possibilité rompt pratiquement l'égalité devant exister entre les parties et est susceptible d'induire une collusion avec le juge. En s'inspirant des exemples étrangers où des mécanismes plus équilibrés sont consacrés, une réforme peut être envisagée en vue d'améliorer la mise en œuvre de ce droit (B).

A- Une mise en œuvre affectée par les failles de l'organisation judiciaire

Dans le souci d'une bonne administration de la justice, l'organisation judiciaire doit être structurée de telle sorte que les parties ne choisissent pas leur juge et que le juge ne choisisse pas ses affaires⁴⁶. La rencontre entre le juge et l'affaire qu'il doit connaître doit procéder du hasard et non d'un calcul stratégique de la part d'une partie prenante au procès ou d'un tiers. On garde à l'esprit, en effet, que le juge naturel est celui dont la désignation et la compétence reposent exclusivement sur des critères purement objectifs, prévisibles, et insusceptibles de manipulation intéressée. Or, en droit camerounais, non seulement le demandeur a quelques fois la possibilité de choisir le juge et donc, par voie de conséquence, de détourner ainsi le défendeur de son juge naturel, mais encore, le président d'un tribunal d'instance a le pouvoir d'influencer la composition du tribunal.

Pour bien comprendre, il convient d'observer que l'organisation judiciaire en vigueur au Cameroun prévoit au sein d'une juridiction d'instance, TPI ou TGI notamment, plus d'un magistrat au siège⁴⁷. En même temps, il est prévu que les affaires qui leur sont soumises sont en principe jugées par « *un seul magistrat* »⁴⁸, étant au demeurant entendu que « *le tribunal peut siéger en formation collégiale, composée de trois (3) membres, sur ordonnance du président, prise d'office ou sur réquisitions du ministère public ou à la requête d'une partie* »⁴⁹. Ces dispositions ouvrent, relativement à la problématique touchant au droit au juge naturel, deux brèches principales :

Dans un premier temps, il apparaît clairement que tous les magistrats nommés au siège d'un tribunal d'instance ne sont pas *a priori* appelés à siéger ensemble dans

46 Cf. E. Jeuland, « Le droit au juge naturel et l'organisation judiciaire », *Revue française d'administration publique* 2008/1, n 125, p. 36.

47 Art. 14, al. 1-a) loi n° 2006/015 pour le TPI et art. 17, al. 1-a de la même loi pour le TGI.

48 Art. 14, al. 2-a) loi n° 2006/015 pour le TPI et art. 17, al. 7 de la même loi pour le TGI.

49 Cf. art. 14, al. 2-b, loi n° 2006/015 pour le TPI et 17, al. 7, second tiret même loi pour le TGI.

toutes les affaires. Il faut donc organiser et répartir le travail entre eux. Seulement, le législateur camerounais, contrairement à certains de ses homologues étrangers, notamment ivoiriens⁵⁰ et français⁵¹, ne semble pas avoir spécialement défini les modalités de cette organisation du travail. Du coup, par usage, c'est le président du tribunal qui s'en charge. Ainsi, au début de chaque année judiciaire, par le biais d'une ordonnance, qualifiée dans la pratique d'« *ordonnance de roulement* », ce magistrat fixe le calendrier de répartition des audiences aux magistrats du siège en fonction des jours de la semaine et des fréquences mensuelles. Puisqu'il s'agit d'un instrument de travail, cette ordonnance est très souvent diffusée auprès des auxiliaires de justice, avocats, huissiers, établis dans le ressort de la juridiction concernée. Mais, si en France, le soin est pris, lors de la diffusion de cet acte, pour qu'il ne mentionne pas les noms des magistrats⁵², au Cameroun en revanche, une telle précaution n'est généralement pas suivie dans la mesure où en général, l'ordonnance circule en portant toutes ces mentions, ce qui offre au demandeur vigilant et astucieux un avantage stratégique.

L'idée ici n'est pas de dire que tous les demandeurs, lorsqu'ils en ont la possibilité, ne choisissent le jour d'audience que par rapport au juge qui tiendra l'audience. Dans la pratique, il semble d'ailleurs que très peu suivent cette approche. Cependant, le propos est de faire observer que, chaque fois qu'il est possible que le juge soit choisi par l'une des parties, un risque sérieux pèse sur son impartialité et son indépendance. En effet, le défendeur pourrait raisonnablement suspecter quelque collusion entre son adversaire et le juge ainsi subtilement choisi.

L'organisation judiciaire camerounaise ne paraît pas judicieusement structurée pour éviter d'essuyer un tel grief. En effet, certains modes de saisine des juridictions en droit processuel camerounais souffrent de failles susceptibles de favoriser l'orientation d'une affaire vers un juge précis. Peu importe que l'on soit en matière civile ou en matière pénale.

50 Aux termes de l'article 2 de la loi n° 61-155 du 08-05-1961, modifiée par les lois n° 64-227 du 14-05-1964, n° 97-339 du 11-07-1997, n° 98-744 du 23-12-1998 et n° 99-435 du 06-07-1999, portant organisation judiciaire de la République de Côte d'Ivoire, « *Les cours d'appel, les tribunaux de première instance et les sections détachées de tribunaux fixent par un règlement, le nombre, la durée, les jours et heures des audiences, ainsi que leur affectation aux diverses catégories d'affaires. Les cours d'appel et les tribunaux de première instance prennent ce règlement en assemblée générale* ». S'agissant des tribunaux, l'article 28 indique que : « *Le Président du tribunal organise sa juridiction. A ce titre, il exerce notamment les fonctions suivantes : Il établit au début de chaque année judiciaire le roulement des magistrats ; Il distribue les affaires et surveille le rôle général...* ». cf. S. B. Djedjet-Golly, « La nomination et la révocation des juges et le système de (l'attribution des dossiers) la distribution des affaires dans les tribunaux civils en Côte d'Ivoire - enjeux actuels », <https://doi.org/10.5771/2363-6262-2017-3-1>, <https://www.nomos-elibrary.de/agb>.

51 D'après l'article 121-3 du Code de l'organisation judiciaire en France, « *Chaque année, le premier président de la Cour de cassation, le premier président de la cour d'appel, le président du tribunal de grande instance, et le magistrat chargé de la direction et de l'administration du tribunal d'instance répartissent les juges dans les différents services de la juridiction. Un décret en Conseil d'Etat fixe les modalités d'application du présent article. Il précise notamment les conditions dans lesquelles la répartition des juges peut être modifiée en cours d'année* ».

52 E. Jeuland, *Droit processuel général*, op. cit., n° 97.

En matière civile, le mode principal de saisine des juridictions est l'assignation. Il s'agit d'un exploit d'huissier par lequel le demandeur fait inviter son adversaire, le défendeur, à comparaître devant la juridiction appelée à trancher le litige qui les oppose. Cet exploit doit contenir, entre autres mentions, celle relative à « *l'indication du tribunal qui doit connaître de la demande, la date et l'heure de l'audience* »⁵³. En matière pénale, notamment lorsque le plaignant, en matière correctionnelle, décide de saisir le tribunal par la voie de la citation directe, l'article 41, alinéa 2 du Code de procédure pénale exige que la citation indique pareillement « *la juridiction de jugement saisie, détermine les lieu, heure et date de l'audition* ».

Dans ces deux cas, il apparaît que c'est le demandeur, à travers l'huissier de justice instrumentaire, et grâce à l'ordonnance de roulement, qui choisit le jour de l'audience, et par ricochet, le juge⁵⁴. Comme aucune disposition légale ne formule aucune contrainte particulière, sauf le respect des délais d'ajournement ou de citation fixés, sous réserve des délais de distance, respectivement à huit⁵⁵ et cinq jours⁵⁶, la date retenue peut être astucieusement fixée de manière à correspondre à celle de l'audience d'un juge en particulier. L'idée qu'en cas de citation directe c'est le plaignant qui choisit le juge est implicitement confortée par les termes de l'alinéa 1^{er} de l'article 291 CPP selon lesquels, « *en dehors des cas de flagrant délit et de citation directe à la requête de la partie civile, le président du tribunal, en concertation avec le procureur de la République, fixe la date de la première audience* ». Si l'exclusion du cas de flagrant délit tient au fait que le juge est choisi de manière objective dans la mesure où la loi fait obligation au procureur de la République de dresser procès-verbal et de traduire « *le suspect devant le tribunal à la plus prochaine audience* »⁵⁷, il se trouve en revanche que l'exclusion du cas de la citation directe de la partie civile tient simplement au fait que le plaignant l'a déjà indirectement identifié à travers la date d'audience mentionnée dans sa citation.

À cette possibilité de choisir le juge, il faut rapprocher le fait que, dans un contexte de pluralisme judiciaire, le demandeur peut chercher à orienter l'affaire vers un ordre juridictionnel précis avec, en toile de fond, l'espoir de voir appliquer un corps de règles favorable à sa cause. Concernant précisément le contexte camerounais, il faut observer qu'en matière civile, certains litiges, notamment lorsqu'ils sont relatifs à l'état des

53 Cf. Art. 6, 4^e CPCC.

54 Un prévenu, attiré devant le juge correctionnel, par voie de citation directe, avait saisi la Cour suprême pour solliciter, sur le fondement de l'article 604 du Code de procédure pénale, le renvoi de l'affaire devant une autre juridiction pour cause de suspicion légitime. Entre autres arguments invoqués, il faisait justement état de ce que le plaignant « *a expressément évité les audiences des juges de ce Tribunal dont il redoutait leur soumission à son autorité au regard de certaines décisions rendues pour n'enrôler cette procédure qu'à l'audience du Président du Tribunal alors en congé au moment où elle a été initiée* ». Même s'il n'a pas eu gain de cause, la Cour n'a pas spécialement désapprouvé cet argument. CS, Arrêt n° 30/FCR du 15 avril 2010, Affaire Ndejudji André VI Gilbert C/ MP & Sa Majesté Nji Monluh Seidou Pokam.

55 Art. 14 CPCC.

56 Art. 52 CPP.

57 Art. 114, al. 2 CPP.

personnes, peuvent indifféremment être jugés par les juridictions de droit moderne ou les juridictions de droit traditionnel. Le choix n'est pas toujours neutre : au-delà du critère économique militant en faveur de la saisine des juridictions traditionnelles, il se trouve aussi que la coutume offre, sur certaines questions, des solutions différentes du droit moderne⁵⁸. Pour éviter le risque d'un désordre ou d'un blocage, le législateur a, d'une certaine manière, consacré la compétence de droit commun des juridictions de droit moderne et subordonné la compétence des juridictions de droit traditionnel à l'acceptation de toutes les parties⁵⁹.

Dans un second temps, la difficulté est que la loi n'a pas spécifié les critères à prendre en compte par le président du tribunal pour ordonner une collégialité. Il est donc théoriquement laissé libre cours à ce magistrat qui officie dans la pratique quasi souverainement sur la question. D'ailleurs, beaucoup d'ordonnances de ces magistrats mettant en place une collégialité n'évoquent aucun motif⁶⁰. On pourrait donc dire que c'est le président du tribunal qui est seigneur de la composition du tribunal, surtout qu'il peut se prononcer « *d'office* », ce alors même qu'on se trouve dans le domaine de l'organisation judiciaire dont les règles sont généralement marquées du sceau de l'ordre public⁶¹. Plus grave, alors que la loi n'a exclusivement réservé le droit d'initiative d'une composition collégiale qu'au président du tribunal, au ministère public ou aux parties, une ordonnance mettant en place une collégialité indique avoir été prise plutôt sur prescription du président de la Cour d'appel⁶², ce qui est caractéristique des dérives auxquelles la solution actuelle peut donner lieu et justifie des mesures correctives.

B - Une mise en œuvre perfectible à la lumière des droits étrangers

Le caractère fondamental du principe de l'égalité, tant devant la loi que devant la justice, l'un des piliers du droit à un juge naturel, commande que les États qui se reven-

58 Par exemple, en matière successorale, le droit coutumier reconnaît des causes d'indignité non visés par l'article 727 du code civil. Tel est par notamment le cas du fait d'avoir eu des « *altercations avec le de cujus non suivies de réconciliation* » (cf. C. S. n°7 / L du 18 juillet 1985, inédit).

59 Cf. M. Timtchueng, « Les interactions entre la justice de droit écrit et la justice de droit traditionnel au Cameroun », in *Justice & Intégration, Mélanges en l'honneur du Professeur Ndiaw Diouf, Tome I : Justice*, Editions du CREDIJ, 2020, pp. 641 et ss.

60 Cf. not. PTGI Menoua, Ordonnance n° 15/PTGI/2015, 26 octobre 2015, Aff. MP et Recteur de l'Université de Dschang C./ Hatcheu Emil Tchawe ; PTPI Nkongsamba, Ordonnances n° 06 du 18 février 2015, aff. MP et Succession Yimo Timothée c./ Tchamba Martin et autres ; n° 31 du 18 février 2015, Aff. MP et Ndobu Ekemilang Calvin c./ Ebouille et autres ; n° 11 du 14 mars 2016, aff. MP et Ngo Yigba épse Kouyeb c./ NANA Alain Songelai et autres ; PTPI Bafoussam, ordonnance n° 26/CAB/PTPI/BFM du 15 novembre 2021, Aff. MP et Nembot Jean Bosco, Djoukoue Florence, Lontsi Ndihouo Solange, Tazanfouo Olivier, Nzoukou Jean Pierre contre Tella Jean Claude ; PTPI Bafoussam, ordonnance n° 587 /CAB/PTPI/BFM DU 14 septembre 2020, Aff. MP et Taffo Jean+08 contre Tamo Claude.

61 J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé*, Domat Droit privé, LGDJ, 6^{ème} édition, septembre 2015, n° 7.

62 Cf. PTPI Bafoussam, ordonnance n° 03 /CAB/PTPI/BFM du 09 février 2023, aff. MP et Kamdem Ngnibabougning Jules Bienvenu contre Fagni Njoya Zenab Linda. L'un des visas de cette ordonnance est ainsi libellé : « *Vu la dépêche n° 36 P56/CAB/PCA/BFM du 07/02/2023 de Monsieur le Président de la Cour d'appel de l'Ouest prescrivant la formation d'une collégialité pour connaître des procédures concernant le nommé Kamdem Ngnibabougning Jules Bienvenu* ».

diquent « *de droit* », prennent conscience de ce que la primauté du droit est tributaire de l'indépendance et de l'impartialité des juridictions en général et des juges en particulier. Cette impartialité n'est pas seulement fonction de la neutralité intrinsèque du juge ou de sa « *force de caractère* » ; elle procède aussi souvent de l'image que l'institution judiciaire en général, ou le juge chargé d'une affaire en particulier, projette dans l'esprit des justiciables. C'est pourquoi, un État de droit ne devrait pas admettre que sa justice souffre de quelque risque de discrédit sérieux. Les règles de fonctionnement de l'appareil judiciaire doivent protéger le droit de tout justiciable à un procès équitable en même temps que l'honneur et la dignité de la Justice. Celle-ci doit être et paraître neutre, juste et fiable ; d'où la formule : « *Justice must not only be done, it must also be seen to be done* »⁶³.

L'observation posée sur le système camerounais ne permet pas de dire que cette maxime y est de rigueur. Les lignes qui précèdent l'ont, dans une certaine mesure, illustré. Une réforme est donc nécessaire. Celle-ci pourrait principalement consister en deux choses.

La première se trouve dans la nécessité de consacrer formellement le droit au juge naturel dans la constitution pour que son respect s'impose expressément au Parlement, responsable de l'organisation judiciaire, et aux juridictions chargées du règlement des litiges. Des exemples tirés du droit africain peuvent être mis à contribution. Il convient en effet de relever le fait que les Constitutions de certains États africains consacrent expressément ce principe. Tel est le cas en République Démocratique du Congo et au Burundi où il est prévu, en substance, que « nul ne peut être ni soustrait ni distrait contre son gré du juge que la loi lui assigne »⁶⁴. Un auteur congolais tire logiquement de cette prescription la conséquence que « la qualité de juge naturel est attribuée par la loi, fondant ainsi la règle d'après laquelle la compétence en droit est d'attribution »⁶⁵. Autrement dit, personne d'autre que le législateur n'est habilité à déterminer la juridiction compétente, encore moins le juge affecté pour connaître spécialement d'une affaire. En effet, comme l'observe le Conseil de l'Europe, « il ne suffit pas que le tribunal (ou la juridiction) compétent pour une affaire donnée soit fixé à l'avance. Il est indispensable que l'ordre d'attribution des affaires aux différents juges (ou collèges de juges) au sein de cette juridiction le soit également, c'est-à-dire qu'il soit régi par des principes généraux objectifs »⁶⁶.

La seconde chose porte justement sur ce souci d'objectivité visant à éliminer le risque que le demandeur choisisse astucieusement son juge ou que les modalités de

63 Il semble que la première utilisation de la formule soit due à un juge anglais, Lord Hewwart, qui se référait à un droit général à un procès équitable dans sa décision dans l'affaire *Repv. Susses Justices* : V. sur cette origine, Th. Clay, *L'arbitre*, Dalloz, 2001, nouvelle biblio. thèse, préface Ph. Fouchard, n° 205. On trouve la formule pour la première fois dans CEDH 17 janv. 1970, *Delcourt*, série A, n° 11, § 31.

64 Art. 19, al. 1 Constitution de la République Démocratique du Congo ; Art. 39, al. 4, Constitution du Burundi.

65 E.-J. Luzolo Bambi Lessa, *op. cit.*, n° 226.

66 Commission de Venise du Conseil de l'Europe, Liste des critères de l'État de droit, 2016, n° 88, https://www.venice.coe.int/images/SITE%20IMAGES/Publications/Rule_of_Law_Checklist_FRA.pdf.

désignation de celui-ci soient susceptibles de favoriser une collusion entre eux. Pour cela, il importe certainement de cesser de considérer la répartition des audiences et l'affectation des affaires aux différents juges en poste dans un tribunal comme une simple question d'administration du tribunal laissée, par conséquent, au libre pouvoir du président de la juridiction. Il faut bien tenir compte de l'impact sérieux que cette conception peut induire sur la qualité du travail judiciaire et l'égalité devant régner entre les parties litigantes. Certains pays l'ont bien compris, mais d'autres, comme le Cameroun, pas. Une raison expliquant cette différence se trouverait certainement dans l'histoire politique des nations. C'est ce que suggère un auteur lorsqu'il observe que « la question de la distribution des affaires fait l'objet d'une disposition constitutionnelle dans les pays qui ont connu le fascisme (Allemagne, Italie, Espagne, Portugal). On parle alors de "jus de non evocando" ou de juge naturel, ce qui signifie que le juge saisi d'une affaire à l'intérieur d'un tribunal doit être désigné selon des critères objectifs et ne doit pas être modifié arbitrairement en cours d'instance »⁶⁷. En revanche, continue-t-il, dans les pays qui ne partagent pas ces traits d'histoire, notamment en France, « la distribution des affaires continue à être une simple question d'organisation judiciaire laissant la place à un large pouvoir discrétionnaire du président de la juridiction », ce qui est probablement « contraire au principe de l'impartialité du juge »⁶⁸.

Il convient donc, dans l'optique d'une amélioration de l'organisation judiciaire camerounaise, de prendre appui sur un système comme celui de l'Allemagne où l'attribution d'une affaire à un juge au sein d'un tribunal répond à un critère objectif fondé sur l'initiale du nom du demandeur. Le principe y est donc que « chaque juge ou formation est chargé des affaires en fonction d'un critère alphabétique déterminé par le nom du demandeur (le juge A connaît des affaires de F à H, par exemple) »⁶⁹. De même, le souci d'objectivité du système italien peut être mis à contribution. Pour concrétiser l'article 25, alinéa 1^{er}, de la Constitution italienne qui dispose que « nul ne peut être soustrait au juge naturel désigné par la loi », des circulaires prévoient, « pour chaque juridiction, de « tableaux » (table) dans lesquels sont indiqués les critères de formation des collèges et des assignations des affaires » de même que, « de manière anticipée les éventuelles substitutions rendues nécessaires le cas échéant »⁷⁰.

Certes, tout comme le principe de l'égalité n'est pas absolu, on admet bien que pour des raisons objectives, liées par exemple au souci d'une bonne administration de la justice, des modalités exceptionnelles peuvent être appliquées. Le mécanisme de renvoi,

67 E. Jeuland, *Droit processuel général*, op. cit., n° 95, p. 147.

68 E. Jeuland, *Idem*.

69 Voir, E. Jeuland, « Le droit au juge naturel et l'organisation judiciaire », *préc.*, n° 125, p. 36.

70 A. Pizzorusso, « Les rapports entre politique et justice en Italie de l'après-guerre à nos jours », *Laboratoire italien* [Online], 2 | 2001, Online since 12 April 2018, connection on 15 May 2023. URL: <http://journals.openedition.org/laboratoireitalien/273>; DOI: <https://doi.org/10.4000/laboratoireitalien.273>.

dicté par le souci d'une bonne justice, de même que le jeu des immunités et privilèges de juridiction pourront bien perturber le régime de l'égalité devant la justice. Il faudrait tout simplement que tout cela soit régulièrement prévu et le régime de leur mise en œuvre ou effet organisé d'avance par la loi pour éviter des risques d'application discriminatoire ayant pour effet de détourner un justiciable de son juge assigné par la loi.

Au terme de ces lignes, il est patent d'observer que même si le principe du droit au juge naturel n'est pas littéralement mentionné dans les textes en vigueur au Cameroun, notamment ceux d'origine interne, cela ne signifie pas que l'esprit de ce principe est ignoré puisqu'il se reconstitue aisément lorsqu'on combine le sens des principes d'égalité, devant la loi ou la justice, et de légalité de l'organisation judiciaire. Ce dernier principe voit cependant sa portée perturbée par l'exorbitance des pouvoirs accordés aux présidents de tribunaux d'instance en matière de composition de ces juridictions. Il faut maintenant prendre conscience du fait que l'exercice des pouvoirs administratifs des chefs de juridiction doivent composer sérieusement avec les principes fondamentaux du procès équitable, ce surtout en évitant d'interférer dans l'organisation judiciaire dont la compétence est constitutionnellement dévolue au Parlement. Cet organe doit à son tour mesurer le poids de la responsabilité qui lui incombe et veiller à préserver les enjeux liés à l'organisation judiciaire en garantissant spécialement, à tout justiciable, le droit au juge naturel.

RÉFÉRENCES BIBLIOGRAPHIQUES / BIBLIOGRAPHIC REFERENCES

- Akam Akam, A. « La loi et la conscience dans l'office du juge », *Revue de l'ERSUMA, Droit des affaires - Pratique Professionnelle*, (2012) n° 1, Juin, *Pratique professionnelle*, URL: <http://revue.ersuma.org/no-1-juin-2012/pratique-professionnelle/LA-LOI-ET-LA-CONSCIENCE-DANS-L>.
- Cadiet, L. « Introduction à la notion de bonne administration de la justice en droit privé », (2013) in *Revue Justice & cassation*, Dalloz, p. 14.
- Clay, Th. *L'arbitre*, Dalloz, nouvelle biblio. thèse, préface Ph. Fouchard, 2001, n° 205.
- Cohen, D. « Contentieux d'affaires et abus de forum shopping », (2010) *Recueil Dalloz, Chron.*, p. 975.
- Commission de Venise du Conseil de l'Europe, Liste des critères de l'État de droit, (2016) https://www.venice.coe.int/images/SITE%20IMAGES/Publications/Rule_of_Law_Checklist_FRA.pdf.
- Cornu, G. (Dir.), *Vocabulaire juridique*, (2018) 12^{ème} édition mise à jour, PUF.
- Desdevis, « Collégialité, impartialité et contradiction », (2010) *Mélanges Serge Guinchard*, Dalloz, p. 234.

- Djedjet-Golly, S. B. « La nomination et la révocation des juges et le système de (l'attribution des dossiers) la distribution des affaires dans les tribunaux civils en Côte d'Ivoire - enjeux actuels », (2017) <https://doi.org/10.5771/2363-6262-2017-3-1>, <https://www.nomos-elibrary.de/agb>.
- Donier, V. et Lapérou-Scheneider B. « Propos introductifs » (2013) in *Accès au juge - quelles évolutions* -, 1^{ère} édition, Bruxelles, Bruylant, p. 21.
- Fricero, N. *Les institutions judiciaires*, (2017) Mémentos LMD, 8^{ème} édition, p. 13.
- Guinchard, S. (Dir.), *Droit et pratique de la procédure civile 2021-2022*, (2021) 10^{ème} édition, Dalloz, coll. Dalloz Action,, n° 31.11.
- Héron, J. et Le Bars, Th. *Droit judiciaire privé* (septembre 2015), Domat Droit privé, LGDJ, 6^{ème} édition, n° 7.
- Jean, J.-P. « Préface », (2013) in Donier, V. et Lapérou-Scheneider B. (Dir.), *Accès au juge - quelles évolutions*, 1^{ère} édition, Bruxelles, Bruylant, p. 19.
- Jeuland, E. « Le droit au juge naturel et l'organisation judiciaire », (2008) *Revue française d'administration publique*, n° 125, p. 36.
- Jeuland, E. *Droit processuel général*, (2014) 3^{ème} édition, LGDJ, Domat Droit privé, p. 147.
- Luzolo Bambi Lessa, E.-J. *Traité de droit judiciaire, La justice congolaise et ses institutions*, (2018) Presses Universitaires du Congo (PUC), Kinshasa, n° 116.
- Pizzorusso, A., « Les rapports entre politique et justice en Italie de l'après-guerre à nos jours », (2001) *Laboratoire italien* [Online], 2 |, Online since 12 April 2018, connection on 15 May 2023. URL: <http://journals.openedition.org/laboratoireitalien/273>; DOI: <https://doi.org/10.4000/laboratoireitalien.273>.
- Portalès, J.-E. M. *Discours préliminaire sur le projet de code civil*, prononcé le 21 janvier 1801, (2004) Préface de Michel Massenet. Bordeaux, Éditions Confluences.
- Renoux, Th. S. « Le droit au juge naturel, droit fondamental », (1993) *RTD Civ.*, n° 01, p. 33.
- Sayn, I. « La place des outils procéduraux dans l'accès au droit et à la justice des plus pauvres », (2007) in *Droit et pauvreté*, séminaire ONPES - DRESS MiRe, p. 139.
- Seif, U. « Droit et Justice retenue. Sur les origines de la garantie du « juge naturel » en dehors des théories de la séparation des pouvoirs du XVII^e au XIX^e siècle », (2005) *Revue historique de droit français et étranger* (1922-), 83(2), 215-245. Retrieved November 13, 2020, from <http://www.jstor.org/stable/43852778>.
- Timtchueng, M. « Les interactions entre la justice de droit écrit et la justice de droit traditionnel au Cameroun », in *Justice & Intégration, Mélanges en l'honneur du Professeur Ndiaw Diouf, Tome I* : Justice, Éditions du CREDIJ, 2020, pp. 641 et ss.



Civil Procedure Review

AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

2

A defesa do executado por simples petições e a garantia do juízo como condição para suspensão da execução

the judgment debtor's defense and the guarantee
as a requirement for the execution stay

Filipe Ramos Oliveira

Ph.D. candidate at the University of São Paulo (USP).
M.Sc. at the Federal University of Espírito Santo (UFES), Brazil.

Resumo: O artigo compara as defesas do executado que o sistema permite sejam apresentadas mediante simples petição (arts. 518 e 803, parágrafo único, CPC) com as que tomam forma de impugnação ao cumprimento de sentença (art. 525, CPC) e embargos à execução (art. 914, do CPC). A partir dessa comparação e seguindo o método hipotético-dedutivo, formula-se a hipótese de que a distinção entre essas formas de defesa se dá a partir de seus fundamentos e sua relação com a especialização da execução em prol do exequente, o que se demonstra a partir da regra que exige a segurança do juízo como condição à suspensão da execução.

Palavras-chave: Execução; defesa do executado; defesas de rito; defesas de mérito; suspensão da execução; garantia do juízo

Abstract: The article compares the judgment debtor's defenses that the system allows to be presented as simple motions (arts. 518 e 803, sole paragraph, CPC) with those that assume the form of judgment satisfaction objection (art. 525, CPC) and motion to stay the execution (art. 914, CPC). From that comparison and following the hypothetical-deductive method is formulated the hypothesis that the distinction between these forms of defense is given by its grounds and its relationship with the execution procedure specialization in favor of the creditor, what is demonstrated from the rule that requires the execution to be guaranteed before its stay is granted.

Keywords: Execution; judgment debtor’s defense; procedure defense; defense on the merits; execution stay; execution guarantee

Sumário: 1. Introdução; 2. Pretensão executiva e defesa na execução: premissas para a compreensão do tema; 3. Admissibilidade da demanda executiva, eficácia executiva e atos executivos; 3.1. *Objecções materiais e o ônus do executado na superação da incerteza*; 4. Admissibilidade da demanda, eficácia executiva e efetividade da tutela jurisdicional: a segurança do juízo; 5. A exceção de pré-executividade; 6. Da atipicidade à tipicidade: da exceção de pré-executividade às simples petições; 5. Conclusão

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objeto a defesa do executado que se realiza mediante a apresentação de simples petições, sem a formal dedução de impugnação ao cumprimento de sentença ou embargos do executado.

Sob o CPC/1973, essa foi uma via construída pela doutrina e pela jurisprudência para conferir ao executado a possibilidade de se defender sem a necessidade de prévia segurança do juízo. Foi o que se chamou, à época, de exceção (ou objeção) de pré-executividade.

As reformas legislativas das décadas de 1990 e 2000, dentre outras tantas alterações, suprimiram a segurança do juízo como requisito de admissibilidade da defesa na execução, que, adicionalmente, deixou de ser uma causa *ope legis* de suspensão dos atos executivos. Houve quem apontasse essas inovações como o fim da exceção de pré-executividade.

As defesas por simples petições, porém, não só sobreviveram, como acabaram integradas à disciplina conferida pelo CPC/2015 à execução, que as consagrou nos arts. 518 e 803, parágrafo único: o que era um meio atípico, tornou-se típico.

A hipótese que se quer explorar neste artigo, seguindo o método hipotético-dedutivo, é a de que a distinção entre as simples petições e a impugnação/embargos se dá pelo conteúdo, com reflexos importantes sobre o procedimento a que se submetem: a partir do conteúdo se identificam as regras de forma que condicionam o procedimento.

O teste dessa hipótese se dará com a análise da regra que condiciona a suspensão da execução pela via dos embargos ou da impugnação ao cumprimento de sentença à prévia segurança do juízo, para concluir-se que sua aplicação varia em função do conteúdo da defesa, inclusive quando esta seja rotulada de exceção (ou objeção) de pré-executividade.

2. PRETENSÃO EXECUTIVA E DEFESA NA EXECUÇÃO: PREMISSAS PARA A COMPREENSÃO DO TEMA

A execução civil é o complexo de atos pelos quais o Estado-juiz, com ou sem o concurso da vontade do executado, torna efetiva a sanção decorrente do inadimplen-

to de uma obrigação¹. O objeto do processo de execução é a pretensão processual deduzida pelo exequente, no sentido de que sejam praticados atos processuais² que lhe confirmem resultado prático igual ou equivalente³ àquele que seria obtido com o comportamento voluntário e tempestivo do devedor⁴⁻⁵.

Superada há muito a concepção de que não haveria contraditório no processo de execução⁶, configuram defesa do executado todos seus atos postulatórios que representem resistência à pretensão do exequente⁷. A partir dessa ideia mais ampla, são

- 1 É, com algumas adaptações, a definição de Liebman (LIEBMAN, Enrico Tullio. Processo de execução. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1962, n. 2, p. 4-5), consagrada por Dinamarco (DINAMARCO, Cândido Rangel. Execução civil. 8ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002, n. 63, p. 120-121; DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil, vol. IV. 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 2019, n. 1.521, p. 31-32).
- 2 Atos processuais executivos de sub-rogação ou coerção: DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil, vol. IV, 2019, n. 1.528, p. 41-42; GUERRA, Marcelo Lima. Execução indireta. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 23-28 e 30-34.
- 3 Esse resultado é o bem da vida perseguido no processo executivo e assume papel de destaque na teoria do objeto do processo. Para a noção adotada de objeto do processo executivo, vide: DINAMARCO, Cândido Rangel. Execução civil, n. 59, p. 115-117; DINAMARCO, Cândido Rangel. O conceito de mérito em processo civil. In: Fundamentos do processo civil moderno, t. I. 5ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002, n. 112, p. 259-261. De forma semelhante, vide: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da.; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil, vol. 5: execução. 11ª ed., Salvador: Juspodivm, 2021, p. 62. Demonstrando que não há distinção entre o bem da vida almejado na fase cognitiva e o da execução, vide: SICA, Heitor Vitor de Mendonça. Cognição do juiz na execução civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 101-111. Concorda-se com a posição de Sica, observando-se, apenas, que o bem da vida almejado pelo autor no processo de cognição instaurado por uma demanda condenatória não é só resultado prático apto a satisfazer o direito subjetivo violado, mas, também, o bem da vida representado pela certeza jurídica produzida pela declaração judicial. Com isso compreende-se por que um sujeito que disponha de um título executivo extrajudicial pode preferir ajuizar uma demanda condenatória em lugar da execução autônoma (art. 785, CPC): a obtenção da certeza jurídica, que, em regra, só se produz com a sentença de procedência no processo de cognição. Para considerações a respeito do objeto do processo e sobre a complexidade da sentença condenatória, vide, do autor deste artigo: OLIVEIRA, Filipe Ramos. Coisa julgada sobre questões prejudiciais: limites objetivos e subjetivos. Londrina, PR: Thoth, 2021, p. 133-149, notas n. 392 e 393.
- 4 LIEBMAN, Enrico Tullio. Processo de execução, n. 1, p. 3. Em sentido mais geral, é essa a conhecida lição de Chiovenda: «o processo deve dar, na medida do possível, a quem tem um direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que tem direito de conseguir» (CHIOVENDA, Giuseppe. De la acción nacida del contrato preliminar. In: Ensayos de derecho procesal civil, t. I. Buenos Aires: EJEA, 1949, p. 214, em tradução livre).
- 5 Não é casual, neste parágrafo, a referência, de um lado, à pretensão do exequente (em lugar de credor) e, de outro, ao resultado prático equivalente ao comportamento do devedor (em lugar de executado). Aquele que executa pode, muito bem, não ser credor, como se dá nas hipóteses de legitimação extraordinária (DINAMARCO, Cândido Rangel. Execução civil, n. 286, p. 452-453). Na outra ponta, embora o executado possa não ser o devedor, por exemplo, quando há responsabilidade sem dívida (DINAMARCO, Cândido Rangel. Execução civil, ns. 153-154, p. 257-261), é certo que o parâmetro para aferir a satisfação do exequente será sempre o bem da vida representado pelo resultado prático equivalente àquele a que se obrigou o devedor (DINAMARCO, Cândido Rangel. Execução civil, n. 59, p. 115-116).
- 6 Para referência aos que sustentaram a ideia no passado e sua refutação, vide: SICA, Heitor Vitor de Mendonça. Cognição do juiz na execução civil, p. 137-138, nota n. 7.
- 7 A definição é a simples adaptação, à pretensão executiva, da ideia de que o autor age e o réu reage, sendo defensivas as reações que tenham por escopo a manutenção do status quo ante, ou a insatisfação da pretensão. Em outras palavras, vide: DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil, vol. I. 10ª ed., São Paulo: Malheiros, 2020, n. 121, p. 287-288. Essa noção mais ampla de resistência permite que se considere

defesas tanto os atos postulatorios que visem à extinção da execução sem satisfação da pretensão (total ou parcialmente), quanto aqueles que visem à desconstituição de atos executivos.

É bastante consagrada a classificação das defesas na execução a partir de seu fundamento⁸, para as dividir em: a) defesas de rito, quando fundadas na ausência de pressupostos processuais ou na carência de ação (legitimidade e interesse)⁹; e b) defesas de mérito, quando fundadas na inexistência do crédito exequendo¹⁰.

Há, porém, uma outra perspectiva que, embora não seja seguida por toda doutrina, interessa sobremaneira ao presente estudo, porque revela um critério classificatório muito útil. Cuida-se da ideia de que, seja qual for a via adotada (se embargos, impugnação ou simples petição nos autos), a defesa na execução ora se faz sem ora se faz com a dedução de uma demanda do executado¹¹. Com isso, dividem-se os atos

a reconvenção um ato de defesa, sempre que ela puder resultar na improcedência total ou parcial dos pedidos autorais (SICA, Heitor Vitor Mendonça. O direito de defesa no processo civil brasileiro: um estudo sobre a posição do réu. São Paulo: Atlas, 2011, p. 171, nota n. 22) e, no que interessa a este estudo, permite que se considerem defesas os embargos à execução e a impugnação ao cumprimento de sentença (DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil, vol. IV, 2019, n. 2.047, p. 733-734). De forma lapidar, Marcelo Abelha assinala que: «[...] o fato de a defesa ser exercitada por meio de uma ação não teve e não tem o condão de alterar a substância da defesa do referido remédio, porque o que pretende o executado com a sua utilização é obstar a tutela jurisdicional executiva pretendida pelo credor, ou seja, impedir ou retardar a entrega do bem da vida ao exequente ou, quiçá, obter a declaração de que o direito pretendido não existe» (ABELHA, Marcelo. Manual de execução civil. 7ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 534).

- 8 Usa-se, aqui, a terminologia de Liebman: LIEBMAN, Enrico Tullio. Embargos do executado: oposições de mérito no processo de execução. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1968, n. 89, p. 150-151. Não há verdadeira uniformidade terminológica, mas, substancialmente, a categoria não varia significativamente na doutrina nacional: ABELHA, Marcelo. Manual de execução civil, p. 550; ASSIS, Araken de. Manual da execução (livro eletrônico). 5ª ed. em e-book, baseada na 21ª ed. impressa, 2020, n. 547. A mesma classificação se vê na doutrina italiana mais recente: PISANI, Andrea Proto. Lezioni di diritto processuale civile. 6ª ed., Napoli: Jovene, 2014, p. 698-700. Registre-se que, na Itália, as oposições do executado variam em sua forma a partir do fundamento. Há a opposizione agli atti esecutivi (art. 617, do CPC italiano), que se fundam na regularidade formal do título ou dos atos subsequentes, e a opposizione all'esecuzione (art. 615, do CPC italiano), fundadas na inexistência do direito à execução (ou ineficácia do título) ou na própria inexistência do crédito (as oposições de mérito). Estas ainda se subdividem conforme o momento de sua dedução em opposizione a precetto, quando apresentadas antes de qualquer ato de execução, e opposizione a pignoramento, quando apresentadas após a penhora, na execução pecuniária ou o primeiro ato executivo nas demais. Para essas subdivisões, vide: CONSOLO, Claudio. Spiegazione di diritto processuale civile, vol. II: le tutele (di merito, sommarie ed esecutive) e il rapporto giuridico processuale. 11ª ed., Torino: Giappichelli, 2017, p. 336-337 e 345-346. Para o sistema italiano, portanto, é bastante útil a subdivisão que Dinamarco propõe nas oposições de rito, conforme a nota que segue.
- 9 Dinamarco divide a categoria em duas espécies, as oposições relacionadas com o direito à execução e as oposições em matérias puramente processuais. No primeiro grupo, estão as defesas que dizem respeito à inexistência ou incompletude do título, além da ilegitimidade (DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil, vol. IV, 2019, n. 2.074, p. 733-734); no segundo, os pressupostos processuais e requisitos de validade dos atos processuais (DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil, vol. IV, 2019, n. 2.086, p. 780-782). A proposta, portanto, não diverge da classificação tradicional.
- 10 DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil, vol. IV, 2019, n. 2.061, p. 754-756.
- 11 A bem da verdade, os doutrinadores que adotam essa classificação acabam fazendo uma relação direta e automática entre os fundamentos de mérito e a condição de demanda. Ainda assim, porém, é uma classificação fundada na configuração do ato postulatorio como demanda ou não. Para essa classificação, vide: GRECO,

postulatórios defensivos em: 1) simples defesas, quando o executado não postula tutela jurisdicional que vá além da extinção da execução¹²; e 2) demandas¹³ defensivas¹⁴, quando o executado deduz pretensão processual à declaração ou a desconstituição do crédito exequendo como forma de, mediatamente, obter a extinção da execução¹⁵.

Leonardo. Ações na execução reformada. In: SANTOS, Ernani Fidélis dos. et. al. (Coord.). Execução civil: estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 858-863; GRECO, Leonardo. Os meios de defesa na execução. In: Revista eletrônica de direito processual, vol. 22. Rio de Janeiro, 2021, p. 555; ABELHA, Marcelo. Manual de execução civil, p. 543-545; SICA, Heitor Vitor de Mendonça. Cognição do juiz na execução civil, p. 143-146. Divergindo dessa proposta, há a doutrina mais tradicional, representada, por exemplo, por Dinamarco, para quem os embargos e a impugnação sempre constituem demanda, ainda que distinga, a partir do fundamento, quando há, além da simples oposição à execução, pedido de tutela declaratória quanto ao crédito: DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil, vol. IV, n. 2.046, p. 731-733. De forma semelhante, mas com algumas distinções, vide: ASSIS, Araken de. Manual da execução, ns. 544 e 589. No espectro oposto das discordâncias se situa Scarpinella Bueno, para quem a impugnação e os embargos sempre são simples defesas, nunca demandas: BUENO, Cassio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil, vol. 3: tutela jurisdicional executiva. 10ª ed., São Paulo, Saraiva Educação, 2021, p. 634 e ss. Sua tese, porém, parece entrar em contradição com premissas que fixa em outras partes de seu Curso. O autor adota, em linhas gerais, a ideia de que a demanda é um pedido de tutela jurisdicional, concretização do direito de agir. Do mesmo modo, sustenta que o exequente não pede um julgamento, mas apenas a satisfação de seu direito (BUENO, Cassio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil, vol. 3, p. 125 e 145-146). Ora, se é assim, para que ocorra julgamento a respeito da existência do direito exequendo, ele há de ser pedido por alguém, ou, segundo propõe o autor, pelo executado (BUENO, Cassio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil, vol. 3, p. 159-160). Dessa forma, a partir das próprias premissas do autor, parece seguro sustentar que, para que haja julgamento a respeito da existência do direito exequendo, o executado haverá de propor uma demanda, sendo esta, portanto, a discordância que ora se expõe a seu pensamento. Do contrário, sem uma demanda do executado, seria de rigor admitir que, nesses casos, o Estado-juiz emitiria uma decisão extra petita. Não se quer dizer que essa última hipótese seja absurda, é o que se dá, segundo se demonstrará, nos casos de prescrição ou, mesmo no processo de conhecimento, com os impropriamente chamados pedidos implícitos. Talvez seja mesmo essa a opinião do autor, exposta superficialmente em outro volume de seu Curso (BUENO, Cassio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil, vol. 2: procedimento comum, processos nos tribunais e recursos. 8ª ed., São Paulo, Saraiva Educação, 2019, p. 68-69), mas não aprofundada ao tratar da execução.

- 12 GRECO, Leonardo. Ações na execução reformada, p. 859.
- 13 Compreende-se por demanda o ato jurídico pelo qual um sujeito reclama a tutela jurisdicional mediante a dedução de uma pretensão processual, instituindo ou alterando o objeto de um processo. Para essa acepção, vide: DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual, vol. II. 8ª ed., São Paulo: Malheiros, 2019, n. 508-513, p. 126-135.
- 14 De forma bastante didática, Greco fala em embargos-ação e embargos-exceção (ou impugnação-ação e impugnação-exceção) para referir-se à oposição que se faz com o ajuizamento de uma demanda ou por simples defesa (GRECO, Leonardo. Ações na execução reformada, p. 859-860). O autor fala, também, em embargos-defesa (GRECO, Leonardo. Ações na execução reformada, p. 860-861) para referir-se às oposições feitas em procedimentos especiais nos quais há uma fase preliminar tipicamente cognitiva, como na insolvência civil, que permanece sujeita à disciplina do CPC/1973.
- 15 Há certa divergência doutrinária a respeito da espécie de provimento almejado nos embargos, polêmica que acaba por se transferir a todas as formas de demandas defensivas. Para Liebman, as oposições de mérito sempre conteriam um pedido declaratório negativo ou constitutivo negativo voltado ao crédito e outro, constitutivo negativo, voltado ao título executivo, ligados prejudicialmente (LIEBMAN, Enrico Tullio. Embargos do executado: oposições de mérito no processo de execução, n. 99, p. 163-165). Não se faz necessário o ingresso na polêmica, pois, de resto, não há dúvidas de que o que particulariza os embargos de mérito e as demandas defensivas é o fato de que sempre contém um pedido relacionado à situação jurídica material: DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil, vol. IV, n. 2.048, p. 734-736.

O que interessa destacar, neste ponto, é que, com poucas exceções (que serão explicitadas mais adiante), há uma sobreposição entre o conjunto das defesas de mérito (b) e as demandas defensivas (2).

Isso se dá em função da opção legislativa que torna o processo de execução um instrumento mais efetivo para a tutela de determinados créditos: para a deflagração da dos atos executivos, basta ao exequente o preenchimento dos pressupostos processuais, comuns a quaisquer processos, e das condições da ação executiva.

Uma consequência dessa opção é que a incerteza sobre a existência do crédito exequendo - ou seja, a possibilidade de que ele inexistia - não é um óbice a que se pratiquem os atos executivos. Se, no passado, isso se explicava a partir de uma eficácia abstrata dos títulos executivos¹⁶, preferiu-se tratar dessa peculiaridade como uma especialização do procedimento executivo, que se faz em prol de uma maior efetividade, transferindo-se ao executado o ônus da incerteza da existência do crédito e do tempo necessário à sua superação: a ele incumbirá provocar, com uma demanda, a superação dessa incerteza¹⁷.

Por incerteza, não se deve compreender algum estado subjetivo¹⁸, mas puramente objetivo, em estrita associação com a ideia de declaração judicial estável como forma de superação da incerteza mediante a eliminação das vias de contestação judicial da (in)existência de uma situação jurídica¹⁹.

Compreende-se, desse modo, a razão pela qual, mesmo quando já houve condenação passada em julgado (título executivo judicial por excelência), há uma mar-

-
- 16 LIEBMAN, Enrico Tullio. Embargos do executado: oposições de mérito no processo de execução, ns., 81-83, p. 135-142; DINAMARCO, Cândido Rangel. Execução civil, n. 312, p. 489-491; SHIMURA, Sérgio. Título executivo. 2ª ed., São Paulo: Método, 2005, p. 147-147.
- 17 Essa a perspectiva de Marcelo Lima Guerra, e que muito inspira este estudo: GUERRA, Marcelo Lima. Execução forçada: controle e admissibilidade, p. 30-40. O autor brasileiro se apoiou na monografia de Italo Andolina, responsável pela reflexão que vê na instituição de títulos executivos uma opção do legislador a respeito de quem deve arcar com o ônus do tempo diante da incerteza natural que acompanha o processo, de modo a resolver a situação a que denominou conflito executivo (ANDOLINA, Italo. «Cognizione» ed «esecuzione forzata» nel sistema della tutela giurisdizionale (corso di lezione). Milano: Giuffrè, 1983, p. 21-23). No interior do processo, a modulação desse ônus se manifesta na escolha do momento a partir do qual a eficácia executiva pode ser liberada (ANDOLINA, Italo. «Cognizione» ed «esecuzione forzata» nel sistema della tutela giurisdizionale, p. 32-34), enquanto, fora do processo, manifesta-se como a escolha dos atos (em sentido bastante amplo) aos quais se conferirá a mesma eficácia executiva conferida à sentença condenatória (ANDOLINA, Italo. «Cognizione» ed «esecuzione forzata» nel sistema della tutela giurisdizionale, p. 32-34). A relação entre o tempo, a execução e a escolha feita em prol da satisfação do crédito incerto não passava despercebida a Liebman, que também a apontava como determinante nas escolhas legislativas e, particularmente, na técnica do título executivo: LIEBMAN, Enrico Tullio. Embargos do executado: oposições de mérito no processo de execução, n. 63-64, p. 93-97.
- 18 A bem da precisão, talvez existam expressões mais felizes para significar essa ideia, já que, ao menos em português, certeza e incerteza são muito comumente associadas a estados mentais, notadamente às noções de crença e convicção. De todo modo, é corrente, no discurso jurídico - científico e técnico - o uso dessas expressões para denotar o resultado da tutela declaratória, sendo essa a acepção de que se utiliza no texto
- 19 DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil, vol. III. 8ª ed., São Paulo: Malheiros, 2019, n. 1.086, p. 260. É a ideia, de resto, que remonta a Chiovenda e sua afirmação de que a certeza jurídica é, em si mesma, um bem da vida: CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil, vol. 1. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1965, p. 48-49 e p. 209-211.

gem ineliminável de incerteza representada pela possibilidade da ocorrência de fatos novos que não são abarcados pelos limites objetivos da coisa julgada ou por sua eficácia preclusiva (comumente conjugados no estudo dos limites temporais da coisa julgada)²⁰. Como a declaração se refere sempre ao passado, ela se torna derrotável no mesmo momento em que adquire estabilidade²¹, ainda que, inegavelmente, seja menos vulnerável, sob a ótica da execução, do que os títulos executivos extrajudiciais²². Em ambos os casos, porém, a criação dos títulos executivos representa uma escolha do legislador a respeito de qual das partes arcará com o ônus do tempo e dessa de incerteza ineliminável²³.

- 20 Para a relação entre certeza jurídica e eficácia preclusiva, bem como, entre limites objetivos e limites temporais, vide: OLIVEIRA, Filipe Ramos. Coisa julgada sobre questões prejudiciais: limites objetivos e subjetivos, p. 173-175 e p. 199-201.
- 21 Essa incerteza conatural à decisão e sua inserção no tempo marca a história do processo de tal forma que, no período romano clássico, a simples possibilidade de que o réu atendesse à condenação em determinado prazo (o chamado *tempus iudicati*), era o suficiente para se negar ao autor algum instrumento efetivamente executivo. Nesse cenário, sem o cumprimento espontâneo, o autor deveria se valer da *actio iudicati*, em que a simples contestação do réu fazia necessário novo *iudicium* que, de distinto em relação ao primeiro, tinha apenas a possibilidade de condenação em dobro, se infundada a oposição. Para essas noções, vide: LIEBMAN, Enrico Tullio. Embargos do executado: oposições de mérito no processo de execução, n. 2-9, p. 2-15. Nessa época, enquanto houvesse incerteza, não havia execução, e a superação desse impasse é, grosso modo, a história da própria execução civil: LIEBMAN, Enrico Tullio. Embargos do executado: oposições de mérito no processo de execução. n. 63, p. 93-95. A permanência da incerteza, mesmo após o trânsito em julgado, levou Andolina a concluir, com perspicácia, que toda execução conserva uma margem de provisoriedade (ANDOLINA, Italo. «Cognizione» ed «esecuzione forzata» nel sistema della tutela giurisdizionale, p. 26).
- 22 Não é por acaso, como se sabe, que as defesas de mérito oponíveis contra o título judicial se limitem a fatos supervenientes (art. 525, §1º, VII, CPC): DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil, vol. IV, n. 2.061, p. 754; ABELHA, Marcelo. Manual de execução civil, p. 570-571. É equivocado, porém, tratar essa enumeração dos fundamentos como uma limitação horizontal à cognição, como faz parte da doutrina. O equívoco reside em que, a rigor, estes não são limites postos pelo legislador a esse procedimento em particular, mas apenas um reflexo da coisa julgada, sua eficácia preclusiva e, também, sua aptidão tornar irrelevantes os vícios processuais. A rigor, mesmo que se caracterizem esses limites «naturais» como limitações horizontais à cognição, seria impositivo reconhecer que todo processo nasce, potencialmente, com limites cognitivos decorrentes das decisões eventualmente proferidas no passado contra as partes, de modo que a impugnação (ou o procedimento executivo em si) sofreria, ao fim, dos mesmos limites abstratamente impostos a qualquer processo. Suas limitações, portanto, não seriam uma especialização procedimental. Discorda-se, por isso, do próprio Kazuo Watanabe em seu conhecido estudo sobre a cognição (WATANABE, Kazuo. Cognição no processo civil. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012, n. 22.2, «c») e, no campo mais específico da execução, de Araken de Assis (ASSIS, Araken de. Manual da execução, ns. 591) e Heitor Sica (SICA, Heitor Vitor Mendonça. Cognição do juiz na execução civil, p. 153 e nota n. 61).
- 23 Considerações semelhantes a estas levaram Alexandre Minatti a ver uma aproximação entre a execução e a antecipação de tutela, já que, em ambos os casos haveria uma aceleração do procedimento em prol da efetividade (MINATTI, Alexandre. Defesa do executado (livro eletrônico). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, 3.2.2). A semelhança é mesmo notável, mas se restringe à dimensão da busca por efetividade. A ideia de antecipação de tutela apenas faz sentido, evidentemente, se algo é antecipado. No processo de cognição, antecipa-se a satisfação da pretensão afirmada em relação ao momento em que haverá a produção da certeza jurídica. Como na execução o exequente não postula a produção de certeza, a satisfação não é antecipada pelo simples fato de que nada há a se realizar depois. Produção de certeza apenas haverá por iniciativa do executado ou nas raras hipóteses em que se autoriza a cognição de ofício (o tema será explorado adiante). A comparação, portanto, é menos feliz do que parece à primeira vista.

Como a demanda do exequente não tem por objeto a superação da incerteza mediante uma declaração judicial, o executado que pretenda obter uma declaração em seu favor tem o ônus de deduzir sua própria demanda a fim de alcançar esse objetivo²⁴. Essa é uma diferença fundamental entre o módulo ou processo executivo e o cognitivo²⁵. Neste último, ao menos na generalidade dos casos, a demanda do autor contém, no mínimo, a aspiração a uma declaração²⁶, de modo que, mesmo sem nenhuma iniciativa do réu (simples defesa ou demanda) sempre há a possibilidade de o processo findar com uma declaração oposta à postulada pelo autor²⁷.

Essa é uma boa explicação para que, no módulo executivo, as defesas de mérito fiquem a depender da dedução de uma demanda do executado. A vantagem dessa explicação é que ela também comporta a ideia de que a tutela mais limitada obtida com o acolhimento de uma defesa de rito pode ser alcançada independentemente da iniciativa do executado: como se cuida de matérias relacionadas à própria admissibilidade da demanda executiva e, por isso, sempre cognoscíveis de ofício²⁸, nestes casos a execução se encerra sem que se supere a incerteza a respeito do crédito exequendo²⁹.

24 Embora tomasse em conta a situação dos sujeitos antes de um processo, é interessante a ideia de Liebman de que a dedução de uma demanda é um ônus e um direito de quem quer obter a tutela jurisdicional: LIEBMAN, Enrico Tullio. Manual de direito processual civil, vol. I. 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2005, p. 193-194. Se no módulo cognitivo o réu pode obter a tutela declaratória mesmo sem nenhuma iniciativa (vide a nota n. 27), a ideia de Liebman é consistente com a perspectiva ora apresentada, que impõe ao executado o ônus de demandar para obter a tutela declaratória que o livre da execução.

25 DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil, vol. IV, n. 1.334, p. 52.

26 LIEBMAN, Enrico Tullio. Manual de direito processual civil, vol. I, p. 233; DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil, vol. III, n. 1.068, p. 236, e n. 1.095, p. 274. É bem verdade que, nessas passagens, Dinamarco trata da complexidade das decisões de mérito, que sempre contém um elemento declaratório. Como a sentença, para ser congruente, deve se limitar aos pedidos, é bem claro que esse elemento declaratório é a resposta a um pedido declaratório sempre presente nas demandas «cognitivas», em oposição às executivas. Não se trata, porém, de uma ficção ou da pressuposição de um pedido implícito, mas da constatação de que, no caso das demandas cognitivas, postula-se sempre um julgamento, ou, nas palavras de Chiovenda, a formulação da vontade concreta da lei (CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil, vol. 1, p. 183, p. 185, p. 194 e 209-211).

27 Essa é uma afirmação corrente na doutrina, mas que alcança diferentes significados a depender do compromisso dos autores com outros temas caros ao processo civil. Partindo-se do pressuposto de que, no Brasil, a identificação da causa de pedir se faz a partir da teoria da substanciação, o mais correto é considerar que, embora a improcedência, sem dúvida, seja uma declaração de inexistência da situação jurídica que o autor pretendia ver declarada (ou o contrário, se o pedido era declaração de inexistência), essa é uma declaração limitada estritamente a causa de pedir deduzida pelo autor derrotado. Por isso, em termos analíticos, a tutela obtida pelo réu vencedor é mais restrita do que a que seria obtida pelo autor vencedor. Para essa perspectiva, com amplas referências, vide, do autor deste artigo: OLIVEIRA, Filipe Ramos. Coisa julgada sobre questões prejudiciais: limites objetivos e subjetivos, p. 170-178. Em sentido oposto, vide, com proveito: SICA, Heitor Vitor Mendonça. O direito de defesa no processo civil brasileiro: um estudo sobre a posição do réu, cap. X, especialmente, p. 229.

28 Sobre a possibilidade de o juiz conhecer, de ofício, a respeito dos fundamentos da oposição de rito, vide, por todos: DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil, vol. IV, 2019, n. 2.111, p. 817-820.

29 Isso não significa que essas decisões não possam adquirir estabilidade igual ou equivalente à coisa julgada material, mas, apenas, que seu objeto não será a própria existência do crédito. Sobre a estabilidade das decisões que inadmitem a demanda executiva, veja-se, por exemplo: DINAMARCO, Cândido Rangel. Execução

Como se verá adiante, o campo legítimo de atuação da chamada exceção de pré-executividade e, mais recentemente, das simples petições, é o da admissibilidade da demanda executiva, da invalidade dos atos executivos e das defesas de mérito cognoscíveis de ofício. Para essa perspectiva, são necessárias algumas considerações.

3. ADMISSIBILIDADE DA DEMANDA EXECUTIVA, EFICÁCIA EXECUTIVA E ATOS EXECUTIVOS

Se, com relação à execução por processo autônomo, não há muitas dúvidas quanto à caracterização do primeiro ato postulatório do exequente como uma demanda, o mesmo não se passa com o cumprimento de sentença.

Em primeiro plano, há divergência quanto ao cumprimento de sentenças que condenem à entrega de coisa ou a um fazer³⁰. Em segundo plano, há quem sustente que, mesmo nas condenações pecuniárias, em que se exige requerimento (art. 523, CPC), este não seria uma nova demanda, mas uma simples reiteração daquela que deu início à fase cognitiva³¹.

A perspectiva adotada neste trabalho é a de que, seja no cumprimento de sentença, seja no processo executivo autônomo, a execução civil sempre exige um ato postulatório e, mais do que isso, um ato que se caracteriza como uma verdadeira demanda³², pela qual se deduz a pretensão processual executiva mencionada no tópico anterior.

civil, n. 296, p. 469-472. Esse tema ganhou novos contornos sob o CPC/2015, que, em seu art. 486, §1º, prevê uma espécie de estabilidade particular a algumas decisões terminativas. Reitere-se, porém, que a afirmação que ora se fez não diz respeito à estabilidade da decisão, mas a seu objeto, para concluir que não há declaração quanto ao próprio crédito.

- 30 Defendendo que, nesses casos, não se faz necessário nenhum requerimento e, muito menos, uma demanda: ABELHA, Marcelo. Manual de execução, p. 256-257.
- 31 É a posição de Heitor Sica, que, embora sustente que sempre se faz necessário algum requerimento mesmo nas condenações a um fazer ou à entrega de coisa (SICA, Heitor Vitor de Mendonça. Cognição do juiz na execução civil, p. 82-8), não se cuidaria de nova demanda (SICA, Heitor Vitor de Mendonça. Cognição do juiz na execução civil, p. 107-108).
- 32 DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil, vol. IV, 2019 n. 1.848, p. 458-459, n. 1.859 e 1.861, p. 469-471, n. 1.939, p. 572-574. Na nota anterior, fez-se referência a posição de Sica a respeito da inexistência de nova demanda. O autor parte da premissa de que o objeto do processo, representado pela aspiração ao bem da vida, é o mesmo na fase de cognição e na execução, concluindo que o requerimento não é uma demanda (vide a nota n. 3). Discorda-se dessa perspectiva por uma razão simples: ainda que o bem da vida seja o mesmo (ao menos parcialmente, uma vez que já houve declaração), é fato que a tutela executiva não será prestada sem o requerimento. Este, por isso, pode ser visto como um novo pedido de tutela jurisdicional, ainda que referido ao mesmo bem da vida e com fundamento na mesma causa de pedir. Sob esta ótica, seria uma reiteração da demanda anterior, fundada na permanência do estado de insatisfação. Embora entendam que o cumprimento das sentenças que condenam a um fazer ou a um entregar coisa dispensem iniciativa do exequente, Didier Jr., Leonardo C. da Cunha, Paula S. Braga, e Rafael A. de Oliveira afirmam que a execução sempre se inicia por uma demanda, sendo que, nesses casos, o que há é uma “demanda” do juiz: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da.; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil, vol. 5, p. 150-151.

Por isso, a análise que segue tratará dos pressupostos processuais e das condições da ação executiva sob o gênero requisitos de admissibilidade da demanda executiva.

De todo modo, a adoção de uma dessas outras teorias - que dispensam qualquer provocação ou que não as caracterizam como demandas - não impede que sejam esses requisitos tratados como requisitos de admissibilidade, desde que se concorde que o módulo processual executivo – quando for um processo autônomo ou uma simples fase subsequente de um único processo – sujeita-se a requisitos de admissibilidade sem os quais o procedimento não se desenvolve validamente, algo que não desperta maiores dúvidas³³.

Se o estudo dos requisitos de admissibilidade das demandas em geral é sempre importante, ele ganha ainda maior relevo no módulo executivo, já que, admitida a demanda, deflagra-se o primeiro ato executivo em cada uma das modalidades de execução³⁴. Exemplificativamente: i) admitida a demanda executiva fundada em título extrajudicial que represente obrigação de entregar coisa certa, o juiz deve determinar sua busca e apreensão se o executado não a entregar voluntariamente no prazo assinado (art. 806, II, CPC)³⁵; ii) admitida a demanda executiva fundada em título judicial que represente obrigação de fazer, o juiz mandará que o executado realize o fazer, sob pena de multa (art. 536, §1º, CPC)³⁶; iii) admitida a demanda executiva fundada em título judicial que represente obrigação de pagar quantia, o juiz intimará o executado a pagar, sob pena de multa de 10% e penhora (art. 523, §§ 1º e 3º, CPC)³⁷.

Em suma, admitida a demanda executiva, tem-se o suficiente para que os atos executivos sejam deflagrados, ficando sua validade condicionada à admissibilidade da demanda e, eventualmente, a outros requisitos próprios que variam conforme o caso³⁸.

33 É a forma como Heitor Sica compatibiliza a ausência de demanda nova no cumprimento de sentença e o exame das condições da ação: SICA, Heitor Vitor de Mendonça. *Cognição do juiz na execução civil*, p. 255-256.

34 «[...] o juiz tem o dever de fazer essa verificação logo de início, afastando a pendência de processos inviáveis, sobretudo porque é sumamente prejudicial ao executado a imposição de constringências sobre a sua vontade ou sobre seu patrimônio (penhora, busca-e-apreensão) para só depois se fazer o que deveria ter sido feito antes, ou seja, extinguir o processo executivo» (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. IV, 2019, n. 1.870, p. 484). Ainda sob o CPC/1973, a gravidade do exame da admissibilidade da execução fez com que Marcelo Lima Guerra o comparasse ao despacho saneador no procedimento comum: GUERRA, Marcelo Lima. *Execução forçada: controle e admissibilidade*, p. 143.

35 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. IV, 2019, n. 1.881, p. 496-498; GRECO, Leonardo. *Comentários ao código de processo civil*, v. XVI: artigos 797 a 823 - das diversas espécies de execução. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 299-289.

36 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. IV, 2019, n. 1.899 e ss, p. 520 e ss.. A referência à multa se fez por ser o ato executivo mais comum nessa seara, sem ignorar, naturalmente, a possibilidade da cominação de outras medidas coercitivas ou sub-rogatórias, mesmo atípicas: ABELHA, Marcelo. *Manual de execução civil*, 2019, p. 62-64 e 275-276.

37 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. IV, 2019, n. 1.939-1.940, p. 572-575.

38 Apenas a título de exemplo, a validade da penhora depende não só da admissibilidade da demanda executiva, mas da penhorabilidade do bem (DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da.; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*, vol. 5, p. 842-843).

Sobre a admissibilidade da demanda executiva, já se adiantou que devem ser preenchidos os pressupostos processuais e as condições da ação executiva. O primeiro conjunto de requisitos, por mais relevante que seja, não é distinto do que condiciona a admissibilidade de qualquer demanda ou a validade de qualquer processo, ainda que, em alguma medida, ganhe contornos peculiares na execução³⁹. Por isso, os pressupostos processuais não serão objeto de consideração detida.

Dificuldade muito maior sempre houve em relação às condições da ação executiva⁴⁰. De um lado, a própria categoria das condições da ação é alvo de críticas bastante pertinentes⁴¹ e, de outro, mesmo que aceitas em sua formulação mais tradicional, nunca gozaram de uniformidade de tratamento na seara executiva, em que não se postula um julgamento de mérito⁴².

Passando ao largo das polêmicas, parece bastante segura a ideia de que, sejam o que forem, legitimidade e interesse de agir, quando aferidos *in statu assertionis*⁴³, são requisitos de admissibilidade das demandas em geral⁴⁴ e da demanda executiva em particular, de modo que, não preenchidos, dão lugar a decisões terminativas, notadamente o indeferimento da petição inicial⁴⁵.

39 DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil, vol. IV, 2019, n. 1.553, p. 73-75; ABELHA, Marcelo. Manual da execução civil, p. 206-207.

40 GUERRA, Marcelo Lima. Execução forçada: controle de admissibilidade, p. 116-117.

41 No Brasil, remontam a Galeno Lacerda (LACERDA, Galeno. Despacho saneador. 3ª ed., Porto Alegre: Fabris, 1990, p. 75-93), com adesões que se estendem à doutrina contemporânea, de que são exemplo Fredie Didier Jr. e Rodrigo Ramina de Lucca: DIDIER JR., Fredie. Será o fim da categoria “condição da ação? Um elogio ao projeto do novo código de processo civil”. In: Revista de processo, n. 197, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 256-260, passim; LUCCA, Rodrigo Ramina. Mérito do processo e condições da ação. In: Revista de processo, n. 188, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 69-100, passim.

42 Um ponto que despertou, no mínimo, alguma divergência foi a tese de Dinamarco no sentido de que a apresentação do título executivo é requisito de adequação componente do interesse de agir (DINAMARCO, Cândido Rangel. Execução civil, n. 272, p. 430-431). Segundo relata Dinamarco, na própria sessão de defesa de sua tese de livre docência, Barbosa Moreira levantou objeções contra essa construção e, por isso, mereceu resposta na edição comercial (DINAMARCO, Cândido Rangel. Execução civil, n. 272, p. 430-431, p. 420, nota n. 109). Na linha da objeção de Barbosa Moreira, pode-se ver a posição de Leonardo Greco: GRECO, Leonardo. O processo de execução, vol. I. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 324.

43 Não se ignora que Dinamarco, discípulo de Liebman, rejeite a teoria da asserção (DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil, vol. II, n. 643, p. 368-370). Ainda assim, parece ser o único critério capaz de traçar uma distinção entre a admissibilidade e o mérito, como se vê em: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Direito e processo: influência do direito material sobre o processo. 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 2011, p. 107-114; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Efetividade do processo e técnica processual. 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2010, p. 286 e ss., passim. De forma ainda mais acentuada, a análise em estado de asserção é essencial para aqueles que, preferindo não falar em condições da ação, tratam interesse e legitimidade como requisitos de admissibilidade da demanda: DIDIER JR., Fredie. Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 212 e ss., especialmente, p. 216-219.

44 A perspectiva ora adotada mais se aproxima da forma como Didier Jr. propõe sejam encaradas as condições da ação, isto é, como requisitos de admissibilidade da demanda: DIDIER JR., Fredie. Será o fim da categoria “condição da ação? Um elogio ao projeto do novo código de processo civil”, passim.

45 DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil, vol. IV, 2019, n. 2.176, p. 902-903; DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da.; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil, vol. 5, p. 466; GUERRA, Marcelo Lima. Execução forçada: controle e admissibilidade, p. 129.

A particularidade da demanda executiva, porém, está em que, em maior ou menor medida, a legitimidade e o interesse de agir são mediados pelo título executivo, encarado este como a representação documental de uma obrigação líquida, certa e exigível.

Sobre a legitimidade, não se ignora que, muitas vezes, alterações no plano material façam a legitimidade ordinária se deslocar dos sujeitos indicados no título para sujeitos a ele estranhos, a chamada legitimidade ordinária derivada ou independente⁴⁶. A grande dúvida que permeia este tema, porém, é saber quando a simples afirmação da ocorrência desses fatos no plano material e a apresentação de documentos⁴⁷ é suficiente para que se preencha o requisito da legitimidade e quando, diversamente, faz-se necessária uma decisão judicial que de alguma forma estenda o título executivo⁴⁸ a quem se afirma credor ou a quem este aponta como devedor (ou responsável)⁴⁹.

46 DINAMARCO, Cândido Rangel. Execução civil, ns. 272-273, p. 442-446; GRECO, Leonardo. O processo de execução, vol. I, p. 327-328

47 BUENO, Cassio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil, vol. 3, p. 148. Nesse caso, os documentos se limitam à representação documental dos fatos que denotam a legitimidade derivada, não servindo, nesse primeiro momento, à prova da ocorrência daqueles fatos. Nesses casos, o título executivo será complexo, formado pela representação documental da obrigação em sua feição originária e pela representação documental dos fatos que denotam a aquisição da legitimidade derivada. Pense-se, para um exemplo simples, na hipótese em que um terceiro interessado paga a dívida estampada em título executivo e, com isso, subroga-se no crédito (art. 304, do CC, e art. 778, CPC). O título complexo será a soma do título originário e a representação documental do pagamento e de sua condição de interessado. Discorda-se, no ponto, de Silas Silva Santos, que afirma a necessidade de um incidente cognitivo para a prévia manifestação do executado (SANTOS, Silas Silva. Redirecionamento da execução civil: projeção da teoria do objeto litigioso. São Paulo: Thomson Reuters, Brasil, 2021, p. 209-210) Tudo se passa de forma semelhante ao que se sustentará a seguir com relação à prova da condição, algo que se faz como elemento do juízo de admissibilidade da demanda executiva. Embora caracterize esse momento como de cognição sumária sobre a situação jurídica material, Heitor Sica também considera não haver contraditório prévio, mas diferido e eventual: SICA, Heitor Vitor de Mendonça. Cognição do juiz na execução civil, p. 205-208. Em sentido diverso e analisando a sucessão à luz do sistema italiano, Luiso sustenta, com sólidos argumentos, que mesmo a apresentação de documentos seria desnecessária, bastando, para a admissibilidade da execução, o exame das afirmações unilaterais do exequente. Segundo o autor, a exigência de prova documental e, de resto, de juízo quanto a própria ocorrência dos fatos jurídicos que importam na sucessão seriam uma supervalorização do aspecto probatório do título executivo: LUIISO, Francesco Paolo. L'escuzione "ultra partes". Milano: Giuffrè, 1984, p. 46-49. Embora importante para o presente estudo, deixa-se de aprofundar a análise da posição de Luiso em prol da concisão, adotando-se a ideia de que, em todos esses casos, faz-se necessária alguma forma de representação documental, tema a que se pretende retornar em outro estudo.

48 Seja porque modifica a situação jurídica que já existe, ou porque declara a sujeição de outrem à execução (uma condenação, portanto), o que há, pensando-se na hipótese em que já exista um título executivo, é sua ampliação subjetiva. Defendendo, respectivamente, o conteúdo constitutivo e condenatório do provimento, vide: CHAMBERLAIN, Hector Cavalcanti. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica: atualização da disregard doctrine na perspectiva da responsabilidade patrimonial no processo civil brasileiro. Londrina, PR: Thoth, 2021, p. 103-108; GANACIN, João Cánovas Bottazzo. Desconsideração da personalidade jurídica no processo civil. São Paulo: Thomson Reuters, 2020, p. 93.

49 O caso que não desperta maiores dúvidas é o da desconsideração da personalidade jurídica, que, pensando-se unicamente nos casos em que já existe um título executivo, será incidental ao cumprimento de sentença ou ao processo autônomo de execução. Para o ponto e, de resto, para um panorama do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, vide, com proveito: CHAMBERLAIN, Hector Cavalcanti. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica, p. 166-167. Embora previsto exclusivamente para a desconsideração da personalidade jurídica, é bastante consistente a tese de que deva servir a outras hipóteses de responsabilidade patrimonial

Nos limites deste trabalho, porém, é suficiente que se tenha em mente que, em um ou outro caso, a legitimidade será aferida sempre à luz do título executivo, seja porque houve uma ampliação subjetiva deste, seja porque há um exame *in statu assertionis* da aptidão dos fatos afirmados pelo exequente e representados nos documentos que acompanham o título para modificar as posições subjetivas no plano material. Sempre, portanto, a legitimidade remontará ao título executivo⁵⁰.

Com relação ao interesse processual a posição ora defendida depende da adesão a uma premissa que é objeto de alguma controvérsia.

Há certo consenso quanto à relação entre o interesse processual na execução (e nas demandas condenatórias) e o estado de insatisfação de uma pretensão. Em suma, é a combinação entre a exigibilidade de uma prestação e o inadimplemento⁵¹. Para que o exame desses requisitos não se confunda com um julgamento de mérito, porém, é essencial que ele se realize a partir das afirmações unilaterais do autor⁵².

Essas considerações resultam em que se deva interpretar com bastante reserva o art. 787 e o art. 798, I, “c” e “d”, do CPC. Por prova, nesses dispositivos, não se deve

secundária [YARSHELL, Flávio Luiz. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica no CPC 2015: aplicação a outras formas de extensão da responsabilidade patrimonial. In: YARSHELL, Flávio Luiz; SETOGUTI, Guilherme Pereira. (Coords.). Processo societário, vol. II. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 213-224, passim] ou sempre que importe ampliação do objeto do processo executivo (SANTOS, Silas Silva. Redirecionamento da execução civil: projeção da teoria do objeto litigioso, p. 209-210). Não parece correta a ideia de que sempre seria necessário um incidente prévio nas hipóteses de legitimidade derivada, como defende Silas Silva Santos. Indispensável, em todos os casos, seria a citação do responsável secundário ou do legitimado derivado, o que lhe permitiria reagir como qualquer outro executado, ou seja, independentemente da realização da penhora ou de outra forma de segurança do juízo. Distinguir, porém, quando o incidente é necessário para além da hipótese em que a lei é expressa (art. 794, IV, CPC), é matéria que desborda dos limites deste trabalho. Para considerações a respeito da responsabilidade secundária e a necessidade de citação, vide: SIQUEIRA, Thiago Ferreira. A responsabilidade patrimonial no novo sistema processual civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 200 e ss.

50 «Mesmo nos casos em que a legitimidade é de ser perquirida fora do título executivo, deriva ela deste, seja em função da sucessão operada, seja em decorrência de circunstâncias jurídicas estritamente conotadas com os que dele figuram como devedor ou credor. Assim, se o título não é sempre a fonte reveladora imediata da legitimidade para a ação executiva, seguramente o é mediamente [...]» (ARMELIN, Donaldo. Legitimidade para agir no direito processual brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 161).

51 DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil, vol. III, n. 632, p. 355-356; DINAMARCO, Cândido Rangel. Execução civil, n. 267-270, p. 424-429. É bem verdade que Dinamarco nega que o inadimplemento seja um dos elementos do interesse processual. Essa opinião, porém, decorre da pressuposição de que o inadimplemento já seria uma questão de mérito, o que denota que o repúdio à ideia de que possa compor o interesse remonta a sua posição contrária à teoria da asserção. Admitida esta, porém, a afirmação do autor de que o réu inadimpliu é requisito para que sua demanda seja admitida, pois, do contrário, a tutela jurisdicional não seria necessária. Será, porém, questão de mérito, quando o exame recair sobre sua concreta ocorrência. É neste sentido, inclusive, que se costuma relacionar a causa de pedir remota passiva, enquanto meramente afirmada, ao exame do interesse de agir. Para maiores considerações sobre a causa de pedir remota passiva e sua relação com o interesse de agir, vide: SIQUEIRA, Thiago Ferreira. Limites objetivos da coisa julgada: objeto do processo e questões prejudiciais. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 1142-143; OLIVEIRA, Bruno Silveira de. Conexidade e efetividade processual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 60-63.

52 Especificamente sobre o interesse de agir examinado *in statu assertionis*, vide: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Efetividade do processo e técnica processual, p. 302-306; DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil, vol. 1, p. 462.

compreender nada além da simples apresentação de documento que represente a ocorrência da condição. Não se exige, portanto, que o documento constitua razão suficiente para um juízo positivo quanto à ocorrência da condição⁵³. Noutras palavras, o juiz não exercerá um juízo sobre a ocorrência da condição, mas apenas sobre a existência da representação documental⁵⁴.

Por isso, instruir a petição inicial com prova da condição nada mais é do que dispor de documento que represente sua ocorrência, preenchendo com mais de um documento, a *fattispecie* a que o sistema imputa a eficácia executiva: o título executivo será composto, nesses casos, de mais de um documento⁵⁵.

Reconduzida a análise da legitimidade e do interesse a um exame do título executivo, é correta a ideia de que a admissibilidade da demanda executiva passa pelo preenchimento dos pressupostos processuais e pela existência de um título executivo consistente com as afirmações unilaterais do exequente⁵⁶, matérias que devem ser

53 Com isso, o que se quer afirmar é que não se pode ver na expressão prova, nesse dispositivo, a ideia de prova-resultado, mas, apenas, a atividade de produzir prova documental, mediante a juntada do documento. Discorda-se, no ponto, de Marcelo Lima Guerra (GUERRA, Marcelo Lima. Execução forçada: controle e admissibilidade, p. 110, nota n. 111), unicamente porque parece exagero que essa apresentação não possa ser considerada prova-atividade, ou seja, produção de prova. O detalhe, ainda aqui, é que esse documento não servirá, *prima facie*, para influir no convencimento do juiz a respeito da ocorrência de um fato, mas para que se preencha a hipótese normativa a que o sistema imputa a eficácia executiva. Isso não impede que, a depender da reação do executado, aquele mesmo documento seja valorado como prova da existência de algum dos fatos constitutivos do crédito ou do próprio fato que funcione como condição.

54 GUERRA, Marcelo Lima. Execução forçada: controle e admissibilidade, p. 109-111; ABELHA, Marcelo. Manual de execução p. 164, nota n. 14. Uma outra forma de expressar essa ideia passa por compreender-se que o suporte fático ao qual o sistema processual imputa a eficácia executiva é composto, dentre outros, pelo fato “apresentação de um documento que represente uma obrigação líquida, certa e exigível”. Com isso, nota-se que a eficácia executiva não depende da existência de uma obrigação líquida, certa e exigível, mas de um documento que a represente. Não importa para o juízo de admissibilidade da demanda executiva se a condição efetivamente ocorreu, ou se a obrigação realmente existe, mas, apenas, que o documento apresentado pelo exequente represente uma obrigação com essas características. Desse modo, é correto dizer que o juiz não valora o documento como prova do fato representado, mas, apenas, como representação. Em uma analogia esclarecedora com a prova testemunhal, o que ora se afirma seria o mesmo que condicionar um efeito processual ao fato de que a testemunha afirmou ocorrida a condição, e não à própria ocorrência da condição. Discorda-se, por essa razão, da forma como Heitor Sica trata do tema (SICA, Heitor Vitor de Mendonça. Cognição do juiz na execução civil, p. 194-195). Não se trata de cognição sumária a respeito da ocorrência da condição, mas de cognição sobre a existência de representação documental da condição. Há, pois, uma distinção no objeto a ser conhecido e não na intensidade (profundidade) da análise. Apenas faz sentido adjetivar esse exame de sumário em razão da inexistência de oportunidade típica para o contraditório, pois, a rigor, não há uma limitação probatória, já que a apresentação do documento é o próprio objeto examinado.

55 ZAVASCKI, Teori Albino. Título executivo e liquidação. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 140-141. O autor, embora não acentue a distinção entre provar que a condição ocorreu e dispor de um documento que represente esse fato, sustenta que esse segundo documento integra o título, como representação documental do crédito. Sobre a complexidade dos títulos, vide, ainda: ABELHA, Marcelo. Manual de execução, p. 163-165.

56 Parece exagerada a afirmação de Marcelo Lima Guerra de que o exequente não faz afirmações de fato e de direito ao deduzir a demanda executiva (GUERRA, Marcelo Lima. Execução forçada: controle de admissibilidade, p. 121). A percepção de que essas afirmações são feitas de forma bastante simplificada (pense-se no cumprimento de sentença) e sempre com referência ao título não permite uma negativa tão peremptória. Essa, aliás, pode ser uma forma de compatibilizar a exigência de afirmações que denotem legitimidade e interesse e a apresentação de um

objeto de escrutínio do juiz antes da deflagração de qualquer ato executivo e independentemente de qualquer provocação.

Com isso, constrói-se uma ponte entre os requisitos do título executivo⁵⁷ e o exame da legitimidade e do interesse: a) não basta que o exequente se afirme credor, com o que preencheria a legitimidade, pois essa afirmação deve ser consistente com o título executivo, enquanto representação documental de uma obrigação certa do ponto de vista subjetivo; b) não basta a afirmação de que a obrigação se refere a objeto especificado em qualidade e quantidade, o que denotaria o interesse-adequação, mas, também que essa afirmação corresponda à representação documental de uma obrigação líquida ou, o que parece ser o mesmo, certa sob a ótica objetiva; c) não basta a afirmação de que o crédito é exigível, preenchendo-se o interesse-necessidade, mas que essa afirmação seja consistente com a representação documental de uma obrigação exigível.

Essa perspectiva permite ver com clareza a razão pela qual a tutela executiva é uma garantia de efetividade em prol do exequente: a admissibilidade de sua demanda, notadamente sob ótica da existência do título, é o suficiente para que o juiz determine atos tendentes à satisfação do crédito de existência incerta: é essa, ao fim, a chamada eficácia executiva.

título executivo como requisitos de admissibilidade da demanda que se somam, de forma, semelhante, nesta parte, à perspectiva de Dinamarco, para quem a apresentação do título seria um dos componentes do interesse de agir, mas que não esgotaria toda sua análise: DINAMARCO, Cândido Rangel. Execução civil, n. 272, p. 430-436.

57 A lei processual condiciona a eficácia executiva de um título à representação de obrigação líquida, certa e exigível, propriedades que não são do título em si, mas da obrigação (DINAMARCO, Cândido Rangel. Execução civil, n. 324, p. 505-506). Os três requisitos, contudo, sobrepõem-se e interpenetram-se de forma um tanto redundante. Isso fica bem evidente quando se nota que é comum a afirmação de que a liquidez e a exigibilidade são requisitos para que uma obrigação seja considerada certa: ZAVASCKI, Teori Albino. Título executivo e liquidação, p. 142-145. Em geral, as maiores dúvidas são provocadas justamente pelo requisito da certeza, muitas vezes descrito como certeza da existência da obrigação, algo que parece decorrer da redação do art. 1.533, do CC/1916, sem correspondente no CC atual (ASSIS, Araken de. Manual da execução, n. 26.1). Por certeza, porém, não se deve compreender a certeza da existência da obrigação, mas certeza quanto aos elementos objetivos e subjetivos da obrigação, que devem ser precisamente delimitados para que se realize a execução. Dinamarco nega que a certeza se refira também aos aspectos subjetivos, o que parece se justificar unicamente pela possibilidade de que a legitimidade para a execução recaia sobre pessoas distintas daquelas que ocupam os polos da obrigação (DINAMARCO, Cândido Rangel. Execução civil, n. 328, p. 509-510). Não se concorda com essa afirmação, pois, mesmo quando a legitimidade para a execução for derivada, faz-se necessário que o título represente obrigação subjetivamente certa, bastando imaginar quão absurdo seria a admissão de uma execução promovida pelo espólio sem que o título apresentado representasse o de cujus como credor. Associando certeza aos elementos subjetivos e objetivos da obrigação, vide: ZAVASCKI, Teori Albino. Título executivo e liquidação, p. 142-145; GUERRA, Marcelo Lima. Execução forçada: controle de admissibilidade, p. 111; DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da.; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil, vol. 5, p. 270-271; BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. Comentários aos arts. 771 a 805. In: CRAMER, Ronaldo; CABRAL, Antonio do Passo. Comentários ao novo código de processo civil. Rio de Janeiro: Forense, 2015, art. 783, n. 7. Observe-se que embora Sérgio Shimura afirme que certeza, liquidez e exigibilidade sejam atributos do título e não da obrigação (SHIMURA, Sérgio. Título executivo, p. 192), com isso pretende salientar que essas qualidades se referem à representação documental de uma obrigação. Isso fica bastante evidente a partir da leitura que faz da certeza, que seria a certeza da existência do título enquanto documento e não do crédito (SHIMURA, Sérgio. Título executivo, p. 196).

Evidentemente, como se destacou, isso não significa que não haja cognição e, a rigor, nem mesmo que não haja cognição sobre a existência do crédito, mas que toda a cognição se volta aos requisitos para admissão da demanda executiva: o preenchimento dos pressupostos processuais e a existência de um título executivo que represente uma obrigação líquida, certa e exigível, ainda que potencialmente inexistente.

A liquidez, a certeza e a exigibilidade, embora sejam evidentemente atributos de uma obrigação e não do título, são aferidas com abstração à própria existência da obrigação, referindo-se, unicamente, à sua representação documental. É apenas nesse sentido que é consistente a ideia de abstração: não como uma eficácia especial do título (como nos títulos de crédito), mas como um reflexo do fato de que o sistema processual não faz a deflagração dos atos executivos depender de um juízo quanto à existência do crédito⁵⁸.

Houvesse, de fato, uma eficácia abstrata, entendida como a aptidão do título para servir de causa suficiente da obrigação, a declaração da inexistência da obrigação fundada na inocorrência de seus fatos constitutivos seria irrelevante para a execução, algo de que não se cogita e cuja prova é a própria existência das oposições de mérito.

O que há é apenas uma opção legislativa que faz com que a execução avance rumo a seu desfecho único de forma indiferente à incerteza conatural ao processo, cuja superação, diversamente do processo de cognição, fica a depender de uma iniciativa do executado no sentido de postular a tutela jurisdicional declaratória que elimine a incerteza.

Sem demanda do executado, a admissibilidade da demanda executiva e a validade dos atos do procedimento são suficientes para que o processo de execução caminhe para seu desfecho⁵⁹.

É essa, ao fim, a garantia que o sistema processual oferece a quem dispõe de um título executivo e que, se suprimida, descaracteriza o processo executivo como conjunto de técnicas para conferir maior efetividade a determinados créditos.

Há, porém, um ponto que deve ser analisado antes de se prosseguir: em que medida a admissão de objeções materiais⁶⁰ obscurece a perspectiva ora proposta a respeito da defesa de mérito e do ônus do executado na superação da incerteza?

58 Por isso, embora correta a crítica de Heitor Sica à associação irrefletida de uma eficácia abstrata a todos os títulos executivos (SICA, Heitor Vitor de Mendonça. *Cognição do juiz na execução civil*, p. 184-188), discorda-se das consequências que o autor tira desse acerto, notadamente com relação à caracterização do título simplesmente como uma prova do crédito a ser valorada em cognição sumária (SICA, Heitor Vitor de Mendonça. *Cognição do juiz na execução civil*, p. 194-195). Registre-se, de todo modo, que, mesmo para Liebman, a referência à eficácia abstrata é uma analogia (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Embargos do executado...*, n. 82, p. 137-139), já que o título executivo não é descrito como causa de uma situação jurídica material autônoma, mas, apenas, como causa da ação executiva, que, como qualquer ação, prescinde da existência do direito.

59 É apenas nesse sentido que é possível se falar em desfecho único, ou seja, preenchidos todos os requisitos de admissibilidade da demanda executiva, o processo executivo é preordenado à satisfação do direito exequendo: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*, n. 89, p. 158-161.

60 Por objeções, compreendem-se as matérias, de qualquer espécie, que podem ser conhecidas de ofício pelo juiz, enquanto as exceções seriam aquelas que dependem de provocação do interessado: DIDIER JR., Fredie.

3.1. Objeções materiais e o ônus do executado na superação da incerteza

Não se pretende questionar cada uma das hipóteses em que a jurisprudência e a lei processual admitem que o juiz da execução conheça, sem provocação, de questões relacionadas à existência do crédito exequendo, mas, apenas, oferecer um argumento dogmático que permita compatibilizar essa possibilidade, aqui aceita sem maior aprofundamento, com o que se disse a respeito do ônus de demandar imposto ao executado.

Por isso, trabalhar-se-á com a prescrição⁶¹ e o pagamento⁶², duas hipóteses sobre as quais não pairam maiores polêmicas⁶³.

Curso de direito processual civil, vol. 1: parte geral e processo de conhecimento. 22ª ed., Salvador: Juspodivm, 2020, p. 773-776. É bem verdade que ambas as expressões são polissêmicas e, de resto, usadas sem maior rigor pela doutrina, sendo esse um dos motivos da polêmica que se instaurou em torno do nomen iuris exceção de pré-executividade, como se vê em: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Exceção de pré-executividade: uma denominação infeliz. In: Temas de direito processual (sétima série). São Paulo: Saraiva, 2001, p. 119-121.

- 61 O CPC/1973 em sua versão original, de maneira afinada ao Código Civil de 1916 (art. 166), permitia que o juiz, de ofício, levasse em conta a prescrição em causas relacionadas a direitos não patrimoniais. A referência à patrimonialidade encerrava um paradoxo que foi explorado pela doutrina para se concluir, em síntese, que a prescrição sempre dependia de alegação, já que sempre diz respeito a direitos patrimoniais. O Código Civil de 2002 alterou esse panorama ao permitir a atuação de ofício em benefício de incapazes (art. 193). Outra polêmica decorrente da falta de precisão do CPC/1973 dizia respeito à caracterização da decisão que indeferia a inicial com fundamento na prescrição (art. 295, IV). Para um panorama desses problemas à luz da redação originária do CPC/1973 e do CC/1916: CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Comentários ao código de processo civil, Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol. III: arts. 270 a 331. 7ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 277-281. Atualmente, pensando-se, por ora, apenas no processo de cognição, não há dúvidas de que a prescrição possa ser conhecida de ofício (art. 487, II, CPC/2015) e que, sempre, enseje a improcedência do pedido, mesmo liminarmente (art. 332, §1º, CPC/2015). Essa opção legislativa não passou imune a críticas, havendo na doutrina quem defenda sua inconstitucionalidade ou uma interpretação que limite a aplicação dessas regras a prestações relacionadas a direitos indisponíveis ou créditos que sejam extintos pela própria prescrição, como os tributários. Para a evolução do tema e a proposição dessa interpretação mais restrita, vide: DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil, vol. 1: parte geral e processo de conhecimento. 22ª ed., Salvador: Juspodivm, 2020, p. 732-740. Humberto Theodoro Jr., comentando o tema, também adota posição bastante crítica (THEODORO JR. Humberto. Prescrição e decadência. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 104-107), afirma, porém, que a regra que proíbe que se reconheça a prescrição sem ouvir as partes previamente, teria suavizado os problemas derivados da cognoscibilidade de ofício, já que, nesse momento, o interessado poderia exercer sua liberdade e renunciar à prescrição (THEODORO JR. Humberto. Prescrição e decadência, p. 107-108). O autor, porém, não chega a cogitar da hipótese em que, oportunizada a manifestação do interessado, ele simplesmente silenciasse: essa omissão deve ser interpretada como uma renúncia ou como o exercício da exceção? Passando ao largo dessas críticas, a jurisprudência não faz distinções, perspectiva que será adotada sem maiores considerações além das que se fizerem necessárias ao objeto deste artigo.
- 62 Como se disse, adota-se, como pressuposta, a possibilidade de cognição de ofício a respeito do pagamento, perspectiva que se vê em: TALAMINI, Eduardo. A objeção na execução (exceção de pré-executividade) e a reforma do código de processo civil. In: Revista de processo, vol. 153. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, n. 3.2; SICA, Heitor Vitor de Mendonça. Cognição do juiz na execução civil, p. 184-188.
- 63 Após a leitura do manuscrito deste artigo, Clarisse Leite, com razão, apontou certa arbitrariedade na limitação dessa admissão à exceção (ou, nos termos do texto, objeção) de pagamento, pois nada haveria a particularizar esse fato extintivo em comparação com outros, como, por exemplo, remissão, compensação ou confusão. Mais do que isso, houvesse a ampliação da possibilidade de atuação sem provocação de modo a abarcar também essas outras tradicionais exceções, restaria pouco espaço para a aplicação das conclusões do artigo, já que

Embora, no plano material, cuide-se de acontecimentos bastante distintos, no plano processual, o acolhimento da objeção de pagamento ou de prescrição⁶⁴ se reverte na improcedência do pedido condenatório ou, no que nos interessa de forma mais próxima, na extinção da execução (art. 924, II e V, CPC).

grande parte das defesas de mérito passariam a ser cognoscíveis de ofício e, portanto, dispensariam demanda do executado. Como se adiantou, a observação é pertinente. De fato, no plano do direito material e tendo sob exame a eficácia extintiva ou modificativa, nada há a distinguir as mencionadas exceções materiais da própria exceção (ou objeção) de pagamento. Essa percepção, inclusive, fez com que Heitor Sica apontasse a inconsistência da categoria exceções materiais (SICA, Heitor Vitor Mendonça. O direito de defesa no processo civil brasileiro, p. 112-133), propondo, ao fim, que todas fossem cognoscíveis de ofício, exceto quando houver vedação expressa (SICA, Heitor Vitor Mendonça. O direito de defesa no processo civil brasileiro, p. 140-143). A opção pela prescrição e pelo pagamento, como se esclareceu, decorre, apenas, de uma escolha metodológica para evitar essa polêmica, admitindo uma hipótese porque há expressa previsão legal e a outra porque é sempre mencionada pela doutrina. A rigor, é mais adequada à linha argumentativa deste artigo a corrente oposta à que ganhou a adesão de Heitor Sica, representada, tradicionalmente, por Carnelutti (p. ex. em: CARNELUTTI, Francesco. Un lapsus evidente?. In: Rivista di diritto processuale, anno XV, n. 3. Padova: CEDAM, 1960, p. 446-449): apenas seriam cognoscíveis de ofício aquelas defesas indiretas de mérito expressamente delimitadas pelo legislador. Essa posição se justifica ante uma visão mais restritiva a respeito do ônus da alegação, que apanharia, indistintamente, os fatos principais, seja os constitutivos do direito do autor, seja os impeditivos, extintivos ou modificativos, com as exceções expressamente reconhecidas pela lei, como no caso da prescrição e da nulidade absoluta. Com isso, ou seja, encarando-se o problema pela ótica do ônus de afirmação dos fatos, confere-se um tratamento exclusivamente processual ao tema, deixando-se de lado a distinção, consagrada por Chiovenda no interior de sua teoria da ação concreta, entre as exceções em sentido próprio, em que a vontade de excepcionar integra o suporte fático que extingue (ou modifica) a «ação» do autor, e as exceções em sentido impróprio em que o efeito extintivo não dependeria da vontade de excepcionar (espécie a que se subsumiria o pagamento). Para a teoria de Chiovenda, vide: CHIOVENDA, Giuseppe. Sobre la 'excepción'. in: Ensayos de derecho procesal civil, vol. I. Buenos Aires: EJE, 1941, p. 263-271. Para um panorama da polêmica entre Carnelutti, Cappelletti e Liebman sobre o tema, vide: TRANI, Luiza. Regra ou exceção? A polêmica entre Cappelletti, Carnelutti e Liebman sobre o conhecimento ex officio de fatos extintivos impeditivos e modificativos (ante a omissão da lei sobre quais operam ipso iure e ope exceptionis) e o seu reflexo no contemporâneo direito italiano. In: Revista de Processo, vol. 304. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 407-433, passim. Registre-se que a posição ora tomada não passou por um exame verdadeiramente profundo do tema, optando-se por uma dentre várias correntes que, no mínimo, podem ser consideradas igualmente tradicionais. Reserva-se para outra sede o aprofundamento desses temas. Observe-se, finalmente, que, neste artigo, optou-se por não trabalhar exemplos a partir da nulidade absoluta dos negócios jurídicos também por uma razão metodológica e arbitrária: sua utilidade seria restrita à execução de títulos extrajudiciais, o que resultaria na necessidade de sempre se destacar essa peculiaridade.

64 A pretensão extinta com a prescrição é a pretensão de direito material, voltada ao devedor, distinta da pretensão processual que forma o objeto do processo e que é voltada ao Estado-juiz: AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos (Coord.). Revista Forense Comemorativa – 100 anos, t. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2006, n. 8; THEODORO JR. Humberto. Prescrição e decadência. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 5-15. Por isso, não há razão para se imaginar que a prescrição que interessa à execução seja de algum modo distinta daquela do processo de conhecimento, pois, em todos os casos, falar-se-á sempre da prescrição da pretensão de direito material, como bem demonstra Heitor Sica: SICA, Heitor Vitor de Mendonça. Cognição do juiz na execução civil, p. 246-249. Situação bem mais complexa é a dos títulos de crédito. Porém, parece correta a posição defendida também por Heitor Sica, no sentido de que, quanto a estes, a única distinção é que haverá duas pretensões materiais autônomas e que, por isso, podem se sujeitar a prazos prescricionais distintos. Ainda aqui, de todo modo, sempre se cuidará de um fenômeno de direito material: SICA, Heitor Vitor de Mendonça. Cognição do juiz na execução civil, p. 250-254. Para um panorama completo da pretensão processual e sua distinção da pretensão material: DINAMARCO, Cândido Rangel. O conceito de mérito em processo civil, n. 116, p. 273.

O que se deve frisar, no entanto, é que a possibilidade de o juiz, sem provocação, conhecer desses fatos jurídicos e seus efeitos para extinguir a execução, significa que se cuida, necessariamente, de hipóteses nas quais a pretensão executiva pode ser rejeitada sem uma demanda do executado: nestes casos, haverá, pura e simplesmente improcedência da pretensão processual executiva⁶⁵ em virtude da extinção da obrigação pelo pagamento ou da prescrição⁶⁶ da pretensão material.

Uma análise apressada poderia indicar que essa simples constatação é o suficiente para negar a premissa construída a respeito da impossibilidade de se paralisar a execução admissível sem a superação do estado de incerteza. Essa ideia, em suma, fundar-se-ia na pressuposição de que, sem um pedido declaratório (ou, sem demanda), não se pode produzir certeza jurídica.

Nessa linha de argumentação, a possibilidade de o juiz conhecer de ofício do pagamento ou da prescrição para extinguir a execução significaria, necessariamente, que isso se dá com a manutenção do estado de incerteza quanto à existência do crédito, já que nem o exequente e nem o executado teriam postulado uma declaração a respeito: nesse cenário, a extinção da execução teria apenas o efeito processual de pôr fim ao

65 Parece correta a perspectiva de que essa é uma decisão de mérito, isto é, uma decisão de improcedência da pretensão executiva em virtude da prescrição do crédito exequendo ou do pagamento. Adota-se, em suma, a conclusão de Sica a respeito do julgamento da pretensão executiva de ofício (SICA, Heitor Vitor de Mendonça. *Cognição do juiz na execução civil*, p. 198-205 e 211-214), ainda que com algum temperamento, em virtude da maior amplitude que o autor confere à atuação sem provocação, bem como em razão das observações feitas neste tópico. No mesmo sentido: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da.; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*, vol. 5, p. 62-63. O que cumpre observar é que não é esta, como se sabe, a perspectiva tradicional sobre o tema. Dinamarco, por exemplo, afirma com bastante convicção que, em todos os casos, «a sentença proferida na execução tem somente o efeito processual de extinguir o processo e ditar umas poucas determinações marginais ou complementares, como o pagamento de custas remanescentes, arquivamento dos autos, devolução de eventual saldo ao executado, etc.» (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. IV, n. 2.168, p. 896). Isso se explica pelo peso da tradição segundo a qual as oposições de mérito dependeriam sempre de uma demanda do executado e de um processo autônomo, este sim, que se encerraria com uma sentença de mérito (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. IV, n. 2.073, p. 764). Essa construção não se sustenta em um sistema processual que admita a atuação de ofício do juiz para extinguir a execução com fundamento em objeções materiais. Admitindo-se, por expressa previsão legal, a extinção de ofício com fundamento na prescrição e, mediante construção doutrinária e jurisprudencial, com fundamento no pagamento, não há razão dogmática para negar a essas sentenças de extinção da execução o conteúdo de mérito, isto é, de rejeição da pretensão executiva. É bem verdade que isso poderia se dar sem a declaração da inexistência da obrigação exequenda, contrariamente ao que se defende neste tópico. Nesse caso, a inexistência do crédito seria examinada incidentalmente, sem declaração com eficácia externa. A tese defendida neste artigo é, justamente, que essa possibilidade não é consistente com o sistema processual executivo em que a execução se faz sem consideração à existência do crédito, o que torna necessária a superação do estado de incerteza mediante uma declaração em sentido estrito, como se demonstrou nos tópicos precedentes e se aprofundará a seguir.

66 Não se ignora que a menção do art. apenas a prescrição intercorrente. Não há, porém, distinção substancial entre a prescrição intercorrente e a que ocorra antes da execução. Desse modo, pode-se advogar pela simples subsunção da “prescrição comum” a esse dispositivo, dada a identidade substancial, ou, no mínimo, pela não taxatividade do rol. Para essas ideias, vide: SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Cognição do juiz na execução civil*, p. 212 e 244-254; DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da.; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*, vol. 5, p. 468.

processo executivo, sem eficácia declaratória quanto ao crédito exequendo, que seria examinado apenas incidentalmente, como um juízo componente do eixo lógico da decisão. Sob esta ótica, portanto, declarar, no eixo imperativo⁶⁷, se o direito exequendo existe ou não seria julgar *extra petita*, violando-se a regra da congruência.

O argumento, porém, falha ao não perceber que, mesmo raras, há hipóteses em que o sistema autoriza o juiz a decidir fora ou além dos pedidos formulados⁶⁸ e outras tantas em que admite que os fundamentos de uma decisão adquiram a mesma eficácia e estabilidade de uma declaração *principaliter*⁶⁹. São situações em que, respectivamente, quebra-se a congruência entre a demanda e o objeto da decisão e entre o objeto da decisão e os limites objetivos da coisa julgada.

Em tese, qualquer desses dois caminhos explica satisfatoriamente o que se passa quando, diante de uma demanda executiva, o juiz é autorizado a declarar que o direito exequendo não existe. No primeiro cenário, isso se explicaria como uma autorização para o juiz ir além do que foi pedido; no segundo, explicar-se-ia como a atribuição de eficácia substancial e estabilidade ao fundamento adotado pelo Estado-juiz para extinguir a execução.

Há, porém, duas razões para se preferir essa segunda hipótese: a) o sistema processual, com o art. 503, §§1º e 2º, do CPC, abriu-se, de forma genérica, à possibilidade de que elementos da fundamentação adquiram eficácia e estabilidade; b) independentemente disso, há uma hipótese bastante semelhante tratada expressamente no CPC.

Pode-se objetar à razão “a”, com bastante pertinência, o argumento de que o preenchimento dos requisitos do art. 503, §§1º e 2º, do CPC é sempre algo incerto. Com isso, ao menos em tese, haveria hipóteses em que, mesmo extinta a execução, por exemplo, porque reconhecida a eficácia extintiva do pagamento, a declaração de inexistência acabaria desprovida de eficácia substancial e estabilidade.

Não se pretende superar esse argumento. Isso porque, a referência que ora se faz ao art. 503, do CPC, não tem por objetivo propor que ele seja aplicado à execução na hipótese ora imaginada, mas, apenas, indicar que o sistema que outrora tratava esses casos como raridade, hoje convive com essa possibilidade de forma mais generalizada.

67 Para as noções de eixo lógico e eixo imperativo da decisão e do processo, vide, com proveito: LEITE, Clarisse Frechiani Lara. Prejudicialidade no processo civil. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 124-127.

68 Essas são as hipóteses usualmente tratadas como pedidos implícitos. Não se trata, porém, de pedidos, muito menos de pedidos implícitos, mas, apenas, de um poder/dever de decidir além dos pedidos formulados. Para essa perspectiva, vide: OLIVEIRA, Filipe Ramos. Coisa julgada sobre questões prejudiciais: limites objetivos e subjetivos, p. 106-108.

69 É o que se passa no caso do art. 503, §§1º e 2º, do CPC, mas que, mesmo antes, ocorria de forma esparsa em alguns casos bastante específicos. Para a enumeração de outros casos e uma análise da eficácia atribuída às declarações incidentais, vide: OLIVEIRA, Filipe Ramos. Coisa julgada sobre questões prejudiciais: limites objetivos e subjetivos, p. 111-119 e 230-233. Para uma tese divergente a respeito do art. 503, §§1º e 2º, do CPC, da eficácia da solução de questões prejudiciais e de sua estabilidade, vide: LEITE, Clarisse Frechiani Lara. Eficácia e estabilidade da solução de questão prejudicial incidental. In: TUCCI, José Rogério Cruz e; et al. (Org.). Estudos em homenagem a Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Malheiros, 2022, p. 281-282.

A verdadeira razão para a construção ora proposta é a “b”, acima mencionada.

Nos termos do art. 310 do CPC, a rejeição do pedido cautelar com fundamento na prescrição obsta que o autor formule o pedido principal (satisfativo). Uma boa explicação para isso é que o sistema imputa à declaração de que o direito é inexigível (o modo de ser de uma relação jurídica) a mesma eficácia e estabilidade da declaração que estaria contida na sentença de improcedência do pedido condenatório⁷⁰. Com isso, a dedução de uma demanda condenatória subsequente é impedida pela eficácia negativa da coisa julgada.

A hipótese, portanto, é análoga à execução, pois o pedido cautelar formulado em caráter antecedente não contém pretensão à declaração da existência do direito que se quer acautelar, da mesma forma como o pedido de execução não contém um pedido de declaração da existência do crédito exequendo. Ainda assim, o sistema consente que, rejeitado o pedido cautelar com fundamento na declaração da inexigibilidade da prestação, esse fundamento se torne eficaz externamente.

Embora haja um evidente paralelismo entre o art. 487, II, e o art. 924, V, do CPC, não se deve esquecer que, no processo de conhecimento, a demanda do autor sempre é pelo julgamento de sua pretensão, já que contém um pedido de declaração. Por essa razão, conhecer da prescrição, mesmo sem provocação, para rejeitar a pretensão condenatória e declarar a inexistência do direito⁷¹ é algo que ainda se situa nos limites do pedido autoral. Na execução, diferentemente, não postulando o exequente o julgamento de sua pretensão ou alguma declaração sobre a existência do direito, é apenas com provocações (demandas) do réu que se chega a este resultado, de modo que o conhecer de ofício da prescrição para declarar a inexistência do crédito exequendo não pode ser explicado, simplesmente, pela existência da pretensão executiva deduzida pelo autor.

70 A doutrina sempre divergiu a respeito da correta caracterização dessa hipótese. Adota-se, nesta parte, a posição de Carrilho Lopes e Thiago Siqueira: LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. Limites objetivos e eficácia preclusiva da coisa julgada. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 73-74; SIQUEIRA, Thiago Ferreira. Limites objetivos da coisa julgada: objeto do processo e questões prejudiciais, p. 37. Para referência a outras linhas de pensamento e a adesão à ora descrita, vide: OLIVEIRA, Filipe Ramos. Coisa julgada sobre questões prejudiciais: limites objetivos e subjetivos, p. 114-115.

71 É bem assentada a ideia de que a prescrição não extingue o próprio direito à prestação, atingindo apenas a pretensão, ou seja, sua exigibilidade. Ainda assim, porém, pode-se ver na decisão de improcedência fundada na prescrição uma declaração de inexistência: declara-se que a situação jurídica de direito material não existe nos exatos moldes pretendidos pelo autor, já que desprovida de exigibilidade. Esse raciocínio é análogo à melhor explicação para as sentenças de improcedência fundadas em exceções materiais dilatórias, em que se declara que a situação jurídica não existe nos moldes afirmados pelo autor, o que não lhe impede a dedução de outra demanda, em que afirme, por exemplo, a implementação da condição que, no passado, considerou-se ausente (OLIVEIRA, Filipe Ramos. Coisa julgada sobre questões prejudiciais: limites objetivos e subjetivos, p. 181-182). Com a construção ora proposta, o executado, diante do acolhimento da prescrição, acaba obtendo tutela mais intensa do que a que seria obtida com a simples rejeição da pretensão do autor, pois, ao fim, sai-se com a declaração de que o crédito exequendo é desprovido de exigibilidade, algo que pode ser explicado como a declaração do modo de ser de uma relação jurídica (art. 19, I, CPC). O tema é interessante e seu aprofundamento desborda dos limites deste estudo.

Notável, por isso, a semelhança com o que se passa na hipótese do art. 310, do CPC: o sistema autoriza o juiz, diante da prescrição (e, analogicamente, do pagamento), a julgar algo que, em princípio, não foi posto sob julgamento.

Além de explicar esse julgamento além do pedido, a analogia permite compatibilizar a decisão não provocada com o sistema que exige a superação do estado de incerteza para suprimir a garantia conferida ao exequente pelo título executivo.

Aplicado esse mesmo raciocínio à execução, tem-se que, havendo uma autorização a que alguns fatos jurídicos materiais sejam conhecidos de ofício pelo juiz para extinguir a execução, pode-se admitir que isso se reverta na atribuição de eficácia substancial e estabilidade a esses fundamentos: a execução será extinta porque se declarou a inexistência do crédito exequendo e não simplesmente porque se conheceu desse fundamento.

Dessa forma, se, por sua própria iniciativa, o juiz verificar a prescrição ou o pagamento, incumbê-lo, ouvido o exequente e, eventualmente, o próprio executado, extinguir a execução. Essa decisão, evidentemente, será fundada na declaração de que a situação jurídica de crédito não existe ou, no mínimo, é desprovida de exigibilidade (existe, porém não do modo como afirmara o exequente). Este elemento declaratório, mesmo não correspondendo a um pedido, por uma opção do sistema, será externamente eficaz e adquirirá a estabilidade conferida pela coisa julgada ou algo bastante semelhante.

Isso significa que, com relação a esses fatos, não há para o executado um ônus de demandar para superar a incerteza, já que isso pode ser alcançado sem sua provocação, algo que não se passa com as demais defesas de mérito, que, segundo se sustentou anteriormente, dependem de uma demanda do executado para que, assim, produza-se a certeza jurídica que permite a extinção da execução.

É por essa razão que, anteriormente, afirmou-se que não há uma perfeita correspondência entre as defesas de mérito na execução e as demandas defensivas: ao menos com relação a alguns fatos extintivos ou modificativos, o sistema dispensa o executado do ônus de demandar, assegurando-lhe que, independentemente de qualquer provocação, sejam aqueles fatos levados em conta (de ofício) para que se declare inexistir do direito exequendo.

Com isso, não se quer sustentar que pagamento e prescrição não possam ser fundamento para uma verdadeira demanda defensiva, mas, apenas, que, se o forem, não há razão para que se sujeitem a um procedimento especial cuja especialização é a exigência de segurança do juízo para a obtenção da tutela provisória: se o próprio juiz, de ofício, pode sobrestar os atos executivos para verificar a ocorrência da prescrição e do pagamento, não se deve impedir que isso ocorra pelo simples fato de que houve uma demanda defensiva. Essa perspectiva ficará mais clara adiante.

4. ADMISSIBILIDADE DA DEMANDA, EFICÁCIA EXECUTIVA E EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL: A GARANTIA DO JUÍZO⁷²

Como já se adiantou, a especialização do processo executivo como uma via de maior efetividade possui relação direta com a modulação da defesa do executado⁷³.

Essa tensão entre a efetividade da execução e o direito ao contraditório, durante a vigência do CPC/1973, foi resolvida de formas sensivelmente diferentes, sempre envolvendo a combinação entre defesa, suspensão da execução e garantia do juízo⁷⁴.

O que importa, para os limites deste trabalho, é que a única regra perene em todas as reformas foi a que condiciona a suspensão da execução por iniciativa do executado à prévia garantia do juízo⁷⁵.

Essa regra, sob o CPC/1973 em sua redação original, manifestava-se pelo condicionamento da própria admissão dos embargos à prévia segurança do juízo⁷⁶⁻⁷⁷ e, após um período um tanto confuso ainda sob o código revogado⁷⁸, desaguou no sistema

72 Adotam-se, como sinônimas, as expressões segurança do juízo e garantia do juízo.

73 Mesmo em um contexto legislativo radicalmente diferente, era essa a lição de Dinamarco: «A eficácia abstrata do título executivo e a possibilidade de embargar a execução constituem os dois pesos de um indispensável equilíbrio no sistema da execução forçada.» (DINAMARCO, Cândido Rangel. Execução civil, n. 312, p. 491).

74 Essa relação foi muito bem expressada por Dinamarco, em dois trechos que serviram de inspiração para este artigo e em que o autor chega a perspicaz conclusão de que, no sistema do CPC/1973 ainda não reformado, a eficácia executiva do título perdurava apenas até o oferecimento dos embargos, visto que estes tinham a aptidão de paralisar a execução de forma automática (DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil, vol. IV. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2005, n. 1.746, p. 639 e n. 1.752, p. 647).

75 Mesmo quando condicionava a própria admissão dos embargos, a segurança do juízo era explicada como um contrapeso à suspensão automática da execução, como se vê, por exemplo, em: ABELHA, Marcelo. Manual de execução civil. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 543.

76 A bem da precisão, originalmente, apenas os embargos à execução de título judicial tinham eficácia suspensiva (art. 741, CPC/1973, na redação publicada em 17.01.1973). Posteriormente, a aptidão de suspender automaticamente a execução foi estendida aos embargos à execução de título extrajudicial, com a entrada em vigor da Lei 8.953/1994, que inseriu o §1º no art. 739, do CPC, na parte geral da disciplina dos embargos, prescrevendo que “os embargos são sempre recebidos com efeito suspensivo” (BERMUDES, Sérgio. A reforma do código de processo civil. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995, p. 103).

77 O requisito não existia nas execuções que visavam a um fazer ou não fazer, em que o prazo para embargar corria da citação (art. 738, IV, CPC/1973).

78 A confusão se dava porque, após a reforma de 2005 (Lei 11.232/2005), o momento típico para a apresentação da impugnação era a intimação do executado a respeito do auto de penhora e avaliação (art. 475-J, §1º, CPC/1973). Com isso, ao menos para parte da doutrina, a defesa típica no cumprimento de sentença continuou condicionada à prévia segurança do juízo na execução pecuniária. Vide, por exemplo: ASSIS, Araken. Cumprimento de sentença. 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 270; THEODORO JÚNIOR, Humberto. A reforma da execução do título extrajudicial: Lei nº 11.382, de 06 de dezembro de 2006. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 177-188; GRECO, Leonardo. Primeiros comentários sobre a reforma da execução oriunda da Lei 11.232/2005. Revista Dialética de Direito Processual, n. 36. São Paulo: Dialética, 2006, n. 12. Foi esse o entendimento que se sedimentou no STJ, como demonstram julgados ainda recentes: REsp 1455937/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/11/2015, Dje 09/11/2015; AgRg no AREsp 624.464/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 10/03/2015, Dje 18/03/2015. Em sentido oposto, ou seja, sustentando que também a impugnação fora desatrelada da segurança do juízo: ABELHA, Marcelo. Manual de execução civil, 2008, p. 543-545. Outra manifestação do

atual, em que a garantia do juízo é um requisito para a *suspensão da execução*, como prescrevem o art. 525, §6º, e o art. 919, §1º, do CPC.

Não se trata de um capricho legislativo, mas da ideia de que a garantia representada pelo processo de execução a quem disponha de um título executivo se manifesta, no mínimo, como uma garantia da frutuosidade da execução.

Essa afirmação deve ser compreendida à luz do que se sustentou no tópico 3: cuida-se de uma garantia do sistema a quem deduza uma demanda executiva admissível, o que significa o preenchimento dos pressupostos processuais e a apresentação de um título que represente uma obrigação líquida, certa e exigível.

A quem preencha esses requisitos, o sistema assegura que a eventual defesa do executado apenas terá eficácia suspensiva se: a) preenchidos os requisitos da tutela de urgência e b) garantido o juízo⁷⁹.

Embora os argumentos não sejam usualmente armados dessa forma, essa perspectiva significa que, quem deduz uma demanda executiva incapaz de romper o juízo de admissibilidade não dispõe da garantia representada pela eficácia executiva.

Do mesmo modo, sendo possível ao juiz conhecer de algumas matérias de mérito mesmo sem provocação do réu, consente o sistema que não se pratiquem atos executivos enquanto não sejam resolvidas: não seria razoável que, podendo, de ofício, extinguir a execução com esses fundamentos (pense-se na prescrição), ficasse o juiz impedido de adiar a prática dos atos executivos até a solução dessas questões.

É esse, em suma, o balanço feito pelo legislador entre a efetividade da execução e a garantia do contraditório como corolário do devido processo legal: as defesas de rito e

déficit legislativo era a ausência de previsão de impugnação no cumprimento das condenações à entrega de coisa ou a um fazer. Antes que se introduzisse, com a Lei 11.232/2005, a impugnação ao cumprimento de sentença com condenação pecuniária, era corrente a ideia de que não se admitiam embargos do executado na «fase de efetivação» da tutela específica, o que não excluiria, porém, a possibilidade de o réu se defender mediante simples petições fundadas em fatos supervenientes: YARSHELL, Flávio Luiz. Reflexões em torno da execução para entrega de coisa no direito brasileiro. In: TUCCI, José Rogério Cruz e. Processo civil: evolução 20 anos de vigência. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 131-134; TALAMINI, Eduardo. Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa [CPC, arts. 461 e 461-A, CDC, art. 84]. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 414-415. Já depois da reforma de 2005, Marcelo Abelha propôs que se estendesse a impugnação ao cumprimento de sentença a essas hipóteses, condicionando sua admissão, porém, à segurança do juízo: ABELHA, Marcelo. Manual de execução civil, 2008, p. 554, nota n. 41. Aparentemente, a referência que faz o autor à necessidade de segurança do juízo, nesses casos, pressupõe a derrota de sua posição quanto à dispensa de segurança do juízo no cumprimento de sentença com condenação pecuniária.

79 Sobre os requisitos da suspensão no CPC/2015, sem ressalva à exigência de segurança do juízo: DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil, vol. IV, 2019, n. 2.093, p. 792-793; ABELHA, Marcelo. Manual de execução civil, 2019, p. 519; BUENO, Cassio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil, vol. 3. p. 623-625 e 650-653; DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da.; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil, vol. 5, p. 569-570; MINATTI, Alexandre. Defesa do executado, n. 4.6.1. Este último autor faz interessante reflexão sobre a conveniência em se condicionar a suspensão apenas à segurança do juízo nas execuções pecuniárias e nas que visam à entrega de coisa. Não deixa de ser curioso observar que embora os autores citados realcem a segurança do juízo como requisito da suspensão nas defesas de rito, não chegam a refletir sobre a suspensão pela via da exceção de pré-executividade ou das simples petições.

as de mérito que se fundem em matérias cognoscíveis de ofício, como se demonstrará adiante, permitem a suspensão dos atos executivos sem segurança do juízo, algo que não ocorre com a defesa de mérito.

Sob o CPC/1973, no entanto, mesmo após as reformas dos anos de 2005 e 2006, não havia uma via típica que permitisse a suspensão da execução sem garantia do juízo. A situação, como se sabe, era (e é) ainda mais dramática nas execuções fiscais, em que a admissão dos embargos permanece condicionada à garantia do juízo⁸⁰.

Segundo bem percebeu a doutrina da época, a aplicação irrefletida das regras que conformam as vias típicas de defesa, resultaria em que para levar ao juiz matérias que ele podia conhecer de ofício, houvesse o executado de suportar os atos executivos⁸¹.

Foi para superar esse paradoxo que se desenvolveu a exceção de pré-executividade, figura que há de ser tratada antes que se retome, já para propostas conclusivas, a disciplina do tema sob o CPC/2015.

5. A EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

Não interessa ao presente trabalho um panorama histórico da exceção de pré-executividade⁸², sendo suficientes os breves comentários feitos ao CPC/1973 e suas reformas.

Já se aludiu, ao fim do tópico precedente, à principal função desempenhada pela criação doutrinária e jurisprudencial: permitir a defesa do executado fora dos embargos e da impugnação, especialmente, mas não apenas⁸³, para propiciar a paralisação

80 É conhecida a opinião de parcela da doutrina, no sentido de que as reformas da execução no CPC/1973 seriam extensíveis à execução fiscal, de modo que a segurança do juízo teria deixado de ser um requisito de admissibilidade dos embargos. Vide, por exemplo: CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A fazenda pública em juízo*. 14ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 462-464. Essa linha doutrinária não foi acolhida no STJ, que continua a considerar a Lei de Execução Fiscal (Lei 6.830/1980) especial em relação ao CPC, razão pela qual seu art. 16, §1º, ainda tem aplicação. O tema ganha contornos ainda mais interessantes porque, após alguma divergência, o STJ firmou sua jurisprudência no sentido de que a simples admissão dos embargos, obviamente, quando já seguro o juízo, não suspende a execução fiscal, o que apenas ocorre por decisão do juiz e quando presentes os requisitos da tutela de urgência. É esse o teor do acórdão paradigma do Tema Repetitivo 526 do STJ, que também reafirma a segurança do juízo como requisito de admissibilidade dos embargos: REsp 1272827/PE, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/05/2013, DJe 31/05/2013. Para a permanência desse requisito de admissibilidade mesmo sob o CPC/2015, vide: AgInt no AREsp 1801603/SE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/08/2021, DJe 31/08/2021.

81 Esse paradoxo é apontado por todos que se debruçaram sobre a exceção de pré-executividade, servindo de bom exemplo, por sua precisão, a construção de Talamini: TALAMINI, Eduardo. A objeção na execução (exceção de pré-executividade) e a reforma do código de processo civil. In: *Revista de processo*, vol. 153. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, n. 2.

82 Também não interessam, por mais relevantes que sejam, as discussões em torno da denominação em si. Para uma ácida e conhecida crítica, vide o ensaio de Barbosa Moreira, já citado: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Exceção de pré-executividade: uma denominação infeliz*, p. 119-121.

83 A exceção de pré-executividade também tinha a função de permitir a afirmação de fatos supervenientes à penhora fora do momento típico dos embargos de segunda fase (art. 746, CPC/1973). Essa faceta, porém, não será aprofundada, mantendo-se o foco na defesa apresentada na fase inicial da execução.

da execução antes de qualquer ato executivo - noutras palavras, independentemente da segurança do juízo⁸⁴.

Isso, por si só, demonstra quão vã foi a esperança daqueles que vislumbraram o fim da exceção de pré-executividade após as reformas de 2005 e 2006⁸⁵: mantida a exigência de garantia do juízo, no mínimo, para a suspensão da execução, a utilidade do mecanismo ainda era a mesma⁸⁶.

A justificativa dogmática para a exceção de pré-executividade, originalmente, é a ideia de que determinados defeitos tolheriam o título de sua eficácia executiva e, por isso, se alegados a tempo, impediriam mesmo os primeiros atos de constrição patrimonial⁸⁷. Essa construção foi expandida a partir da ideia de que, se o juiz pode e deve conhecer, mesmo sem provocação, das causas de inadmissibilidade da demanda executiva e de nulidade da execução, não haveria razão para impedir que o fizesse a partir de provocação do réu⁸⁸.

Inicialmente, a paralisação da execução *sem garantia* era explicada de forma trivial, a partir da ideia de que a simples inserção de uma questão processual com esse conteúdo seria o suficiente para impedir que a execução prosseguisse sem a sua so-

84 No mínimo, mesmo sem suspender a execução, a exceção de pré-executividade seria uma forma de o executado se defender sem a segurança do juízo. Havia, por isso, quem sustentasse o cabimento da exceção de pré-executividade e sua utilidade, mesmo negando sua aptidão suspensiva: MOREIRA, Alberto Camiña. Defesa sem embargos do executado: exceção de pré-executividade. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2000, p. 192. O tema da suspensão será analisado em nota mais adiante.

85 A pressuposição (equivocada), foi apontada pela própria exposição de motivos do projeto de lei que deu origem à Lei 11.382/2006, disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2006/lei-11382-6-dezembro-2006-547572-exposicaoodemotivos-150234-pl.html>

86 Como se adiantou, houve alguma controvérsia a respeito da caracterização da segurança do juízo como condição de admissibilidade da impugnação ou apenas da suspensão da execução. Em qualquer desses cenários, porém, ainda haveria espaço para a exceção de pré-executividade. Apontando o equívoco de quem apostou no fim da exceção: TALAMINI, Eduardo. A objeção na execução (exceção de pré-executividade) e a reforma do código de processo civil, n. 6; CARMONA, Carlos Alberto. Cumprimento de sentença conforme a Lei 11.232 de 2005. In: Revista de processo, vol. 142. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 257-267.

87 Atribui-se a Pontes de Miranda a criação dessa tese doutrinária, em um famoso parecer: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Parecer n. 95. In: Dez anos de pareceres. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1975, p. 125-139. O parecer é datado de 1965 o que significa que as reflexões de Pontes de Miranda se referem ao CPC/1939. Mesmo que o caso examinado fosse de uma ação executiva (art. 298, CPC/1939), Pontes de Miranda construiu seu raciocínio a partir da base comum que havia entre esse procedimento especial e a execução de sentença, em suma, a realização da penhora antes da oportunidade de defesa, seja a contestação na ação executiva (art. 299 e 301, CPC/1939) sejam os embargos do executado (art. 1.008, CPC/1939). Sua conclusão foi assim resumida: «A penhora ou o depósito somente é de exigir-se para a oposição de embargos do executado, não para a oposição das exceções e de preliminares concernentes à falta de eficácia executiva do título extrajudicial ou da sentença.» (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Parecer n. 95, p. 132). Atribuindo a criação a Pontes de Miranda, vide: SICA, Heitor Vitor de Mendonça. Cognição do juiz na execução civil, p. 58, nota n. 127. Para um panorama das peculiaridades da execução no CPC/1939, vide: LIEBMAN, Enrico Tullio. Execução e ação executiva. In: Estudos sobre o processo civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1947, p. 29-83, especialmente, p. 73-83.

88 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Cognição e decisões do juiz no processo executivo. In: FUX, Luiz; et. al. (Coord.). Processo e constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 367-369.

lução⁸⁹, notadamente porque, além de ser cognoscível de ofício, a questão deveria dispensar dilação probatória para seu enfrentamento⁹⁰⁻⁹¹.

- 89 Parece ser esse o significado de uma das conclusões de Pontes de Miranda: “Uma vez que houve alegação que importa em oposição de exceção pré-processual, o juiz tem de examinar a espécie e o caso, para que não cometa a arbitrariedade de penhorar bens de quem não estava exposto à ação executiva” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Parecer n. 95, p. 138). De forma semelhante: LACERDA, Galeno. Execução de título extrajudicial e segurança do juízo’. In: Revista da AJURIS, vol. 23. Porto Alegre, 1981, p. 13-14. Deve-se destacar que alguns dos autores que trataram do tema em sede monográfica, por diferentes razões, sustentaram que a exceção de pré-executividade não provocaria a suspensão do processo de execução, seja ope legis seja ope iudicis. É o caso de Alberto Camiña Moreira, já citado (MOREIRA, Alberto Camiña. Defesa sem embargos do executado, p. 192). Essa posição, porém, deve ser bem compreendida. Em primeiro lugar, o autor escrevia antes das reformas de 2005 e 2006. Em segundo, como admitia a apresentação da exceção mesmo antes da citação, suas considerações a respeito do procedimento a ser adotado nesse caso indicam que apenas se passaria à penhora após o contraditório do exequente e a decisão do juiz a respeito da exceção (MOREIRA, Alberto Camiña. Defesa sem embargos do executado, p. 61-62). Em terceiro lugar, como o autor descreve a exceção como algo que se faz no próprio procedimento da execução, seria mesmo absurdo sustentar que tivesse aptidão para suspender o procedimento de forma completa, já que, no mínimo, a própria exceção haveria de ser resolvida. Também Lucon afirmava, em 2001, que a exceção de pré-executividade não suspende a execução. Ponderava, porém, que, se apresentada antes da citação, apenas se determinasse a penhora após a resolução da questão posta pela exceção [LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Objeção na execução (objeção e exceção de pré-executividade). In: SHIMURA, Sérgio; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Processo de execução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 573-574 e 576-578]]. A sensação, portanto, é que o problema é mal colocado quando enfocado sob a ótica da simples suspensão do procedimento: o grande interesse do excipiente era impedir ou desfazer os atos de apreensão patrimonial. A ideia de que isso apenas seja possível mediante a suspensão do procedimento parece pressupor que o julgamento da exceção se dá fora do processo executivo, o que é absolutamente contraditório à própria construção doutrinária em torno dessa figura. Para todos os efeitos, se os atos de apreensão patrimonial (ou os que lhe são subsequentes) ficam a depender da prévia solução da questão posta pela exceção, isso basta para que se veja nesse ato postulatório a aptidão para impedir temporariamente o seguimento dos atos executivos, ainda que o procedimento deva continuar em movimento para a própria solução da exceção. Nessa mesma época (fim da década de 1990 e início da de 2000), defenderam a suspensividade automática em maior ou menor grau: OLIVEIRA NETO, Olavo de Oliveira. A defesa do executado e dos terceiros na execução forçada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 128; FEU ROSA, Marcos Valls. Exceção de pré-executividade: matérias de ordem pública no processo de execução. 2ª ed., Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p. 76 e ss.
- 90 Acentuando ambos os requisitos, vide, dentre os autores que trataram do tema em monografias: KNIJNIK, Danilo. A exceção de pré-executividade, 192-194; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Objeção na execução (objeção e exceção de pré-executividade), p. 573 e 579; MOREIRA, Alberto Camiña. Defesa sem embargos do executado, p. 21-34 e 49-50. Este último autor, embora tenha tratado do tema em monografia bastante conhecida, não dedica um tópico exclusivo à delimitação dos requisitos de cabimento da exceção de pré-executividade. Limitou-se a relatar como o tema fora tratado pela doutrina que lhe antecedeu e pela jurisprudência (MOREIRA, Alberto Camiña. Defesa sem embargos do executado, p. 21-34), oferecendo, porém, uma série de exemplos que indicam a restrição às matérias cognoscíveis de ofício (MOREIRA, Alberto Camiña. Defesa sem embargos do executado, p. 73-188, passim), impressão que confirma nas conclusões da monografia (MOREIRA, Alberto Camiña. Defesa sem embargos do executado, p. 221, n. 7). Ao menos expressamente, a duplicidade de requisitos foi acolhida de forma indubitosa no STJ, que editou a Súmula n. 393: «A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória.».
- 91 Ambos os requisitos, porém, foram criticados por Talamini. Para o autor, de um lado, não faria sentido a limitação probatória quando se cuidasse de questões processuais cognoscíveis de ofício e, de outro, não se deveria restringir o cabimento às verdadeiras objeções, mesmo «de mérito», quando fossem daquelas capazes de, em análise superficial (aqui, sim, com limitação probatória), servir de fundamento à extinção da execução. Para a construção, vide: TALAMINI, Eduardo. A objeção na execução (exceção de pré-executividade) e a reforma do código de processo civil, n. 3.1-3.4. Embora não o faça de forma tão expressa como Talamini, essa parece

Apenas posteriormente, com o desenvolvimento da tutela de urgência e da própria valorização do contraditório do exequente, é que o sobrestamento dos atos executivos pela via da exceção de pré-executividade passou a ser tratado como um provimento de urgência⁹², dando os contornos atuais ao mecanismo.

Houve, porém, uma tendência à ampliação das matérias cognoscíveis pela via da exceção de pré-executividade, seja à medida que aumentavam as possibilidades de atuação sem provocação (para abarcar, por exemplo, a prescrição e o pagamento), seja porque, diante da gravidade da possível restrição à esfera de direitos do executado⁹³, deu-se mais atenção à exigência de pré-constituição da prova⁹⁴.

Interessa a este estudo, porém, destacar que, sob as vestes de uma simples petição e mesmo antes que se ampliassem as matérias oponíveis, a exceção de pré-executividade funcionava, muitas vezes, como uma verdadeira demanda do executado para superar o estado de incerteza quanto à existência do crédito executando⁹⁵.

Isso se deu, em especial, por uma superfetação das condições da ação⁹⁶, que deixaram de ser examinadas unicamente à luz das afirmações do exequente e de sua correspondência ao título, para comportar um exame em confronto à prova pré-constituída produzida pelo executado.

a ideia de Sérgio Shimura, que, de um lado, fala em objeção de pré-executividade, quando o que importaria é apenas a cognoscibilidade de ofício, e, de outro, chama de exceções de pré-executividade, quando, embora necessária a provocação do executado, a questão pudesse ser resolvida mediante prova pré-constituída (SHIMURA, Sérgio. Título executivo, p. 94-96 e 104-110).

- 92 TALAMINI, Eduardo. A objeção na execução (exceção de pré-executividade) e a reforma do código de processo civil, n. 4.
- 93 O argumento se vê, por exemplo, em: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Cognição e decisões do juiz no processo executivo, p. 370; GRECO, Leonardo. Ações na execução reformada, p. 864.
- 94 Parte da doutrina que tratou do tema apontava - de forma equivocada, na linha desta exposição - que a admissão da exceção de pré-executividade não devia passar pelo fundamento da defesa, mas, apenas, pela possibilidade de sua resolução sem dilação probatória além da documental: OLIVEIRA NETO, Olavo de Oliveira. A defesa do executado e dos terceiros na execução forçada, p. 116-118; MARTINS, Sandro Gilbert. A defesa do executado por meio de ações autônomas: defesa heterotópica. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 122-125. Boa demonstração do deslocamento do foco para a desnecessidade de dilação probatória é dada pelos acórdãos do STJ que admitem o manejo da exceção de pré-executividade com fundamento na prescrição mesmo antes da Lei 11.280/2006, que tornou essa uma matéria cognoscível de ofício (art. 219, §5º, CPC/1973). Veja-se, por exemplo, a seguinte ementa: TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. ADMISSÃO. DILAÇÃO PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. DISSOLUÇÃO IRREGULAR. CABIMENTO. SEDE DE EMBARGOS. 1. As matérias passíveis de serem alegadas em exceção de pré-executividade não são somente as de ordem pública, mas também todos os fatos modificativos ou extintivos do direito do exequente, desde que comprovados de plano, sem necessidade de dilação probatória. Precedentes. 2. Não obstante possa ser admitida a arguição de prescrição em exceção de pré-executividade, esta Corte ressalva os casos em que para a comprovação desse fato demande ampla investigação probatória constante dos autos, o que ocorre na hipótese vertente. Súmula nº 7, STJ. 3. Recurso especial não conhecido. (REsp 662.641/MG, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/09/2004, DJ 16/11/2004, p. 263).
- 95 SICA, Heitor Vitor de Mendonça. Cognição do juiz na execução civil, p. 151. Mesmo concluindo que não há formação de coisa julgada, essa é a descrição de Leonardo Greco: GRECO, Leonardo. Ações na execução reformada, p. 864.
- 96 A feliz expressão é de Heitor Sica: SICA, Heitor Vitor de Mendonça. Cognição do juiz na execução civil, p. 58.

É conhecida, como se adiantou, a dificuldade e mesmo a consistência da categoria condições da ação. De todo modo, há certo consenso de que, para que funcionem como requisitos de admissibilidade, legitimidade e interesse processual devem ser analisados *in statu assertionis*, pois, do contrário, cuidar-se-á de decisão de mérito ou, em termos mais precisos e alinhados a forma como o tema é tratado neste artigo, decisão a respeito da existência do crédito exequendo.

Para ficar em um exemplo, pense-se em uma exceção de pré-executividade na qual, mediante prova pré-constituída, o executado pretende demonstrar que alienou as cotas sociais antes que a sociedade comercial contraísse a dívida em execução⁹⁷. Não se trata de ilegitimidade e, portanto, de inadmissibilidade da demanda executiva, na exata medida em que o exame vai além das afirmações do exequente e de seu confronto com o título executivo⁹⁸.

De forma semelhante, mesmo que nem sempre em associação expressa às condições da ação, pode-se ver alguma superfetação do exame da liquidez, exigibilidade e certeza da obrigação representada pelo título.

Exemplo disso é a admissão irrestrita da exceção de pré-executividade para se discutir excesso de execução, desde que essa afirmação possa ser comprovada com prova pré-constituída⁹⁹. A distinção que se deve fazer, porém, é dos casos em que o exequente postula valor superior ao que consta do título, quando a questão se resolve no plano da inadmissibilidade (parcial) da demanda¹⁰⁰, daquelas em que o executado pretende

97 A tese foi admitida como típica exceção de pré-executividade no STJ: REsp 1912277/AC, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/05/2021, DJe 20/05/2021. Em busca de maiores informações a respeito do caso concreto, consultou-se, também, o inteiro teor do acórdão recorrido, do TJAC (Relator (a): Des. Roberto Barros; Comarca: Porto Acre; Número do Processo:1000646-91.2020.8.01.0000;Órgão julgador: Segunda Câmara Cível; Data do julgamento: 23/06/2020; Data de registro: 24/06/2020). A discussão se deu apenas em torno da possibilidade de o juiz provocar o executado a produzir outras provas documentais, sem maiores informações a respeito do próprio caso. Cuidava-se, é certo, de execução entre particulares e na qual, figuravam como executados uma sociedade limitada e uma pessoa física que, em algum momento, foi um de seus sócios. Dos acórdãos, no entanto, não é possível se inferir porque se cogitou da execução contra o sócio.

98 Nessa linha, a inadmissibilidade da exceção de pré-executividade para demonstrar a inocorrência de extensão da responsabilidade tributária ao sócio que conste da CDA não decorre da impossibilidade de dilação probatória nessa via, como fixou o STJ em seu Tema Repetitivo n. 108, mas, simplesmente, de não se tratar de um caso de ilegitimidade: quem é apontado como devedor pelo título é legitimado para estar no pólo passivo da execução, ainda que, no plano material, não seja devedor, responsável ou que a própria dívida não exista.

99 Vide, por exemplo: REsp 1717166/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 05/10/2021, DJe 25/11/2021

100 DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual, vol IV, 2019, n. 2.111, p. 818-819. Não parece correta, por isso, a ideia de que a atividade do juiz, feita unicamente a partir do título, seja cognição sumária sobre a existência do crédito. Quando muito, o juiz reconhecerá que o título é «menos» do que o exequente afirma que é, o que não significa que o crédito não possa existir, porém sem título. Para ficar em um exemplo absurdo, imagine-se a execução de crédito estipulado em um contrato no qual o exequente, além da prestação devida, pretende receber uma indenização pelo inadimplemento sem que o contrato a tenha estipulado sob a forma de cláusula penal. Quanto a esta parcela «faltar título», o que não significa que o crédito não exista. O mesmo raciocínio vale para as hipóteses em que o juiz exerce controle sobre a memória de cálculo, pois, sempre, o exame recairá sobre a correspondência entre o valor afirmado e o título (DINAMARCO, Cândido

questionar o próprio valor constante do título. Neste último caso, sem dúvida, o que se postula é a declaração de inexistência¹⁰¹ de parte do crédito, o que, na linha dos argumentos tecidos até aqui, pressupõe a dedução de uma demanda.

A premissa ora exposta, no sentido de que, quando diz respeito a defesas de mérito, a exceção de pré-executividade assume a condição de verdadeira demanda, é confirmada pela grande polêmica que se construiu em torno da estabilidade das decisões proferidas em resposta ao executado. Não interessa ao presente trabalho resolver o impasse que se formou, bastando ver que parte da doutrina buscou sua solução a partir do conteúdo da defesa e da decisão, para concluir que, ao menos quando há declaração sobre a existência do crédito, é de rigor se reconhecer a formação de coisa julgada¹⁰².

Aplicadas aqui as considerações tecidas no tópico 2, pode-se ver que, assim como a impugnação e os embargos do executado, as exceções de pré-executividade, ao menos segundo admite a doutrina e a jurisprudência, ora podem se constituir em simples

Rangel. Instituições de direito processual, vol IV, 2019, n. 2.072 e 2.083, p. 763-764 e 777-779), o que é distinto de definir se o crédito existe ou não. Não se concorda, por isso, com a opinião de Heitor Sica, de que o reconhecimento do excesso de execução seja sempre equivalente a uma improcedência parcial (SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Cognição do juiz na execução civil*, p. 239), no sentido de que seria uma declaração de parcial inexistência: há de se distinguir a hipótese em que falta correspondência entre a afirmação e o título daquela outra em que o próprio crédito não existe.

- 101 É bastante conhecida a ideia de que a quantidade é medida da existência (CALAMANDREI, Piero. *La condanna «generica» ai danni*. In: *Opere giuridiche*, vol. 5. Roma: Roma Tre-Press, 2019, n. 5, p. 511). Embora esse tenha sido um debate bastante acirrado no estudo da condenação genérica, nos limites do que ora se afirma, serve para que se conclua que sempre que se postula a declaração de que o devedor deve menos, cuida-se de declaração de inexistência, ou, ao menos, de inexistência do crédito no montante afirmado.
- 102 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Cognição e decisões do juiz no processo executivo*. p. 372-373; YARSHHELL, Flávio Luiz. *Ação rescisória: juízos rescindente e rescisório*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 218-220. Havia (e há) quem sustente que nunca se faz coisa julgada. Essa posição, contudo, não nega que haja, muitas vezes, decisão sobre a existência do crédito. Pelo contrário, admitindo que isso ocorra, afasta a formação de coisa julgada material ao argumento de que esta nunca se produz sobre decisões proferidas em cognição sumária. Nesse sentido: TALAMINI, Eduardo. *A objeção na execução (exceção de pré-executividade) e a reforma do código de processo civil*, n. 4; GRECO, Leonardo. *Ações na execução reformada*, p. 864. Proposta mais recente e que, de certo modo, oferece um regramento completo para a estabilidade das exceções de pré-executividade fundadas em defesas de mérito é a que pugna pela aplicação do mesmo regime que vige para o mandado de segurança: havendo «suporte probatório suficiente», julga-se o mérito e se forma coisa julgada; não havendo, não se julga o mérito, não se formando coisa julgada. Para essa perspectiva, vide: SICA, Heitor Vitor de Mendonça. *Cognição do juiz na execução civil*, p. 153, nota n. 63. Em sentido um tanto distinto, mas tentando modular a estabilidade a partir da cognição, vide: OLIANI, José Alexandre Manzano. *Eficácia preclusiva da exceção de pré-executividade*. In: *Revista de processo*, vol. 216. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 127-141, passim. Consultando-se a jurisprudência do STJ, embora haja certa confusão terminológica, ora falando-se em preclusão, ora em coisa julgada para expressar o mesmo fenômeno, pode-se ver a nítida tendência em conferir às decisões proferidas sobre as exceções de pré-executividade uma estabilidade tanto para impedir nova exceção de pré-executividade, quanto para impedir impugnação ou embargos com o mesmo fundamento. Veja-se, por exemplo: AgInt no REsp 1870618/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 14/09/2020, DJe 18/09/2020. A inconsistência na referência à preclusão e à coisa julgada pode ser explicada pelo fato de que, quando não é acolhida a exceção, o processo segue seu curso, de modo que, negada a essa decisão o caráter de decisão de mérito, apenas a preclusão poderia explicar por que não se poderia reexaminar uma questão de ordem pública.

defesas, nas quais o executado nada postula além do que pode obter sem nenhuma postulação, ora verdadeiras demandas, quando se voltam à superação do estado de incerteza a respeito do crédito exequendo mediante a emissão de uma declaração.

Se, nesse segundo caso, as exceções de pré-executividade são demandas, em que seriam distintas da impugnação e dos embargos que tivessem o mesmo fundamento?¹⁰³

6. DA ATIPICIDADE À TIPICIDADE: DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE ÀS SIMPLES PETIÇÕES

O CPC/2015 permite expressamente a defesa do executado por simples petições quando a matéria arguida for a invalidade do procedimento. É o que dispõem o art. 518, na disciplina do cumprimento de sentença¹⁰⁴, e o art. 803, parágrafo único, no processo de execução¹⁰⁵.

O art. 803, caput, por sua vez, tacha de nula a execução se: I) o título não corresponder a obrigação certa, líquida e exigível; II) o executado não for legitimamente citado; e III) a execução for instaurada antes de se verificar a condição ou ocorrer o termo.

O rol, evidentemente, não é taxativo¹⁰⁶. Do mesmo modo, não há dúvidas de que os incisos I e II correspondem à típicas defesas de rito, nos termos em que descritas estas no tópico 2.

Alguma dúvida, é certo, poderia existir com relação ao inciso III. Bem compreendida, porém, a premissa de que a validade do procedimento executivo depende da admissibilidade da demanda executiva, pode-se defender, com segurança, que apenas haverá nulidade (sanção à invalidade do procedimento) na hipótese em que inexistir representação documental da ocorrência do termo ou da condição. Saber se essa representação corresponde à realidade é desbordar da admissibilidade da demanda e adentrar ao plano da certeza quanto à exigibilidade do crédito exequendo¹⁰⁷, o que, nos termos expostos, fica a depender, em regra, de uma demanda do executado.

Embora essas disposições digam respeito ao processo de execução, como se trata de rol exemplificativo, servem, ao menos, de uma boa indicação a respeito do que se

103 A pergunta é inspirada na provocação de Bedaque, que, logo após as reformas de 2005-2006, questionava em que se distinguiam as variadas formas de defesa na execução: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Cognição e decisões do juiz no processo executivo*, p. 377.

104 SICA, Heitor Vitor Mendonça. Comentários aos arts. 513 a 527. In: CRAMER, Ronaldo; CABRAL, Antonio do Passo. *Comentários ao novo código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, art. 518, n. 5; SHIMURA, Sérgio Seiji. Comentários aos arts. 513 a 519. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; et al. (Coord.). *Breves comentários ao novo código de processo civil*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1479-1480.

105 BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. Comentários aos arts. 771 a 805, art. 803, ns. 2 e 3; MATTOS, Sérgio. Comentários aos arts. 797 a 804. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; et al. (Coord.). *Breves comentários ao novo código de processo civil*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 2073-2076.

106 MATTOS, Sérgio. Comentários aos arts. 797 o 804, p. 2073.

107 BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. Comentários aos arts. 771 a 805, art. 786, n. 1.

deve compreender por invalidade do procedimento executivo também no cumprimento de sentença, em que o art. 518 não oferece exemplos¹⁰⁸.

Com mais esse esclarecimento, pode-se concluir, como parece fazer a doutrina, que o CPC/2015 admite que toda a defesa seja veiculada em simples petições, tanto a que toca a admissibilidade da demanda executiva (bem representada pelos incisos I e III, do art. 803), quanto a que diga respeito aos requisitos de validade dos atos processuais subsequentes (de que o inciso II é um exemplo).

O que significa, no entanto, dizer que uma defesa na execução pode ser feita por simples petição?

A resposta óbvia é que, assim, o executado fica dispensado das formalidades que condicionam a admissão dos embargos e da impugnação. Em geral, alude a doutrina a requisitos relacionados à regularidade de uma petição inicial¹⁰⁹.

Essa perspectiva, se não é equivocada, passa longe de tocar o que é realmente relevante. Interessa ao presente trabalho um aspecto da forma das defesas “rituais” do executado e que, mais do que ligado ao próprio ato postulatório, diz respeito a seu procedimento¹¹⁰: a garantia do juízo como condição à obtenção da tutela de urgência representada pela suspensão da execução.

A razão para esse enfoque já foi exposta no tópico 4: o módulo processual executivo é uma garantia criada em prol do exequente e é representada, especialmente, pela

108 Cogitando da aplicação ao cumprimento de sentença, vide, por exemplo: SHIMURA, Sérgio Seiji. Comentários aos arts. 513 a 519, p. 1479; MATTOS, Sérgio. Comentários aos arts. 797 o 804, p. 2073.

109 O tema não foi, até o momento, objeto de maiores reflexões sob o CPC/2015, o que se explica pelo desenvolvimento que teve sob a ótica da exceção de pré-executividade e, especialmente, quando a doutrina buscou distinguir, formalmente, a impugnação ao cumprimento de sentença dos embargos do executado. Sobre a forma exigida da petição em que se formula exceção de pré-executividade, vide: FEU ROSA, Marcos Valls. Exceção de pré-executividade, p. 49-50; MOREIRA, Alberto Camiña. Defesa sem embargos do executado, p. 44-46. Este último chega a apontar a informalidade da *petitio simplex* (a referência latina é do autor) como um dos óbices a que a exceção de pré-executividade fosse recebida como embargos à execução, única forma de resistência permitida pela lei à época de sua monografia. Diversamente, apontando que nada impediria o recebimento da exceção de pré-executividade como embargos, a despeito da distinção de forma, vide: MACHADO, Marcelo Pacheco. Os novos embargos à execução: técnicas processuais de defesa do executado na nova sistemática do processo de execução de títulos extrajudiciais. In: COSTA, Susana Henriques da. Execução extrajudicial: modificações da Lei 11.382/2006. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 346-348. No contexto da impugnação, vide, p. ex.: VIANA, Juvêncio Vasconcelos. A defesa do executado na reforma processual brasileira: a impugnação e os embargos à execução. In: Revista de Processo, vol. 159. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, n. 3.4.

110 Não se devem confundir requisitos de forma que condicionam a admissibilidade de um ato postulatório com o procedimento a que se sujeita sua apreciação ou com a técnica processual empregada. De todo modo, não é raro o uso da expressão formalidade para se referir ao conjunto de regras processuais que condicionam a validade dos atos e, por isso, a validade do procedimento como um todo. Nesse sentido, a imposição da observância do procedimento determinado por lei pode ser decomposta na imposição dos requisitos formais de cada um dos atos do procedimento. Embora tratasse em específico do juízo de admissibilidade, isto é, o juízo de validade do ato postulatório e seus reflexos sobre a validade do procedimento, adotam-se, em suas linhas gerais, as lições de Didier Jr. sobre o tema: DIDIER JR., Fredie. Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo, p. 17-28.

promessa de que, admitida a demanda executiva, os atos executivos não serão paralisados antes que se assegure a frutuosidade da execução.

Essa garantia se reflete no art. 525, §6º, e no art. 919, §1º, do CPC, que são uma especialização do procedimento a que se sujeitam as demandas defensivas na execução em comparação ao procedimento comum, exigindo-se, para a obtenção da tutela provisória, a garantia do juízo como um requisito adicional à plausibilidade do direito e ao perigo da demora. Se, no passado, a possibilidade de prestação de tutela provisória era uma técnica de especialização do procedimento¹¹¹, atualmente, com a generalização dessa possibilidade (art. 294 e ss., CPC), esse papel é exercido pelas eventuais restrições que lhe sejam impostas pelo legislador em atenção às especificidades do direito material ou da própria tutela jurisdicional.

Permitir a defesa por simples petições, portanto, é permitir a defesa sem a sujeição do ato postulatório ao procedimento imposto à impugnação e aos embargos, o que, no que interessa a este estudo, é dispensar a segurança do juízo como requisito para suspensão da execução¹¹².

Esse raciocínio casa perfeitamente com o que se expôs a respeito da eficácia executiva, pois, nas simples petições, segundo a disciplina do CPC, o que está em jogo é a admissibilidade da demanda executiva - noutras palavras, a existência da eficácia executiva em benefício do exequente e em detrimento do executado - ou a validade dos próprios atos executivos isoladamente.

Revigora-se, com essa construção, a ideia de que a defesa que se funde na inexistência do crédito exequendo, porque ligada à garantia de que a incerteza não impede a

111 No passado, quando não havia uma autorização genérica à antecipação de tutela, sua predisposição em determinados procedimentos era uma técnica de especialização em relação ao procedimento comum (ou ordinário): DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Por uma nova teoria dos procedimentos especiais: dos procedimentos às técnicas. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 105-106. Como, atualmente, essa é uma possibilidade inerente ao procedimento comum, sua limitação é que ganha ares de especialização. A inspiração para a caracterização das regras relacionadas à suspensividade como especialização do procedimento é o artigo de Marcelo Pacheco a respeito dos embargos, citado anteriormente. O autor, é bem verdade, afirmou que o fim da suspensividade automática tinha despido os embargos de sua única especialização em relação ao procedimento comum (MACHADO, Marcelo Pacheco. Os novos embargos à execução, p. 351). O autor manteve a opinião após o CPC/2015: MACHADO, Marcelo Pacheco. Reflexões sobre o mérito e a admissibilidade dos embargos à execução. In: ASSIS, Araken de; BRUSCHI, Gilberto Gomes (coord.). Processo de execução e cumprimento de sentença: temas atuais e controversos (livro eletrônico). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, n. 3. Como se adiantou, discorda-se dessa perspectiva pelo simples fato de que, se no procedimento comum, a tutela de urgência pode ser concedida sem contracautela, a simples presença desse requisito extra é um fator de especialização do procedimento executivo (ou dos embargos), uma especialização, porém, que se faz em favor do embargado/exequente, algo de que o autor não chega a cogitar, pois apenas analisa a questão sob a ótica do embargante/executado.

112 De todos os trabalhos consultados para este estudo, o único que fez a relação expressa entre as vias de defesa e a segurança do juízo como requisito para suspensão da execução foi o artigo de Arlete Aureli e Izabel Ferreira: AURELI, Arlete Inês; FERREIRA, Izabel Pinheiro Cardoso Pantaleão. A defesa do executado por simples petição no cumprimento de sentença. In: ASSIS, Araken de; BRUSCHI, Gilberto Gomes (coord.). Processo de execução e cumprimento de sentença: temas atuais e controversos (livro eletrônico). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, n. 6.

execução, não deve, em regra (as exceções serão tratadas adiante), permitir a suspensão dos atos executivos enquanto estiver em risco a frutuosidade da execução.

As exceções a essa sistemática, certamente raras, são apenas aquelas defesas de mérito que, não só podem ser conhecidas de ofício, mas cuja decisão, na linha do que se argumentou no item 3.1, adquirirá a mesma eficácia e estabilidade que alcançaria se fosse dada em resposta a uma demanda do executado. Nestes casos, a demanda, se houver, funciona, apenas, como uma iniciativa que torna necessária a resposta jurisdicional¹¹³. Seu processamento sem observância ao procedimento especial das defesas de mérito é uma opção legislativa expressada pela cognoscibilidade de ofício: seria desarrazoado permitir, de um lado, que o juiz sobreste a execução para, sem provocação, verificar se houve prescrição e, de outro, proibir que isso se dê em razão de uma postulação do executado.

A partir desse raciocínio, pode-se cortar o excesso representado pela ampliação do cabimento da exceção de pré-executividade a partir de um raciocínio dogmaticamente seguro: apenas as defesas de rito e as defesas de mérito cognoscíveis de ofício dispensam a segurança do juízo como requisito extra para a suspensão da execução.

Nessa linha, sempre que a defesa do executado for uma demanda com o objetivo de superar a incerteza da existência do crédito e se fundar em questão que não pode ser conhecida de ofício, entra em operação a garantia que a execução representa para exequente: será impositiva a sujeição da demanda defensiva aos requisitos de forma da impugnação ou dos embargos¹¹⁴.

Não será o caso de inadmissão da defesa, mas, simplesmente, da eventual correção de formalidades e de sujeição ao procedimento adequado¹¹⁵: não haverá paralisa-

113 Essa é uma peculiaridade interessante, pois permite dar boa solução à hipótese em que, tendo o executado demandado a declaração de inexistência do crédito em função do pagamento, verifique o juiz, por exemplo, que o título não contempla a ocorrência da condição. Uma vez que há uma demanda pendente, esta deverá ser respondida, ainda que a execução possa ser extinta por um fundamento autônomo. O tema é essencial na compreensão do art. 503, §§1º e 2º, do CPC, pois, sem a demanda de uma das partes, a simples possibilidade de apreciação da questão não assegura seu efetivo exame e, mesmo que isso ocorra, não assegura que, sobre essa resolução se formar coisa julgada. Para o ponto, vide: OLIVEIRA, Filipe Ramos. Coisa julgada sobre questões prejudiciais: limites objetivos e subjetivos, p. 275-279. Nesta construção, portanto, admite-se que as matérias de mérito cognoscíveis de ofício, como o pagamento ou a prescrição, sirvam tanto à dedução de uma demanda defensiva quanto a um ato postulatório defensivo simples, de forma semelhante com o que se passa com algumas matérias que podem ser objeto de reconvenção ou de contestação.

114 Já se acenou à opinião de Marcelo Pacheco Machado, que, sob o CPC/1973, via com bons olhos que a exceção de pré-executividade considerada inadequada fosse recebida (e julgada) como embargos. Dizia o autor que a distinção entre essas figuras seria, apenas, uma distinção na técnica processual: “O que há de diferente é apenas a técnica, ou seja, a forma através da qual a defesa do executado se concretiza no processo” (MACHADO, Marcelo Pacheco. Os novos embargos à execução, p. 347). Discorda-se do autor, apenas no que se refere à fungibilidade, pois, segundo o raciocínio ora desenvolvido, embora haja, realmente, uma distinção de técnica (ou, mais precisamente, de procedimento), não se trata de receber um ato postulatório por outro, mas, simplesmente, de correta identificação do ato postulatório para, então, submetê-lo ao procedimento imposto pela lei.

115 Primeiro se deve identificar o ato postulatório para, em seguida, cogitar dos requisitos de admissibilidade e, pela mesma razão, do procedimento determinado pelo sistema processual. Focando na irrelevância da forma

ção da execução no aguardo da solução das questões postas pelo executado até que, presentes os demais requisitos da tutela de urgência, esteja assegurada a frutuosidade da execução.

Pouco importa - e essa é uma conquista que não se pode reputar novidade - o nome dado pelo executado à sua petição¹¹⁶: cuidando-se de defesa de rito ou fundada em questão de mérito cognoscível de ofício, o procedimento será o das simples petições; cuidando-se de demanda defensiva fundada em questão de mérito que depende de provocação, será adotado o procedimento da impugnação ou dos embargos.

Com isso, busca-se uma resposta para a pergunta formulada ao fim do tópico precedente, pois, admitida a irrelevância do nome dado à petição, nada diferenciava uma exceção de pré-executividade de uma das defesas rituais (embargos ou impugnação) além do procedimento especial criado pela doutrina e desenvolvido pela jurisprudência.

O que se propõe, portanto, é que as defesas do executado sejam tratadas segundo seu conteúdo (fundamento e pedido)¹¹⁷ para que, assim, sejam submetidas ao procedimento eleito como adequado pelo legislador¹¹⁸.

A via, evidentemente, é de mão dupla. Pouco importa que o executado tenha chamado sua petição de embargos. Se seu conteúdo é um daqueles que se identificam com o procedimento das simples petições, dispensa-se a forma das defesas rituais, ou, no que interessa a este estudo, dispensa-se a segurança do juízo como requisito adicional para a obtenção da suspensão da execução (ou, com maior precisão, para a paralisação dos atos executivos)¹¹⁹.

para o juízo de identificação, vide: OLIVEIRA, Bruno Silveira de. O juízo de identificação de demandas e de recursos no processo civil. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 109-111.

116 Sobre a irrelevância do nomen iuris em geral: OLIVEIRA, Bruno Silveira de. O juízo de identificação de demandas e de recursos no processo civil. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 69-74.

117 Embora o critério seja sempre lembrado para a identificação das demandas, serve à identificação de qualquer ato postulatório argumentativo: OLIVEIRA, Bruno Silveira de. O juízo de identificação de demandas e de recursos no processo civil, p. 47-50.

118 A ideia não é nova e, sob o CPC/1973, foi defendida, em suas linhas gerais, por Bruno Silveira de Oliveira: OLIVEIRA, Bruno Silveira. O juízo de identificação de demandas e de recursos no processo civil, 179-188. Ao tratar da possível fungibilidade entre as defesas rituais e a exceção de pré-executividade, Bruno Silveira de Oliveira focou sua atenção no prazo, para, na prática, negar que esse fosse um requisito de admissibilidade. Sua proposta, ao fim, é praticamente idêntica à ora exposta: que todos os atos de resistência do réu fossem considerados simples petição, quando opusessem questões cognoscíveis de ofício; ou ações declaratórias de inexistência do crédito exequendo. Bastante semelhante, por fim, é a perspectiva de Heitor Sica (SICA, Heitor Vitor de Mendonça. *Cognição do juiz na execução civil*, p. 148). Ambos os autores, porém, não atentaram para a peculiaridade que especializa o procedimento a que se sujeitam a impugnação e os embargos: a prévia segurança do juízo como requisito extra exigido pelo sistema para obstaculizar os atos executivos.

119 Embora continuem a tratar do tema à luz da exceção de pré-executividade, há divergência entre a Terceira e a Quarta Turmas do STJ, manifestada em acórdãos recentes a respeito da possibilidade de suspensão da execução pela via dos embargos quando seu conteúdo for dos que pode ser fundamento de exceção de pré-executividade. Da Terceira Turma, veja-se o REsp 1772516/SP (Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/05/2020, DJe 11/05/2020), de cuja ementa se extrai o seguinte: «[...] A relevância e a possibilidade de a matéria arguida ser apreciada em sede de exceção de pré-executividade não retira o

Com uma rigorosa separação do que constitui juízo de admissibilidade e juízo quanto à existência do crédito exequendo, pode-se dar boa solução a muitos dos casos em que a exceção de pré-executividade se mostra uma injustificada supressão da garantia representada pelo processo de execução.

Para ficar em um exemplo, pode-se diferenciar o exame da legitimidade do exame da existência do crédito exequendo em sua conformação subjetiva: quando a afirmação do executado de que não é devedor ou responsável desborda do exame das afirmações do exequente e sua comparação com o título executivo (mesmo aqueles complexos), cuidar-se-á de defesa de mérito que vai além da admissibilidade e não pode ser conhecida de ofício, impondo-se, por isso, o procedimento das defesas de rito.

É o que se passa, por exemplo, quando o sujeito apontado como responsável na CDA pretende demonstrar que não ocorreram os fatos que condicionam a extensão da responsabilidade tributária. Pretenda ou não provar suas razões com prova pré-constituída, a hipótese será de demanda defensiva, sujeita a todos os requisitos de forma exigidos dessa espécie¹²⁰.

No cenário ora proposto, a maior simplificação conferida pela prova pré-constituída eventualmente associada a essas demandas defensivas se reverterá, no máximo, em uma boa chance de julgamento antecipado do mérito (art. 355, I, CPC).

Já no que se refere às simples petições, embora seja difícil imaginar situações em que questões ligadas à admissibilidade da demanda executiva ou à validade de atos executivos dependam de instrução probatória, não há razão para que a prova pré-constituída seja erigida à condição de requisito de admissibilidade das simples petições. Quando muito, para se aproveitar algo da criação jurisprudencial em torno da exceção de pré-executividade, a apresentação de prova pré-constituída poderia servir para que se dispensasse o exame do requisito da urgência para obtenção da tutela provisória, algo semelhante a uma hipótese de tutela da evidência (art. 311, CPC).

Poder-se-ia objetar a esse raciocínio com a afirmação de que as defesas rituais e as simples petições (notadamente se mantidos os critérios que conformavam a exce-

requisito expressamente previsto para a concessão de efeito suspensivo dos embargos à execução [...]». Na Quarta Turma, em sentido oposto e na linha do que se defende neste artigo, veja-se o AgInt no REsp 1919280/RJ (Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 28/06/2021, DJe 01/07/2021): «[...] A atribuição de efeito suspensivo aos embargos à execução com base na incerteza do título executivo configura fundamento autônomo e suficiente para atribuir efeito suspensivo aos embargos à execução. Se é cabível a exceção de pré-executividade para discutir vício do título executivo referente à matéria cognoscível de ofício pelo julgador, quando não for necessário dilação probatória; não há razão para obstar o efeito suspensivo pela oposição de embargos à execução em que se discute a mesma matéria. [...]».

120 Não interessa a este ensaio criticar a opção legislativa que, na execução fiscal, condiciona os próprios embargos do executado à segurança do juízo. Há boas razões para que, também a eles, aplique-se a nova sistemática inaugurada com as reformas de 2005-2006 e consolidada com o CPC/2015 (CUNHA, Leonardo Carneiro da. A fazenda pública em juízo, p. 462-464). Na linha do que aqui se argumenta, porém, é injustificável a superfetação das condições da ação ou qualquer outro expediente para permitir a defesa de mérito sem o procedimento eleito pela lei como adequado.

ção de pré-executividade) são vias alternativas para se chegar a um mesmo fim, com variações procedimentais que serviriam apenas a determinar a opção a ser realizada pelo exequente. Seria, em suma, algo análogo ao que se passa entre o mandado de segurança e o procedimento comum para a impugnação de um ato administrativo. Essa ideia seria reforçada pela expressa admissão de impugnação fundada em questões processuais e, de resto, na tradição que sempre admitiu essas objeções processuais pela via dos embargos.

Ocorre que, ainda que se admitisse esse argumento, ele seria aplicável, exclusivamente às defesas de rito, as únicas que, em tese, poderiam ser opostas como simples petições, a teor dos arts. 518 e 803, §1º, do CPC. Com essa restrição, contudo, a ideia soa absurda, pois, admissíveis a qualquer momento e sem sujeição a nenhum prazo, seria incompreensível a opção do executado por uma «via» que não lhe traz nenhuma vantagem.

Deve-se ver que, se por um lado o procedimento executivo é especializado em prol do exequente, as simples petições e a possibilidade de opor, sem nenhuma restrição, defesas de rito, é a concessão que o sistema faz em prol do executado e da garantia do devido processo legal.

Verdadeira concorrência de vias, como já se mencionou, existiria apenas para as defesas de mérito fundadas em matérias que podem ser conhecidas de ofício, já que, em tese, podem conformar tanto demandas como atos postulatórios defensivos que não constituam demanda.

Na linha do que se sustentou, a distinção, nesse caso, é apenas o fato de que a demanda torna obrigatória a emissão de resposta pelo juiz, enquanto a oposição sem demanda faria com que a matéria fosse analisada apenas na medida em que necessária, podendo-se cogitar de hipóteses em que a execução acabasse extinta por outra razão, sem a apreciação da oposição de mérito. Mesmo quando haja demanda do executado, porém, a possibilidade de cognição dessas matérias independentemente de provocação significa a insubordinação dessa demanda ao procedimento especial das defesas de mérito¹²¹.

Uma outra faceta do argumento da concorrência de vias, porém aplicado às defesas de mérito, seria a afirmação de que, sempre aberta ao executado a via das ações autônomas de impugnação, seria possível, por estas, a obtenção de decisão provisória que suspendesse a execução sem a prestação de garantia.

121 Após a leitura do manuscrito deste artigo, Clarisse Leite questionou se essa possibilidade não importaria em distorção do sistema na hipótese em que fosse necessária prova complexa. A resposta é negativa. A insubordinação ora imaginada, na linha dos argumentos apresentados, se liga à possibilidade de suspensão dos atos executivos sem a garantia do juízo. Nesse cenário, a necessidade de prova complexa ou, de resto, de produção de provas para além das pré-constituídas, seria, em um primeiro momento, um problema relacionado ao juízo a respeito do *fumus boni iuris* e, em um segundo, notadamente se negada a suspensão, um problema a respeito da conveniência de atuação de um procedimento lateral, a fim de prosseguirem os atos de execução.

Aqui, porém, entra em jogo mais uma vez a tese central deste artigo, pois, quando se vê o requisito da segurança do juízo como uma especialização do procedimento em prol do exequente, é fácil aceitar que o sistema não deixe à mercê do executado a escolha de um procedimento sem essa garantia. Parece possível, seguindo essa linha, ver no procedimento a que se sujeitam as defesas de mérito (à exceção das que podem ser conhecidas de ofício e, por isso, dispensam demanda) um procedimento especial obrigatório¹²²: deduzida uma demanda com esse conteúdo peculiar, a obtenção da tutela provisória com a suspensão (ou impedimento) da execução é condicionada à alguma forma de contracautela.

Essa seria uma imposição tanto para demandas incidentais quanto para demandas autônomas com esse mesmo conteúdo, as chamadas defesas heterotópicas. Não faz sentido que a segurança do juízo condicione a concessão da suspensão no procedimento das defesas de mérito e seja dispensada pelo simples fato de uma demanda idêntica ser apresentada autonomamente. A rigor, cuidar-se-á de uma demanda conexa e que, se possível, deverá ser reunida à execução, aplicando-se-lhe, em qualquer caso, a exigência de prévia segurança do juízo para obtenção da suspensão da execução¹²³. Mesmo que se admita que a prejudicialidade externa torne obrigatória a suspensão do

122 Esse argumento parte da ideia de que, usualmente, a facultatividade dos procedimentos especiais se justifica quando estes são uma vantagem ou garantia ao demandante: DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Por uma nova teoria dos procedimentos especiais: dos procedimentos às técnicas, p. 40-42. Nesse trecho, sustentam os autores que, nas hipóteses em que a especialização se dá em garantia do demandado, como ora se defende, seria possível a celebração de negócio jurídico processual para afastar a técnica especial. Embora seja algo difícil de se imaginar na prática, de fato, não se pode afastar essa possibilidade, pois seria mesmo absurdo que se exija a segurança do juízo quando o exequente expressamente abra mão dessa vantagem.

123 Lapidar, nesse sentido, o acórdão do Conflito de Competência n. 105.358/SP, em que a Primeira Seção do STJ afirmou não só a conexão entre uma ação anulatória e uma execução fiscal, mas, também, que independentemente da reunião dessas demandas, a suspensão é possível desde que segurado o juízo: CC 105.358/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/10/2010, DJe 22/10/2010. Considerações semelhantes se vêem em um acórdão mais antigo, da Primeira Turma: REsp 677.741/RS, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/02/2005, DJ 07/03/2005, p. 167. Nesse mesmo sentido, recentemente: ALMENDRA, Matheus Leite. A utilização de defesas heterotópicas e a suspensão da execução. In: Revista de Processo, vol. 279. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, n. 4. Antes das reformas que despiram as defesas do executado de sua eficácia suspensiva automática, a discussão se dava em dois planos parcialmente sobrepostos: definir se haveria suspensão por prejudicialidade externa e, em havendo, se haveria suspensividade automática. Muito raramente se cogitava da suspensão como uma medida de urgência, ponto ressaltado por Sandro Gilbert Martins, que parece aderir à ideia, passando ao largo, porém, da necessidade de prévia segurança: MARTINS, Sandro Gilbert. A defesa do executado por meio de ações autônomas: defesa heterotópica, p. 213-219. Para um panorama do tema, apontando, inclusive, julgados e doutrinadores que afirmavam o descabimento tout court de ações autônomas sobre a existência do crédito exequendo, vide: PEREIRA, Rosalina Pinto da Costa Rodrigues. Ações prejudiciais à execução. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 260 e ss. A autora tratou, também, da impossibilidade de suspensão da execução em virtude de ação cautelar: PEREIRA, Rosalina Pinto da Costa Rodrigues. Ações prejudiciais à execução, p. 479-484. Em artigo bastante recente, a autora renovou sua pesquisa, defendendo, como se faz aqui, que essas demandas autônomas para defesa heterotópica apenas tenham aptidão suspensiva quando, presentes os requisitos da tutela provisória, houver garantia do juízo: COSTA, Rosalina Moitta Pinto da. O manejo da defesa heterotópica e a possibilidade de suspensão da execução ante o posicionamento do STJ. In: Revista de Processo, vol. 318. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, n. 4.2.

processo prejudicado¹²⁴, a perspectiva ora adotada a respeito da especialização do procedimento das demandas defensivas permite que se afaste a regra geral do art. 313, V, «a», do CPC, aplicando-se o procedimento especial em detrimento dessa regra geral.

Por fim, a caracterização do procedimento das defesas de mérito como uma especialização em prol do exequente permite que se atribua relevância a um requisito de forma em sentido estrito que, há muito, é praticamente desprezado pela doutrina: o prazo para apresentação da impugnação ou os embargos.

Isso porque, se é certo que a perda desse prazo não impede o manejo de ações autônomas de impugnação, não faz sentido que se permita que o executado obtenha, por essa via, algo que o sistema nega pela via da impugnação ou dos embargos. A perda do prazo, portanto, significaria a impossibilidade de suspensão da execução, mesmo com a segurança do juízo¹²⁵, algo que, a rigor, significa apenas uma retomada de noções bastante tradicionais a respeito do tema, mas que acabaram deixadas de lado com o desenvolvimento da tutela provisória e sua generalização como regra inerente ao procedimento comum.

O desenvolvimento desta ideia, porém, desborda dos limites deste estudo e demandaria aprofundamento que, por opção metodológica, há de ser deixado para outra oportunidade.

7. CONCLUSÃO

O módulo executivo do processo civil é uma garantia de efetividade prestada pelo Estado a quem disponha de um título executivo: a execução caminha no sentido da satisfação do direito exequendo a despeito da incerteza quanto à sua existência, impondo-se ao executado o ônus de demandar para que a incerteza seja superada em seu favor.

124 Sob o CPC/1973, essa era a opinião de Clarisse Leite: LEITE, Clarisse Frechiani Lara. Prejudicialidade no processo civil, p. 270 e 273-281. É bem verdade que a autora afirma que a suspensão não é automática, mas, bem compreendida sua posição, com isso quer dizer, apenas, que a suspensão fica a depender de uma decisão do juiz do processo prejudicado, a quem incumbe verificar se estão preenchidos os requisitos da suspensão, que seriam, apenas, a própria existência da relação de prejudicialidade jurídica. Especificamente sobre a possibilidade de suspender-se a execução em razão de uma demanda autônoma prejudicial, a autora adota posição contrária, ao argumento de que o art. 265, IV, assim como o atual art. 313, V, ao referir-se a sentença de mérito, restringiria sua aplicação ao processo de conhecimento: LEITE, Clarisse Frechiani Lara. Prejudicialidade no processo civil, p. 281. A mesma consideração se vê nos textos de Rosalina Costa citados na nota antecedente.

125 Em sentido contrário, por exemplo: COSTA, Rosalina Moitta Pinto da. O manejo da defesa heterotópica e a possibilidade de suspensão da execução ante o posicionamento do STJ, n. 4.3; ALMENDRA, Matheus Leite. A utilização de defesas heterotópicas e a suspensão da execução, n. 4.3.2. Preocupações semelhantes levaram Rafael de Oliveira Rodrigues a afirmar que a dedução de demanda defensiva após o escoamento do prazo dos embargos/impugnação seria uma forma de abuso de direito, concluindo, a partir dessa ideia, que essas demandas devem ser inadmitidas em razão de uma espécie de preclusão externa: RODRIGUES, Rafael de Oliveira. O abuso do processo por intermédio da defesa heterotópica. In: Revista Eletrônica de Direito Processual, vol. VIII. Rio de Janeiro, 2011, p. 850-867, passim.

Essa garantia se manifesta com a admissão da demanda executiva, que, por si só, é suficiente para que apenas se suspenda o processo de execução após a segurança do juízo. Há para o exequente que deduza uma demanda admissível uma garantia de frutuosidade da execução.

Vista a construção sob outra ótica, ela significa que essa garantia não se manifesta quando a demanda do exequente é inadmissível, exame que pode (e deve) ser realizado pelo juiz independentemente de qualquer provocação.

Sob o CPC/1973, de modo a contornar a regra que condicionava a própria admissão das defesas rituais à prévia garantia do juízo, construiu-se a exceção de pré-executividade. A prática dos tribunais e alguma imprecisão no trato do juízo de admissibilidade da execução fez com que essa via fosse ampliada de forma a que seu verdadeiro requisito fosse apenas a prova pré-constituída, avançando, assim, sobre verdadeiras defesas de mérito e, tanto pior, sempre como forma de evitar os atos executivos iniciais e, assim, a garantia do juízo.

O CPC/2015, porém, aponta a segurança do juízo como um requisito para a obtenção da suspensão da execução pela via da impugnação ou dos embargos à execução. A conclusão deste artigo é que essa regra deve ser vista como uma especialização do procedimento de execução feita em prol do exequente e que se manifesta apenas nas demandas defensivas do executado, excetuadas aquelas que tomem por fundamento matérias cognoscíveis de ofício (notadamente a prescrição e o pagamento).

Essa é uma proposta que se faz a partir da exegese dos arts. 518 e 803, §1º, do CPC, que permitem a dedução de defesas de rito sem as formalidades dos embargos e da impugnação, algo que se interpretou como uma dispensa do procedimento especial que condiciona a suspensão da execução à prévia garantia do juízo.

A exigência de garantia do juízo, portanto, varia conforme o fundamento da defesa: dispensada nas defesas de rito e nas que se apoiem em matérias cognoscíveis de ofício; exigida nas demais defesas de mérito, sempre deduzidas mediante demandas do executado, sejam incidentais, sejam autônomas.

8. REFERÊNCIAS

- ABELHA, Marcelo. *Manual de execução civil*. 7ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2019
- ALMENDRA, Matheus Leite. A utilização de defesas heterotópicas e a suspensão da execução. In: *Revista de Processo*, vol. 279. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018
- AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos (Coord.). *Revista Forense Comemorativa – 100 anos*, t. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2006
- ANDOLINA, Italo. «Cognizione» ed «esecuzione forzata» nel sistema della tutela giurisdizionale (corso di lezione). Milano: Giuffrè, 1983

- ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979
- ASSIS, Araken de. *Manual da execução (livro eletrônico)*. 5ª ed. em e-book, baseada na 21ª ed. impressa, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020
- AURELI, Arlete Inês; FERREIRA, Izabel Pinheiro Cardoso Pantaleão. A defesa do executado por simples petição no cumprimento de sentença. In: ASSIS, Araken de; BRUSCHI, Gilberto Gomes (coord.). *Processo de execução e cumprimento de sentença: temas atuais e controversos (livro eletrônico)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Exceção de pré-executividade: uma denominação infeliz. In: *Temas de direito processual (sétima série)*. São Paulo: Saraiva, 2001
- BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. Comentários aos arts. 771 a 805. In: CRAMER, Ronaldo; CABRAL, Antonio do Passo. *Comentários ao novo código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Cognição e decisões do juiz no processo executivo. In: FUX, Luiz; et. al. (Coord.). *Processo e constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 358-378.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3ª ed., São Paulo: Malheiros. 2010
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 2011
- BERMUDES, Sérgio. *A reforma do código de processo civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil, vol. 2: procedimento comum, processos nos tribunais e recursos*. 8ª ed., São Paulo, Saraiva Educação, 2019
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil, vol. 3: tutela jurisdicional executiva*. 10ª ed., São Paulo, Saraiva Educação, 2021
- CALAMANDREI, Piero. La condanna «generica» ai danni. In: *Opere giuridiche, vol. 5*. Roma: Roma Tre-Press, 2019, p. 503-530
- CARMONA, Carlos Alberto. Cumprimento de sentença conforme a Lei 11.232 de 2005. In: *Revista de processo*, vol. 142. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 257-267
- CARNELUTTI, Francesco. Un lapsus evidente?. In: *Rivista di diritto processuale*, anno XV, n. 3. Padova: CEDAM, 1960
- CHAMBERLAIN, Hector Cavalcanti. *O incidente de desconsideração da personalidade jurídica: atualização da disregard doctrine na perspectiva da responsabilidade patrimonial no processo civil brasileiro*. Londrina, PR: Thoth, 2021
- CHIOVENDA, Giuseppe. De la acción nacida del contrato preliminar. In: *Ensayos de derecho procesal civil, t. I*. Buenos Aires: EJE, 1949
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil, vol. 1*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1965

- CONSOLO, Claudio. *Spiegazione di diritto processuale civile, vol. II: le tutele (di merito, sommarie ed esecutive) e il rapporto giuridico processuale*. 11ª ed., Torino: Giappichelli, 2017
- DIDIER JR., Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005
- DIDIER JR., Fredie. Será o fim da categoria “condição da ação? Um elogio ao projeto do novo código de processo civil”. In: *Revista de processo*, n. 197, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 256-260
- DIDIER JR., Fredie. Contradireitos, objeto litigioso do processo e improcedência. In: *Revista de Processo*, vol. 223, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 87-100
- DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Por uma nova teoria dos procedimentos especiais: dos procedimentos às técnicas*. Salvador: Juspodivm, 2018
- DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da.; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil, vol. 5: execução*. 11ª ed., Salvador: Juspodivm, 2021
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. 8ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002
- DINAMARCO, Cândido Rangel. O conceito de mérito em processo civil. In: *Fundamentos do processo civil moderno, t. I*. 5ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil, vol. IV*. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2005
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil, vol. II*. 8ª ed., São Paulo: Malheiros, 2019
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil, vol. III*. 8ª ed., São Paulo: Malheiros, 2019
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil, vol. IV*. 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 2019
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil, vol. I*. 10ª ed., São Paulo: Malheiros, 2020
- GANACIN, João Cánovas Bottazzo. *Desconsideração da personalidade jurídica no processo civil*. São Paulo: Thomson Reuters, 2020
- GRECO, Leonardo. *O processo de execução, vol. I*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999
- GRECO, Leonardo. Primeiros comentários sobre a reforma da execução oriunda da Lei 11.232/2005. *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 36. São Paulo: Dialética, 2006
- GRECO, Leonardo. Ações na execução reformada. In: SANTOS, Ernani Fidélis dos. *et. al.* (Coord.). *Execução civil: estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007
- GRECO, Leonardo. *Comentários ao código de processo civil, v. XVI: artigos 797 a 823 - das diversas espécies de execução*. São Paulo: Saraiva Educação, 2020

- GRECO, Leonardo. Os meios de defesa na execução. In: *Revista eletrônica de direito processual*, vol. 22. Rio de Janeiro, 2021
- GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998
- LACERDA, Galeno. Execução de título extrajudicial e segurança do 'juízo'. In: *Revista da AJURIS*, vol. 23. Porto Alegre, 1981, p. 7-15
- LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*. 3ª ed., Porto Alegre: Fabris, 1990
- LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Prejudicialidade no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2008
- LEITE, Clarisse Frechiani Lara. Eficácia e estabilidade da solução de questão prejudicial incidental. In: TUCCI, José Rogério Cruz e; et al. (Org.). *Estudos em homenagem a Cândido Rangel Dinamarco*. São Paulo: Malheiros, 2022
- LIEBMAN, Enrico Tullio. Execução e ação executiva. In: *Estudos sobre o processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1947, p. 29-83
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1962
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Embargos do executado: oposições de mérito no processo de execução*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1968
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil, vol. 1*. 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2005
- LUCCA, Rodrigo Ramina. Mérito do processo e condições da ação. In: *Revista de processo*, n. 188, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 69-100
- MACHADO, Marcelo Pacheco. *Os novos embargos à execução: técnicas processuais de defesa do executado na nova sistemática do processo de execução de títulos extrajudiciais*. In: COSTA, Susana Henriques da. *Execução extrajudicial: modificações da Lei 11.382/2006*. São Paulo: Quartier Latin, 2007
- MACHADO, Marcelo Pacheco. Reflexões sobre o mérito e a admissibilidade dos embargos à execução. In: ASSIS, Araken de; BRUSCHI, Gilberto Gomes (coord.). *Processo de execução e cumprimento de sentença: temas atuais e controversos (livro eletrônico)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020
- MARTINS, Sandro Gilbert. *A defesa do executado por meio de ações autônomas: defesa heterotópica*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005
- MINATTI, Alexandre. *Defesa do executado (livro eletrônico)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017
- MOREIRA, Alberto Camiña. *Defesa sem embargos do executado: exceção de pré-executividade*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2000
- OLIVEIRA NETO, Olavo de Oliveira. *A defesa do executado e dos terceiros na execução forçada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000
- OLIANI, José Alexandre Manzano. Eficácia preclusiva da exceção de pré-executividade. In: *Revista de processo*, vol. 216. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 127-141

- OLIVEIRA, Bruno Silveira de. *Conexidade e efetividade processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007
- OLIVEIRA, Filipe Ramos. *Coisa julgada sobre questões prejudiciais: limites objetivos e subjetivos*. Londrina, PR: Thoth, 2021
- PEREIRA, Rosalina Pinto da Costa Rodrigues. *Ações prejudiciais à execução*. São Paulo: Saraiva, 2001
- COSTA, Rosalina Moitta Pinto da. O manejo da defesa heterotópica e a possibilidade de suspensão da execução ante o posicionamento do STJ. In: *Revista de Processo*, vol. 318. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021
- PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. 6ª ed., Napoli: Jovene, 2014
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Parecer n. 95. In: *Dez anos de pareceres*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1975
- RODRIGUES, Rafael de Oliveira. O abuso do processo por intermédio da defesa heterotópica. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual*, vol. VIII. Rio de Janeiro, 2011, p. 850-867
- SANTOS, Silas Silva. *Redirecionamento da execução civil: projeção da teoria do objeto litigioso*. São Paulo: Thomson Reuters, Brasil, 2021
- SHIMURA, Sérgio. *Título executivo*. 2ª ed., São Paulo: Método, 2005
- SICA, Heitor Vitor Mendonça. *O direito de defesa no processo civil brasileiro: um estudo sobre a posição do réu*. São Paulo: Atlas, 2011
- SICA, Heitor Vitor Mendonça. Comentários aos arts. 513 a 527. In: CRAMER, Ronaldo; CABRAL, Antonio do Passo. *Comentários ao novo código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015
- SICA, Heitor Vitor de Mendonça. *Cognição do juiz na execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017
- SIQUEIRA, Thiago Ferreira. *A responsabilidade patrimonial no novo sistema processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016
- SIQUEIRA, Thiago Ferreira. *Limites objetivos da coisa julgada: objeto do processo e questões prejudiciais*. Salvador: Juspodivm, 2020
- TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa [CPC, arts. 461 e 461-A, CDC, art. 84]*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003
- TALAMINI, Eduardo. A objeção na execução (exceção de pré-executividade) e a reforma do código de processo civil. In: *Revista de processo*, vol. 153. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 11-32
- VIANA, Juvêncio Vasconcelos. A defesa do executado na reforma processual brasileira: a impugnação e os embargos à execução. In: *Revista de Processo*, vol. 159. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008
- WATANABE, Kazuo. *Cognição no processo civil*. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012

- YARSHELL, Flávio Luiz. Reflexões em torno da execução para entrega de coisa no direito brasileiro. In: TUCCI, José Rogério Cruz e. Processo civil: evolução 20 anos de vigência. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 125-139
- YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação rescisória: juízos rescindente e rescisório*. São Paulo: Malheiros, 2005
- YARSHELL, Flávio Luiz. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica no CPC 2015: aplicação a outras formas de extensão da responsabilidade patrimonial. In: YARSHELL, Flávio Luiz; SETOGUTI, Guilherme Pereira. (Coords.). *Processo societário, vol. II*. São Paulo: Quartier Latin, 2015
- ZAVASCKI, Teori Albino. *Título executivo e liquidação*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002



Civil Procedure Review

AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

3

Conciliation in labour disputes between problems of effectiveness of workers' rights and prospects for the future in the Italian civil procedure system

Simone Caponetti

Ph.D. in Labour Law at University of Rome "Tor Vergata" and
Researcher in Labour Law at University of Padua, Italy.

Abstract: The purpose of this paper is not only to provide a clear and concise timeline of the key developments that conciliation in labour disputes has witnessed over time (starting from the mini-reform of Legislative Decree No 80/1998, the 2001 Foglia Commission, the 2002 Vaccarella Commission, Law No 183/2010, the 2012 Fornero Reform and the Jobs Act 2015) but also to examine the critical issues that have surfaced in relation to the legislation passed in the matter, especially with reference to the issue of the effectiveness of workers' rights. The study has concluded that the use of conciliation in litigation can be a valid tool capable of amicably resolving a legal dispute, alleviating the workload of the courts and facilitating early resolution through alternative paths. Conciliation, like arbitration, can be viewed as a mechanism that offers a possible way out of the gridlock in labour law litigation and the huge backlog of cases before the courts in order to provide citizens with *effective* justice. That said, recourse to conciliation in Italy is very limited in practice owing to a series of reasons at various levels that serve to discourage any interest in it. This paper has sought to identify those obstacles as objectively as possible, bearing in mind however that recourse to alternatives to the courts does not appear to be an integral part of the Italian legal tradition. The final part of this paper outlines what future developments might look like, specifically in the direction of negotiations along the lines of the US model.

Keywords: Conciliation – Labour - Effectiveness of workers' rights – Italian civil procedure system

Table of contents: 1. Foreword. 2. Origin and initial development of conciliation in labour disputes. 3. The mandatory attempt at conciliation introduced by the 1998 mini-reform, constitutionality and debate among legal scholars. 4. The proposals for reform put forward by the 2001 Foglia Commission and the 2002 Vaccarella Commission. 5. Conciliation is no longer mandatory under Law No 183/2010. 6. Nostalgia for mandatory conciliation: dismissals on business grounds and Law No 92/2012. 7. The Jobs Act and the problem of the effectiveness of the protection of workers' rights. 8. Some final clarifications between problematic issues and new horizons. 9. Final reflections and future prospects.

1. FOREWORD

The task of defining conciliation¹ as that term is understood in the realm of labour disputes is somewhat complicated, not least because of the many twists and turns that have characterised its development. Indeed, conciliation has had a somewhat chequered history, veering between periods when it was mandatory and others when it was merely optional. Nonetheless, some general points can be made regarding the notion as a whole. It is a mechanism that falls within the scope of what is commonly referred to as ADR, i.e. a means to resolve disputes other than through recourse to a court of law. There are various types of conciliation, depending above all on the forum, which may be judicial, administrative or trade union in nature, and on the body that presides over it, be it a multi-member or single-member one. In this regard, the function of conciliation may differ by virtue of the specific characteristics that it exhibits, for example, proactive, mediative or voluntary, as may the regulation of the degree of formality involved linked also to whether or not the process serves as a preliminary step to instituting judicial or arbitral proceedings². Indeed, the current legal system increasingly sees conciliation as a pre-trial tool to amicably settle an existing legal dispute pending before the courts and consequently to alleviate the workload of the latter.

As will be discussed in greater detail below, standard forms of conciliation like that used in the resolution of disputes in the corporate field, introduced by Legislative Decree No 5/2003³, have also come to be regulated by law.

Mandatory out-of-court mediation was introduced by Legislative Decree No 28/2010. And, more relevant to the topic at hand, Law No 92/2012 once again made an attempt at conciliation in labour disputes mandatory, albeit limited to instances of

-
- 1 "[W]hen we speak of conciliation we are alluding to a multifaceted phenomenon that can take on different forms depending on the context in which the expression is used and the associated regulatory framework": G. Ferraro, *La conciliazione nelle controversie di lavoro*, in A. Vallebona (ed), *Il diritto procedurale del lavoro, Trattato di diritto del lavoro, diretto da Mattia Persiani e Franco Carinci*, IX, 2011, Padua, 2011.
 - 2 F. P. Luiso, *La conciliazione nel quadro della tutela dei diritti*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2004, but also F. Lancellotti, *Conciliazione delle parti*, in *Enc. Dir.*, Vol. VIII, Milan, 1961.
 - 3 G. Alpa and T. Galletto, *Processo, arbitrato e conciliazione nelle controversie societarie, bancarie e del mercato finanziario*, Milan, 2004.

individual dismissals on business grounds. However, in that latter case the subsequent Legislative Decree No 23 of 7 March 2015 excluded the applicability of that form of conciliation for employment contracts signed after its entry into force, providing instead for a form, or better an *offer*, of conciliation that the 2015 legislation itself (Article 6) introduces, as always with regard only to “new hires”, making it highly attractive owing to the tax and social security advantages that it confers⁴.

The purpose of this paper is not only to provide a clear and concise timeline of the key developments that conciliation in labour disputes has witnessed over the years but also to examine the critical issues that have surfaced in relation to the legislation passed in the matter (especially with reference to the issue of the effectiveness of workers’ rights), with an eye to the future and a meaningful use of conciliation in labour disputes.

2. ORIGIN AND INITIAL DEVELOPMENT OF CONCILIATION IN LABOUR DISPUTES

Labour law has always demonstrated an openness to forms of alternative dispute resolution that eschew courts of law. One only has to think of the historical board of arbiters experience of the late 19th century⁵, the first example of conciliation established by Law No 295 of 15 June 1893 but subsequently abolished by Royal Decree No 471 of 26 February 1928. Years later, the Civil Procedure Code of 1942, enacted under a corporative system in which trade unions legally represented all categories of employers and employees, prescribed that reporting disputes to the unions and attempting to resolve them through conciliation under the auspices of the trade unions themselves were prerequisites for bringing legal action before the courts (Article 410 of the Civil Procedure Code). With the fall of corporatism, the rule in question was superseded and replaced by an interpretation based on case law and scholarly opinion that downplayed an attempt at conciliation, envisaged as mandatory under numerous collective bargaining agreements and contracts, and treated it as a merely optional step.

The topic of conciliation surfaced in subsequent laws that preceded the major 1973 reform, more about which below. For example, Article 7 of Law No 604/1966 governing dismissals provided for an attempt at conciliation at provincial labour offices alongside that undertaken in accordance with trade union procedures. And again in Law No 300/1970 (known as the ‘Workers’ Statute’), where conciliation functions are vested in

4 The tax advantages are for both parties (especially for the employee but also for the employer, who at the same cost to the business can offer the employee a higher net sum thus facilitating a settlement of the dispute) and likewise the social security advantages (especially for the employer but only with respect to avoiding reinstatement because the compensation for unfair dismissal is already exempt from social security contributions).

5 Cf. P. Passaniti, *Storia del diritto del lavoro. I. La questione del contratto di lavoro nell’Italia liberale (1865-1920)*, 2006, 369.

provincial and regional labour offices, with reference to disputes concerning individual dismissals and those arising from the imposition of disciplinary sanctions.

Conciliation underwent significant changes on foot of Law No 533 of 11 August 1973 on “Regulation of individual labour disputes and disputes concerning mandatory social assistance and social security”⁶, such that one can rightly speak of a “new era” of conciliation in labour disputes⁷. The reform sought to introduce alternative forms of settling individual labour disputes, managing to blend conciliation with judicial protection⁸. Indeed, by replacing the entire Title IV of Book Two of the Civil Procedure Code, Law No 533/1973 afforded parties the opportunity to settle their differences through alternative forms of dispute resolution, such as conciliation for individual labour disputes concerning the employment relationships specified in Article 409 of the Civil Procedure Code⁹. The main changes that Law No 533/1973 introduced included: legal proceedings could be commenced by an application rather than a writ of summons as prescribed by the Civil Procedure Code; the strengthening of the parties’ obligation to clearly frame the claims, defences and supporting evidence right from the very beginning; an emphasis on oral hearings concentrated over a short period of time; and encouraging conciliation as a means of resolving disputes. Through its reform of labour law disputes, parliament had adopted a precise stance, namely, leaving it up employers and employees to choose between availing themselves of conciliation or suing before the courts¹⁰.

Finally, in 1990, Article 5 of Law No 108/1990 made attempting to resolve disputes through conciliation mandatory for challenges to individual dismissals entailing a remedy in damages whereas it did not address challenges entailing reinstatement¹¹. Attempting administrative conciliation or conciliation under the auspices of trade unions was made a prerequisite to bringing legal action before the courts, failing which the judicial proceedings would be stayed and the parties given a non-extendable deadline to

6 Fifty years after the changes in question, see the comments of G. Fontana, *Che fine ha fatto il processo del lavoro? Riflessioni dopo ‘i primi 50 anni’ della legge n. 533/1973*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2023, 1, 27. See also A. Vallebona, *I requisiti essenziali del processo del lavoro*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2022, 4, 889.

7 For the innovative aspects of that regulatory framework, see M. Dell’Olio, I. Piccinini and P. Ferrari, *La tutela dei diritti nel processo del lavoro*, Turin, 1994.

8 On this point see F. P. Luiso, *Il tentativo obbligatorio di conciliazione nelle controversie di lavoro*, in *Riv. it. Dir. lav.*, 1999, 4, 375.

9 Article 410 - Optional Attempt at Conciliation: “Any person who intends to file a lawsuit relating to the relationships specified in Article 409 of the Code of Civil Procedure and who does not wish to avail himself of the procedures provided for under collective bargaining agreements and contracts may, including through a trade union, attempt conciliation before the conciliation board [...]”.

10 Cf. V. Amoroso, G. Di Cerbo and A. Maresca, *Le fonti del diritto italiano. Il diritto del lavoro costituzione, Codice civile e leggi speciali*, Milan, 2007.

11 On this point see A. Proto Pisani, *Note in tema di conciliazione obbligatoria e di arbitrato nella nuova disciplina dei licenziamenti individuali (art. 5 l. 11 maggio 1990, n. 108)*, in *Foro it.*, 1990, 506; C. M. Barone, *Conciliazione obbligatoria ed arbitrato*, in *Foro it.*, 1990, 376; G. Pera, *Le disposizioni processuali della legge n. 108/1990 sui licenziamenti*, in *Giust. Civ.*, 1990, 2, 390.

attempt to resolve their differences through conciliation. A similar provision was introduced in 1992 with reference to labour disputes involving workers in the public sector.

For the first time since the fall of the fascist regime, conciliation was once again viewed as being a solution to legal disputes, and not as a mere form of assisted consent enabling derogation from otherwise peremptory norms of labour law¹².

3. THE MANDATORY ATTEMPT AT CONCILIATION INTRODUCED BY THE 1998 MINI-REFORM, CONSTITUTIONALITY AND DEBATE AMONG LEGAL SCHOLARS

With Legislative Decree No 80 of 1998 the legislature sought to streamline the process of resolving labour disputes by favouring early resolution and alternative paths like conciliation and arbitration. These changes were introduced both because jurisdiction over public-sector employment disputes had passed from the administrative to the ordinary courts thereby increasing the workload of the latter and because conciliation and arbitration came to be seen as tools that offered a possible way out of the gridlock in labour law litigation, linked above all to a huge backlog of cases before the courts and the ever diminishing returns of the triad “orality, concentration and speed”¹³. Article 11(4)(g) of Law No 59 of 15 March 1997 provided that in the adoption of delegated legislation the government had to implement “procedural organisational measures, including of a general nature, to prevent dysfunctions due to the backlog of litigation; out-of-court conciliation and arbitration procedures”. The generalisation of a mandatory attempt at conciliation is to be seen from the perspective of a systemic regulation of labour disputes, jurisdiction over which lay with the ordinary courts¹⁴.

In concrete terms, Legislative Decree No 80 of 30 March 1998, as amended by Legislative Decree No 387 of 29 October 1998¹⁵ (which supplemented and partly amended Legislative Decree No 80/1998 although confirming the basic options enshrined therein), rewrote the rules for conciliation, amending Articles 410 and 412 of the Civil Procedure Code, by extending the obligation to attempt it to all disputes involving the relationships referred to in Article 409 of the Civil Procedure Code.¹⁶ Also amended

12 See F. P. Luiso, *Il tentativo obbligatorio di conciliazione nelle controversie di lavoro*, in *Riv. it. Dir. lav.*, cit.

13 Cf. S. Caruso, *Sindacato, arbitrato e conflitto collettivo*, in *Dir. Rel. Ind.*, 1992, 48.

14 Cf. M. Grandi, *La composizione stragiudiziale delle controversie di lavoro nel pubblico impiego (dlgs. 80/1998)*, in *Lav. Pub. Amm.*, 1998, 791.

15 Cf. Article 1(14) of Law No 191 of 16 June 1998, which amending Article 1(4) of Law No 59/1997 cited above, renewed the delegation of legislative authority to the government until “31 October 1998”, thus enabling Legislative Decree No 387/1998 to be adopted.

16 Article 409 (Individual Labour Disputes): “The provisions of this article shall apply to disputes relating to:
1) private-sector employer-employee relationships, even if not inherent to the carrying on of a business;
2) sharecropping, metayage, agricultural profit-sharing, lease to a direct farmer, as well as relations deriving from other agricultural contracts, without prejudice to the jurisdiction of the specialised agricultural sections of the courts;

were the rules on informal arbitration (i.e. arbitration where the arbitral award has the binding force of contract and not of a judgment) through adding Articles 412-*ter* and 412-*quater* of the Civil Procedure Code, as if to underline the continuity¹⁷ between conciliation and arbitration.

Out of a desire to prevent dysfunctions in the administration of civil justice, the legislature tackled the entire field of labour disputes and transformed an attempt at conciliation from an optional to a mandatory step, probably rooted in the above-mentioned Article 11(1)(g) of Law No 59/1997, which envisioned the adoption of organisational and procedural measures also of a general nature aimed at preventing dysfunctions due to the backlog of litigation in the courts¹⁸.

The new Article 410 of the Civil Procedure Code thus provided for a mandatory attempt at conciliation, to be undertaken either in an administrative or trade union setting. Mandatory in the sense that legal proceedings before the courts could not be brought without first trying conciliation, whether it proved to be successful or not. A mandatory attempt at conciliation was conceived by the law as a filter for access to the courts and to create a form of conditional judicial protection since it required recourse to non-judicial means of protection before bringing an action in court. Consistent with that conception, communication of the application for conciliation interrupted the statute of limitations and suspended the running of time for as long as the conciliation continued and for twenty days after its conclusion. Viewing an attempt at conciliation as a precondition for suing before the courts gave rise to quite a few doubts as to its constitutionality, also on the basis of previous Constitutional Court case law¹⁹. Essentially, the doubts centred on the possibility that the government might have exceeded the legislative powers delegated to it by parliament under Law No 59/1997 when it amended Articles 410, 410-*bis* and 412-*bis* of the Civil Procedure Code by making an

(3) agency, commercial agency and other collaborative relationships resulting in the provision of continuous and coordinated work mainly of a personal nature not constituting however an employer-employee relationship;

(4) public-sector employer-employee relationships regarding public entities carrying on exclusively or predominantly economic activities;

(5) public-sector employer-employee relationships regarding public entities and other public-sector employment relationships insofar as jurisdiction in connection therewith is not vested by law in another court.

17 Typical of labour law (both as regards legislation and contractual frameworks), where there is a special correlation between conciliation and arbitration: cf. M. Grandi, *L'arbitrato irrituale in materia di lavoro*, in *Riv. trim. dir. Proc. Civ.*, 1991, 421.

18 The question arose as to whether the parent statute passed by parliament – given its subject matter – allowed the government to legislate beyond public-sector employment: see the CNEL report on the bill passed by parliament on 21 January 1998, in *Lav. Inf.* 1998, 5, 72; C. Cecchella, *La riforma dell'arbitrato nelle controversie di lavoro pubblico e privato*, in *Mass. Giur. Lav.*, 1999, 1/2, 78. But the doubt can be dispelled precisely by relying on the provision relating to the introduction of measures “of a general nature” to prevent dysfunctions due to an overloaded court system.

19 Constitutional Court judgement no 225 of 23 June 1994, in *Foro it.*, 194, 1, 3329, according to which “unless there are general requirements and higher purposes of justice, judicial protection cannot be deferred or subordinated to the prior pursuit of administrative appeals ... with the consequent unconstitutionality of rules that provide for bars and preclusions for failure to pursue those remedies”.

attempt at conciliation mandatory also for private-sector employment. It was arguable too that there had been a violation of Articles 3 and 24 of the Constitution, in relation respectively to unequal treatment between the public and private sectors and to infringement of right to judicial protection insofar as recourse thereto was burdened by excessive obstacles.

In its judgment no 276 of 13 July 2000²⁰ the Constitutional Court dispelled the doubts as to the constitutionality of the new regulatory framework. As regards the feared violation of Article 24 of the Constitution, it stated that the law may well impose “burdens aimed at safeguarding ‘general interests’ with the delays that such entails” since “a mandatory attempt at conciliation tends to satisfy the general interest from a twofold point of view: firstly, by ensuring that the increase in the number of labour disputes to be heard by the ordinary courts does not overwhelm those very courts and, secondly, by facilitating the early settlement of disputes thereby meaning that substantive claims will be satisfied more immediately than would be the case by going to trial”. As regards an alleged violation of Article 3 of the Constitution, citing earlier precedent the Constitutional Court held that any application under Article 410 of the Civil Procedure Code should at the very least set out the elements to identify the claims and the legal grounds underlying the out-of-court nature of the conciliation phase, thereby harmonising the rules of the pre-trial proceedings for public and private sector workers.

Although the Constitutional Court’s ruling concluded the discussion on the constitutionality of the model, it did not halt the debate in the literature on the effectiveness of the tool in terms of alleviating the workload of the courts. This debate was fuelled by the modest results achieved not only in terms of the number of attempts at conciliation undertaken but also in terms of the extent to which conciliation, even in the event of a negative outcome, served to enable the conflicting claims to be identified and clarified²¹.

The growing ineffectiveness of the mechanism²² – which came to be viewed as a mere box-ticking exercise²³ (aggravated by the inefficiency of the public apparatus called upon to manage it) and hence a burden and a delay in seeking to enforce injured rights through the courts – led once again to questions as to its constitutionality being raised before the Constitutional Court, which in judgments nos 436/2006²⁴

20 Constitutional Court judgment no 276 of 13 July 2000: in *Giust. civ.*, 2000, 2499, with note by A. Briguglio, *Un’occasione per la pronuncia di una sentenza interpretativa di rigetto da parte della Consulta?*; in *Giur. Cost.*, 2000, 2148; in *Corr. Giur.*, 2000, 1237; in *Mass. Giur. Lav.*, 2000, 1098, with note by Tiscini; in *Not. Giur. Lav.*, 2000, 520; in *Foro it.*, 2000, 1, 2752, with note by De Angelis; and in *Guid. Dir.*, 2000, 28, 35.

21 Cf. G. Arrigo, *La disciplina contrattuale della conciliazione e dell’arbitrato*, in G. Loy (ed), *La nuova disciplina della conciliazione e dell’arbitrato*, Padua, 2000, 80.

22 See R. Pessi, *La risoluzione stragiudiziale delle controversie di lavoro: una rassegna ragionata del dibattito dottrinale*, cit.

23 A. Pessi, *Gli arbitrati in materia di lavoro*, Naples, 2012.

24 Constitutional Court judgment no 436/2006, in *D. L. Riv. Crit. Dir. lav.*, 2007, 2, 363.

and 355/2007²⁵ declared that the said questions were inadmissible insofar as Article 410-*bis* was challenged on grounds of infringing Article 111 of the Constitution on due process.

Despite the fact that successive constitutional rulings over time have always found the 1998 changes to be constitutionally sound, the generalised introduction of a mandatory attempt at conciliation as an alternative dispute resolution tool to alleviate the workload of the courts has met with scarce enthusiasm in the literature²⁶.

Making an attempt at conciliation mandatory does not add anything to a tool that already enjoys advantages in law and practice²⁷. Nor does it grant any greater incentive to conciliate for those who do not already have such an inclination²⁸, which certainly will not materialise just because an employee (or their legal counsel) is required to send a registered letter requesting conciliation to the relevant administrative conciliation board or because an employer receives a letter summoning it to appear before the board (not that dissimilar to the letters summoning it to an optional attempt at conciliation, generally ignored by employers who felt that there was little point in trying conciliation).

In reality, conciliation has never gained any traction in practice and remains very limited due to a number of reasons that discourage any interest in it. Indeed, there are many reasons why the judicial route is preferred including in particular: the obstacles to appealing against the conciliation report²⁹ compared to a judgment³⁰; the frequent lack of reliability and competence of the members of the conciliation boards³¹; the risk of jeopardising the enforceability of a claim before the courts by virtue of delaying legal action and/or opting to try an out-of-court solution; the uncertainty surrounding the social security and tax-related advantages of conciliation and/or the alleged exces-

25 Constitutional Court judgment no 355/2007, in *Not. Jur. Lav.*, 2008, 1, 76.

26 Cf. S. Magrini, *La "piccola riforma" della conciliazione e dell'arbitrato*, in *Dir. Prat. Lav.* 1998, 24, 1587; M. Magnani, *Conciliazione ed arbitrato nelle controversie di lavoro dopo il dlgs n. 80 1998*, in *Mass. Giur. Lav.*, 1999, p. 684; A. Cecchella, *La riforma dell'arbitrato nelle controversie di lavoro pubblico e privato*, in *Mass. Giur. Lav.* 1999, 1/2, 178.

27 On this point see S. Magrini, *La 'piccola riforma'*, cit., who argues that the compulsory nature of first attempting conciliation makes sense insofar as it provides the parties with a novel tool, but this is not the case in Italy where "there is an embarrassment of riches: from prior administrative conciliation; to conciliation in a trade union setting ... to judicial conciliation".

28 Cf. S. Magrini, *La 'piccola riforma' della conciliazione e dell'arbitrato*, cit.

29 Cf. F. Stolfa, *Conciliazione nel diritto del lavoro*, III, Turin, 1988

30 See M. Grandi, *Impugnabilità e inoppugnabilità degli arbitri in materia di lavoro*, in *Dir. rel. Ind.*, 1992, 2, 23; M. Mocella, *Sull'impugnabilità della conciliazione giudiziale, amministrativa e sindacale nel processo del lavoro*, in *Dir. rel. Ind.*, 1999, 447.

31 On this point, for a highly critical view with specific reference to provincial labour and employment office (UPLMO) conciliation boards, see Manna, *Il tentativo obbligatorio di conciliazione nella riforma degli artt. 410 e segg. Cod. proc. civ. tra deflazione e legislazione occulta di sostegno*, in *Riv. Crit. Dir. lav.*, 1998, 524. See also S. Caruso, *Sindacato, arbitrato e conflitto collettivo*, in *Dir. rel. ind.*, 1992, 2, 48. With reference to the Spanish experience, see P. Cruz Villalon, *Conciliazione ed arbitrato in Spagna*, in *Quad. dir. lav. Rel. Ind.*, 1993, 13, 170.

sive costs of conciliation according to some³². All reasons that militate against recourse to alternative dispute resolution options for both parties involved in a typical labour dispute³³. And that holds true for both employees, who aspire to obtain effective satisfaction of their claims, including at enforcement level, and employers, if for no reason other than a desire to have the issue fairly assessed and resolved definitively.

And so the verdict that can be expressed on the 1998 mini-reform with the benefit of hindsight is that it certainly sought to bridge, in some respects, the gap in the *protective* potential of conciliation (and arbitration) compared to that of legal proceedings before a court of law but did not achieve the success that had been anticipated³⁴.

4. THE PROPOSALS FOR REFORM PUT FORWARD BY THE 2001 FOGLIA COMMISSION AND THE 2002 VACCARELLA COMMISSION.

The proposal drawn up by the Foglia Commission³⁵ in 2001 (established by decree on 24 July 2000) focused on the reform of the procedures for dealing with labour disputes before the courts. Accordingly, conciliation was examined only marginally within the framework of arbitration and the introduction of employment contracts certification³⁶. Nonetheless, it should be noted that at the administrative-ministerial level there was a certain interest in conciliation and hence confirmation of the role that that tool could play in mitigating disagreements between the parties, in this specific case in connection with how any given employment relationship was to be classified. The Foglia proposal reiterated the distinction between conciliation in the public sector and in the private sector, where an attempt to pursue it was mandatory. Moreover, it looked favourably upon in-court rather than out-of-court conciliation³⁷.

Subsequently, in 2002, a proposal was put forward by the Vaccarella Commission (established by decree on 23 November 2001), which called for the attempt at conciliation to be made merely optional³⁸. In fact, the Commission considered that making

32 See M. De Luca, *Il tentativo obbligatorio di conciliazione (profili procedurali e aspetti fiscali e previdenziali)*, in *Dir. prat. Lav.*, 1998, 49.

33 Cf. E. Balletti, *Potenzialità e limiti del tentativo di conciliazione delle controversie di lavoro*, in *Scritti in memoria di Massimo D'Antona*, Milan, 2004, 149.

34 Cf. E. Balletti, *Potenzialità e limiti del tentativo di conciliazione delle controversie di lavoro*, cit.

35 For critical aspects see L. De Angelis, *La giustizia del lavoro tra crisi del processo, iniziative di riforma e specializzazione del giudice mal sopportare*, in *Riv. it. Dir. lav., cit.*; *Id.*, *Modificazioni della tutela sostanziale e giurisdizione del lavoro: profili attuali*, in *Dir. Lav., Quaderni*, n. 8, 2003, p. 27 ff.

36 On this point see E. Signorini, *Conciliazione e arbitrato nel processo del lavoro*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2003, 5, 382.

37 For the work of the Foglia Commission, see S. Chiarloni, *Nuove prospettive di riforma per il processo del lavoro*, 2001, 8-9, 1763.; Ministero della Giustizia e Ministero del Lavoro e della Previdenza sociale, *Commissione per lo studio e revisione della normativa procedurale del lavoro*, in *Foro it.*, 2007, 6, 189. See also, A. Vallebona, *Parola d'ordine: salvare il processo del lavoro*, in *Mass. giur. lav.*, 2007, 1 ss.

38 Article 36 – “Without prejudice to the speciality of labour proceedings in accordance with current general policy, eliminate the mandatory nature of the attempt at conciliation for labour disputes [...]”. Text taken from www.cittadinolex.kataweb.it.

the attempt at conciliation mandatory was a “contradiction” since it made no sense to oblige a person whose consent was necessary for the successful outcome of the process to engage in that very process. Given the failure to implement the proposal in question, the attempt at conciliation remained mandatory and necessary.

A few more years would be needed for a substantial change to occur in this respect.

5. CONCILIATION IS NO LONGER MANDATORY UNDER LAW NO 183/2010

The labour law bill introduced in parliament in connection with the 2008 budget law finally became law after no less than seven parliamentary readings with its publication in the Official Journal on 9 November 2010, entering into force on 24 November 2010 as Law No 183/2010. Due in no small part to issues concerning also allowing decisions in labour arbitration cases to be made *ex aequo et bono*, the bill's passage through parliament was very troubled.

Examination of the bill had started on 17 September 2008 in the Chamber of Deputies. After four parliamentary readings, the process seemed to be coming to an end on 3 March 2010³⁹ when it was finally approved by the Senate of the Republic. But on that occasion the President of the Republic did not promulgate it in the exercise of his power under Article 74 of the Constitution and on 31 March 2010 returned the bill to the Chamber of Deputies requesting further deliberations there. Subsequently there were three more parliamentary readings that made changes to the text based on the indications contained in the presidential message. The never-ending process concluded with final approval of the law by the Chamber of Deputies on 19 October 2010 and its publication in the Official Journal on 9 November 2010.

Leaving aside the above difficulties, hostage to some outdated political ideologies, Law No 183/2010, through Article 31 on “Conciliation and Arbitration”⁴⁰, radically reformed conciliation in labour proceedings in a number of respects.

First, faced with the undisputable fact of slow legal proceedings in labour matters and an enormous caseload (for which social security litigation is also responsible), the legislature again felt the need to make provision for alternatives to trial with a view to alleviating the workload of the courts, preferring that route instead of what some of the social partners had expected, namely strengthening the courts and enhancing

39 On this version of the parliamentary bill see V. Speciale, *La riforma della certificazione e dell'arbitrato nel 'collegato lavoro'*, in *Dir. lav. Merc.*, 2010, 139; A. Vallebona, *Una buna svolta del diritto del lavoro: il 'collegato' 2010* in *Mass. Giur. Lav.*, 2010, 4, 2010; L. Zoppoli, *Certificazione dei contratti di lavoro e arbitrato: les liaisons dangereuses*, in Auletta, Califano, Della Pietra and Rascio (eds), *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010.

40 See Article 31 of Law No 183/2010 in particular paragraph 1 thereof rewriting Article 410 of the Civil Procedure Code. Paragraph 16 of that same Article 31 repealed Articles 410-bis and 412 bis of the Civil Procedure Code. It should be noted that, by express provision (paragraph 2 of Article 31), the mandatory nature of a prior attempt at conciliation under Article 80(4) of Legislative Decree No 276/2003 was not affected.

the relevant procedures. Even some legal scholars⁴¹ had long since sounded the alarm, noting that parties could no longer allow themselves the luxury of referring all labour disputes to the courts and advocating the need to make the alternative tool of conciliation more attractive.

However, Article 31 of Law No 183/2010 amended Article 410 of the Civil Procedure Code in its entirety, providing that an attempt at conciliation was no longer mandatory but merely optional. It thus brought about a “compression-suppression”⁴² of the obligation to attempt conciliation as a precondition to instituting legal proceeding before the courts, which in practice had led to a delay in obtaining effective protection due to the acknowledged inertia of the provincial labour departments.

Following the reform, an attempt at conciliation remained mandatory solely in connection with appeals to the courts against certification of collective bargaining agreements by the special certification commissions⁴³.

Secondly, Law No 183/2010 harmonised the law governing both private-sector and public-sector employment by repealing Articles 65 and 66 of the Public-Sector Employment Consolidation Law (No 165/2001). Therefore, after having served as an “unusual trailblazer”⁴⁴ for private-sector employment, public-sector employment was no longer subject to special rules precisely with reference to conciliation. That said, the reform amended Article 410 of the Civil Procedure Code by including in paragraph 8 thereof an exemption from liability of those who represent public authorities save for wilful misconduct and/or gross negligence on the part of the agent.

Further to the changes made by Law No 183/2010 an attempt at conciliation was no longer reduced to sending a registered letter to the provincial labour department because the process became much more “proceduralised”⁴⁵ so to speak. In fact, the request had to set out not only the particulars of the parties and the location of the employee’s workplace but also the facts and grounds underlying the claim submitted to the

41 Cf. T. Treu, *La riforma della giustizia del lavoro: conciliazione e arbitrato*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2003, 1, 78.

42 See R. Pessi, *La protezione giurisdizionale del lavoro nella dimensione nazionale e transnazionale: riforme, ipotesi, effettività*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2010, 2, p. 195.

43 Certification is an Italian procedure of a voluntary nature, aimed at certifying that the agreement to be signed meets the requirements of form and content required by law. It was established by Legislative Decree No 276/2003 and is aimed at reducing litigation on the classification of certain employment contracts. Certification covers all employment contracts, waivers and settlements, and the internal rules of cooperatives concerning contracts entered into with worker-members. Certification commissions can be established by: the bilateral bodies set up by employer trade associations and employee trade unions locally or nationally; the former local labour departments (Ministerial Decree of 21 July 2004), now local labour inspectorates; the Provinces (Ministerial Decree of 21 July 2004); the provincial councils of the association of labour consultants (commission list); the State and private universities recorded in the register kept at the Ministry of Labour and Social Policies (Inter-Ministerial Decree of 14 June 2004); the Ministry of Labour and Social Policies (pursuant to Article 76(1) (c-bis) of Legislative Decree No 2003 of 10 September 2006).

44 See L. De Angelis, *Collegato lavoro e diritto procedurale: considerazioni di primo momento*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT – 111/2010.

45 Cf. E. Baracco, *Il ‘Collegato lavoro’: le principali novità*, in *Lav. Giur.*, 2010, 12, 1187.

conciliation board⁴⁶. If the other party wished to engage in conciliation, it had to submit a defence brief setting out the factual and legal objections and any counterclaims, to the point that one could consider the process as a veritable pre-trial conference⁴⁷.

Generally speaking, a retrospective assessment of the impact that Law No 183/2010 has had on conciliation – in view of its initial objectives – is positive given the poor results achieved previously when an attempt at conciliation had been mandatory⁴⁸ and treated as a box-ticking exercise in practice. That said, if one then considers that conciliation often does nothing more than further and unnecessarily prolong the time required to reach judgment in a trial that 90% of the time goes ahead in any event, then arguably an attempt at conciliation still fails to act as an effective litigation filter⁴⁹.

6. NOSTALGIA FOR MANDATORY CONCILIATION: DISMISSALS ON BUSINESS GROUNDS AND LAW NO 92/2012

Only two years after Law No 183/2010 had been enacted, Law No 92 of 28 June 2012 (known as the “Fornero Reform”) revisited labour law disputes in two respects. First, with the introduction of a special procedure for disputes concerning appeals against dismissals⁵⁰, “including when questions relating to the classification of an employment relationship must be resolved”⁵¹. Second, with the introduction of a mandatory attempt at conciliation in cases of dismissal on business grounds, aimed at finding an alternative to layoffs. Article 1(40) of Law No 92/2012, amending Article 7 of Law No 604/1966, provided for a mandatory attempt at conciliation pursuant to Article 410 of the Civil Procedure Code before the boards set up at the National Labour Inspectorate⁵² in cases in which an employer, meeting the size requirements set forth in Article 18(8) of Law No 300/1970, wished to make dismissals on business grounds⁵³.

46 Cf. M. De Cristofaro, *Le riforme del 1998*, in Consolo, Luiso, Giarda and Spangher (eds), *Processo civile e processo penale*, 1998, Milan, 202. Consistent with scholarly opinion that had remarked how the greater detail of the relevant provisions relating to the mandatory prior attempt at conciliation as regards public-sector employees facilitated more efficient outcomes than in the private sector, where – strictly speaking – the former Article 410 did not require any particular statement setting out the circumstances underlying the dispute.

47 Cf. R. Tiscini, *Nuovi disegni di legge sulle controversie di lavoro tra conciliazione e arbitrato*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2010, 5, 372.

48 R. Tiscini, *Nuovi disegni di legge sulle controversie di lavoro tra conciliazione e arbitrato*, cit.

49 See G. Verde, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, Turin, 2021, 61. On this topic see also E. D'Alessandro, *Arbitrato in materia di previdenza e assistenza obbligatorie*, in *Dizionario dell'arbitrato*, with preface by Irti, Turin 1997, 53.

50 Permit me to refer to S. Caponetti, (*Few Lights and (many) shadows on the new process procedure introduced by the reform of the labour market in Italy for the appeal of layoffs*), in *Civ. Proc. Review*, 2013, no 3, 51 ff.

51 On this specific topic see A. Pessi, *Conciliazione e arbitrato*, in R. Pessi, G. Proia and A. Vallebona, *Approfondimenti di diritto del lavoro*, Turin, 2021, 247.

52 For more insight see F. Liso, *Le norme in materia di flessibilità in uscita nel disegno di legge Fornero*, in *Il dibattito sulla riforma italiana del mercato del lavoro*, at <http://csdle.lex.unict>.

53 C. Cester, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2012, 578.

In theory the attempt should allow the parties to find alternatives to layoffs in cases where the dismissal “on grounds inherent to production, the organisation of work and the proper functioning thereof” (Article 3(1) of Law No 604/1966) constitutes a last resort.

The procedure, which commences with the employer’s communication to the labour inspectorate (a copy of which is also forwarded to the employee), should be concluded within 20 days after the conciliation board summons the parties (which it is obliged to do within 7 days of receiving the request). The communication must contain the employer’s declaration of its intention to dismiss the employee on business grounds as well as state the reasons for the dismissal and any outplacement measures envisaged for the employee involved⁵⁴. The procedure ends positively if the parties find alternative solutions to dismissal or an agreement on the continuation of the relationship. On the contrary, in the event of a failure to reach an agreement, the law provides that the effects of the dismissal are to be retroactive to the time of receipt of the initial communication by the employee and the conciliation board, except for the suspension of the dismissal in cases of maternity/paternity or occupational injury (Article 1(41) of Law No 92/2012)⁵⁵.

Even in the event of failure to reach an agreement, the conciliation board must draw up a report describing how the procedure unfolded and the parties’ conduct because their behaviour may be relevant in the event of litigation for the purposes of determining the compensation due under Article 18(7) of Law No 300/1970 and deciding on legal costs pursuant to Articles 91 and 92 of the Civil Procedure Code⁵⁶. A breach of the procedure means that the dismissal would be “ineffective” but not (paradoxically) termination itself, which would still be valid and the employer would be ordered in that

54 Cf. G. Sigillò Massara, *Tutele alternative dei diritti dei lavoratori*, Turin, 2017.

55 D. Borghesi, *Licenziamenti: tentativo di conciliazione e rito speciale*, in Carinci, Miscione, *Commentario alla riforma Fornero*, Milanofiori Assago, 2012, 14. According to the author, in the course of the albeit brief lapse of time that must elapse between the manifestation in official form of the intention to dismiss and the communication of the actual dismissal, events can occur that change the situation thereby rendering unlawful a dismissal that would otherwise have been lawful at the time that the intention to make it was made known. For example, it may happen that, in the time between being informed of the intention to dismiss and the communication of the actual dismissal, the worker may become ill, pregnant or publish the bans of marriage. In order to avoid this inconvenience, a paragraph was added in the Senate that the effects of the dismissal would be retroactive to when the intention to dismiss was notified to the local labour department and the worker concerned. This should suffice so as to ensure that it is not the situation existing at the time of the communication of the actual dismissal that is relevant but that in which a worker finds himself or herself when initially informed of the intention to dismiss.

56 The issue of the conduct of the parties during the attempt at conciliation is worth mentioning. In particular, non-acceptance of the proposal made by the board has an entirely *sui generis* significance in the subsequent proceedings challenging the dismissal. In fact, not only may the court take it into account for the purposes of awarding the costs of the proceedings but also in determining the amount of compensation provided for in Article 18(8) of the Workers Statute. Consequently, the conduct of the parties becomes one of the factors that, appropriately balanced with others, must be taken into account in assessing the amount of compensation between the minimum and the maximum provided for by law in cases of unlawful dismissal.

case to pay reduced compensation of between 6 and 12 months' remuneration based on the last overall de facto monthly remuneration (Article 18(6) of Law No 300/1970)⁵⁷.

7. THE JOBS ACT AND THE PROBLEM OF THE EFFECTIVENESS OF THE PROTECTION OF WORKERS' RIGHTS

Following the profound systemic changes made from 2015 to the present day in relation to the labour market and to the sanctions in connection with unlawful dismissal focusing more on compensation rather than reinstatement (a trend that had already been initiated by the Fornero Reform in 2012), it was to be expected that conciliation would regain a certain centrality in a context characterised by an effort to anchor legal certainty and its effectiveness to the economic certainty of the effects of termination, circumscribing the "value of job stability"⁵⁸. It is clear that in the transition to a system based more on affording protection by way of compensation as opposed to the *old all-inclusive* protection by way of reinstatement in cases of unlawful dismissal, a key role would once again be played by conciliation, even if only optional (under Legislative Decree No 23/2015) considering that it would surely be preferred by the parties for its speed and certainty if recourse to the courts would not lead to anything more than compensation and not reinstatement⁵⁹.

It is in that light that one can interpret Article 6 of Legislative Decree No 23/2015 insofar as it provides for solely an optional attempt at conciliation for all types of employees hired from 7 March 2015 onwards. From that same date an optional attempt at conciliation also replaces the requirement of a mandatory attempt at conciliation for dismissals on business grounds that had been introduced by Law No 92/2012. Therefore, whether attempting conciliation is optional or mandatory will depend on the date an employee is hired, given that Legislative Decree No 23/2015 itself has ruled out any necessity for a mandatory attempt at conciliation under Law No 92/2012 for all permanent employees hired from 7 March 2015 onwards or for those employees whose

57 Cf. on the subject A. Vallebona, *La disciplina sostanziale dei licenziamenti*, in F. Luiso, R. Tiscini and A. Vallebona (eds), *La nuova disciplina sostanziale e processuale dei licenziamenti*, Turin, 2013, 56-57; A. Pessi, *Conciliazione e arbitrato*, in R. Pessi, G. Proia and A. Vallebona, *Approfondimenti di diritto del lavoro*, Turin, 2021, 247. See also, O. Mazzotta, *I molti nodi irrisolti nel nuovo art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *Biblioteca '20 Maggio'* – 2/2012, p. 385 ff.

58 On this point see also Constitutional Court judgment no 194/2018, in *Mass. Giur. Lav.*, 2018, 9. On topic, see, O. Mazzotta, *Cosa ci insegna la Corte costituzionale sul contratto a tutele crescenti*, in *Labor*, 6, 2018, p. 5 and G. Proia, *Le tutele contro i licenziamenti dopo la pronuncia della corte costituzionale*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2018, p. 198.

59 A. Pessi, *Conciliazione e arbitrato*, in *Approfondimenti di diritto del lavoro*, in R. Pessi, G. Proia and A. Vallebona, cit., and R. Voza, *"Gli farò un'offerta che non potrà rifiutare": l'irresistibile forza deflattiva dell'art. 6 del d.lgs. n. 23 del 2015*, in *Lav. Jur.*, 2015, 8-9, 778. The latter analyses the rules governing an offer of conciliation in the event of dismissal, introduced by Article 6 of Legislative Decree No 23/2015 on the subject of permanent employment contracts with increasing protection, with particular reference to the scope of application of model of conciliation, its characteristics and effects. All in all, this is a further step in the process of easing the burden on the courts that has long been a feature of Italian labour law.

fixed-term employment contract or apprenticeship contract is converted into a permanent contract as of the same date.

Conciliation under Law No 92/2012 did not give rise to much criticism⁶⁰ since it was considered to be suited to the type of dismissal involved and was inapplicable to employees hired from 7 March 2015 onwards⁶¹. By contrast, the introduction of a new form of conciliation under Article 6 of Legislative Decree No 23/2015⁶² or, as some legal scholars would say, the extension of the scope of application of a well-known form of settlement-related conciliation, has attracted criticism centred on the issue of the effectiveness of the protection of workers' rights⁶³. It is feared that the introduction of this new form of conciliation will lead to monetary compensation for dismissal becoming the norm in labour law thereby bolstering policies that advocate "the replacement of judicial control with a monetary filter"⁶⁴. In fact, Article 6 of Legislative Decree No 23/2015 enables employers to offer dismissed employees, regardless of the grounds of termination⁶⁵ and also in cases of collective redundancies⁶⁶, a sum of money exempt from income tax and social security contributions⁶⁷.

Article 6 provides that the conciliation bodies called upon to manage the conciliation process are the fora referred to in the fourth paragraph of Article 2113 of the Civil Code and Article 76 of Legislative Decree No 276/2003⁶⁸. Guaranteeing protected fora

60 Apart from calls to widen the number of workers covered by not limiting it solely to medium-sized and large scale enterprises, regarding which, D. Borghesi, *Un tentativo di conciliazione obbligatorio e preventivo*, in *Giur. It.*, 2014, 449. On this point see also P. Albi, *Il licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo dopo la riforma Monti-Fornero*, *Biblioteca '20 Maggio'* - 2/2012, 401.

61 A. Boscati, *Il campo di applicazione del d.lgs. 23/2015 e il nodo del pubblico impiego*, in Biasi - G. Zilio Grandi, (eds), *Commentario breve alla riforma "jobs act"*, Padua, 2016.

62 On topic, see, V. Speciale, *Le politiche del lavoro del Governo Renzi: il Jobs Act e la riforma dei contratti e di altre discipline del rapporto di lavoro*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, 2014, 233, F. Carinci, *Jobs Act, atto II: la legge delega sul mercato del lavoro*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2015, 1, p. 1 ff and F. Pasquini, *Jobs act e conciliazione: pochi, maledetti e subito...ma non per tutti*, in Carinci - Tiraboschi (eds), *I decreti attuativi del Jobs Act: prima lettura e interpretazioni*, Modena, 2015, p. 82.

63 The issue has arisen with particular reference to waivers and settlements made during conciliation in a trade union setting: on this point, see R. Voza, *L'autonomia individuale assistita nel diritto del lavoro*, Bari, 2007, 101 ff. For subsequent case law, see Supreme Court judgment no 13217 of 22 May 2008, in *Mass. Giur. lav.*, 2009, 77 ff., and Supreme Court judgment no 24024 of 23 October 2013, in this journal, 2014, 475 ff. Among recent contributions from legal scholars, see O Dessì, *L'indisponibilità dei diritti del lavoratore secondo l'art. 2113 c.c.*, Turin, 2011, 180 ff.

64 A. Garilli, *Nuova disciplina dei licenziamenti e tecniche di prevenzione del conflitto*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2015, 2, 315.

65 See G. Mimmo, *La disciplina del licenziamento nell'ambito del contratto a tutele crescenti*, at giustiziacivile.com, 24 April 2015.

66 On this type of dismissals, see G. Ferraro, *I licenziamenti collettivi nel Jobs Act*, in *Riv. It. Dir. Lav.* 2015, 1, 195.

67 Cf. V. Filì, *Tutele risarcitoria e indennitaria: profili quantificatori, previdenziali e fiscali*, in *Le tutele per i licenziamenti e per la disoccupazione involontaria nel Jobs Act 2*, Bari, 2015, 211. Of the same opinion, F. Amendola, *L'offerta di conciliazione preventiva*, in G. Ferraro (ed), *I licenziamenti nel contratto "a tutele crescenti"*, *Quad. arg. dir. lav.*, 2015, 165; M. Marazza, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs Act*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, 311, note 5.

68 P. Albi, *Garanzie dei diritti e stabilità del rapporto di lavoro*, Milan, 2013, p. 43; Cass. 18 marzo 2014, n. 6265, in *Mass. Foro It.*, 2014, col. 210; Cass. 19 ottobre 2009, n. 22105, *Mass. Foro It.*, 2009, col. 1287; Trib. Milano 9 gennaio 2013, in *Mass. Giur. Lav.*, 2013, p. 588, con nota di P. Polliani; contra, S. Ciucciuvino, *Rinunce e*

for employees who intend to waive their right to contest the dismissal, although aware of workers' entitlement in this regard in light of well-settled case law⁶⁹, would seem to be consistent not only with contemporary policy but also the need for oversight of the conciliation process due to the obvious tax and social security ramifications⁷⁰. The employer's offer, which must be received by the non-extendable deadline of 60 days after communication of the dismissal, must set out the amount of money offered, which in accordance with Article 6 itself is to be one month of remuneration (as calculated for severance pay purposes) for each year of service, ranging from a minimum of 3 to a maximum of 18 months' remuneration (now amended to a minimum of 3 and a maximum of 27 months' remuneration)⁷¹. If the employer does not meet the size requirements set out in Article 18 of Law No 300/1970⁷², the amount is reduced to a minimum of 1.5 and a maximum of 6 months' remuneration⁷³.

In its offer the employer must state its readiness to pay the sum by bank draft for immediate delivery to the conciliation forum. Acceptance of the bank draft entails the termination of the employment relationship from the date of dismissal, the granting of the applicable income tax and social security contributions exemption and eligibility for unemployment insurance benefit⁷⁴. During the conciliation process the parties may well agree on a different figure or on the payment of sums on other grounds, which extra amount however – as specified by Article 6 itself – will not be exempt from income tax and social security contributions⁷⁵.

transazioni, in G. Santoro-Passarelli (ed), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale: privato e pubblico*, Turin, 2014, p. 1541, according to which «if a dispute arises concerning the lawfulness of the dismissal given to the worker, the worker may dispose of the right of appeal by means of a waiver or a transaction which, pursuant to art. 2113, will be invalid, having as object rights deriving from mandatory rules, unless it is not made in the forms provided for by the last paragraph of art. 2113 c.c.». The argument changes, obviously, if the transaction also involves other unavailable rights arising from mandatory rules of law or collective agreement.

- 69 See, without claiming to be exhaustive, Supreme Court judgment no 22105 of 19 October 2009, in *Guida al dir.*, 2010, 1, 51; Supreme Court judgment of 18 March 2014, in *Giust. civ. mass.*, 2014; and Civil Supreme Court judgment no 13134 of 3 October 2000. In the same vein, Civil Supreme Court judgments nos 5940 of 24 March 2004, 304 of 14 January 1998, 4780 of 28 March 2003 and 8263 of 17 June 2000. Again in the same vein, Civil Supreme Court judgments nos 4943 of 1 April 2003, 9062 of 12 May 2004, 17330 of 25 August 2005 and 7543 of 30 March 2006. And with reference to payments made not in execution of provisional judgments but of mere interim orders, Civil Supreme Court judgments nos 16037 of 17 August 2004 and 26627 of 13 December 2006.
- 70 A. Pessi, *Conciliazione e arbitrato*, in R. Pessi, G. Proia and A. Vallebona, *Approfondimenti di diritto del lavoro*, cit.
- 71 As provided for in the 'Dignity Decree', Article 3(1-bis) of Law-Decree No 87 of 12 July 2018, converted by parliament into Law No 96 of 9 August 2018.
- 72 These are medium-sized companies, i.e. at least 15 employees per production unit or 60 nationwide.
- 73 M. Novella, *Derogabilità collettiva e individuale del regime a tutele crescenti*, in Biasi – Zilio Grandi, (eds), *Commentario breve alla riforma "jobs act"*, Padua, 2016.
- 74 See Network of "Studi legali- lavoro", in Scarpelli - Fezzi (eds), *I quaderni di Wikilabour – Guida al Jobs Act 2*, Milan, 2015, p. 67
- 75 See, A. Garilli, *Nuova disciplina dei licenziamenti e tecniche di prevenzione del conflitto*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2015, I, p. 223 ff; F. Perrone, *Questioni processuali attorno al contratto a tutele crescenti*, in Biasi – Zilio Grandi, (eds), *Commentario breve alla riforma "jobs act"*, Padua, 2016; F. Rossi, *L'offerta di conciliazione prevista dall'art. 6 d. lgs. n. 23 del 2015*, in *Lav. Giur.*, 2015, 8-9, p. 784 and M. Falsone, *La conciliazione ex art. 6 d. lgs. 23/2015 tra autonomia privata e incentivi statali*, in *Biblioteca '20 Maggio' – 2/2015*, p. 454.

8. SOME FINAL CLARIFICATIONS BETWEEN PROBLEMATIC ISSUES AND NEW HORIZONS

To sum up this study on conciliation in labour disputes, there is currently a proliferation of fora and a broadening of the objective and subjective scope of protection actionable through conciliation.

There are as many as seven conciliation options that can be pursued depending on the subject matter of the dispute to be resolved or on the forum that the applicant deems most suitable:

- a) an attempt at conciliation, pursuant to Article 410 of the Civil Procedure Code, before a provincial labour department;
- b) an attempt at conciliation before a court of law pursuant to Article 420 of the Civil Procedure Code, where nowadays judges are called upon not only to resolve the dispute through conciliation but also to come up with a settlement proposal;
- c) conciliation provided for in collective bargaining agreements and contracts;
- d) conciliation at the certification commissions pursuant to Article 76 of Legislative Decree No 276/2003 (where conciliation as a tool remains mandatory for the initiation of any appeal against certification);
- e) conciliation in the context of inspections;
- f) a mandatory attempt at conciliation in cases of dismissal on business grounds pursuant to Law No 92/2012 for those hired by 7 March 2015;
- g) an optional attempt at conciliation pursuant to Article 6 of Legislative Decree No 23/2015 for those hired on permanent contracts from 7 March 2015 onwards⁷⁶.

Wanting then to consider institutions similar to conciliation but nevertheless directed in that same direction, we could also include, within this list, an eighth form: assisted negotiation⁷⁷.

⁷⁶ Summarises the existing forms of conciliation A. Pessi, *Conciliazione e arbitrato*, in R. Pessi, G. Proia and A. Vallebona, *Approfondimenti di diritto del lavoro*, cit.

⁷⁷ Legislative Decree No. 149 of 2022 (known as the ‘Cartabia reform’), in a deflation view to civil litigation, introduced assisted negotiation into our legal system also for labour disputes. The reform introduced Article 2-ter in Decree-Law No. 132 of 2014 (converted into Law No. 162 of 2014), expanding access to assisted negotiation to disputes under Article 409 of the Code of Civil Procedure. According to the law, it has been expressly provided for the applicability of Article 2113 of the Civil Code to assisted negotiation. For labour disputes, as specified in the new Article 2-ter, negotiation is optional, as it is not a condition for the application to proceed. In negotiations, each party must be assisted by at least one lawyer, in addition to the presence (if any) of an employment counsellor. Hitherto, in protected venues, the worker’s rights have been protected by the presence of ‘institutional’ parties, who are able to guarantee the veracity of waivers and settlements; in assisted negotiation, on the other hand, it is the presence of the lawyer who guarantees the worker’s protection, in addition to the possible co-presence of an employment consultant. The new rule requires that the agreement reached at the end of the assisted negotiation procedure be transmitted, by either party, to one

In light of what has been stated so far, there would seem to be some real problems and critical issues in relation to conciliation as regards the most recent development in the area, namely, the optional attempt at conciliation under Article 6 of Legislative Decree No 23/2015, precisely because it is inclined to trigger a mechanism for the resolution of disputes centred on money and not the effective protection of workers' rights⁷⁸. If the legislature does not seem to have abandoned the technique of an axiologically oriented reading of labour law with respect to the other methods of conciliation or the subject matter that conciliation may cover, the same is not true in the latest reform on conciliation linked as aforesaid to a general "revolution" with respect to the "Aristotelian dogmas of labour law"⁷⁹ and where a loss of effectiveness of employees' rights seems to be looming not only at the judicial level but also at the level of out-of-court settlements of disputes. With the emergence of new legal policy options that would seem to change the set-up of values traditionally prevailing in the matter, assigning greater importance to the values of economic certainty and speedy procedure in terminating employment relationships rather than to the value of the effectiveness of the protection of employees' rights.

On the other hand, it should not be forgotten how Constitutional Court judgment no 194/2018⁸⁰ – in declaring Article 3(1) of Legislative Decree No 23/2015 unconstitutional insofar as it calculated the compensation due to a worker in the event of unlawful dismissal in a rigid manner based exclusively on the criterion of length of service – restores the courts' wide margin of discretion in determining the compensation payable to unlawfully dismissed workers. Thus, the conciliation option provided for in Article 6 of Legislative Decree No 23/2015, where the amount of compensation, albeit

of the Certification Commissions referred to in Article 76 of Legislative Decree No. 276 of 2003 within ten days. It is not clear what is the rationale behind this communication, which is moreover subject to a strict deadline of ten days from the conclusion of the agreement. Indeed, the law does not place any task of verification, control or analysis of the contents on the Commissions receiving notification of the assisted negotiation. There seems, therefore, to be only a burden of registration and preservation. On the subject see: A. Sitzia – S. Caponetti, *La normativa italiana in materia di protezione dei salari*, Roma, Organizzazione Internazionale del Lavoro, 2023; L. Biarella, *Giustizia civile, la riforma Cartabia punta sulle alternative al contenzioso in aula* (D. lgs 10 ottobre 2022, n. 149), in *Guida al Dir.*, 2023, 3, p. 16; B. Nacar, *Riforma Cartabia e riti alternativi: piccole modifiche all'insegna dell'efficienza del processo*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2023, 1, p. 166; A. Vitale, *Negoziazione assistita nelle controversie di lavoro*, in *Dir. Prat. Lav.*, 2023, 11, p. 681; S. Boccagna, *La negoziazione assistita e le controversie di lavoro: verso il tramonto della norma inderogabile?*, in *Dir. Lav. Merc.*, 2022, 1, p. 67; B. Piacci, *La negoziazione assistita nelle controversie di lavoro*, in *Lav. Giur.*, 2022, 7, p. 669; P. Licci, *La negoziazione assistita per le controversie di lavoro*, in *Giust. Civ.*, 2023, 2, p. 243 e M. Lamberti, *La negoziazione assistita dopo il D. Lgs. n. 149/2022: controversie di lavoro e ADR (Alternative Dispute Resolution)*, in *Lav. Giur.*, 2023, 7, p. 675.

78 See for more information, M. Falsone, *La conciliazione ex art. 6 d. lgs. 23/2015 tra autonomia privata e incentivi statali*, cit.

79 A. Pessi, *Conciliazione e arbitrato*, in R. Pessi, G. Proia and A. Vallebona, *Approfondimenti di diritto del lavoro*, cit.

80 On which see the views expressed by G. Proia, *Le tutele contro il licenziamento dopo la pronuncia della Corte costituzionale*, in *Mass. Giur. Lav.*, 1, 2019, 197, and G. Sigillò Massara, *La tutela contro i licenziamenti illegittimi dopo la pronuncia della Corte costituzionale 26 settembre 2018*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2019, 1, 213. Permit me to also cite S. Caponetti, *Alla ricerca del risarcimento giusto e certo. La 'nuova' tutela risarcitoria in caso di licenziamento illegittimo tra politica del diritto e general deterrence*, in *Ratio Juris*, 11 December 2020.

tax-free, is fixed in a predetermined manner by that same article as a sum ranging from a minimum of 3 to a maximum of 27 months' salary, certainly loses its attractiveness from the point of view of cost effectiveness⁸¹.

Moreover, even current labour legislation, with the provisions introduced in relation to fixed-term employment contracts and temporary agency work (Law-Decree No 87 of 12 July 2018 converted by parliament into Law No 96 of 9 August 2018), would seem to be a departure from recent attempts by the legislature to supersede the labour law dogma that the parties *cannot* derogate from the law. Consider, for example, the legislation on working-from-home: in a Copernican revolution, ample space is granted to freedom of contract through a working-from-home pact, which may regulate that portion of work carried out outside company premises, rest periods, the right to disconnection (Article 19 of Law No 81/2017)⁸² or the new management of health and safety.

It is undoubtedly true that the most recent legal policy options and the coeval interpretation of the Constitutional Court would seem to refound labour law on the canon of non-derogation from the law in an attempt to protect workers from the incessant changes in industry and a globalised economic reality⁸³. From this perspective, the conciliation referred to in Article 6 of Legislative Decree No 23/2015 may regain its centrality, in terms of speeding up justice and legal certainty, in the form of conciliation in court, where judges in the "settlement or conciliation proposal" referred to in Article 420 of the Civil Procedure Code are the only ones capable of guaranteeing "a fair system of protections balanced with the values of the company" and aimed at the "need for personalisation of the damage suffered by the worker" albeit "within boundaries set by the legislature to guarantee a calibrated modulation of the compensation due, within a minimum and a maximum threshold"⁸⁴.

9. FINAL REFLECTIONS AND FUTURE PROSPECTS

In conclusion, it must be emphasised that the problem of the effectiveness of workers' rights is only one of the critical issues concerning conciliation in labour disputes. In fact, recourse to alternatives to the courts does not appear to be an integral part of the Italian legal tradition, unlike, for example, in many common law jurisdictions⁸⁵. The

81 See A. Pessi *Conciliazione e arbitrato*, in R. Pessi, G. Proia and A. Vallebona, *Approfondimenti di diritto del lavoro*, cit. and M. Falsone, *La conciliazione ex art. 6 d. lgs. 23/2015 tra autonomia privata e incentivi statali*, cit.

82 On the topic, without claiming to be exhaustive, cf. G. Proia, *L'accordo individuale e le modalità di esecuzione e di cessazione della prestazione di lavoro agile*, in L. Fiorillo and A. Perulli (eds), *Il Jobs Act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Turin, 2017; Z. Grandi and M. Biasi (eds), *Commentario breve allo Statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Padua, 2018.

83 A. Turzi, *Il diritto stocastico. La disciplina italiana dei licenziamenti dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 194 del 2018 (e decreto dignità)*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2019, 255-256.

84 The reference is again to Constitutional Court judgments nos 194/2018 and 150/2020.

85 The barely use of these dispute settlement instruments is also an example of this in concrete reality.

way that ADR has been perceived within our legal system is nothing but a reflection of the psychological-cultural attitude that our society generally manifests in approaching a conflict⁸⁶.

There is a propensity to consider it above all an anomalous event, a problem to be solved in an exclusively technical manner by persons professionally trained to do so within a formalised trial-like structure. All technologically advanced societies exhibit this tendency to varying degrees: there is, so to speak, a widespread “lack of imagination” that leads one to consider a judgement, i.e. a decision imposed by an external power, as the main if not the only practicable method of finding a solution. When faced with a conflict, there is an inclination to determine its causes in order to allocate responsibility for it and rarely does one ask what the aims and possibilities are. It is precisely for these reasons that the latest changes are unlikely to be fully implemented in reality. In a country like Italy, where taking legal action is the immediate goal of the average citizen who encounters any kind of labour problem, alternatives to the courts could take off only if backed up by measures such as tax incentives (as it was partly done in one of the latest reforms), so as to make recourse to out-of-court remedies more attractive to employers and employees alike.

Perhaps the Copernican revolution that one would need to start thinking about lies in the direction of negotiation⁸⁷, i.e. an osmosis between conciliation and negotiation. Not statutory assisted negotiation under Law-Decree No 162 of 12 September 2014⁸⁸ (and enhanced with integrations by Legislative Decree No. 149 of 2022) converted with amendments by parliament into Law No 162 of 10 November 2014, but more the US model. What the current conciliation framework in Italy lacks is a more meaningful (and palatable) mechanism for the parties that takes their interests into account. On the other hand, the area of interests appears to be larger than that of individual rights,

86 For a broader study of the subject, see: M. A. Quiroz Vitale, *Schema per uno studio socio-giuridico della negoziazione assistita in Italia*, in *Soc. Dir.*, 2019, 7, p. 11. The Author critically analyzes the first static results of the negotiation agreements drawn up by the National Forensic Council, to suggest new strands of socio-juridical research able to enhance the emerging phenomenon of “forensic jurisdiction” and to make the role of lawyers understand as specialized legal actors able to direct the private legal systems, to which the ADR belong, towards the acquisition of more democratic and equitable characteristics. Such studies are also useful for guiding the choices of the Legislature that in our country seems to be trying to change procedural models developed abroad (such as the French participatory procedure, the Canadian delegated arbitration and more generally the US Collaborative Law) without a prior analysis of the conditions that can make these institutions more consistent with the national legal culture and more effective their impact on society.

87 The negotiation procedure consists of an agreement by which the parties agree to cooperate sincerely and in good faith to resolve a dispute amicably through the assistance of lawyers. Needless to say, the mutual concessions do not concern rights, the actual existence of which is and remains unknown, but rather claims under Article 1371 of the Civil Code, except in the case of an uncontested but merely unsatisfied claim. A settlement cannot be set aside for error of law concerning the merits of the dispute (Article 1969 of the Civil Code, which unequivocally confirms that a negotiated settlement of a dispute does not presuppose an actual finding and indeed the requirement therefor is ruled out).

88 Enacting “Urgent measures to alleviate the workload of the courts and other steps to tackle the backlog in civil proceedings”.

as these are included. Therefore, while resolving a conflict at the level of interests may not be easy from the point of view of managing the relationship (since human beings must be placed at the centre and their needs, prejudices and convictions must be confronted), it will certainly be much easier on the level of defining the substance given the quantity of resources (the interests, in fact) that will be available and on which the negotiator will be able to work.

If it is true that “individual rights” consist (solely) of those categories of interests regulated by the legislature for the sake of expediency (the exclusion of categories of interests from regulation may not be due to a lack of worthiness but may depend on an evaluation of convenience or a “legislative policy choice”), it is likewise true that negotiation can become an instrument for taking into account all the interests of the parties, even those that have not acquired a specific legal relevance (e.g. reputation, apologies, safety, etc.). Interests that, precisely through this method of conflict resolution, can then be effectively combined with those that the legislature as matter of policy has classed as individual rights. From the foregoing, it is evident that the heart of the negotiation process – on which the skill of the effective negotiator must be developed – consists, without prejudice to the necessary and prerequisite ability to manage the relationship, of the ability to identify the actual interests of the parties.

However, a full discourse on a hypothetical reform is not up to this paper nor to this writer, but to the legislature, which bears the arduous task of implementing future reforms to make conciliation more feasible, always keeping in mind a famous expression of the President of the United States of America Abraham Lincoln: “Discourage litigation. Persuade your neighbors to compromise whenever you can. Point out to them how the nominal winner is often a real loser - in fees, expenses, and waste of time.”

REFERENCE

- Albi Pasqualino, *Garanzie dei diritti e stabilità del rapporto di lavoro*, Milan, 2013, p. 43.
- Albi Pasqualino, *Il licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo dopo la riforma Monti-Fornero*, *Biblioteca '20 Maggio'* - 2/2012, p. 401.
- Alpa Guido and Galletto Tommaso, *Processo, arbitrato e conciliazione nelle controversie societarie, bancarie e del mercato finanziario*, Milan, 2004.
- Amendola Fabrizio, *L'offerta di conciliazione preventiva*, in G. Ferraro (ed), *I licenziamenti nel contratto “a tutele crescenti”*, *Quad. arg. dir. lav.*, 2015, p. 165.
- Amoroso Vincenzo, Di Cerbo Giovanni and Maresca Arturo, *Le fonti del diritto italiano. Il diritto del lavoro costituzione, Codice civile e leggi speciali*, Milan, 2007.
- Arrigo Gianni, *La disciplina contrattuale della conciliazione e dell'arbitrato*, in G. Loy (ed), *La nuova disciplina della conciliazione e dell'arbitrato*, Padua, 2000, p. 80.
- Balletti Emilio, *Potenzialità e limiti del tentativo di conciliazione delle controversie di lavoro*, in *Scritti in memoria di Massimo D'Antona*, Milan, 2004, p. 149.

- Baracco Enrico, *Il 'Collegato lavoro': le principali novità*, in *Lav. Giur.*, 2010, 12, p. 1187.
- Barone Carlo Maria, *Conciliazione obbligatoria ed arbitrato*, in *Foro it.*, 1990, p. 376.
- Biarella Laura, *Giustizia civile, la riforma Cartabia punta sulle alternative al contenzioso in aula* (D. lgs 10 ottobre 2022, n. 149), in *Guida al Dir.*, 2023, 3, p. 16;
- Boccagna Salvatore, *La negoziazione assistita e le controversie di lavoro: verso il tramonto della norma inderogabile?*, in *Dir. Lav. Merc.*, 2022, 1, p. 67;
- Borghesi Domenico, *Licenziamenti: tentativo di conciliazione e rito speciale*, in Carinci, Miscione, *Commentario alla riforma Fornero*, Milano Fiori Assago, 2012, p. 14.
- Borghesi Domenico, *Un tentativo di conciliazione obbligatoria e preventivo*, in *Giur. It.*, 2014, p. 449.
- Boscato Alessandro, *Il campo di applicazione del d.lgs. 23/2015 e il nodo del pubblico impiego*, in Biasi - G. Zilio Grandi, (eds), *Commentario breve alla riforma "jobs act"*, Padua, 2016.
- Caponetti Simone, *(Few) Lights and (many) shadows on the new process procedure introduced by the reform of the labour market in Italy for the appeal of layoffs*, in *Civ. Proc. Review*, 2013, no 3, p. 51 ff.
- Caponetti Simone, *Alla ricerca del risarcimento giusto e certo. La 'nuova' tutela risarcitoria in caso di licenziamento illegittimo tra politica del diritto e general deterrence*, in *Ratio Iuris*, 11 December 2020.
- Carinci Franco, *Jobs Act, atto II: la legge delega sul mercato del lavoro*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2015, 1, p. 1 ff.
- Caruso Sebastiano Bruno, *Sindacato, arbitrato e conflitto collettivo*, in *Dir. Rel. Ind.*, 1992, p. 48.
- Cecchella Aldo, *La riforma dell'arbitrato nelle controversie di lavoro pubblico e privato*, in *Mass. Giur. Lav.* 1999, 1/2, p. 178.
- Cecchella Claudio, *La riforma dell'arbitrato nelle controversie di lavoro pubblico e privato*, in *Mass. Giur. Lav.*, 1999, 1/2, p. 78.
- Cester Carlo, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2012, p. 578.
- Chiarloni Sergio, *Nuove prospettive di riforma per il processo del lavoro*, 2001, 8-9, p. 1763.
- Ciucciovino Silvia, *Rinunce e transazioni*, in G. Santoro-Passarelli (ed), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale: privato e pubblico*, Turin, 2014, p. 1541,
- CNEL report on the bill passed by parliament on 21 January 1998, in *Lav. Inf.* 1998, 5, p. 72.
- Cruz Villalon Pedro, *Conciliazione ed arbitrato in Spagna*, in *Quad. dir. lav. Rel. Ind.*, 1993, 13, p. 170.
- D'Alessandro Elena, *Arbitrato in materia di previdenza e assistenza obbligatorie*, in *Dizionario dell'arbitrato*, with preface by Irti, Turin 1997, p. 53.
- De Angelis Luigi, *Collegato lavoro e diritto procedurale: considerazioni di primo momento*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 111/2010.

- De Angelis Luigi, *La giustizia del lavoro tra crisi del processo, iniziative di riforma e specializzazione del giudice mal sopportare*, in *Riv. it. Dir. lav.*, 2003, 3, p. 313.
- De Angelis Luigi, *Modificazioni della tutela sostanziale e giurisdizione del lavoro: profili attuali*, in *Dir. Lav.*, Quaderni, n. 8, 2003, p. 27 ff.
- De Cristofaro M., *Le riforme del 1998*, in Consolo, Luiso, Giarda and Spangher (eds), *Processo civile e processo penale*, 1998, Milan, p. 202.
- De Luca M., *Il tentativo obbligatorio di conciliazione (profili procedurali e aspetti fiscali e previdenziali)*, in *Dir. prat. Lav.*, 1998, p. 49.
- Dell'Olio Matteo, Piccinini Iolanda and Ferrari Paola, *La tutela dei diritti nel processo del lavoro*, Turin, 1994.
- Dessì Ombretta, *L'indisponibilità dei diritti del lavoratore secondo l'art. 2113 c.c.*, Turin, 2011, p. 180 ff.
- Falsone Maurizio, *La conciliazione ex art. 6 d. lgs. 23/2015 tra autonomia privata e incentivi statali*, in *Biblioteca '20 Maggio' – 2/2015*, p. 454.
- Ferraro Giuseppe, *I licenziamenti collettivi nel Jobs Act*, in *Riv. It. Dir. Lav.* 2015, I, p. 195.
- Ferraro Giuseppe, *La conciliazione nelle controversie di lavoro*, in A. Vallebona (ed), *Il diritto procedurale del lavoro, Trattato di diritto del lavoro, diretto da Mattia Persiani e Franco Carinci*, IX, 2011, Padua, 2011.
- Fili Valeria, *Tutele risarcitoria e indennitaria: profili quantificatori, previdenziali e fiscali*, in *Le tutele per i licenziamenti e per la disoccupazione involontaria nel Jobs Act 2*, Bari, 2015, p. 211.
- Fontana Giorgio, *Che fine ha fatto il processo del lavoro? Riflessioni dopo 'i primi 50 anni' della legge n. 533/1973*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2023, 1, p. 27.
- Garilli Alessandro, *Nuova disciplina dei licenziamenti e tecniche di prevenzione del conflitto*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2015, 2, p. 315.
- Garilli Alessandro, *Nuova disciplina dei licenziamenti e tecniche di prevenzione del conflitto*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2015, I, p. 223 ff.
- Grandi Mario, *Impugnabilità e inoppugnabilità degli arbitri in materia di lavoro*, in *Dir. rel. Ind.*, 1992, 2, p. 23.
- Grandi Mario, *L'arbitrato irrituale in materia di lavoro*, in *Riv. trim. dir. Proc. Civ.*, 1991, p. 421.
- Grandi Mario, *La composizione stragiudiziale delle controversie di lavoro nel pubblico impiego (dlgs. 80/1998)*, in *Lav. Pub. Amm.*, 1998, p. 791.
- Lamberti Mariorosario, *La negoziazione assistita dopo il D. Lgs. n. 149/2022: controversie di lavoro e ADR (Alternative Dispute Resolution)*, in *Lav. Giur.*, 2023, 7, p. 675.
- Licci Paola, *La negoziazione assistita per le controversie di lavoro*, in *Giust. Civ.*, 2023, 2, p. 243
- Liso Francesco Paolo, *Le norme in materia di flessibilità in uscita nel disegno di legge Fornero*, in *Il dibattito sulla riforma italiana del mercato del lavoro*, at <http://csdle.lex.unict>.

- Luiso Francesco Paolo, *Il tentativo obbligatorio di conciliazione nelle controversie di lavoro*, in *Riv. it. Dir. lav.*, 1999, 4, p. 375.
- Luiso Francesco Paolo, *La conciliazione nel quadro della tutela dei diritti*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2004, but also F. Lancellotti, *Conciliazione delle parti*, in *Enc. Dir.*, Vol. VIII, Milan, 1961.
- Magnani Mariella, *Conciliazione ed arbitrato nelle controversie di lavoro dopo il dlgs n. 80 1998*, in *Mass. Giur. Lav.*, 1999, p. 684.
- Magrini Sergio, *La "piccola riforma" della conciliazione e dell'arbitrato*, in *Dir. Prat. Lav.* 1998, 24, 1587.
- Manna, *Il tentativo obbligatorio di conciliazione nella riforma degli artt. 410 e segg. Cod. proc. civ. tra deflazione e legislazione occulta di sostegno*, in *Riv. Crit. Dir. lav.*, 1998, p. 524.
- Marazza Marco, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs Act*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, 311, note 5.
- Mazzotta Oronzo, *I molti nodi irrisolti nel nuovo art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *Biblioteca '20 Maggio' – 2/2012*, p. 385 ff.
- Mazzotta Oronzo, *Cosa ci insegna la Corte costituzionale sul contratto a tutele crescenti*, in *Labor*, n. 6, 2018, p. 5.
- Mimmo Giovanni, *La disciplina del licenziamento nell'ambito del contratto a tutele crescenti*, at giustiziacivile.com, 24 April 2015.
- Ministero della Giustizia e Ministero del Lavoro e della Previdenza sociale, *Commissione per lo studio e revisione della normativa procedurale del lavoro*, in *Foro it.*, 2007, 6, 189.
- Mocella Marco, *Sull'impugnabilità della conciliazione giudiziale, amministrativa e sindacale nel processo del lavoro*, in *Dir. rel. Ind.*, 1999, 447.
- Nacar Barbara, *Riforma Cartabia e riti alternativi: piccole modifiche all'insegna dell'efficienza del processo*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2023, 1, p. 166;
- Network of "Studi legali- lavoro", in Scarpelli - Fezzi (eds), *I quaderni di Wikilabour – Guida al Jobs Act 2*, Milan, 2015, p. 67.
- Novella Marco, *Derogabilità collettiva e individuale del regime a tutele crescenti*, in Biasi – Zilio Grandi, (eds), *Commentario breve alla riforma "jobs act"*, Padua, 2016.
- Pasquini Flavia, *Jobs act e conciliazione: pochi, maledetti e subito...ma non per tutti*, in Carinci - Tiraboschi (eds), *I decreti attuativi del Jobs Act: prima lettura e interpretazioni*, Modena, 2015, p. 82.
- Passaniti Paolo, *Storia del diritto del lavoro. I. La questione del contratto di lavoro nell'Italia liberale (1865-1920)*, 2006, 369.
- Pera Giuseppe, *Le disposizioni processuali della legge n. 108/1990 sui licenziamenti*, in *Giust. Civ.*, 1990, 2, 390.
- Perrone Francesco, *Questioni processuali attorno al contratto a tutele crescenti*, in Biasi – Zilio Grandi, (eds), *Commentario breve alla riforma "jobs act"*, Padua, 2016.

- Pessi Annalisa, *Conciliazione e arbitrato*, in R. Pessi, G. Proia and A. Vallebona, *Approfondimenti di diritto del lavoro*, Turin, 2021, 247.
- Pessi Annalisa, *Conciliazione e arbitrato*, in R. Pessi, G. Proia and A. Vallebona, *Approfondimenti di diritto del lavoro*, Turin, 2021, 247.
- Pessi Annalisa, *Gli arbitrati in materia di lavoro*, Naples, 2012.
- Pessi Annalisa, *La risoluzione stragiudiziale delle controversie di lavoro: una rassegna ragionata del dibattito dottrinale*, in Proia – Tiraboschi (eds), *Commentario alla legge 4 novembre 2010, n. 183 (cd. Collegato lavoro)* p. 157.
- Pessi Roberto, *La protezione giurisdizionale del lavoro nella dimensione nazionale e transnazionale: riforme, ipotesi, effettività*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2010, 2, p. 195.
- Piacci Bruno, *La negoziazione assistita nelle controversie di lavoro*, in *Lav. Giur.*, 2022, 7, p. 669;
- Proia Giampiero, *L'accordo individuale e le modalità di esecuzione e di cessazione della prestazione di lavoro agile*, in L. Fiorillo and A. Perulli (eds), *Il Jobs Act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Turin, 2017.
- Proia Giampiero, *Le tutele contro il licenziamento dopo la pronuncia della Corte costituzionale*, in *Mass. Giur. Lav.*, 1, 2019, 197.
- Proto Pisani Andrea, *Note in tema di conciliazione obbligatoria e di arbitrato nella nuova disciplina dei licenziamenti individuali (art. 5 l. 11 maggio 1990, n. 108)*, in *Foro it.*, 1990, p. 506.
- Quiroz Vitale Marco Alberto, *Schema per uno studio socio-giuridico della negoziazione assistita in Italia*, in *Soc. Dir.*, 2019, 7, p. 11.
- Rossi F., *L'offerta di conciliazione prevista dall'art. 6 d. lgs. n. 23 del 2015*, in *Lav. Giur.*, 2015, 8-9, p. 784.
- Sigillò Massara Giuseppe, *La tutela contro i licenziamenti illegittimi dopo la pronuncia della Corte costituzionale 26 settembre 2018*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2019, 1, 213.
- Sigillò Massara Giuseppe, *Tutele alternative dei diritti dei lavoratori*, Turin, 2017.
- Signorini Elena, *Conciliazione e arbitrato nel processo del lavoro*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2003, 5, 382.
- Sitzia Andrea – Caponetti Simone, *La normativa italiana in materia di protezione dei salari*, Roma, Organizzazione Internazionale del Lavoro, 2023.
- Speziale Valerio, *La riforma della certificazione e dell'arbitrato nel 'collegato lavoro'*, in *Dir. lav. Merc.*, 2010, 139.
- Speziale Valerio, *Le politiche del lavoro del Governo Renzi: il Jobs Act e la riforma dei contratti e di altre discipline del rapporto di lavoro*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, 2014, 233.
- Stolfa Francesco, *Conciliazione nel diritto del lavoro*, III, Turin, 1988.
- Tiscini Roberta, *Nuovi disegni di legge sulle controversie di lavoro tra conciliazione e arbitrato*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2010, 5, 372.

- Treu Tiziano, *La riforma della giustizia del lavoro: conciliazione e arbitrato*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2003, 1, 78.
- Turzi Armando, *Il diritto stocastico. La disciplina italiana dei licenziamenti dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 194 del 2018 (e decreto dignità)*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2019, 255-256.
- Vallebona Antonio, *I requisiti essenziali del processo del lavoro*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2022, 4, 889.
- Vallebona Antonio, *La disciplina sostanziale dei licenziamenti*, in Luiso, Tiscini and Vallebona (eds), *La nuova disciplina sostanziale e processuale dei licenziamenti*, Turin, 2013, 56-57.
- Vallebona Antonio, *Parola d'ordine: salvare il processo del lavoro*, in *Mass. giur. lav.*, 2007, 1.
- Vallebona Antonio, *Una buna svolta del diritto del lavoro: il 'collegato' 2010* in *Mass. Giur. Lav.*, 2010, 4, 2010, 350.
- Verde Giovanni, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, Turin, 2021.
- Vitale Angelo, *Negoziazione assistita nelle controversie di lavoro*, in *Dir. Prat. Lav.*, 2023, 11, p. 681;
- Voza Roberto, *"Gli farò un'offerta che non potrà rifiutare": l'irresistibile forza deflattiva dell'art. 6 del d.lgs. n. 23 del 2015*, in *Lav. Jur.*, 2015, 8-9, 778.
- Voza Roberto, *L'autonomia individuale assistita nel diritto del lavoro*, Bari, 2007, 101 ff.
- Zilio Grandi Gaetano and Biasi Marco (eds), *Commentario breve allo Statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Padua, 2018.
- Zoppoli Lorenzo, *Certificazione dei contratti di lavoro e arbitrato: les liaisons dangereuses*, in Auletta, Califano, Della Pietra and Rascio (eds), *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010.



Civil Procedure Review
AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

4

**A “nulidade de algibeira” e a sua alegação
pela parte a quem beneficia: estratégia
processual abusiva e lesiva da boa-fé
processual e do contraditório substancial**

The “nullity of algibeira” and its claim by the party to whom
it benefits: abusive and lesive processual strategy of
processual good faith and substantial contradictory

Gilberto Fachetti Silvestre

Professor at the Federal University of Espírito Santo (UFES); Ph.D.
from the Pontifical Catholic University of São Paulo (PUC/SP).

Patrícia Ribeiro Coutinho

Master of Laws candidate at the Federal University of Espírito Santo (UFES), Brazil

Deborah Azevedo Freire

Master of Laws candidate at the Federal University of Espírito Santo (UFES), Brazil.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Contraditório substancial, cooperação processual e boa-fé processual. 3. Relação da boa-fé processual com a ética, a lealdade e a veracidade processuais. 4. Nulidade de algibeira, boa-fé processual, *suppressio* e *venire contra factum proprium non valet*. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

RESUMO: OBJETIVOS: Trata-se de pesquisa que se destinou a identificar a fundamentação legal da nulidade de algibeira para constatar sua admissibilidade ou não no ordenamento jurídico brasileiro. METODOLOGIA: A pesquisa se desenvolveu pelo método dedutivo, em que analisou teses e normas jurídicas gerais para elaborar uma conclusão absoluta, qual seja, a de que a nulidade de algibeira tem espeque normativo nas normas fundamentais processuais. Como material, utilizou referências bibliográficas brasileiras e estrangeiras, que tratam com detalhe a matéria, e documentos judiciais que julgaram matérias e casos envolvendo a nulidade de algibeira. RESULTADOS: A pesquisa identificou a subsunção normativa e a tese fundamental para o afastamento do poder do art. 278, *caput* e parágrafo único, do Código de Processo Civil, para impedir a alegação de vício ao interesse público a qualquer momento e instância do processo. CONTRIBUIÇÕES: A pesquisa sistematiza os argumentos necessários para justificar a ineficácia da alegação de nulidade pela parte que não alega a nulidade absoluta, embora tenha o direito de alegar a qualquer momento, caso tenha se mantido inerte ao longo do processo como estratégia para prejudicar a outra parte. A sistematização dessa tese colabora com a realização das normas fundamentais que obrigam a formação de uma relação jurídica processual baseada na honestidade e na cooperação entre as partes.

PALAVRAS-CHAVE: Nulidade de algibeira. Contraditório substancial. Cooperação processual. Boa-fé processual. *Suppressio*.

ABSTRACT: OBJECTIVES: This research aimed to identify the legal basis for the nullity of *algibeira* to verify its admissibility or not in the Brazilian legal system. METHODOLOGY: The research was developed by the deductive method, in which it analyzed theses and general legal norms to draw an absolute conclusion, namely, that the nullity of *algibeira* has a normative role in the fundamental procedural norms. As material, it used Brazilian and foreign bibliographic references, which deal with the matter in detail, and court documents that judged matters and cases involving the nullity of *algibeira*. RESULTS: The research identified the normative subsumption and the fundamental thesis for the removal of the power of art. 278, *caput* and paragraph, of the Code of Civil Procedure, to prevent the allegation of defect to the public interest at any time and instance of the process. CONTRIBUTIONS: The research systematizes the arguments necessary to justify the ineffectiveness of the nullity claim by the party that does not claim absolute nullity, although it has the right to claim at any time, if it has remained inert throughout the process as a strategy to harm the other part. The systematization of this thesis collaborates with the realization of the fundamental norms that oblige the formation of a procedural legal relationship based on honesty and cooperation between the parties.

KEYWORDS: Nullity of *algibeira*. Due process of law. Procedural cooperation. Procedural good faith. *Suppressio*.

1. INTRODUÇÃO.

O objeto desta pesquisa é a denominada “nulidade de algibeira”, não raro observada em decisões judiciais, notadamente do Superior Tribunal de Justiça, e que pode ser definida como uma manobra processual consubstanciada na alegação tardia de nulidade do processo, por uma das partes, quando defronte de julgamento desfavorável de

mérito. Trata-se, de acordo com os julgados, de atitude que merece ser repelida pelo órgão julgador, inclusive em casos de nulidade absoluta.

O objetivo foi investigar a natureza da nulidade de algibeira, isto é, a sua origem. Em síntese, visa-se a identificar de qual “princípio” processual deflui a vedação à alegação de nulidade de algibeira e qual é a construção adequada do instituto.

Para tanto, na parte inicial é realizado um cotejo bibliográfico sobre a garantia do contraditório, da cooperação processual e da boa-fé processual, a fim de averiguar a interligação da última com a eticidade, a lealdade e a veracidade processuais.

Diante de tais considerações, surgiu a problemática de saber se a fundamentação utilizada pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça justifica a incompatibilidade da sistemática processual com a suscitação da nulidade de algibeira. Daí o problema da pesquisa: a ilegalidade da nulidade de algibeira decorre de qual fundamento normativo?

Como hipótese, a pesquisa verificou se a fundamentação forense do instituto atingiu ou não maturidade suficiente. Percebe-se que, inicialmente, a nulidade de algibeira sequer era associada a qualquer “princípio” processual e apenas recentemente passou a ser fundamentada na boa-fé processual e na cooperação.

Partindo-se da premissa de que a nulidade de algibeira decorre da boa-fé processual, o resultado desta pesquisa foi a confirmação de que a boa-fé objetiva impõe a vedação à alegação tardia de nulidade no processo como estratégia maliciosa para beneficiar a parte. Como tal, há subsunção normativa da tese fundamental para o afastamento do poder do art. 278, *caput* e parágrafo único, do Código de Processo Civil, para impedir a alegação de vício ao interesse público a qualquer momento e instância do processo. Neste contexto, analisa-se o instituto da *suppressio*, identificando de que forma a sua manifestação no processo, como desdobramento da boa-fé objetiva, impacta na vedação à nulidade de algibeira.

2. CONTRADITÓRIO SUBSTANCIAL, COOPERAÇÃO PROCESSUAL E BOA-FÉ PROCESSUAL.

Historicamente, o contraditório representava uma dialética processual, segundo a ideia formatada na primeira metade do século XX (ALMEIDA, 1937, p. 110). Em tal dialética, pela qual a parte autora propunha a tese e a parte contrária apresentava a antítese, tida como a confrontação entre o binômio informação-reação, a ciência/informação é necessária, e a reação é possível para as partes demandantes (DINAMARCO, 2010, p. 127). Inclusive, Andrea Proto Pisani (1999, p. 218-219) escreve que a essência do contraditório é permitir que a parte contrária tenha a possibilidade de contradizer. Ao final da confrontação entre informação e reação, o juiz declarava a síntese pela sentença.

Com o passar do tempo, porém, o contraditório passou a ser definido para além de um mero instrumento técnico da jurisdição, de forma que a “estrutura dialética do procedimento” passou a representar a garantia da simétrica participação das partes na construção de um resultado. Assim, foi elevado à condição de pressuposto indispensável à existência do processo.

Segundo Elio Fazzalari (1996, p. 61-88), Enrico Tulio Liebman (2005, p. 294-295) e Aroldo Plínio Gonçalves (2001, p. 68-69 e 102 e segs.), o processo se constitui como procedimento em contraditório (paritário), tendo como espécies os processos jurisdicionais, os administrativos, os legislativos e, ainda, os infraestatais (a exemplo dos processos arbitrais).

O contraditório, então, se tornou algo tão caro ao processo que Elio Fazzalari (2006, p. 118-119) o incluiu na definição do próprio processo, de modo que este corresponde a um “procedimento do qual participam (são habilitados a participar) aqueles em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a desenvolver efeitos: em contraditório, e de modo que o autor do ato não possa obliterar as suas atividades”.

A literatura jurídica alemã trabalha com o conceito de “bem” e de “bom” no âmbito do processo civil (*Der Gütegedanke im Zivilprozeßrecht*), para, segundo Bele Carolin Peters (2004, p. 9), o processo não ter ares de conflito, entendido como a interação entre indivíduos ou grupos e baseado em incompatibilidades um desses indivíduos com outro ator (outros atores), pelo qual o que importa é o núcleo juridicamente tangível que possa ser objeto de um julgamento (ou, mais precisamente, objeto do processo civil):

Ein Konflikt wird verstanden als eine Interaktion zwischen Akteuren (Individuen, Gruppen, Organisationen usw.), wobei wenigstens ein Akteur Unvereinbarkeiten im Denken / Vorstellen / Wahrnehmen und / oder Fühlen und / oder Wollen mit einem anderen Akteur (anderen Akteuren) in der Art erlebt, daß im Realisieren eine Beeinträchtigung durch einen anderen Akteur erfolge. [...]. Grundvoraussetzung ist, daß der Konflikt einen rechtlich greifbaren Kern enthält, der zum Gegenstand eines Prozesses gemacht werden kann, genauer noch zum Gegenstand eines Zivilprozesses vor einem deutschen Gericht.¹

Já Andrea Proto Pisani (1999, p. 218-219), indo além, sustenta que o juiz é o destinatário da garantia do contraditório, não se voltando, portanto, apenas às partes: “direi che si va sempre più diffondendo l’opinione che al fine del funzionamento efetivo del contraddittorio durante lo svolgimento del processo è necessario attribuire poteri di

1 Em tradução livre: “Um conflito é entendido como uma interação entre os atores (indivíduos, grupos, organizações, etc.), em que pelo menos um ator tem incompatibilidades no pensamento/imaginação/percepção e/ou sentir e/ou querer ser vivenciado com outro ator (outros atores) de tal forma que uma deficiência por outro ator ocorra na realização. [...]. O pré-requisito básico é que o conflito contenha um núcleo juridicamente tangível que possa ser objeto de um julgamento ou, mais precisamente, objeto de um processo civil perante um tribunal alemão”.

iniziativa ufficiosa al giudice e puntare soprattutto sulla collaborazione del giudice com le parti”.²

A partir da segunda metade do século XX, o contraditório passa a ser visto, sobremaneira, em uma perspectiva democrática e colaborativa para alcançar os resultados pragmáticos do e no processo.

Diante disso, é possível observar que a referida garantia no processo judicial deve ser verificada na prática a partir do comportamento das partes e do órgão jurisdicional e, especificamente quanto ao juiz, Cândido Rangel Dinamarco (2010, p. 130) defende que a garantia é de imperativa observância, e não uma mera faculdade. Dessa maneira, o fator que legitima a decisão judicial é, notadamente, a audiência bilateral possibilitada aos destinatários, uma vez que eventual arbitrariedade é extirpada pelo oferecimento de oportunidades de defesa às partes atingidas, em um procedimento idôneo. Ainda segundo Dinamarco, a legitimação do procedimento não se dá por observar mera e formalmente os atos do procedimento, mas com uma participação que cumpra as normas processuais possibilitada aos destinatários. Por isso, prefere falar em legitimação “pelo contraditório e pelo devido processo legal”, e não pelas formalidades processuais (DINAMARCO, 2010, p. 124-135).

É justamente nessa ambiência, na qual as normas procedimentais são entendidas como condição para o desenvolvimento dos argumentos em simétrica paridade, que se torna possível a produção de uma decisão correta e consistente. Em outras palavras, a “correta” resposta do magistrado não está diretamente relacionada com o conteúdo da decisão judicial, mas sim com o respeito da regularidade procedimental que percorreu a referida decisão (MELO, 2016, p. 35-64).

Tal decisão judicial “correta” só será possível se garantida a efetiva participação das partes, as quais, segundo Leonardo Greco (2005, p. 75), não se “limitariam a falar sem saber se estão sendo ouvidas”, porquanto deverá haver a comunicação de via dupla para que partes e juízes construam juntos a solução da causa. Para ele, o contraditório deixa de ser “um simples instrumento de luta entre as partes para transformar-se num instrumento operacional do juiz, ou melhor, um pressuposto fundamental do próprio julgamento”.

Para Reis Friede (2014, p. 113-124), o contraditório também deixa de ser tão somente restrito a um elemento para a dialética processual, para manifestar-se por meio da participação efetiva das partes na totalidade do processo. Não basta, pois, a participação isonômica do procedimento, pautada em uma concepção técnico-liberal do processo, defendida anteriormente por Elio Fazzalari (MARQUES, 2016, p. 43-55).

Seguindo essa linha, na Alemanha se concebeu a ideia de *Einwirkungsmöglichkeit*, que consiste na possibilidade de as partes não apenas litigarem, mas também influenciarem no processo. Desse modo, o contraditório deixa de ser um “diálogo” (*formeller*

2 Em tradução livre: “é necessário cada vez mais defender a ideia de que o efetivo funcionamento do contraditório durante o curso do processo depende de conferir poderes de iniciativa para o tribunal e centrar-se essencialmente na colaboração do tribunal com as partes”.

Dialog) entre as partes para que estas possam — por meio da *Chancengleichheit* (iguais oportunidades) e da *Waffengleichheit* (igualdade de armas) — ser ouvidas eficazmente e tenham as efetivas oportunidades de agir para que as decisões tomadas lhes sejam favoráveis e racionais.

Ainda dentro desse protagonismo alemão quanto a um outro olhar sobre o contraditório, Hans Fritzsche (1921, p. 48) entende que o processo civil não é apenas uma luta pela justiça com armas intelectuais e oposição entre as partes em conflito. Para ele, o processo civil não é apenas uma contradição entre as partes em litígio, mas também uma interação entre tribunal, partes, advogados e assistentes. Todos eles recebem a tarefa, embora com meios muito diferentes, de trabalhar para a vitória da lei:

Man nennt wohl den Zivilprozess einen Kampf ums Recht mit geistigen Waffen und denkt dabei vor allem an den Gegensatz der streitenden Parteien. Diese Vorstellung ist natürlich nicht unberechtigt. Allein sie bedarf, wie mir scheint, der Ergänzung. Der Zivilprozess ist nicht nur ein Gegensatz der streitenden Parteien, sondern darüber hinaus auch ein Zusammenwirken des Gerichtes, der Parteien, ihrer Anwälte und stets wechselnden Hilfspersonen, die in so vielen unserer Prozesse als Zeugen oder Sachverständige auftreten. Ihnen allen ist die Aufgabe gestellt, wenn auch mit ganz verschiedenen Mitteln, am Siege des Rechtes mitzuarbeiten.³

A partir disso, a releitura do contraditório teve influência da literatura jurídica alemã, que passou a não o considerar “tão-somente como mera garantia formal de bilateralidade da audiência, mas, sim, como uma possibilidade de influência (*Einwirkungsmöglichkeit*) sobre o desenvolvimento do processo e sobre a formação de decisões racionais, com inexistentes ou reduzidas possibilidades de surpresa”, segundo Humberto Theodoro Júnior (2013), para quem, ainda, a evolução conceitual do contraditório permitiu:

[...] uma melhora da relação juiz-litigantes de modo a garantir um efetivo diálogo e comunidade de trabalho (*Arbeitsgemeinschaft*) entre os sujeitos processuais na fase preparatória do procedimento (audiência preliminar para fixação dos pontos controvertidos), e na fase de problematização (audiência de instrução e julgamento) permitindo a comparticipação na estrutura procedimental.

Verifica-se, portanto, que o contraditório passa também a ser compreendido como poder de influência e não-surpresa, de forma que as partes “adquirem poder de influência sobre o conteúdo das decisões e o resultado do processo, evitando surpresa no provimento” (MARQUES, 2016, p. 43-55).

3 Em tradução livre: “Chama-se o processo civil de luta pela justiça com armas intelectuais e pensa-se sobretudo na oposição entre as partes em conflito. É claro que essa noção não é injustificada. Mas me parece que precisa ser complementado. O processo civil não é apenas uma contradição entre as partes em litígio, mas também uma interação do tribunal, das partes, seus advogados e assistentes em constante mudança que aparecem como testemunhas ou especialistas em muitos de nossos julgamentos. Todos eles recebem a tarefa, embora com meios muito diferentes, de trabalhar para a vitória da lei”.

Dessa forma, mantiveram-se a ciência e a oportunidade da manifestação sobre os atos processuais e se introduziu a noção da efetiva influência das partes no processo judicial, que obriga o juiz a, efetivamente, analisar os argumentos determinantes deduzidos pelas partes, ou melhor, está interligado inerentemente ao dever de motivação das decisões judiciais e ao correspondente direito de os jurisdicionados terem suas linhas argumentativas avaliadas pelo órgão jurisdicional.

A propósito, no Código de Processo Civil, o legislador vedou não só a decisão definitiva sobre a causa sem o contraditório prévio (arts. 7º, 9º e 10), mas também determinou que a fundamentação de todas as decisões guarde correlação com os argumentos determinantes alegados pelos litigantes (inciso IV do § 1º do art. 489). Toma como referência, assim, a *regulæ juris* do *nemo debet inauditus damnari*, pelo qual ninguém pode ser condenado sem ser ouvido. Na processualística contemporânea, porém, a ideia é ampliada para além da proibição de condenação, de modo que, em realidade, ninguém pode ser *judgado* sem antes ser ouvido (o que inclui ambas as partes, e não apenas o réu).

E é nesse contexto, em que o contraditório passa a ser concebido também como a capacidade de influenciar o caminho da tomada da decisão, que a processualística veda a prolação de decisões-surpresa. Segundo Lúcio Grassi de Gouveia (2016, p. 210), os demandantes não podem ser surpreendidos com a decisão e devem ser ouvidos sobre matérias factuais e jurídicas, ainda que envolvam matérias pronunciáveis *ex officio* pelo juiz (art. 10 do Código de Processo Civil). Tal vedação é um dos exemplos dados por Jair Pereira Coitinho e Nestor Eduardo Araruna Santiago (2016, p. 10), concernentemente à função limitadora exercida pela boa-fé objetiva, o que também se aplica ao contraditório prévio em grau de recurso (inciso V do *caput* do art. 932 e *caput* do art. 933, ambos do Código de Processo Civil).

Fato é que o direito de influenciar o juiz no exercício da jurisdição — do qual decorre o direito de as partes não poderem ser surpreendidas com a decisão — forma um efetivo contraditório. Para Maíra de Carvalho Pereira Mesquita (2013, on-line), a faceta substancial do contraditório é a possibilidade de os litigantes influenciarem de maneira efetiva na construção das decisões judiciais, com nítido aspecto preventivo na formação do convencimento do Estado-juiz, em outras palavras, as partes processuais não podem ser surpreendidas com uma decisão que leve em consideração matéria (de fato ou de direito) não discutida nos autos.

Esse direito de influenciar o juiz também é uma consequência do modelo cooperativo/participativo de contraditório (PEIXOTO; SOUZA NETTO, p. 333-355), sobretudo porque visa a garantir à sociedade um processo apto à construção dialética da decisão judicial.

Há, na literatura jurídica brasileira, quem defende que a cooperação processual não é um consectário do contraditório (ou, ao menos, não unicamente dele), mas (também) da boa-fé.

Daniel Mitidiero (2011, p. 71-115) — para quem a cooperação é um modelo processual que privilegia o trabalho conjunto do juiz e das partes — entende que a colaboração se estrutura em pressupostos culturais de três ordens:

- *social*, em que o Estado passa de uma posição de abstenção para uma posição de prestação positiva, a fim de cumprir com seus deveres;
- *lógica*, em que a ênfase está na função interpretativa em oposição ao caráter meramente descritivo do Direito; e
- *ética*, em que o processo é orientado pela busca da verdade e pela boa-fé objetiva dos sujeitos processuais.

Assim, para ele, a forma como esse modelo cooperativo opera no processo é fruto da colaboração (estado de coisas a ser promovido), que serve de elemento para a organização de um processo idôneo a alcançar uma decisão de mérito justa, tempestiva e efetiva.

Para tanto, o modelo de cooperação proposto “estrutura-se a partir de regras que devem ser seguidas pelo juiz na condução do processo” (MITIDIERO, 2015), as quais se manifestam nos seguintes deveres (SOUSA, 1997, p. 66-67):

- esclarecimento, quanto às dúvidas que as partes tenham sobre suas alegações;
- diálogo ou consulta sobre o *thema decidendum*, para que possam influenciar no destino da causa;
- prevenção, acerca do perigo da procedência de seus pedidos ser frustrada pela utilização inadequada do processo; e
- auxílio em eventuais dificuldades que impeçam o exercício de direitos ou de faculdades ou, ainda, o cumprimento de ônus processuais.

Para Miguel Teixeira de Sousa (1997, p. 66-67), a noção de cooperação abrange não apenas os poderes-deveres do juiz, especialmente o de diálogo, mas também inclui o dever de litigância de boa-fé das partes demandantes.

Nessa ordem de ideias, o desrespeito à boa-fé processual enseja inevitável malfeiramento à colaboração processual, seja na concepção de que aquela decorra do contraditório, ou do direito à igualdade, ou, ainda, conforme a doutrina majoritária, do devido processo legal.

Isso porque, segundo Rafael Stefanini Auilo (2014, p. 47), a colaboração, responsável por originar o modelo cooperativo de processo civil, exige que os sujeitos processuais abstenham-se e utilizam-se de determinados comportamentos que vão ao encontro daquilo que dela é previsível, e a boa-fé processual é precisamente uma dessas limitadoras da liberdade dos demandantes.

Inclusive, Joan Picó i Junoy (2003, p. 19), ao tratar da boa-fé processual como um princípio, entende que às pessoas envolvidas em um processo (partes, juízes e outros agentes) são impostas condutas “socialmente corretas” para uma tutela judicial que seja efetiva em relação à defesa, à igualdade e ao processo com todas as garantias:

[...] la buena fe procesal puede definirse como aquella conducta exigible a toda persona, en el marco de un proceso, por ser socialmente admitida como correcta. [...]. La buena fe como límite inmanente derivado de forma mediata de la necesidad de proteger los derechos fundamentales [...], con especial referencia, a la tutela judicial efectiva, a la defensa, a la igualdad y a un proceso con todas las garantías.⁴

Francisco Alberto Ruay Sáez (2013, p. 8-12), ao se referir a Joan Picó i Junoy, Luis Díez-Picazo e Antonio Gullón, registra que:

Todos los acercamientos realizados hasta hoy, si bien no siempre hicieron referencia directa a la «buena fe procesal», sí analizan alguna de sus manifestaciones o derivaciones, como los deberes de veracidad e integridad, o plenitud, por ejemplo. (...)

Deber de completitud, Deber de Coherencia, Deber de Veracidad, Deber de lealtad, Deber de probidad, Deber de colaboración o cooperación, y el Deber de actuar de buena fe en el proceso, ahora en sentido estricto.⁵

Para Díez-Picazo y Gullón (2001, p. 424), a boa-fé processual é “un modelo de conducta social o, si se prefiere, una conducta socialmente considerada como arquetipo, o también una conducta que la conciencia social exige conforme a un imperativo ético dado”.⁶

Para Rafael Stefanini Auilo (2014, p. 55), por mais colidente que possa parecer, a boa-fé visa à defesa do próprio contraditório e da ampla defesa, haja vista que estes só são considerados como garantias fundamentais, se vistos sob o prisma de que retratam a garantia da parte processual de influenciar positiva e efetivamente o juiz, sendo, nessa medida, impossível exercitá-la (a garantia da influência) se a parte adversa atuar com má-fé (AUILO, 2014, p. 55).

Diante disso, a boa-fé processual, tratada por ele como decorrência da imposição de um sistema fundado na isonomia, do princípio do contraditório e sobretudo do devido processo legal, impescinde de um *fair trial*, objetivando a participação justa e leal, inculcida pela ética de todos os sujeitos do processo (AUILO, 2014, p. 56).

4 Em tradução livre: “A boa-fé processual pode ser definida como a conduta exigida de toda pessoa, no âmbito de um processo, por ser socialmente admitida como correta. [...]. A boa fé como limite imanente derivado da necessidade de proteção dos direitos fundamentais [...], com especial referência à efetiva tutela judicial, defesa, igualdade e processo com todas as garantias”.

5 Em tradução livre: “Todas as abordagens realizadas até hoje nem sempre fizeram referência direta à ‘boa-fé processual’, mas sim analisaram alguma de suas manifestações ou derivações. (...) Dever de integridade, Dever de consistência, Dever de veracidade, Dever de lealdade, Dever de probidade, Dever de colaboração ou cooperação e Dever de agir de boa fé no processo, agora no sentido estrito”.

6 Em tradução livre: “(...) um modelo de comportamento social ou, se preferir, uma conduta considerada socialmente como arquetipo, ou também uma conduta que a consciência social exige conforme um imperativo ético dado”.

A fim de tornar ainda mais visível a imbricação entre a boa-fé processual e a colaboração processual, é indispensável registrar que, para a Giovanni Priori Posada (2015, p. 327):

El principio de buena fe procesal o de moralidad supone introducir un contenido ético y moral al ordenamiento jurídico y, en concreto, a la actuación de los diversos sujetos al interior del proceso. (...) De esta manera, si bien las partes buscan la protección de sus derechos en el proceso, también colaboran con la recta impartición de justicia.⁷

Nessa linha, em se tratando de âmbito processual, para Vicente Greco Filho (2000, p. 106), todas as normas já evidenciadas se circunscrevem a um só princípio, o de que todos os sujeitos envolvidos no processo têm o dever de colaborar com a administração da justiça, devendo alegar suas razões sem se valer de condutas antiéticas e de subterfúgios.

Silvana Mara Ferneda Ramos Peixoto e José Laurindo de Souza Netto (2013, p. 333-355) concluem que o processo deve ser confeccionado com a cooperação de todos os sujeitos nele abrangidos, devendo obedecer a lealdade e a confiança, isto é, respeitar a ética processual.

3. RELAÇÃO DA BOA-FÉ PROCESSUAL COM A ÉTICA, A LEALDADE E A VERACIDADE PROCESSUAIS.

Ao trabalhar os conceitos de boa-fé processual, ética, lealdade e veracidade, esta pesquisa trabalhará com suas definições e pressupostos gerais para que se possa traçar a correlação específica e necessária com o objeto desta investigação. Assim, esses temas não são objeto de investigação, mas conceitos preliminares para melhor compreender a tese defendida neste trabalho.

A ética processual, para Rafael Stefanini Auilo (2014, p. 55), diz respeito à elaboração de *standards* que devem ser obedecidos por todos os sujeitos processuais, aqui incluído o Estado-juiz, entendidos como padrões de comportamentos corretos e adequados para uma específica sociedade, num tempo e espaço determinados, já que oriundos de conceitos morais.

Nesse diapasão, esse autor, ao versar sobre a ética processual como sendo um dos fundamentos do modelo cooperativo, menciona que o processo pautado essencialmente na colaboração entre os sujeitos possui suas peculiares normas morais desenvolvidas pela ética (AUILO, 2014, p. 48). Afirma, ademais, que as imposições éticas

7 Em tradução livre: "O princípio da boa-fé processual ou moralidade supõe introduzir um conteúdo ético e moral ao ordenamento jurídico e, em concreto, à atuação dos diversos sujeitos no interior do processo. (...) Desta maneira, enquanto as partes buscam proteção de seus direitos no processo, também colaboram com a correta administração da justiça".

do sistema processual civil (que, ao final, visam a alcançar a própria justiça processual) resumem-se na lealdade processual (AUILO, 2014, p. 52).

Por sua vez, ainda segundo Rafael Stefanini Auilo (2014, p. 52), ao parafrasear Giuseppe Della Pietra, o dever de lealdade é composto pelo binômio proibição-dever, a saber: “(i) proibição de utilização de instrumentos colocados à disposição das partes com fins diversos daqueles já programados e (ii) dever da parte de se abster a perseguir a vitória com meios não consentidos pelo ordenamento jurídico como um todo”.

Já dizia Piero Calamandrei (1950, p. 30) que as regras previstas devem ser respeitadas, sem que exista qualquer ato trapaceiro ou malicioso exacerbado. Daí afirmar que a lealdade processual, assim como a boa-fé processual, é limitadora da liberdade dos litigantes, já que a atuação destes deve estar de acordo com as exigências éticas, como já sustentado anteriormente. Portanto, esperam-se das partes “preceitos éticos de lealdade processual no exercício do contraditório, na realização dos direitos e faculdades processuais” (ZUFELATO, 2019, p. 83).

Rafael Stefanini Auilo (2014, p. 58), ao comparar a lealdade e a boa-fé processuais, entende que “parecem ser facetas de uma mesma moeda, as quais em conjunto buscam garantir um verdadeiro processo *equo e giusto* (*right to a fair trial*)” e, enquanto “a lealdade processual leva os sujeitos do processo a terem um comportamento honesto e probo, a boa-fé de modo mais amplo garante uma atuação pautada em normas de conduta socialmente aceitas”.

Existe uma confusão conceitual quanto a essas figuras, notadamente pela aproximação entre elas, o que também se verifica em julgados, a exemplo dos Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário com Agravo nº. 918.302/DF, em que a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal entendeu que:

O processo como instrumento técnico e ético é informado pelo princípio da boa-fé, que impõe às partes atuarem com lealdade processual, em relação ao “*ex adversus*” e ao Juízo. 3. Em consectário do princípio da lealdade processual, não se revela legítima a guarda de trunfos, no afã de deter o resultado do processo, omitindo-se quanto à suposta nulidade, para utilizá-la em momento que julgar oportuno, de modo a acarretar o prejuízo dos atos processuais praticados, em afronta à preclusão. É dizer, na lição de Pontes de Miranda, “exige-se não só a verdade do que se diz como também o dever de não omitir”. (STF, ED no ARE nº. 918.302/DF, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 16/09/2016).

A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal utilizou a boa-fé para, posteriormente, versar sobre a lealdade processual, com o fim de evitar trunfos de estratégias que acarretem prejuízos dos atos processuais praticados.

O dever de veracidade “pode ser traduzido no dever de comprovação da parte de sua versão da verdade” (AUILO, 2014, p. 62), quando se tratar de ato comissivo. Quando o ato for omissivo, ou seja, o demandante se queda silente em determinada situação, a omissão compromete “a própria verdade, isto é, que leve a um resultado

favorável e esperado por aquele que se omite em detrimento da outra parte" (AUILO, 2014, p. 62). Nessa medida, não são admissíveis estratégias processuais que desviem a finalidade democrática do debate judicial (ALVIM; GUEDES, 2020, p. 19) e visem a prejudicar a parte adversa.

Nesse sentido, a parte que, embora tenha o direito de alegar uma nulidade absoluta, queda-se silente, para apenas exercer esse direito na ocasião em que melhor lhe interessar ou for estrategicamente conveniente, ultrapassa os limites da boa-fé, da eticidade, da lealdade processuais (em seu aspecto negativo, o da proibição de manuseio de instrumentos com objetivos diversos daqueles já programados), da veracidade (em seu aspecto omissivo), do contraditório substancial e da cooperação processual.

Nessa hipótese, há, sem dúvida, o cometimento de abuso de direitos subjetivos, potestades e faculdades processuais com espeque no art. 187 do Código Civil, o que, segundo Rafael Woberto Pinter (2016, p. 144), "pode ser conceituado como o desvio grosseiro e prejudicial dos padrões geralmente reconhecidos no exercício de posições jurídicas processuais".

Logo, ocorre abuso de direitos processuais nos casos em que, ainda nas instâncias ordinárias, a parte omite deliberadamente uma nulidade absoluta, alegando-a futuramente em momento que lhe é estrategicamente viável. Daí porque, para Luiz Rodrigues Wambier (2015, p. 1198), há a perda do poder daquele que abusa "do direito de se omitir, mantendo comportamento reiteradamente omissivo, seguido de um surpreendente ato comissivo, com que já legitimamente não contava a outra parte".

Cuida-se, na verdade, da vedação à chamada "nulidade de algibeira" ou "nulidade de bolso", expressão cunhada pelo Ministro Humberto Gomes de Barros, do Superior Tribunal de Justiça, no acórdão do Recurso Especial nº. 756.885/RJ.

4. NULIDADE DE ALGIBEIRA, BOA-FÉ PROCESSUAL, SUPPRESSIO E VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM NON VALET.

Nesta pesquisa não cabe falar sobre as nulidades processuais relativas, uma vez que elas devem ser alegadas na primeira oportunidade que cabe à parte falar nos autos, sob pena de preclusão temporal, nos termos do art. 278 do Código de Processo Civil. Com efeito, se preclusa a possibilidade de alegar uma nulidade relativa — ou melhor, se decorrido o prazo previsto para o exercício de um poder processual sem que tenha havido a manifestação da parte que não foi responsável pelo ato viciado (art. 276) —, a parte não pode mais o praticar (art. 223), já que extemporâneo. Dessa maneira, perdida a faculdade de exercer a alegação de nulidade relativa pelo esgotamento do prazo legal, não há que se falar em um abuso de direito, ou seja, um exercício de um direito procedimental em desconformidade com a boa-fé processual.

Já a nulidade absoluta sempre pôde ser decretada em qualquer momento do procedimento e alegada até mesmo pelo responsável pelo ato viciado, não sendo atingida,

portanto, pela preclusão. Por isso é que, neste particular, surge a preocupação de eventual manifestação tardia de algum dos litigantes desbordar o padrão de comportamento que a boa-fé processual impõe.

Para Alexandre Freitas Câmara (2017, p. 16), a boa-fé é incompatível com a incidência da regra que permite reconhecer a nulidade a qualquer momento.

Para Daniel Bofill Vanoni (2021, p. 15-16), quando a parte permanece inerte e apenas alega a nulidade, tardiamente, em período processual posterior à decisão desfavorável, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, o qual reconhece a ‘nulidade de algibeira’ no tocante às nulidades processuais absolutas, apresenta uma antinomia aparente em relação ao que preceitua o *caput* e o parágrafo único do art. 278 do Código de Processo Civil.

Pois bem. Em razão do corte metodológico desta pesquisa, não será abordado o aparente conflito entre o § 1º do art. 1.009 e o art. 278, ambos do Código de Processo Civil. Também não será analisada a situação da alegação de nulidade em sede de recursos extraordinário e especial, uma discussão sobre se “os tribunais superiores só poderão se manifestar sobre uma nulidade absoluta se a mesma tiver sido objeto de prequestionamento” (NEVES, 2018, p. 478).

A “nulidade de algibeira” ou “nulidade de bolso” aparece exatamente no contexto da alegação para decretação de uma nulidade absoluta. A nulidade de algibeira não é um tipo de invalidade, mas uma estratégia que consiste na estratégia de a parte permanecer inerte e “retirar do bolso” (alegar) a nulidade, tardiamente, em período processual ulterior que melhor lhe convenha.

“Algibeira” é uma palavra que vem do árabe “*al-jibairâ*” (“*أهمدي ملي عافدلا يم احم*” (“*أ*”)) e é um pequeno bolso integrado à roupa e colocado ao lado de dentro do traje. Em outro significado, é uma pequena bolsa que mulheres mais humildes têm na cintura, por cima ou por baixo da saia.

A palavra aparece no brocardo popular português “pergunta de algibeira” (CHACOTO, 2008), que parece corresponder ao francês “*question piège*”, que significa “pergunta armadilha”.

É notadamente o que significa a alegação de nulidade de algibeira: uma armadilha preparada pela parte a quem a nulidade absoluta favorece, prejudicando e tumultuando o processo.

Para a Terceira Turma do STJ, no julgamento dos Embargos de Declaração no Recurso Especial nº. 1.424.304/SP, a utilização da nulidade de algibeira tem sido proibida em leitura atenta à efetividade e à razoabilidade, sobretudo porque o processo não pode ser empregado como difusor de estratégias.

Esse recurso e seu julgamento é anterior ao Código de Processo Civil de 2015, de forma que a embargante pugnou pela nulidade, com fundamento no § 1º do art. 236 do Código de Processo Civil de 1973 (correspondente ao § 2º do art. 272 do *Codex*

vigente). Segundo a Turma, é “nula a publicação dirigida apenas a advogado substabelecido, em especial quando constar pedido expresso de publicação exclusiva em nome do advogado constituído”. A embargante requereu, dessa forma, a nulidade pela falta de intimação (sobre o recurso especial) dos novos procuradores, tendo sido intimados apenas os antigos.

A Terceira Turma entendeu que, embora tenha havido a inobservância da forma prescrita em lei, a embargante apenas alegou genericamente a ocorrência de eventual prejuízo, não o tendo comprovado efetivamente no caso concreto. Não havendo qualquer perspectiva de alteração no julgamento, impôs a convalidação dos atos praticados, em obediência à economia e celeridade processuais.

Além disso, com fundamento na efetividade e na razoabilidade, explanou ser repudiável a utilização do processo “como instrumento difusor de estratégias”. Proíbe-se, assim, a nulidade de algibeira ou de bolso.

No Recurso Especial nº. 1.714.163/SP, a Terceira Turma reconheceu que a nulidade de algibeira viola a boa-fé processual. Nessa hipótese, a intenção recursal, em sede de ação de adjudicação compulsória cumulada com anulação de negócio jurídico e indenização, era definir sobre a necessidade ou não da intimação do Ministério Público na demanda em que o litigante falecer, no curso do processo, e possuir herdeiros incapazes, bem como, se decidido pela necessidade da intimação, se seria o caso de nulidade do processo.

No recurso, a recorrente alegou violação ao inciso I do art. 82, ao art. 84 e ao *caput* e ao parágrafo único do art. 246, todos do Código de Processo Civil de 1973, e requereu a decretação da nulidade do processo por falta da intimação do Ministério Público para a defesa do interesse do herdeiro incapaz.

A Terceira Turma, *a priori*, esclareceu que, no que tange ao incapaz, “o que motiva a intervenção do Ministério Público é a possibilidade de seus interesses serem atingidos de maneira direta e jurídica, em razão do potencial desequilíbrio processual”. No caso, de fato, deveria o *Parquet* ter participado do processo como *custos legis*, porquanto os herdeiros menores eram “titulares de expectativa de direito sobre os bens imóveis que viriam a ser adjudicados e sobre a indenização que viria a ser recebida se por ventura as referidas pretensões viessem a ser julgadas procedentes”.

Apesar disso, ficou consignado que, para se cogitar o acolhimento da alegação de nulidade processual, até mesmo a absoluta, deve ser verificado o efetivo prejuízo concreto aos interesses dos incapazes, o que não ficou demonstrado na hipótese dos autos. Ademais, a Terceira Turma entendeu que a alegação da nulidade processual após a decisão desfavorável, quando evidente o conhecimento do vício dela ensejador, caracteriza a nulidade de bolso e é incoadunável com a boa-fé processual, mesmo no caso de nulidade processual absoluta.

Há, ainda, outros dois julgados do Superior Tribunal de Justiça em igual sentido e que merecem destaque:

- Agravo Interno no Recurso Especial nº. 1.842.662/MA, Terceira Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julgado em 24/08/2020: Nesta lide, a agravante pretendia o reconhecimento da nulidade, sob o argumento de que havia solicitado a publicação dos atos processuais em nome de dois procuradores, tendo sido dirigida a publicação a apenas um dos causídicos.

Quanto a este ponto, o Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze transcreveu os dizeres do Ministro Luis Felipe Salomão, informando que é sabido que, «de acordo com a firme jurisprudência desta Corte, havendo vários advogados constituídos nos autos, é válida a intimação feita em nome de qualquer deles, ausente o pedido de exclusividade de publicação» (AgRg no AREsp 670.673/MA, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 7/5/2015, DJe de 12/5/2015).

Frise-se, contudo, que, durante toda a instrução processual, não foi vislumbrado o desrespeito referente à publicação da intimação, de modo que se operou a preclusão. Aproveitar-se da situação e tão somente alegar a nulidade tardia, quando do julgamento de mérito desfavorável, afigura a nulidade de algibeira, “manobra processual que não se coaduna com a boa-fé processual e que é rechaçada pelo Superior Tribunal de Justiça inclusive nas hipóteses de nulidade absoluta”; e

- Recurso Especial nº. 1.637.515/AM, Quarta Turma, Rel. Min. Marco Buzzi, julgado em 25/08/2020: a Quarta Turma entendeu que havia no caso analisado fortes indícios de lesão aos princípios da cooperação e da boa-fé processual, entendendo que a parte utilizou a nulidade de algibeira. O caso em exame não versava acerca da inexecução de um contrato, tampouco sobre a existência de um dano patrimonial imputável à parte inadimplente. Na realidade, discutia-se a viabilidade de declaração de nulidade da citação por omissão do mandado em indicar detidamente o prazo de resposta. No acórdão, ficou assinalado que, mesmo que a controvérsia sobre o vício da citação fosse de ordem pública e, portanto, pudesse ser alegada após o trânsito em julgado da demanda e, até mesmo, depois de decorrido o prazo para o manejo da ação rescisória (vício transrescisório), a sua anterior apreciação judicial gerou a chamada preclusão *pro judicato*, motivo pelo qual não poderia ser revisitada. O relator, em seu voto, assinalou que, quanto à declaração de nulidade por ausência do prazo de resposta no mandado, “deve ser rejeitada, seja porque abrangida pelo efeito preclusivo da coisa julgada formal (preclusão *pro judicato*) estabelecida no RESP 96.229/AM — pois era matéria dedutível quando da apresentação da sua primeira defesa nos autos —, seja porque há fortes indícios de lesão ao princípio da cooperação e da boa-fé processual, na utilização da nulidade de algibeira”.

Ante o exposto, a pesquisa revelou que, na instância superior, há uma deficiência na fundamentação dos julgados antes elucidados quanto à nulidade de algibeira, porquan-

to, inicialmente, sequer era associada a algum princípio, depois, ela passou a ser vista sob o espectro da efetividade e da razoabilidade. Posteriormente, foi fundamentada na boa-fé processual e, de forma mais hodierna, também no princípio da cooperação.

Uma vez feitas tais considerações, depreende-se que o Superior Tribunal de Justiça não especificou, em qualquer dos seus acórdãos, qual o desdobramento da boa-fé na qual se insere a nulidade de bolso, motivo pelo qual se faz necessário verificar.

Assim, a parte que, embora tenha o direito de alegar uma nulidade absoluta, queda-se silente, para apenas exercer esse direito na ocasião em que melhor lhe interessar ou for estrategicamente conveniente, pratica a nulidade de algibeira, isto é, uma "armadilha" preparada pelo demandante a quem a nulidade absoluta favorece, prejudicando e tumultuando o processo.

Como esse comportamento abusivo da parte é omissivo, seguido de ato comissivo não mais esperado pela parte contrária, é apropriado dizer que ocorreu a *suppressio*, um dos consecutórios da *regulæ juris* do *nemo potest venire contra factum proprium*, o qual consiste, para António Manuel Menezes Cordeiro (1984, p. 742), no "exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento exercido anteriormente pelo exercente".

No processo civil, a *suppressio*, enquanto desdobramento da boa-fé objetiva, é a "perda de poder processual em razão do seu não-exercício por tempo suficiente para incutir no outro sujeito a confiança legítima de que esse poder não mais seria exercido" (DIDIER, 2009, p. 38).

Para Guilherme Magalhães Martins (2016, on-line), a supressão de um direito (*suppressio*) vem acompanhada da responsabilidade civil (art. 944 do Código Civil) decorrente do retardamento desleal, em razão do princípio da reparação integral. Além disso, ele entende que a *suppressio* é diferente da renúncia tácita, tendo em vista que esta pressupõe uma vontade presente no negócio jurídico e que é possível ao renunciante comprovar a sua não renúncia; é também diferente da preclusão, já que a perda do poder processual pela omissão não se enquadra em alguma das modalidades de preclusão (temporal, *pro judicato*, consumativa e lógica); ainda, a *suppressio* distingue-se da prescrição e da decadência, uma vez que os seus regimes são assinalados pela generalidade, "e não pela excepcionalidade própria da *suppressio*, a qual ecoa na irregularidade dos lapsos de tempo requeridos pela jurisprudência para a aplicação desta".

Diante disso, o fato de uma parte se utilizar da estratégia de alegação de nulidade processual, de forma tardia e de acordo com sua conveniência, faz com que surja, para a parte adversa e até para o juízo, a legítima expectativa de que o poder processual de alegar a nulidade não mais seja exercido.

Reconhece-se, dessa forma, que a vedação à nulidade de algibeira preenche os requisitos da *suppressio*, quais sejam: a omissão no exercício do direito, o decurso do lapso temporal e a objetiva deslealdade e intolerabilidade do ulterior exercício atrasado (DÍEZ-PICAZO, 1986, p. 21-22). De fato, essa situação representa uma omissão desleal,

por longo período, que deveria ter sido evitada por meio da tomada de providências, mas não o foi.

A *suppressio*, além de limitar o exercício de um direito subjetivo, paralisando uma pretensão, faz exsurgir um direito (*surrectio*), justamente por conta do comportamento omissivo da outra parte. De acordo com Luis Díez-Picazo (1986, p. 21-22):

- *suppressio*: é quando a boa-fé “faz desaparecer um direito que não corresponda à efectividade social”;
- *surrectio*: é quando a boa-fé, em razão da ocorrência da *suppressio*, “faz surgir um direito não existente antes, juridicamente, mas que, na efectividade social, era tido como presente”.

Frisa-se que a *suppressio* é um dos consecutórios da *regulæ juris do nemo potest venire contra factum proprium*, sobretudo porque o âmbito de aplicação deste também incide, segundo Judith Martins Costa (2018, p. 678), na situação em que um sujeito exprime sua intenção de não vir a efetivar determinado ato e posteriormente o executa. Na realidade, o não-exercício por tempo suficiente de um direito processual acabou por gerar na contraparte uma legítima e razoável expectativa – confiança – de que tal poder não mais seria exercido.

Daí porque a referida autora (2018, p. 677-678) informa que o brocardo em latim *venire contra factum proprium non valet* é iluminado, em sua totalidade, pela boa-fé, em que há a tutela da confiança (*fides*), porém, não há nele contido uma específica vedação da má-fé e da mentira, isto é, não se exige a veracidade subjetiva. Em outras palavras, o *venire* não depende do elemento subjetivo do comportamento do agente, bastando-lhe, pois, a contradição objetiva entre as duas condutas, com foco na proteção da confiança engendrada pela primeira (conduta).

Por outro lado, o adágio latino *nemo auditur propriam suam turpitudinem allegans* (ninguém pode ser ouvido alegando sua própria torpeza), retomado na França como *nul ne peut se prévaloir de sa propre turpitude* (ninguém pode tirar vantagem de sua própria torpeza), enfatiza a intenção subjetiva do agente, que é a repressão da torpeza, da malícia, do dolo (COSTA, 2018, p. 689). O litigante que age dessa maneira viola o princípio da boa-fé e, conseqüentemente, é considerado litigante de má-fé, desde que comprovado sério dano ao processo e aos interesses da parte adversa (THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 396).

Diante disso, denota-se que o espectro de incidência do *venire* é muito mais amplo do que da cláusula *turpitudinem*, de forma a incluir também a contradição praticada por um agente que age de acordo com a boa-fé.

E é nesse contexto em que se insere a nulidade de algibeira, já que não é tão importante o fato de a parte processual ter agido ou não de má-fé no que tange a não alegação da nulidade absoluta, por outro lado, o que importa é a confiança legítima gerada na parte contrária de que o direito de sua alegação (da nulidade) não mais poderia ser exercido.

Mas, se comprovado o interesse torpe ou malicioso da parte, sequer haverá um interesse digno de tutela jurídica, não podendo ser invocada a nulidade por quem lhe deu causa, de forma que "a boa-fé (por sua figura parcelar de rejeição à alegação da própria torpeza) autoriza conferir, mesmo a ato nulo, alguma medida de eficácia" (COSTA, 2018, p. 701).

5. CONCLUSÃO.

A vedação da nulidade de algibeira é um corolário da *suppressio*, como desdobramento da boa-fé objetiva, já que há a perda de um poder processual em virtude do seu não-exercício, por tempo suficiente, capaz de incutir no outro sujeito a confiança legítima de que esse poder não mais possa ser exercido.

Logo, a parte que, embora tenha o direito de alegar uma nulidade absoluta, queda-se silente, para apenas exercer esse direito na ocasião em que melhor lhe interessar ou for estrategicamente conveniente, ultrapassa os limites da boa-fé processual, da eticidade processual, da lealdade processual (em seu aspecto negativo, o da proibição de manuseio de instrumentos com objetivos diversos daqueles já programados), da veracidade (em seu aspecto omissivo), do contraditório substancial e, então, da cooperação processual.

Dessa forma, as normas do art. 278, *caput* e parágrafo único, do Código de Processo Civil não são cogentes quando a boa-fé processual está em jogo. Assim, é possível impedir a alegação de vício ao interesse público a qualquer momento e instância do processo.

A pesquisa sistematizou argumentos que são suficientes, razoáveis e aceitáveis para justificar a ineficácia da alegação de nulidade pela parte que não alega a nulidade absoluta — embora tenha o direito de alegar a qualquer momento —, caso tenha se mantido inerte ao longo do processo como estratégia para prejudicar a outra parte. A sistematização dessa tese colabora com a realização das normas fundamentais que obrigam a formação de uma relação jurídica processual baseada na honestidade e na cooperação entre as partes.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

ALMEIDA, J. C. M. de. *A contrariedade da instrução criminal*. São Paulo: Saraiva, 1937.

ALVIM, Arruda; GUEDES, Clarissa Diniz. Princípio do contraditório, cooperação e direito probatório. *Revista de processo*, São Paulo, v. 45, n. 304, p. 17-37, jun. 2020.

ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7. ed. revisada e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2007.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

- CABRAL, Antonio do Passo. *Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito*. *Rivista di diritto processuale*, v. 60, n. 2, p. 449-464, abr./jun. 2005.
- CABRAL, Antonio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. *Revista de processo*, São Paulo, v. 126, p. 59-80, ago. 2005. Disponível em: <https://cutt.ly/4vmKxYm>. Acesso em: 01 fev. 2021.
- CALAMANDREI, Piero. *Il processo come giuoco*. *Rivista di diritto processuale*, v. 5 – parte I, Padova, 1950.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. O princípio da boa-fé no processo civil e as nulidades de algibeira. *Revista Jurídica*, Rio de Janeiro, 2017, n. 16, p. 05-21, 2017. Disponível em: <https://cutt.ly/zhSlthN>. Acesso em: 02 mar. 2021.
- CHACOTO, Lucília. Vale mais um gosto na vida que três vinténs na algibeira — Las estructuras comparativas en los proverbios portugueses. CONDE TARRÍO, Germán (ed.). *Aspectos formales y discursivos de las expresiones fijas*. Frankfurt am Principal: Peter Lang, 2008, p. 87-103.
- COMOGLIO, Luigi Paolo. Contraddittorio. *Digesto delle discipline privatistiche: sezione civile*. UTET: Torino, 2017, v. 4, 1989.
- CORDEIRO, António Manuel Menezes. *Da Boa-fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 1984.
- COSTA, Judith Martins. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- DELLA PIETRA, Giuseppe. *Comentários ao artigo 88 do código de procedura civile italiano in Vaccarella, Romano e Verde, Giovanni. Codice di procedura civile commentato*, UTET, Torino, p. 685-687, 1997.
- DENTI, Vittorio. *Questioni rilevabili d'ufficio e contraddittorio*. *Rivista di diritto processuale*, n. 23, p. 217-231, 1968.
- DIDIER JR., Fredie. Multa coercitiva, boa-fé processual e *suppressio*: a aplicação do duty to mitigate the loss no processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 171, 2009.
- DIDIER JR., Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. *Revista de Processo*, v. 36, n. 198, p. 213-225, ago. 2011. Disponível em: <https://cutt.ly/3vmOMyc>. Acesso em: 01 jan. 2021.
- DÍEZ-PICAZO, Luis. Prólogo in WIEACKER, Franz. *El principio general de la buena fe*. Tradução de Jose Luis Carro. 2. ed. Madrid: Civitas, 1986.
- DÍEZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. 10. ed. v. 1. Madrid: Tecnos, 2001.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. O princípio do contraditório e sua dupla destinação. In: *Fundamentos do processo civil moderno*, 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, t. I.
- DOMIT, Otávio Augusto Dal Molin. *Iura novit curia e causa de pedir: o juiz e a qualificação jurídica dos fatos no processo civil brasileiro*. São Paulo: RT, 2016.
- FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Tradução de Elaine Nassif. Bookseller: Campinas, 2006, p. 118-119.

- FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. 8. ed. Padova: CEDAM, 1996.
- FRIEDE, Reis. Do princípio constitucional do contraditório: vertentes material e formal. À luz da evolução jurisprudencial e legislativa do regramento processual civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 946, p. 113-124, ago. 2014.
- FRITZSCHE, Hans. *Richteramt und Persönlichkeit, Wahrheit und Lüge im Zivilprozess*. Zwei akademische Antrittsreden: Zürich, 1921.
- GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 2001.
- GOUVEIA, Lúcio Grassi de. Processo, dialética e fundamentação adequada: um olhar sobre os avanços que a concepção retórica do direito trouxe para nossa teoria geral do processo. *Revista Electrónica Direito e Sociedade*, Recife, v. 4, n. 2, p. 203-235, 2016. Disponível em: <https://cutt.ly/vvmVDWn>.
- GRASSO, Eduardo. La collaborazione del processo civile. *Rivista di diritto processuale*, CEDAM, Padova, v. 21, p. 581-609, 1966.
- GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. v. 1. Saraiva: São Paulo, 2000.
- JUNOY, Joan Picó i. *El principio de la buena fe procesal*. Disponível em: <https://cutt.ly/XvmCY5j>. Acesso em: 03 mar. 2021.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual Civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. O modelo constitucional de processo e o eixo estrutural da processualidade democrática. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 2, n. 1, p. 43-55, 2016. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5694113>. Acesso em: 14 nov. 2020.
- MARTINS, Guilherme Magalhães. *A função de controle da boa-fé objetiva e o retardamento desleal no exercício de direitos patrimoniais (supressio)*. 2016. Disponível em: <https://cutt.ly/MhSlkNI>. Acesso em: 01 mar. 2021.
- MELO, Alexandre Franco Bahia. A fundamentação substancial das decisões judiciais no marco do novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 256, p. 35-64, jun. 2016.
- MESQUITA, Maíra de Carvalho Pereira. Princípio do contraditório: aspecto substancial e a proibição de decisões surpresas. *Revista Defensoria Pública da União*, Brasília, n. 6, p. 52-77, dez. 2013. Disponível em: <https://revistadadpu.dpu.def.br/article/download/136/118/203>. Acesso em: 29 maio 2021.
- MITIDIERO, Daniel. *A Colaboração como Modelo e como Princípio no Processo Civil*. *Revista do Advogado*. São Paulo: AASP, 2015. Disponível em: <https://cutt.ly/RhSkOtE>. Acesso em: 25 out. 2020.
- MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil — Pressupostos Sociais, Lógicos e Éticos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil como *prêt-à-porter*? Um convite ao diálogo para Lenio Streck. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 194, abr. 2011.
- MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: do modelo ao princípio*. 4. ed. São

- Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
- MONTESANO, Luigi. La garantía constitucional del contradictorio e i giudizi civili di ‘terza via. *Rivista di diritto processuale*, Padova: CEDAM, 2000, p. 929-947.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil* - volume único. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O juiz e o contraditório. *Revista de processo*, São Paulo, n. 73, p. 7-14, jan./mar. 1994.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. A garantia do contraditório. *Revista da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS)*, Porto Alegre, v. 15, p. 7-20, 1998.
- PEIXOTO, Silvana Mara Ferneda Ramos; SOUZA NETTO, José Laurindo de. O princípio do contraditório cooperativo como instrumento viabilizador da jurisdição constitucional. In: XXII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 2013, Curitiba. *Anais*. Curitiba: CONPEDI, 2013, p. 333-355. Disponível em: <https://cutt.ly/GvmQ4TP>.
- PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Norma fundamental do processo civil brasileiro: aspectos conceituais, estruturais e funcionais. *Civil procedure review*, v. 9, n.1, p. 101-124, jan./abr. 2018.
- PETERS, Bele Carolin. *Der Gütegedanke im deutschen Zivilprozeßrecht : eine historisch-soziologische Untersuchung zum Gütegedanken im Zivilverfahrensrecht seit 1879*. Friedrich-Schiller-Universität Jena, Rechtswissenschaftliche Fakultät, Jena, 2004.
- PICARDI, Nicola. Il principio del contraddittorio. *Rivista di diritto processuale*, Milani, ano 53, n. 3, p. 673-681, jul./set. 1998.
- PINTER, Rafael Woberto. A boa-fé no processo civil e o abuso de direitos processuais. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 253, p. 129-160, mar. 2016.
- PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. 3. ed. Napoli: Jovene, 1999.
- POSADA, Giovanni Priori. El Principio de la Buena Fe Procesal, el Abuso del Proceso y el Fraude Procesal. *Revista Latinoamericana de Derecho Procesal*, n. 3, may. 2015, IJ-LXXVIII-857.
- SÁNCHEZ, Guillermo Ormazabal. *Iura novit curia: la vinculación del juez a la calificación jurídica de la demanda*. Madrid: Marcial Pons, 2007.
- SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; COITINHO, Jair Pereira. Reconfigurações do processo à luz do constitucionalismo contemporâneo: a boa-fé objetiva como condição funcional do modelo processual do Estado Democrático de Direito e sua incidência sobre o novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo RePro* (versão eletrônica), ano 41, v. 254. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Processual; Revista dos Tribunais, abr. 2016.
- SCHREIBER, Anderson. *A Proibição do Comportamento Contraditório*. Tutela da Confiança e *Venire Contra Factum Proprium*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- SCHWERTNER, Isadora Minotto Gomes. *A atuação dos sujeitos processuais no modelo colaborativo*. 2016. Tese (Doutorado em Direito) — Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2016. Disponível em: <https://cutt.ly/2hSlvbt>. Acesso em: 20 nov. 2020.

- SILVA, Ana Sofia Sousa e. *Nulidades Processuais Cíveis à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça*. 2018. Monografia (Bacharelado em Direito) — Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2018. Disponível em: <https://cutt.ly/ihsIZUN>. Acesso em: 01 dez. 2020.
- SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o Novo Processo Civil*. 2. ed. Lisboa: Lex, 1997.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo justo e contraditório dinâmico. *Revista Páginas de Direito*, Porto Alegre, ano 13, n. 1091, 21 nov. 2013. Disponível em: <https://cutt.ly/2vm-VPeK>.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – v. 1 / Humberto Theodoro Júnior*. 56. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- TUCCI, José Rogério Cruz e. Garantia constitucional do contraditório no projeto do CPC: análise e proposta. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, ano VII, n. 38, 2010. Disponível em: <https://cutt.ly/kvmlTrkz>. Acesso em: 08 nov. 2020.
- VANONI, Daniel Bofill. *Nulidade de algibeira: a boa-fé processual como limite à invalidação de atos processuais no Novo Código de Processo Civil*. Londrina, PR: Thoth, 2021.
- ZANETTI, Cristiano de Sousa. A mitigação do dano e alocação da responsabilidade. *Revista Brasileira de Arbitragem*, v. 35, p. 28-36, 2013.
- ZUFELATO, Camilo. *Contraditório e vedação às decisões-surpresa no processo civil brasileiro*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues. A *suppressio* e o direito à prestação de contas. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, ano 1 (2015), n. 2, p. 1197-1214. Disponível em: <https://cutt.ly/ehSIfYe>. Acesso em: 10 fev. 2021.



Civil Procedure Review

AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

5

Repensando o Valor da Causa: bases para uma nova sistematização

Rethinking the Amount in Controversy: bases for a new systematization

Guilherme Thofehr Lessa

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

Resumo: No presente artigo, o autor analisa a doutrina sobre o conceito de valor da causa e as suas formas de aferição. Defendendo a existência de causas de valor inestimável, as quais seriam ignoradas por razões históricas, o autor sustenta que a classificação das “causas” às quais se atribui um valor precisa ser aprimorada e, por consequência, também precisam ser aprimorados os meios propostos pela doutrina para atribuir um valor à causa, especialmente diante da nova geração de direitos e dos precedentes judiciais.

Palavras-chave: valor da causa, fixação do valor da causa, causas de valor inestimável, sistematização do valor da causa, precedentes.

Abstract: In the present essay, the author analyses the classic and modern doctrine about the amount in controversy and how to assess it. Defending the existence of controversies that are impossible to price, the author holds that the classification of types of controversies needs to be improved and, by consequence, the means that are used to price them needs to be improved as well, especially before the new rights and the judicial precedents.

Keywords: amount in controversy, definition of amount in controversy, priceless controversies, value, admeasurement.

Sumário: 1. Introdução – 2. Valor da causa: alguns breves apontamentos gerais: 2.1. O conceito de valor da causa; 2.2. A definição do valor da causa – 3. Duas observações sobre o estado da arte do valor da causa: 3.1. Causas de valor inestimável; 3.2. A fixação do valor da causa e a insuficiência da classificação tradicional – 4. Proposta de sistematização – 5. Referências.

1. INTRODUÇÃO

No¹ início do ano passado tivemos a oportunidade de atuar em uma ação rescisória onde, dentre outras questões, se discutia o valor da causa. Por conta disso, havíamos nos proposto a escrever um artigo sobre valor da causa na ação rescisória e a posição das Cortes Supremas. Entretanto, conforme aprofundamos a nossa pesquisa, chegamos a um beco sem saída, pois percebemos que seria impossível o avanço daquele artigo sem uma prévia tentativa de aprimorar algumas premissas que há muito habitam a doutrina brasileira.

O valor da causa é um dos temas pouco explorados do direito processual civil. Com exceção de algumas monografias, comumente preocupadas com os aspectos processuais da sua impugnação no CPC/73, o valor da causa, na maioria das vezes, é tratado de forma marginal, em cursos ou comentários, não rivalizando, nem de longe, com o tratamento dado aos temas clássicos da teoria do processo civil.

Isso fez com que o tema ficasse alheio às mudanças que o direito brasileiro sofreu nos últimos anos, como, por exemplo, o fortalecimento da terceira dimensão dos direitos fundamentais e a consolidação dos precedentes como fonte do direito. Mesmo com tais mudanças, pouco mudou no que diz respeito ao valor da causa, sendo que boa parte do que se apresenta no CPC/2015 é semelhante ao que se tinha no CPC/1973 ou até mesmo no CPC/1939.

A questão – e até mesmo o tema – pode parecer de menor importância ou até mesmo singela, mas não é. O valor da causa impacta o processo e o procedimento em diversos sentidos. Pensemos, por exemplo, no cálculo das custas processuais, na competência, no rito processual, na admissibilidade recursal e no arbitramento das multas e dos honorários advocatícios.² O legislador, ao determinar a atribuição de um valor econômico à causa, utilizou esse valor para diferenciar certos procedimentos, a fim de que se tenha um tratamento adequado e eficiente de todas as demandas.

Além disso, a ideia de atribuir um valor à causa nada tem de singela. E isso por uma única razão: não é fácil definir o valor de certas coisas ou direitos, mas o valor delas, processualmente falando, importa.

2. O VALOR DA CAUSA: ALGUNS BREVES APONTAMENTOS GERAIS

Uma das primeiras coisas que qualquer estudante aprende sobre o valor da causa é, muito provavelmente, que a toda causa será atribuído valor certo. E tal não pode causar estranheza, quando consideramos que, afinal, essa é a norma cogente prevista

1 Agradecemos aos Profs. Drs. William Soares Pugliese e Ricardo Alexandre da Silva pela leitura atenta e crítica do presente ensaio, contribuindo para o seu enriquecimento.

2 Um amplo exame acerca das finalidades do valor da causa pode ser encontrado em: AMARO DE SOUZA, Gelson. *Do valor da causa* (1986). 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2012, p. 38-80.

na primeira parte do art. 291 do Código de Processo Civil, que abre o Título correspondente ao tema.

Nossa preocupação inicial, porém, possui dois endereços. O primeiro é saber o que significa “valor da causa” e como esse conceito se relaciona com os diferentes “tipos” de causas levadas ao Judiciário; o segundo é saber quais são os métodos de definição do valor da causa.

2.1. O conceito de valor da causa

O conceito de valor da causa nunca alcançou unanimidade na doutrina brasileira. E isso tampouco é surpreendente, haja vista a dificuldade para a definição do significado de «valor» e, em menor extensão, o de «causa».

Conceituar o significado de *valor* nos levaria a uma empreitada filosófica³ que, além de transbordar os limites do presente ensaio, nos distanciaria do nosso objetivo, que é definir o significado de valor da causa no processo civil. Conceituar *causa* também apresenta as suas dificuldades, pois o termo, de origem romana, é bastante abstrato,⁴ ainda que a sua concepção seja normalmente vinculada a um conflito concreto.⁵

Dada essas dificuldades, é compreensível que a doutrina tenha utilizado de critérios de equivalência na tentativa de conceituar o valor da causa. Ou seja, tenha buscado definir o valor da causa com base em outros institutos.

Alguns autores, por exemplo, defendiam que o valor da causa seria o valor do pedido. É exatamente isso que Lopes da Costa sustentava. Com base em uma antiga regra do direito romano sobre competência, que teria sido adotada pelas Ordenações Filipinas,⁶ o autor defendia o precisamente que “o valor da causa é, pois, o valor do pedido”.⁷ Tal posição, contudo, era insuficiente, pois não apresentava uma resposta satisfatória para os casos em que o pedido em si não possuía um valor imediato.

3 Buscando traçar uma linha nesse sentido: AMARO DE SOUZA, Gelson. *Do valor da causa*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2012, p. 25-32.

4 Cf. GARNER, Bryan A. (Editor in Chief). *Black’s Law Dictionary*. 11. ed. St. Paul: Thomson Reuters, 2019, p. 272, citando Adolf Berger, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law* (1953), p. 382-83.

5 Por exemplo: “A case is the written memorandum of a dispute or controversy between persons, telling with varying degrees of completeness and of accuracy, what happened, what each of the parties did about it, what some supposedly impartial judge or other tribunal did in the way of bringing the dispute or controversy to an end, and the avowed reasons of the judge or tribunal for doing what was done” (TWINING, William; MIERS, David. *How to Do Things with Rules* (1976). 5. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 268).

6 LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo (1885 – 1966). *Direito Processual Civil Brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1947, p. 165, vol. I: “A regra nos veio do direito romano: ‘Para determinar-se a competência – dizia o Digesto – o valor é sempre o do que se pede e não o do que realmente se deve’. (*Quotiens de quantitate ad jurisdictionem pertinentem quaeritur quantum petatur quarendum est, non quantum debeatur* - 2, 1 – *de jurisdictione* – 19, fr. 1º)”.

7 LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1947, p. 166, vol. I. No mesmo sentido: DE PLÁCIDO E SILVA, Oscar Joseph (1892 – 1963). *Vocabulário Jurídico* (1963). 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1975, p. 1.624, vol. IV: “Em sentido processual, valor da ação, valor da causa, ou valor do pedido têm igual significação”.

Mais sofisticada é a posição antes sustentada por Chiovenda. Para o jurista italiano, o valor da causa seria uma combinação do pedido e da causa de pedir. O pedido estabeleceria apenas o *limite* do valor da causa, que sofreria influência da causa de pedir. De forma mais precisa, o valor da causa seria o *valor da relação jurídica, limitada pelo pedido*.⁸ Para sustentar sua posição, Chiovenda afirma que uma ação possessória e uma ação reivindicatória possuem o mesmo pedido – a entrega do bem –, mas não seria adequado afirmar que as duas ações possuem o mesmo valor. Nessa linha, Chiovenda passa a incluir como critério para a aferição do valor da causa a própria relação subjacente ao pedido. Em outras palavras, o valor da causa é deslocado do pedido em si para a relação jurídica. O pedido deixa de ser o critério determinante e passa a ser apenas o seu limite.

O exemplo de Chiovenda não é dos melhores, pois, como bem aponta Eduardo Yoshikawa, seria possível cogitar em pedidos diversos para cada uma das ações, ainda que o efeito prático de cada uma delas seja a entrega do bem. O pedido de entrega de um bem a título de posse é diverso do pedido de entrega de um bem a título de propriedade, ainda que o autor lhes dê o mesmo rótulo.⁹ Contudo, a conclusão de Yoshikawa, no sentido de que o pedido deve ser logicamente compatível com a causa de pedir, mas que esta é irrelevante em si mesma para determinar o valor da causa, também não procede.¹⁰ Ora, ao afirmar que o pedido deve ser logicamente compatível com a causa de pedir – ou, como preferimos, que pedido deve ser interpretado à luz da causa de pedir – o próprio autor reconhece que a causa de pedir possui relevância para a aferição do valor da causa. Se o pedido não é logicamente compatível com a causa de pedir, o valor da causa sofrerá influxos dessa incompatibilidade; por outro lado, o pedido poderá limitar o âmbito de discussão em torno da relação jurídica, e, pois, limitar o valor da causa em debate.

Nada obstante algumas variações defendidas por importantes nomes da doutrina italiana,¹¹ foi a posição de Chiovenda que ganhou eco na doutrina brasileira, sendo replicada por Pontes de Miranda. Para o jurista brasileiro, o valor da causa seria o da relação jurídica de direito material, mas nos limites do pedido.¹²

8 CHIOVENDA, Giuseppe (1872 – 1937). *Instituições de Direito Processual Civil* (1933). Trad. da 2. ed. italiana por J. Guimarães Menegale, com notas de Enrico Tullio Liebman e introdução de Alfredo Buzaid. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1969, p. 161-2, vol. 2.

9 YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. *Valor da Causa*. São Paulo: Dialética, 2008, p. 14-15.

10 YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. *Valor da Causa*. São Paulo: Dialética, 2008, p. 16.

11 CARNELUTTI, Francesco (1879 – 1965). *Instituciones del Proceso Civil* (1942). Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: EJEA, 1959, p. 218-219, vol. I: “El valor de la litis da el valor del bien discutido en función del interés que constituye el contenido de la pretensión (...) El valor de la litis, según lo hemos indicado, lo da la cominación del bien con el interés que constituye el contenido de la pretensión; así pues, por ejemplo, aunque se trate del mismo bien, es distinto el valor de la litis según se dispute acerca de su venta o de su locación, de su propiedad o de su usufructo”. Embora próximas, a definição de Chiovenda é mais precisa que a de Carnelutti, uma vez que, ainda que o conceito de pretensão na doutrina italiana esteja mais próximo à noção de pedido, não é o bem que é limitado pelo pedido, mas sim a relação jurídica.

12 PONTES DE MIRANDA (1892 – 1979). *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 363, t. III. No mesmo sentido: DALL'AGNOL JÚNIOR, Antônio Janyr. “Considerações em torno do valor da causa”. *Revista de Processo* vol. 13. São Paulo: Ed. RT, 1979, p. 80.

No mesmo sentido também se manifestava Hélio Tornaghi. Ainda que o autor inicialmente defenda que o conceito do valor da causa estaria ligado ao quantum, em dinheiro, correspondente ao que o autor pede do réu, em seguida esclarecia que, para a sua avaliação, é necessário “conjuguar o objeto imediato do pedido (*petitum*) e a razão de pedir ou, melhor, a relação jurídica em que o pedido se baseia (*causa petendi*)”, citando Chiovenda.¹³

Mais recentemente, Humberto Theodoro Jr. parece defender posição bastante próxima, ao sustentar que “o valor da causa não corresponde necessariamente ao valor do objeto imediato material ou imaterial, em jogo no processo, ou sobre qual versa a pretensão do autor perante o réu”, mas o “valor que se pode atribuir à relação jurídica que se afirma existir sobre tal objeto”. Conclui, então, que o valor da causa é determinado “apurando-se a expressão econômica da relação jurídica material que o autor quer opor ao réu”.¹⁴

Em sentido diverso, Cândido Rangel Dinamarco busca definir o valor da causa como “a expressão monetária do significado econômico dos benefícios procurados pelo autor através do processo”.¹⁵ Mesmo sustentando que o valor da causa seria um *reflexo* do pedido,¹⁶ justamente por ser apenas o seu significado econômico, Dinamarco faz uma clara associação entre o valor da causa e pedido, aproximando-se da posição de Lopes da Costa.

Ainda que em diversos casos o valor do benefício buscado pelo autor seja equivalente ao valor do pedido, é preciso reconhecer que o conteúdo patrimonial de determinados pedidos vai além do benefício postulado. Pense-se, por exemplo, em um ato jurídico plurilateral, onde o autor busca um benefício inferior ao valor do ato que pretende rescindir. O conteúdo patrimonial em discussão é o valor do negócio jurídico, que supera o benefício almejado pelo autor.¹⁷ Em outras palavras: nem sempre o que o autor pede tem o mesmo significado econômico do benefício que ele busca para si. Nada obstante, o mérito de Dinamarco é evidenciar um conceito de valor da causa conciliável com os pedidos não pecuniários, valendo-se da ideia de *significado econômico*.

13 TORNAGHI, Hélio (1915 – 2004). *Comentários ao Código de Processo Civil* (1975). 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1978, p. 256-257, vol. II.

14 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil* (1985). 55. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 435, v. 1.

15 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil* (2005). 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 368, vol. III. No mesmo sentido: YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. *Valor da Causa*. São Paulo: Dialética, 2008, p. 23, ao defender que o valor da causa “representa a quantia em dinheiro correspondente ou equivalente ao bem da vida pretendido pelo autor”.

16 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 368-369, vol. III.

17 É o caso do art. 292, inciso II, CPC, que trata da existência, validade, cumprimento, modificação, resolução, resilição ou rescisão de ato jurídico, hipóteses em que o legislador define que o valor da causa é o valor do ato, e não o benefício econômico buscado pelo autor.

Mais recentemente, ao comentar o CPC/2015, Leonardo Carneiro da Cunha procura fornecer um conceito de valor da causa. Partindo da premissa de que o termo *causa* tem o significado de ação ou demanda, cuja propositura se dá por meio da petição inicial, o autor defende inicialmente que o valor da causa é o *quantum*, em dinheiro, correspondente ao que o autor requer na sua petição inicial.¹⁸ Em seguida, complementa seu conceito, afirmando que é preciso estimar o valor da causa considerando também a causa de pedir, pois esta limita o pedido. Seguindo as lições de Araken de Assis, Carneiro da Cunha reconhece que o valor da causa é o valor do objeto mediato do pedido,¹⁹ para então concluir que o valor da causa equivale ao valor do bem da vida perseguido no processo pelo autor.²⁰

Veja-se que o legislador do CPC/2015 optou por uma saída bastante inteligente. Ao redigir o art. 292, §3º, o legislador acabou por conceituar indiretamente o valor da causa, valendo-se de dois critérios de equivalência para a sua definição, equiparando-o ao “conteúdo patrimonial em discussão ou ao proveito econômico perseguido pelo autor”. Deste modo, é possível perceber que o valor da causa pode ser oriundo tanto do proveito econômico pretendido pelo autor como do conteúdo patrimonial em discussão. Há casos em que o valor pretendido definirá o valor da causa e há outros em que será necessário verificar o conteúdo patrimonial em discussão, sem necessariamente limitar-se ao que pretende o autor para si.

Entendemos que a opção do legislador foi adequada, pois o valor da causa não pode corresponder somente ao benefício econômico pretendido pelo autor, devendo abranger a *relação jurídica* submetida ao Poder Judiciário. Em outras palavras: não pode corresponder somente ao que o autor pretende para si, devendo compreender todo o conteúdo econômico do pedido. Essa linha parece mais adequada ao próprio conceito de causa,²¹ ainda que possa estar sujeita a críticas, como veremos oportunamente.

2.2. A definição do valor da causa

Se o conceito de valor da causa não alcançou unanimidade na doutrina brasileira, o mesmo não pode ser dito sobre as formas de definição ou fixação do valor da causa.

18 CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo. *Comentários ao Código de Processo Civil*: artigos 188 ao 293. Em: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (org.). *Coleção Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Ed. RT, 2016, p. 309-310, vol. 3.

19 ARAKEN DE ASSIS. *Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 2015, p. 1.693, vol. 2, t. 1.

20 CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Ed. RT, 2016, p. 310, vol. 3. Muito antes, referindo que o valor da causa é o equivalente monetário do bem jurídico que lhe constitui o objeto: MARQUES, José Frederico (1912 – 1993). *Instituições de Direito Processual Civil* (1958). 4. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971, p. 75, vol. III.

21 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 55. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 154, v. 1: “Considera-se *causa*, portanto, em direito processual, a *lide* ou *questão* agitada entre os litigantes em juízo, como já ensinava Pedro Lessa (*Do Poder Judiciário*, p. 52).”

Sobre a questão, a doutrina processual, ainda que com algumas poucas divergências de nomenclatura, reconhece há muito que a definição do valor da causa pode ser *legal* ou *por estimativa* (às vezes referido também como *voluntário*).

Como se pode imaginar, o valor da causa legal é aquele para o qual a lei oferece critérios de definição. Por sua vez, o valor da causa voluntário ou estimado é aquele no qual se permite que o autor estime o benefício econômico da demanda.

Trata-se de diferenciação que remonta, no mínimo,²² ao Código de 1939, o qual estabelecia, nos seus arts. 42 e 43, que o valor da causa deveria ser equivalente ao benefício patrimonial ou o valor estimado da dívida. Deste modo, com exceção da ação de dívida certa, da ação despejo (que possuía previsão própria no art. 46) e dos casos de valor inestimável, nos quais era possível deixar de indicar o valor da causa (art. 49), o valor da causa deveria ser estimado.²³

O Código Buzaid, por sua vez, suprimiu o dispositivo que determinava a estimativa do valor da causa, optando por prever que o valor deveria ser certo, ainda que a causa não possuísse conteúdo econômico imediato (art. 258), além de alargar o rol das causas com valor definido na própria lei. Nada obstante, como o valor da causa deveria constar sempre na petição inicial (art. 259), a doutrina que se seguiu ao Código continuou a defender a separação entre valor da causa legal e valor da causa por estimativa ou voluntário.

Egas Moniz de Aragão, ao comentar o CPC/1973, defendia que a fixação do valor da causa se divide entre os casos em que o valor é certo, ou seja, no qual o valor é previsto em lei, estando ausente liberdade ao autor para estimá-lo, e aqueles nos quais o valor deverá ser estimado pelo autor.²⁴

Já Barbosa Moreira optava por separar a fixação legal e a fixação voluntária do valor da causa. Para o jurista, a “fixação do valor da causa, para efeitos processuais, pode ser *legal*, nos casos dos arts. 259 e 260, ou *voluntária* (estimativa feita pelo autor), nos restantes”.²⁵

A maior parte da doutrina, contudo, optou por utilizar a separação de valor da causa legal e valor da causa estimado. Na mesma linha, Cândido Rangel Dinamarco susten-

22 Uma origem mais remota pode ser traçada a partir do Regulamento n. 142 de 15 de março de 1842, onde, no seu art. 35, refere que: “Art. 35. Para se verificar a competência do Juízo a respeito das causas de Almotaxaria, isto he se o valor dellas cabe ou não na alçada dos Juizes de Paz, as Partes que intentarem qualquer causa deverão declarar logo na primeira petição o valor da cousa demandada, *ou seja o real, ou o de estimação*, o qual a Parte contraria poderá contestar para firmar-se a sobredita competência.” (grifo nosso). Posteriormente, em sentido semelhante, o Decreto n. 737 de 1850, em seu art. 66, §3º, dispõe que a ação ordinária iniciará por petição simples, que deve conter o pedido “com todas as especificações e estimativa do valor quando não fôr determinado”.

23 Sobre o ponto: LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1947, p. 168, vol. I.

24 MONIZ DE ARAGÃO, Egas D. *Comentários ao Código de Processo Civil* (1974). 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 314, vol. II.

25 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O Novo Processo Civil Brasileiro* (1975). 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 20.

ta que existem normas específicas para a atribuição do valor da causa, que constituem critérios legais de fixação. Por outro lado, dada a insuficiência dos critérios legais para prever todas as hipóteses, torna-se indispensável o emprego de critérios estimativos.²⁶

Autores mais recentes também seguem essa linha. Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Arenhart e Daniel Mitidiero entendem que o valor da causa pode ser legal ou estimado. Será legal quando a lei apresenta critérios para que seja fixado; será estimado quando, na ausência de critérios legais, o autor deve estimá-lo.²⁷

Leonardo Carneiro da Cunha, em sentido semelhante, defende que a legislação de um modo geral estabelece os critérios legais para a fixação do valor da causa, prevendo o objeto e seu respectivo valor, seja por meio do CPC/2015, seja por meio de legislações esparsas.²⁸ Quando o caso não se enquadra nas hipóteses normativas que estabelecem critérios de fixação do valor da causa, “caberá ao autor estimá-lo, levando em conta o proveito, a vantagem ou utilidade decorrente do pedido mediato, com as limitações observadas a partir da causa de pedir”.²⁹

No que diz respeito à definição *legal*, o art. 292 do Código de Processo Civil traça as linhas gerais para a fixação do valor da causa. Tal ocorre nos casos em que se exige uma prestação que possa ser imediatamente quantificada, como nas hipóteses dos incisos I (cobrança de dívida), II (ato jurídico quantificável), IV (divisão, demarcação e reivindicação), V (indenização). Os incisos VI, VII e VIII, por sua vez, fornecem orientações sobre a cumulação de pedidos. Do mesmo modo, fornece um critério para aqueles casos que não são imediatamente quantificáveis, como nas ações de alimentos (inciso III) e diante de prestações vincendas (§2º).

Nos demais casos não previstos no art. 292 do Código de Processo Civil ou em outras disposições normativas,³⁰ a doutrina sustenta que compete ao autor atribuir um valor à causa por *estimativa*. Esse raciocínio é extraído a partir da interpretação do art. 291 do CPC, que impõe à parte atribuir valor certo à causa, ainda que não seja possível quantificar de imediato o conteúdo econômico da demanda. O valor certo é o valor expresso, não se admitindo valor implícito ou incerto, o que significa dizer que a parte deve fazer constar expressamente, em moeda nacional corrente, o valor da causa.³¹ A lógica é que, como o valor da causa deve ser certo, mas o legislador não oferece crité-

26 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 370, vol. III. Em síntese, afirma o autor: “Tudo somado, portanto, a determinação do valor da causa gira em torno (a) dos *critérios legais* estabelecidos no art. 259 do Código de Processo Civil e (b) de certos *critérios estimativos* ligados diretamente ao pedido feito e ao seu valor (art. 258).” Grifo no original.

27 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. São Paulo: Ed. RT, 2015, p. 165, vol. 2.

28 CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Ed. RT, 2016, p. 314, vol. 3.

29 CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Ed. RT, 2016, p. 315, vol. 3.

30 Para uma visão geral: CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Ed. RT, 2016, p. 314 e ss, vol. 3.

31 DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil* (2007). Salvador: JusPodivm, 2020, p. 685, vol. 1.

rios para aferir o valor econômico da demanda em determinados casos, a parte deve estimá-lo.

No entanto, é preciso avançar no tema.

3. DUAS OBSERVAÇÕES SOBRE O ESTADO DA ARTE DO VALOR DA CAUSA

De modo geral, a doutrina brasileira entende que as causas, no que diz respeito ao seu valor, podem ser divididas entre aquelas nos quais o valor é desde logo determinável e aquelas nos quais o valor é aferível, mas não imediatamente. Consequentemente, seriam duas as formas de fixação do valor da causa: de um lado, a própria lei definiria o valor da causa diante de determinados objetos; de outro, não havendo definição por lei, caberia ao autor estimá-lo.

Entretanto, entendemos que as definições e critérios comumente apresentados pela doutrina, embora tenham sido suficientes durante um longo período, podem ser aprimorados à luz do direito atual. E tal aprimoramento é decorrente de algumas razões.

3.1. Causas de valor inestimável

A primeira razão diz respeito à classificação das demandas em relação ao seu valor. Para o legislador – e para a doutrina – o valor da causa seria imediatamente determinável ou posteriormente determinável. O art. 291 do CPC/2015 parte da premissa de que a causa pode ter um valor mediato ou imediato, mas que sempre pode ser aferido. Dito de outro modo, o legislador ignora, ao tratar da definição do valor da causa, as causas de valor inestimável.

Neste sentido, Fredie Didier Jr., ao tratar do tema, defende que “não há causa sem valor; assim como não há causa de valor inestimável ou mínimo”.³² Se bem compreendemos o autor, tal manifestação é no sentido de que a parte não pode se valer dessas expressões para deixar de indicar o valor da causa de forma certa.

Outra interpretação possível seria assimilar o conceito de causas de valor inestimável às causas de valor não imediatamente aferível. Nesse sentido, Leonardo Carneiro da Cunha, em uma das melhores análises sobre o valor da causa no CPC/2015, diz: “Ainda que a causa não tenha conteúdo econômico, deve ser-lhe atribuído um valor. É possível, com efeito, que o conteúdo econômico real e imediato da pretensão não seja imediatamente aferível, ou seja, de valor inestimável, não podendo ser precisamente quantificado.”³³

Veja-se que enquanto Fredie Didier Jr. nega a possibilidade de causas de valor inestimável, Leonardo Carneiro da Cunha assimila tal conceito às causas que não são ime-

32 DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 22. ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 684, vol. 1.

33 CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Ed. RT, 2016, p. 305, vol. 3.

diatamente aferíveis, mas que devem ser estimadas. A questão que iremos enfrentar, ainda que esteja nas entrelinhas desses importantes autores, talvez possa ser mais bem evidenciada na passagem de Humberto Theodoro Jr.: “Há, outrossim, aquelas causas que não versam sobre bens ou valores econômicos, e ainda os que, mesmo cogitando de valores patrimoniais, não oferecem condições para imediata prefixação de seu valor. Em todos esses casos, haverá de atribuir-se, por simples estimativa, um valor à causa, já que, em nenhuma hipótese, a parte é dispensada do encargo de atribuir um valor à demanda (art. 258).”³⁴

Em síntese, ou as causas de valor inestimável não existem ou, se existem, devem ter o seu valor estimado. É verdade que, se interpretamos tais passagens corretamente, a manifestação dos autores está ligada à necessidade de o autor indicar expressamente um valor certo na sua petição inicial, de modo que nossas observações, direcionadas à quantificação ou monetização de certas pretensões, podem parecer injustas. Seja como for, elas nos permitem avançar em um tema que, a nosso ver, é da maior importância, e que diz respeito às causas de valor inestimável.

Em primeiro lugar, é preciso deixar claro que causa sem conteúdo imediatamente aferível (art. 291, CPC) não é sinônimo, no direito ou fora dele, de causa de valor inestimável. Trata-se de conceitos distintos e que, portanto, não devem ser confundidos.

As causas sem conteúdo econômico imediatamente aferível são as pretensões que, em razão de algum fato ou pela sua natureza, não permitem precisar seu conteúdo econômico de forma imediata, de modo que tal precisão ocorrerá em momento oportuno. A tônica do conceito reside na palavra *imediatamente*. A pretensão ou bem da vida pode ser economicamente aferido, mas não imediatamente. Falta métrica ou precisão no próprio objeto que permitam quantificar o valor da causa.³⁵

Pensemos, por exemplo, em uma ação na qual o autor busca a reparação dos danos sofridos em um prédio de sua propriedade, ocasionados pela construção de um prédio vizinho. Neste caso, o valor dos danos é aferível, mas não de forma imediata. O autor poderá estimar qual o valor dos danos utilizando parâmetros racionais, mas faltar-lhe-á precisão. É possível quantificar a pretensão, mas não se tem, no momento da propositura da ação, o seu valor exato. Tem-se, portanto, uma pretensão de valor econômico não imediatamente aferível, mas estimável.

Diferente é a hipótese na qual se está discutindo um direito que, pela sua natureza, não pode sequer ser representado, de forma segura, em moeda corrente. Há

34 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 55. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 434, v. 1

35 Trata-se de uma questão que, naturalmente, não é exclusivo do valor da causa, mas se estende na quantificação de qualquer objeto. Pensemos em alguém que tente definir a quantidade de água dentro de um balde. A quantidade de água pode não ser imediatamente aferível, seja por falta de uma métrica (não há um recipiente medidor ou um critério de medição), seja pela imprecisão do objeto a ser quantificado (o balde está continuamente sendo preenchido).

dificuldade, inerente ao objeto em questão, para definir o conteúdo econômico de certos direitos. A vida, a liberdade e a proteção do meio ambiente, por exemplo, são direitos aos quais não se consegue atribuir um valor econômico nem mesmo de forma aproximada por representarem valores centrais da própria sociedade. Não é possível, de maneira racional, quantificar tais pretensões, pois seu valor está além de qualquer equivalência econômica. Tem-se nesses casos uma pretensão de valor inestimável.

Em segundo lugar, é preciso reconhecer a existência de causas de valor inestimável no ordenamento jurídico. Mesmo à época do CPC de 1939, e embora o caráter estritamente patrimonial das suas disposições atinentes ao valor da causa, a doutrina reconhecia a presença de causas de valor inestimável.

Acerca do ponto, Lopes da Costa refere: “Há causas que não têm um conteúdo econômico, que não são patrimoniais, e pois não podem ser avaliadas, reduzidas a dinheiro. São as chamadas causas *inestimáveis*.”³⁶ O reconhecimento das causas de valor inestimável era oriunda do art. 140, § único do CPC/1939, o qual estabelecia que nas ações relativas ao estado e à capacidade das pessoas, dever-se-ia considerar o valor correspondente à alçada dos juízes que tivessem a garantia de vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos. Nessas hipóteses, era autorizado pelo legislador que o autor deixasse de mencionar o valor da causa (art. 49), atribuindo simplesmente “o valor de alçada”.³⁷ No tocante a tais causas, havia uma evidente preocupação na fixação da competência para adequada prestação jurisdicional.

No Código Buzaid e nas suas reformas, a ligação entre as causas de valor inestimável e a alçada dos juízes foi abandonada, pela simples razão de que o art. 92 do CPC/1973 estabelecia que as ações concernentes à insolvência e ao estado e à capacidade das pessoas seriam julgadas exclusivamente pelos juízes de direito, excluindo tais ações do procedimento sumário.³⁸ Consequentemente, os arts. 258 e 259 passaram a impor que toda causa deveria ter um valor, o qual, se não encontrasse previsão legal, deveria ser estimado. O Código, portanto, partia da premissa de que todas as causas são estimáveis.³⁹

As causas de valor inestimável, contudo, não deixaram de existir. Pontes de Miranda, ao tratar da matéria sob a égide do CPC/1973, refere que, “entre as causas de

36 LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1947, p. 170, vol. I.

37 Art. 49. Salvo o disposto no art. 140, parágrafo único, o juiz não despachará a petição inicial que não mencionar o valor da causa.

Art. 140. A alçada se determinará de acordo com a lei de organização judiciária. § 1º As ações relativas ao estado e à capacidade das pessoas considerar-se-ão sempre de valor correspondente à alçada dos juízes que tiverem garantia de vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos.

38 Art. 92. Compete, porém, exclusivamente ao juiz de direito processar e julgar: I - o processo de insolvência; II - as ações concernentes ao estado e à capacidade da pessoa.

39 PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 363, t. III.

valor econômico e as relativas ao estado e capacidade das pessoas, há outras causas de interesse moral, cujo valor não se pode estimar em dinheiro.”⁴⁰

Neste sentido, Cândido Rangel Dinamarco reconhece a existência de causas de valor inestimável no CPC/1973: “O art. 258 do Código de Processo Civil estabelece que ‘a toda causa será atribuído um valor certo, ainda que não tenha conteúdo econômico imediato’, mas o §4º do art. 20 do mesmo Código admite que haja causas de *valor inestimável* [...]. Em tais causas, que sequer indiretamente expressam uma pretensão economicamente apreciável, as custas serão calculadas por outros modos, conforme disponham os diversos *regimentos de custas*.”⁴¹ Na mesma linha de Lopes da Costa, Dinamarco reconhece que as causas de valor inestimável são aquelas atinentes ao estado e à capacidade das pessoas, mas inclui no rol também o mandado de segurança e, diante da posição de alguns tribunais à época, os embargos à execução, dentre outros.⁴²

O Código de Processo Civil de 2015, ainda que tenha ignorado a questão no título atinente ao valor da causa, reconhece as causas de valor inestimável em algumas passagens, como nos arts. 77, §5º, 81, §2º e 83, §8º, que fazem referência à fixação de multa e honorários advocatícios. Portanto, é de se reconhecer que as causas de valor inestimável existem.

Mesmo ciente dessa existência, o legislador preferiu dispor apenas sobre as questões que possuem como base o valor da causa, deixando de lado a fixação do valor das causas de valor inestimável. Isso, porém, não elide o fato de que determinadas pretensões simplesmente não podem ser seguramente quantificadas no ato de propositura da ação, de forma que o legislador deveria, ao menos, ter tratado de tais hipóteses.

Pensemos nos seguintes exemplos: Qual o conteúdo econômico da pretensão ao casamento entre pessoas do mesmo sexo? Qual o conteúdo econômico da pretensão que visa a proteger a liberdade de imprensa em noticiar determinado fato? Ou da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma determinada lei ou dispositivo? Mudança de nome, acréscimo de pai afetivo e ação negatória de paternidade? Certas causas, como se percebe, são de valor inestimável, isto é, ainda que inegavelmente se reconheça que elas possuem um *valor*, existe uma dificuldade em definir o seu conteúdo ou representação econômica.

Ainda que causas de valor inestimável sejam recorrentes no Poder Judiciário, há um vazio na doutrina e na legislação acerca das suas hipóteses e da sua quantificação. Dito de outra forma, o art. 291 do CPC/2015, diz que a toda causa será atribuída um

40 PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 372, t. III

41 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 369, vol. III. No mesmo sentido, reconhecendo que determinadas causas, pela natureza do bem da vida pleiteado, não admitem equivalência em dinheiro: YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. *Valor da Causa*. São Paulo: Dialética, 2008, p. 31.

42 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 369, vol. III.

valor, mas não diz qual valor deve ser atribuído às causas que não podem ser reduzidas a dinheiro e nem que causas são essas.

Ao que tudo indica, a ausência de preocupação acerca da matéria tem raízes mais profundas e parte da premissa de que o processo serve tão somente às obrigações pecuniárias. Em outras palavras, parece ser tributária da noção de universalização da ordinariedade do processo, baseada no direito obrigacional. Ovídio Baptista da Silva, em forte crítica acerca do ponto, expõe que o procedimento comum brasileiro se conservou fiel a determinados pressupostos romanos, eventualmente deturpados pela doutrina processual clássica. Em apertada síntese, o autor defendia que a doutrina processual clássica, baseada no direito romano, teria esquecido os *interditos* romanos, e, de tabela, teria reconhecido equivocadamente que a *litis contestatio* poderia tornar qualquer direito em uma obrigação.⁴³ Consequentemente, o procedimento comum pressuporia uma obrigação como fonte de toda ação, e essa ação levaria a uma sentença condenatória.⁴⁴ Deste modo, todo direito material teria sido reduzido, no direito processual, ao direito de crédito.⁴⁵ Tal explicaria, no direito brasileiro, o tardio reconhecimento da tutela executiva *lato sensu* e da tutela mandamental, limitando-se às tutelas declaratória, condenatória e constitutiva.⁴⁶

Além disso, o próprio conceito de sentença condenatória, influenciado pelo Estado Liberal, seria destinado a resolver as obrigações de fazer ou não fazer em perdas e danos, razão pela qual o cumprimento da tutela específica (ou *in natura*) cedeu em favor da tutela pelo equivalente monetário, com a transformação, por meio do processo, de toda a obrigação em pecúnia.⁴⁷ Ao final, teríamos a sentença condenatória como uma sentença que aplica uma sanção de cunho naturalmente pecuniário, que autorizava a execução forçada, conforme defendia a doutrina clássica.⁴⁸

Somado a isso tudo, por muito tempo o processo preocupou-se basicamente com o *dano*, esquecendo-se do ilícito, de forma que a sua função, especialmente por meio da sentença condenatória, possuía uma função predominantemente repressiva.⁴⁹ Isso teria ocorrido, segundo Luiz Guilherme Marinoni, devido à confusão entre ilícito e

43 BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. (1929 – 2009). *Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica* (1996). 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 59.

44 BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Processo e ideologia: O Paradigma Racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 131. Isso não significa que se possa fazer uma ligação entre capitalismo e sentença condenatória, uma vez que nos países de *Common Law*, onde o capitalismo é mais pujante, não se tem uma sentença condenatória. Acerca do ponto: ALEXANDRE DA SILVA, Ricardo. *Sentença condenatória ao pagamento de soma e cumprimento de sentença: reflexos da Lei nº 11.232/2005*. Dissertação de Mestrado. Orientador Prof. Dr. Alcides Alberto Munhoz da Cunha. Curitiba: UFPR, 2008, p. 5-47.

45 BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Processo e ideologia*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 132.

46 Amplamente: PONTES DE MIRANDA. *Tratado das Ações*. São Paulo: Ed. RT, 1970, tomo I. Depois: BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Curso de Processo Civil* (1987). 3. ed. São Paulo: Ed RT, 1998, vol. 2.

47 MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória: Individual e Coletiva*. São Paulo: Ed. RT, 1998, p. 293-297.

48 MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória*. São Paulo: Ed. RT, 1998, p. 276-282.

49 MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória*. São Paulo: Ed. RT, 1998, p. 268 e ss.

dano, levando à crença de que a tutela privada do bem é o ressarcimento do equivalente ao valor econômico da lesão. Assim, a doutrina não teria percebido a importância e necessidade da tutela inibitória.⁵⁰

Diante de um processo que supõe basicamente que todo direito é uma obrigação passível de ser reduzida ao direito de crédito, e se resolve em uma sentença condenatória, é natural que o legislador tenha se ocupado principalmente com o valor da causa atinente aos direitos patrimoniais. Contudo, a partir do reconhecimento das tutelas mandamental e executiva *lato sensu*, da valorização das obrigações de fazer e não fazer na forma específica, da tutela inibitória e, principalmente, do fortalecimento dos direitos fundamentais de terceira dimensão,⁵¹ essas premissas não se sustentam e impactam o conceito e a fixação do valor da causa. É preciso reconhecer a existência das causas de valor inestimável, o que naturalmente nos leva à busca de subsídios e elementos que permitam compreender como essas causas devem ser quantificadas na petição inicial.

3.2. Além do valor da causa legal e por estimativa

Outra razão pela qual se faz necessário o aprimoramento dos conceitos ligados ao valor da causa diz respeito às formas de fixação do valor da causa. A doutrina nacional é uníssona no sentido de que a fixação do valor da causa pode se dar apenas de duas formas distintas. Há fixação legal quando o caso se “encaixar” em uma das hipóteses do art. 292 do CPC ou em outras disposições normativas acerca do tema; por sua vez, há fixação por estimativa quando o caso não estiver previsto nas hipóteses legais. Em síntese, pois, o valor da causa é legal ou estimado.

Contudo, essa classificação parece desconsiderar duas importantes questões, oriundas da evolução do direito brasileiro. A primeira delas diz respeito à questão tratada no tópico anterior, ou seja, às causas de valor inestimável, comumente ligadas aos direitos fundamentais e aos direitos difusos; a segunda está relacionada à influência dos precedentes judiciais, que auxiliam na fixação do sentido da lei, inclusive das normas processuais.

3.2.1. Valor inestimável e atribuição

O reconhecimento de que existem causas nas quais não é possível definir o conteúdo econômico da pretensão deduzida é algo inerente aos sistemas jurídicos modernos, cada vez mais acostumados ao debate de questões complexas. Com isso não se está defendendo que o autor deve deixar de indicar um valor à causa, mas tão somente que

50 MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória*. São Paulo: Ed. RT, 1998, p. 27.

51 Acerca do ponto, com as devidas referências: SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais* (1998). 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 47-52.

é impossível uma correspondência entre o valor do bem jurídico e o valor atribuído à causa na petição inicial.

Como vimos, a doutrina defende que, nesses casos, o autor deveria *estimar* o valor da causa. Nada obstante, além da contradição em termos de se estimar algo inestimável, o verbo *estimar* significa calcular o valor aproximado de algo,⁵² o que pressupõe que seja possível definir o valor ou precificar o bem jurídico. Quando a doutrina processual faz referência à estimativa do valor da causa, está se referindo a uma manifestação do autor de *aproximação* do valor da causa, pois não se sabe *a priori* qual o valor exato da pretensão. Isso em nada se confunde com a simples *atribuição* de um valor à causa pelo autor, que tem espaço nos casos em que a causa não possui um conteúdo econômico aferível, por possuir valor inestimável.

Nos casos em que o valor da causa, embora aferível, não possa ser precisado ao tempo da propositura da demanda, cabe ao autor *estimá-lo*, ou seja, indicar um valor aproximado do conteúdo econômico em discussão. A partir daí, se entende que o juiz não pode corrigir o valor da causa de ofício, pois não há um critério legal para nortear a sua atuação.⁵³

Entretanto, esta afirmação deve ser vista com parcimônia, pois ainda que o autor tenha certa liberdade para estimar o valor da causa, tal estimativa deve guardar relação com o direito material debatido em juízo. O valor da causa por estimativa está ligado a uma margem de incerteza sobre o exato conteúdo econômico da demanda, razão pela qual é suscetível a “algum grau de subjetivismo da parte”,⁵⁴ presumindo-se válido qualquer valor estimado dentro dessa margem. Contudo, fora dessa margem, o valor da causa poderá ser objeto de impugnação ou correção de ofício, uma vez que não pode “ficar entregue ao total ao ilimitado arbítrio do autor”.⁵⁵ É por essa razão que a doutrina refere que, nos casos de fixação do valor da causa por estimativa, o autor deve observar a razoabilidade, a proporcionalidade e a boa-fé.⁵⁶

Já nos casos em que o valor da causa é inestimável, cabe ao autor simplesmente *atribuir* um valor à causa, pois não se tem critérios que permitam aferir, nem de forma

52 HOUAISS, Antonio (1915 – 1999); VILLAR, Mauro de Salles; FRANCO, Francisco Manoel de Mello (1933 – 2015). *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 1255: “*estimar*. 1. fazer estimativa de; avaliar, calcular. 2. calcular o preço ou determinar o valor aproximado de. 3. ter em conta; prever; calcular. 4. fazer avaliação aproximada de; determinar.”

53 MONIZ DE ARAGÃO, Egas D. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 329, vol. II.

54 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 370, vol. III

55 LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1947, p. 168, vol. I.

56 Defendendo o uso da razoabilidade para estimativa do valor da causa: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 375, vol. III. Defendendo o uso da proporcionalidade, da razoabilidade e da boa-fé: DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 685, vol. 1.

aproximada, qual a representação econômica da relação jurídica debatida no processo.⁵⁷ A natureza do bem da vida poderá inviabilizar qualquer equivalência em dinheiro, ou mesmo nos casos que há discussão patrimonial, a total ausência de critérios poderá impedir até mesmo a estimativa do conteúdo econômico da demanda, que deverá ser aferida em liquidação.

Nas demandas de valor inestimável, e justamente por isso, é difícil pensar em qualquer forma de impugnação pelo réu. A ausência de critérios racionais que autoriza o autor simplesmente atribuir um valor à causa, também dificulta que o réu sustente a sua impugnação.⁵⁸ Caso se permitisse que o réu, sem critérios racionais de aferição, impugnasse o valor da causa atribuído pelo autor, se estaria simplesmente substituindo o arbítrio do autor pelo arbítrio do réu.⁵⁹

É preciso, contudo, fazer uma ressalva à liberdade de simples atribuição ao valor das causas inestimáveis. Por herança histórica, alguns tribunais adotam o chamado “valor de alçada”, ou seja, divulgam um valor certo, normalmente corrigido mensalmente, para ser utilizado em determinados casos, notadamente, naqueles de valor inestimável. O valor de alçada, em sua função original, servia para definir a competência de casos de maior sensibilidade. Como tal objetivo hoje é alcançado por normas específicas de competência, o valor de alçada serve como uma verdadeira definição prévia, por meio dos regimentos internos dos tribunais, de qual valor deve ser atribuída às causas de valor inestimável. Os tribunais, cientes da existência dessas causas, antecipam-se e determinam que se use um valor pré-fixado, o que permite dar unidade ao cálculo de custas e taxas e evitar o abuso da atribuição do valor da causa.

3.2.2. Valor da causa legal e os precedentes judiciais

Se, de um lado, as posições clássicas acerca do valor da causa ignoravam as causas de valor inestimável, notadamente porque os direitos a elas subjacentes ganharam mais força nos últimos anos; de outro, também ignoravam, dada a recente introdução do tema no direito brasileiro,⁶⁰ a força dos precedentes judiciais na definição do valor da causa. Esse é o ponto do qual nos ocuparemos agora.

57 Contra, afirmando que inexistente um “arbítrio absoluto” na atribuição do valor da causa, independentemente da questão material debatida: DALL’AGNOL JÚNIOR, Antônio Janyr. “Considerações em torno do valor da causa”. *Revista de Processo*, vol. 13. São Paulo: Ed. RT, 1979, p. 80.

58 Isso não significa que o réu não possa demonstrar a insubsistência da alegação do autor de que inexistente critério racional para a aferição do valor da causa. Sendo demonstrada a existência de um critério racional para *estimar* o valor da causa ao invés de *atribuí-lo*, tal critério deve ser utilizado.

59 Neste sentido, trazendo atenção ao ponto: YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. *Valor da Causa*. São Paulo: Dialética, 2008, p. 24.

60 Diversos livros foram escritos acerca do tema no direito brasileiro, especialmente nos últimos anos. Uma introdução do tema no direito brasileiro pode ser traçada a partir de quatro obras: CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Ed. RT, 2004; MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008; MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. São Paulo: Ed. RT, 2010; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Teoria do Precedente Judicial*. São Paulo: Noeses, 2012.

Por muito tempo, os países de *Civil Law*, partindo de uma teoria cognitivista, acreditaram que o juiz simplesmente *descobriria* o significado da lei, previamente estabelecido pelo legislador, e resolveria o caso mediante uma subsunção puramente lógica.⁶¹ A lei, portanto, possuiria apenas uma única interpretação, cabendo ao juiz tão somente aplicá-la aos fatos, garantindo a segurança jurídica e a igualdade.⁶²

A evolução da teoria da interpretação⁶³ levou ao reconhecimento de que os textos são equívocos, pois possuem mais de uma interpretação justificável, e as normas são vagas, pois não se sabe exatamente sobre quais casos elas recaem.⁶⁴ Com isso, a segurança jurídica e a igualdade pela lei foram colocadas em xeque, pois a lei poderia ser interpretada em vários sentidos.

Em resposta a esse problema, a doutrina brasileira começou a defender que a fixação do sentido da lei deveria ser estabelecida pelas Cortes Supremas, ou seja, pelas cortes de maior hierarquia no sistema judiciário. Tais Cortes teriam a missão de reduzir o âmbito de indeterminação dos textos legais por meio dos precedentes, atuando não apenas de forma particular mediante a solução de conflitos, mas orientando toda a sociedade civil.⁶⁵ As decisões dessas Cortes, desde que a regra, expressa ou implícita, seja suficiente para definir uma questão de direito debatida pelas partes e necessária para justificar a decisão,⁶⁶ dão lugar a precedentes obrigatórios, que impõe a solução de casos semelhantes no mesmo sentido do precedente.

Considerando que a lei não apresenta uma resposta unívoca, é natural que o seu sentido seja estabelecido pelas Cortes de última instância, a fim de que os cidadãos tenham segurança jurídica e sejam tratados com igualdade. Trata-se, como bem aponta a doutrina estrangeira, de uma necessidade política,⁶⁷ pois é necessário ter uma única voz de autoridade que oriente a sociedade.⁶⁸

61 GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas* (1990). Trad. de Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 139; CHIASSONI, Pierluigi. *O enfoque analítico na Filosofia do Direito: de Bentham a Kelsen* (2009). Trad. de Helene Taveira Torres e Henrique Mello. São Paulo: Contracorrente, 2017, p. 322.

62 MERRYMAN, John Henry (1920 – 2015); PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *The Civil Law Tradition* (1987). 3. ed. California: Stanford University Press, 2007, p. 30; PERELMAN, Chaïm (1912 – 1984). *Lógica jurídica* (1979). Trad. de Vergínia K. Puppi. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 33.

63 Para uma análise sobre a evolução, principalmente com base na doutrina italiana, da teoria da interpretação de um modo geral e da teoria da interpretação no direito brasileiro, e a sua ligação com os precedentes: MITIDIERO, Daniel. *Precedentes* (2016). 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2018, p. 55-71. Para uma visão da questão também no direito francês: TROPER, Michel. *A filosofia do direito* (2003). Trad. de Ana Deiró. São Paulo: Martins, 2008, p. 70 e 109.

64 GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e Argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011, p. 39.

65 Por todos: MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas* (2013). 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2017, p. 79; MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ como corte de precedentes*. São Paulo: Ed. RT, 2013, p. 117.

66 MACCORMICK, Neil (1941 – 2009). *Rhetoric and the Rule of Law*. New York: Oxford University Press, 2005, p. 153. Amplamente, no direito brasileiro: MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios* (2010). 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2017, p. 177-201.

67 KAHN, Paul W. "Interpretation and Authority in State Constitutionalism". *Harvard Law Review*, vol. 106, 1993, p. 1.165.

68 CAMINKER, Evan H. "Why Must Inferior Courts Obey Superior Courts Precedents?". *Stanford Law Review*, vol. 46, no. 4, 1994, p. 854. Ver, também: ALEXANDER, Larry. "Constrained by precedent". *South California Review*, vol. 63, 1989, p. 50.

A importância da definição do sentido da lei pelos precedentes judiciais também pode ser vista na definição do valor da causa, que foi paulatinamente objeto de decisão pelas Cortes Supremas. Em diversas situações em que a lei não define expressamente o valor da causa as Cortes se pronunciaram sobre a questão, manifestando-se sobre qual seria o valor da causa, por exemplo, nos embargos de terceiro,⁶⁹ na ação rescisória⁷⁰ e na ação de inventário.⁷¹

Deste modo, como os precedentes judiciais cada vez mais vêm sendo reconhecidos, pela doutrina brasileira, como fonte do direito,⁷² os critérios de fixação do valor da causa não podem ser associados somente à lei. Neste particular, os precedentes também dão a sua contribuição, permitindo que as Cortes Supremas definam critérios de fixação do valor da causa além das hipóteses previstas na lei. Um exemplo recente é o Tema 1.076 do Superior Tribunal de Justiça, onde a Corte, de maneira acertada e reconhecendo o sentido aqui empregado para o termo “inestimável”, entendeu que a possibilidade de fixação equitativa dos honorários de sucumbência (art. 85, §8º, CPC) diz respeito “causas em que não é possível atribuir um valor patrimonial à lide (como pode ocorrer nas demandas ambientais ou nas ações de família, por exemplo)”.⁷³

4. PROPOSTA DE SISTEMATIZAÇÃO

Nos tópicos anteriores defendemos a existência de causas de valor inestimável e a insuficiência da definição do valor da causa ser limitada somente à lei e à estimativa do autor. Agora, pretendemos realizar uma sistematização da matéria.

69 Reconhecendo que o valor da causa deve ser o do benefício patrimonial, limitado pelo valor do débito ou pelo valor do bem, inclusive reformando precedente anterior (REsp 21.129/MG): REsp 38.239/SP, Rel. Ministro Eduardo Ribeiro, DJ 10/10/1994.

70 Por exemplo, definindo que o valor da causa é o valor da ação originária, salvo algumas exceções: RESP 120.307/SP, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, DJ de 09.12.1997; RESP 180.842/SP, Rel. Ministro José Delgado, DJ de 23.11.1998; RESP 363.445/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, DJ de 01.04.2002.

71 Definindo que o valor da causa é o valor dos bens partilhados, excluindo a meação, inclusive reformando precedente anterior (Resp 459.842/SP): REsp 437.525/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, DJ 09/12/2003.

72 Partindo da premissa de que a lei outorga autoridade ao precedente: CRAMER, Ronaldo. *Precedentes Judiciais*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 117; DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; ALEXANDRIA DE OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil* (2007). 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 572, vol. 2; JOBIM, Marco Félix. OLIVEIRA JUNIOR, Zulmar Duarte de. *Súmula, Jurisprudência e Precedente: da distinção à superação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021, p. 39-40; CÂMARA, Alexandre Freitas. *Levando os Padrões Decisórios a sério*. São Paulo: Atlas, 2018 p. 183. Partindo da premissa de que a legislação outorga uma maior autoridade ao precedente: ROSITO, Francisco. *Teoria dos Precedentes Judiciais: Racionalidade da Tutela Jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 123; ZANETI JR., Hermes. *O Valor Vinculante dos Precedentes* (2014). 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 325. Partindo da premissa de que é desnecessária a previsão legal para que o precedente tenha autoridade, corrente da qual nos aliamos: MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios* (2010). 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2017, p. 76; MITIDIERO, Daniel. *Precedentes* (2016). 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2018, p. 78.

73 REsp 1.850.512/SP, REsp 1.877.883/SP, REsp 1.906.623/SP e REsp 1.906.618/SP, todos do Rel. Min. Og Fernandes, DJ 31/05/2022.

Em primeiro lugar, no que diz respeito às causas que são levadas ao Poder Judiciário, é possível dividi-las em *causas de valor determinado*, *causas de valor não imediatamente aferível* e *causas de valor inestimável*. As causas de valor determinado são aquelas que, pela existência de normas ou pela natureza do direito alegado, podem ter o seu conteúdo econômico desde logo precisamente quantificado. As causas de valor não imediatamente aferível são aquelas que, nada obstante sejam quantificáveis, o seu conteúdo econômico não pode ser definido na data de propositura da demanda. Por fim, as causas de valor inestimável são que, dada a natureza do seu objeto, não são passíveis de representação, mediante critérios lógicos, em dinheiro.

Em segundo lugar, no que diz respeito à definição ou fixação do valor da causa, é possível dividir os critérios em dois grupos: os *critérios normativos* e os *critérios subsidiários*. Os critérios normativos permitem a definição do valor da causa pela *lei* e pelos *precedentes*, de forma que há uma norma jurídica que determina, diante da natureza da controvérsia, qual o valor a ser utilizado. Os critérios normativos levam à determinação do valor da causa.

Os critérios subsidiários permitem a definição do valor da causa por *estimativa* ou por *atribuição*.⁷⁴ A fixação por estimativa serve às causas de valor não imediatamente aferível, mas que pode ser alcançado por aproximação, mediante critérios racionais, na data da propositura da demanda. Por sua vez, a fixação por atribuição serve às causas em que, pela natureza do direito ou pela total ausência de critérios racionais, não é possível traduzir o valor da pretensão em moeda e nem mesmo chegar ao seu valor aproximado.

Naturalmente, embora sujeitas às mais diversas críticas, reputamos que essa classificação está mais adequada àquilo que vemos e nos valem na prática forense. Lembrando-se da lição de Genaro Carrió, no sentido de que as classificações não são nem verdadeiras e nem falsas, mas úteis ou inúteis,⁷⁵ parece-nos que a nossa classificação poderá cumprir com o seu objetivo precípuo, isto é, tornar mais fácil a compreensão sobre a definição do valor da causa nos tempos atuais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDER, Larry. “Constrained by precedent”. *South California Review*, vol. 63, 1989.

ALEXANDRE DA SILVA, Ricardo. *Sentença condenatória ao pagamento de soma e cumprimento de sentença: reflexos da Lei nº 11.232/2005*. Dissertação de Mestrado. Orientador Prof. Dr. Alcides Alberto Munhoz da Cunha. Curitiba: UFPR, 2008.

AMARO DE SOUZA, Gelson. *Do valor da causa*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2012.

74 Naturalmente, mesmo os valores da causa por estimativa e por atribuição são, ao final, normativos, pois buscam ao cumprimento de uma norma cogente (art. 291, CPC). Contudo, a normatividade, no sentido empregado no texto, diz respeito ao critério de quantificação do valor da causa, e não à necessidade da sua indicação.

75 Cf. CARRIÓ, Genaro (1922 – 1997). *Notas sobre derecho y lenguaje*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1973, p. 72: “Las clasificaciones no son ni verdaderas ni falsas, son *serviciales o inútiles*; sus ventajas o desventajas están supeditadas al interes que guía a quien lãs formula, y a su fecundidad para presentar um campo de conocimiento de uma manera más facilmente comprensible o más rica em consecuencias prácticas deseables.”

- ARAKEN DE ASSIS. *Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 2015, v. 2, t. 1.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Teoria do Precedente Judicial*. São Paulo: Noeses, 2012.
- BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Curso de Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Ed RT, 1998, vol. 2.
- BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Processo e ideologia*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Levando os Padrões Decisórios a sério*. São Paulo: Atlas, 2018.
- CAMINKER, Evan H. "Why Must Inferior Courts Obey Superior Courts Precedents?". *Stanford Law Review*, vol. 46, no. 4, 1994.
- CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo. *Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 188 ao 293*. Em: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (org.). *Coleção Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Ed. RT, 2016, vol. 3.
- CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del Proceso Civil*. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: EJE, 1959, vol. I.
- CARRIÓ, Genaro. *Notas sobre derecho y lenguaje*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1973.
- CHIASSONI, Pierluigi. *O enfoque analítico na Filosofia do Direito: de Bentham a Kelsen (2009)*. Trad. de Heleno Taveira Torres e Henrique Mello. São Paulo: Contracorrente, 2017.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Trad. da 2. ed. italiana por J. Guimarães Menegale, com notas de Enrico Tullio Liebman e introdução de Alfredo Buzaid. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1969, vol. 2.
- CRAMER, Ronaldo. *Precedentes Judiciais*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Ed. RT, 2004.
- DALL'AGNOL JÚNIOR, Antônio Janyr. "Considerações em torno do valor da causa". *Revista de Processo* vol. 13. São Paulo: Ed. RT, 1979.
- DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário Jurídico*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1975.
- DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: JusPodivm, 2020, vol. 1.
- DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; ALEXANDRIA DE OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2020, vol. 2.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, vol. III.
- GARNER, Bryan A. (Editor in Chief). *Black's Law Dictionary*. 11. ed. St. Paul: Thomson Reuters, 2019.
- GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Trad. de Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

- HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro de Salles; FRANCO, Francisco Manoel de Mello. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.
- JOBIM, Marco Félix. OLIVEIRA JUNIOR, Zulmar Duarte de. *Súmula, Jurisprudência e Precedente: da distinção à superação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021.
- KAHN, Paul W. "Interpretation and Authority in State Constitutionalism". *Harvard Law Review*, vol. 106, 1993.
- LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1947, vol. I.
- MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the Rule of Law*. New York: Oxford University Press, 2005.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ como corte de precedentes*. São Paulo: Ed. RT, 2013.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. São Paulo: Ed. RT, 2010.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória: Individual e Coletiva*. São Paulo: Ed. RT, 1998.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. São Paulo: Ed. RT, 2015, vol. 2.
- MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. 4. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971, p. 75, vol. III.
- MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *The Civil Law Tradition: An introduction to the legal systems of Europe and Latin America*. 3. ed. California: Stanford University Press, 2007.
- MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2017.
- MITIDIERO, Daniel. *Precedentes*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2018.
- MONIZ DE ARAGÃO, Egas D. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, vol. II.
- PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica*. Trad. de Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974, tomo III.
- PONTES DE MIRANDA. *Tratado das Ações*. São Paulo: Ed. RT, 1970, tomo I.
- ROSITO, Francisco. *Teoria dos Precedentes Judiciais: Racionalidade da Tutela Jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 55. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, v. 1.
- TORNAGHI, Hélio (1915 – 2004). *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1978, p. 256-257, vol. II.
- TROPER, Michel. *A filosofia do direito*. Trad. de Ana Deiró. São Paulo: Martins, 2008.
- TWINING, William; MIERS, David. *How to Do Things with Rules*. 5. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.
- YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. *Valor da Causa*. São Paulo: Dialética, 2008.
- ZANETI JR., Hermes. *O Valor Vinculante dos Precedentes*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.



Civil Procedure Review

AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

6

Should Procedural Legislation Regulate the Length of Judicial Proceedings? Evaluating European Practices and Experiences in Judicial Time Management

*Alan Uzelac*¹

Full Professor of Law and Head of Department for Civil Procedure at the University of Zagreb, Croatia.

Abstract: Comparative research shows that many countries experience the problem of slow and ineffective civil litigation. When duration of court proceedings becomes a political issue, governments must act. While several reform strategies are possible, not every one of them is equally appropriate. In this paper, it will be shown that the simplest response – to fix procedural timeframes by procedural legislation – is usually the least effective, although it is still popular among legislators seeking a quick and easy fixing of the problem. The first part of this paper explains why this is the case, analyzing challenges that the policies of fixing judicial timeframes by procedural legislation are faced with. The analysis follows the emerging European standards regarding procedural timeframes as defined by ‘soft’ sources of law: by case law of the ECtHR on human right to a trial within reasonable time, by the work of the CEPEJ and by recently adopted model European civil procedural legislation. On the other hand, experiences of various countries demonstrate that different ways to deal with the slowness of civil justice exist that are subtler and more complex, but better adjusted to the needs and more promising in the end result. Among such experiences, in the second part of this paper the

¹ e-mail: auzelac@pravo.hr. The author wishes to express his sincere gratitude to Professor Fokke Fernhout of Maastricht University and Professor Elisabetta Silvestri of University of Pavia for their insightful comments and suggestions.

practice in some European countries is presented. The approach to procedural timeframes in Germany, the Netherlands, Italy and Croatia show a variety of more or less successful means of judicial time management that can serve as examples of what (not) to do.

Keywords: civil justice, civil and commercial litigation, length of proceedings, judicial time management, fixing procedural timeframes

I. INTRODUCTION

This paper analyses the best practices in time management of civil and commercial court cases. The backdrop of the question indicated in the title is twofold. It arises out of two seemingly contradictory developments.

First, some countries on European continent (and even more of them in Asia) still address the length of judicial proceedings in a simple and apparently logical way: by fixing the maximum amount of time within which the procedure before the courts of various instances should be completed. This used to be the approach in countries like China, Russia or other former Soviet countries. Several of these countries are now re-examining their approach, seeking to soften or abandon the existent legislative limitations.²

But, second development is present in the countries which have previously not prescribed the legislative limits to duration of judicial proceedings. One of them is Croatia. As the latest EU member, Croatia has been faced for several decades with almost endemic problem of lengthy court proceedings. In the latest attempt to improve the situation, the government announced that it will address the length of proceedings by introducing fixed timeframes for duration of proceedings before the courts of all instances. A brief explanation of the situation in Croatia is contained in the second part of this paper.

To assess such and similar approaches to time management of court proceedings, the research questions asked in this paper are:

Do fixed procedural timeframes provided by applicable procedural legislation effectively contribute to shortening of the actual length of judicial proceedings in contentious civil and commercial cases? Does such general fixing have an impact on quality of justice delivery? Is it among the best European practices of time-management in civil justice?

In answering these questions, this chapter will start with the identification of main challenges and dilemmas, which will be formulated as questions that will further be analyzed. The analysis will take into account the best European practices and positive and negative experiences of selected EU countries.

2 Parts of this paper are based on the author's research undertaken for the reform of commercial and administrative justice in Azerbaijan for the purpose of evaluating its present approach to fixed procedural timeframes.

i. Challenges regarding policies of fixing judicial timeframes by procedural legislation

Fixing the maximum time needed to process court cases may put some pressure on judges and other competent bodies and persuade them to act in a swifter manner. It can also form expectations on the side of the users regarding timing of judicial procedures, stages of procedures or procedural steps. It can also be the reason to implement sanctions against the actors in the proceedings that do not comply with the prescribed time limits.

There are however significant challenges which affect the usefulness and sensibility of timeframe determination on the general level. Before entering into their examination, a general fixing of procedural timeframes needs to be contrasted to a conventional approach of procedural legislation to procedural timeframes.

From the procedural perspective, it is common in all legal systems to determine legal timeframes for specific actions taken during judicial proceedings. Such steps are in particular related to timeframes for submitting defendant's answer to the statement of claim, to file appeals and other means of recourse against judgments, or to put forward particular procedural or other requests (e.g. set-of requests or request for restoration and extension of deadlines). Mainly, such timeframes relate to the actions which are expected from the parties and their lawyers. The law often provides certain latitude in determination of such timeframes, allowing judges to fix them within certain limits according to the nature of a concrete case. Based on whether timeframes are fixed by law, or whether there is some flexibility on the side of the court and the parties to adjust them, the procedural typology distinguishes *legal* and *judicial* timeframes.

However, both types of timeframes operate at a micro-level and do not have a function to determine the overall duration of the court proceedings before particular court instances.

Less often, procedural legislation sets timeframes for the steps that are due to be undertaken by courts and judges. For instance, the law can stipulate timeframes within which it is expected to deliver the final judgment after closure of the main hearing. If the action is not taken within the provided timeframe (e.g. if the court fails to issue its judgment within the stipulated deadline), the consequence is generally not the inability to undertake the same action later. As there is no preclusion regarding the possibility to fulfill the obligation after the set timeframe, these timeframes are in procedural doctrine classified as *instructive* timeframes.

The research question of this chapter relates however to the legislative attempts to stipulate the total time needed to process cases assigned to courts of law. The object of examination are cases of civil and commercial nature, but the same approach can be employed in respect to other judicial cases of some level of complexity, including cases decided before administrative and other specialized tribunals.

The typical challenges with inflexible fixing of legislative timeframes for overall duration of cases can be divided in four groups, depending on the nature of challenge. The challenges may be regarding:

- conceptual effectiveness of the fixed legislative timeframes,
- appropriateness of their length,
- efficiency of their implementation, and
- compliance with rule of law standards.

a) Conceptual challenges to effectiveness of legislative fixing of judicial timeframes

As to the conceptual effectiveness challenges, they arise from the set goals of legislative intervention into timing of the judicial process. Such goals include securing appropriate and foreseeable time to obtain judicial protection of lawful rights and interests, and avoiding violations of the right to a fair trial within a reasonable time. Main challenges in this respect are the following:

1. From the perspective of users, what matters the most is the total time needed to obtain judicial relief. They are not so much interested in the length of particular technical stages. The parties desire a quick remedy in case of violation of their substantive rights. But, legislative fixing of overall procedural duration regularly deals with a single instance of judicial process only (first instance proceeding or appeal proceedings), so the total time of judicial case processing can still be excessive when time is added up. This happens in particular if the outcome of the procedure before higher courts can be a remittal to the first instance and retrial by the first instance. If this can happen more than once, it is certain that the procedural duration will be unacceptable to the user, no matter whether procedural duration before individual courts was appropriate or not.
2. Fixing legislative timeframes for distinct judicial stages disregards the duration of the process that precedes commencement of court litigation. Such pre-action stages can be within the responsibility of the state judicial or other bodies and may protract the time needed to start resolving the underlying issues of the parties. Pre-action steps include e.g. mandatory negotiation or mediation proceedings, official inquests or mandatory steps before commencing litigation.
3. Fixing legislative timeframes for litigation regularly does not include necessary steps which follow court decisions to secure effectiveness of legal protection. Typically, such steps include the process of enforcement of court decisions which may on its own be lengthy and difficult.

4. Finally, effectiveness of legal protection is not the only goal in any judicial process. As judicial process needs to conform to adequate quality standards, fixed legislative timeframes may force the adjudicators to lower the quality standards and thereby cause dissatisfaction of users. Inadequate quality of decision-making can in the end contribute to length of proceedings as low-quality judgments are more likely to be appealed and returned for rehearing.

b) Challenges regarding appropriateness of the fixed legislative timeframes

The second category of challenges relates to the question whether uniform legislative standards for maximum duration of the judicial process have been set properly to deal with varying complexity of situations which can contribute to litigation being longer or shorter. These challenges include the following:

1. As cases differ by their complexity, the stipulated timeframes can be too long for simple and too short for more complex cases (complexity being caused either by the complexity of issues or participation of multiple parties on each side).
2. As some cases may be decided on the basis of evidence and other on the basis of parties' dispositions, normal timing of uncontested cases differ dramatically from the timing of contested cases.
3. As the resolution of contested cases may require different sources of evidence, there may be huge variations in the time needed to take the evidence properly (documentary evidence regularly requiring much less time for presentation and evaluation than for the evidence presented by witnesses and experts). In particular, the need to provide one or more expert opinions can be a significant cause of delay in the process.
4. External factors like efficiency of means for service, transmission and delivery of documents and similar communication issues may create bottlenecks and increase duration in a number of cases. Cases where electronic means of communication are used effectively may require different standards of timing as compared to those where conventional means of communication (e.g. postal service) are used.
5. International and cross-border element in court cases can protract proceedings due to additional time needed to locate the litigants, serve the process abroad or deliver documents. Taking of evidence in such a setting can also require more time, especially if witnesses need to travel internationally or if documents or expert opinions need to be provided outside of the home country.
6. Procedural provisions that give control of the process to the parties (adversarial principle) may contribute to the length of proceedings and make difficult the assessment of appropriate duration, especially if the court does not have

at its disposal effective means of sanctioning the abuse of process, sufficient to suppress vexatious strategies and secure loyal and effective cooperation by the parties, witnesses and experts.

7. Cultural elements, such as the ability to plan the proceedings and willingness to tolerate delays and use the available sanctions (especially against professional participants such as lawyers) also play a role in the (in)ability to determine appropriate time limits.
8. If, in order to take care of all eventualities, the law provides timeframes which are too lengthy, their effectiveness and the reason for their introduction may be jeopardized. Ultimately, maximum timeframes set at a too long interval can be perceived as appropriate even in simpler cases and thereby cause an increase in average duration of cases. If, on the other hand, the timeframes are set shorter, challenges regarding their implementation can occur (see below, the following point).

c) Challenges regarding implementation of stipulated timeframes

If the law provides timeframes for completion of court cases in an imperative manner, the public understanding and expectations are that these timeframes need to be observed in all cases. But, if due to various factors described *supra* the prescribed time is exceeded in a fair share of cases (depending on how ambitiously the time limits are determined), the following challenges occur:

1. If timeframes fixed by legislation turn to be impossible to implement in many cases, the public trust in judiciary and the government is negatively affected. The society expects effective government and courts that obey the law. Rule of law is gravely undermined if public perceives that courts themselves violate legal provisions regulating their work. Trust in government also suffers if government cannot secure the implementation of proposed and duly enacted legislation.
2. Selective implementation of timing standards (some cases being litigated pursuant to set time limits, other cases not) may additionally raise concerns about discrimination and eventually even raise suspicion of corruption.

d) Challenges regarding compliance with the rule of law standards

No requirement on working methods and outputs can be fully satisfied without effective sanctions. Duration of civil proceedings is determined by the actions of judges, parties and their lawyers, as well as by a number of external factors, including proper functioning of judicial administration. But the ultimate responsibility for proper organization of judicial proceedings and for securing that both parties and their lawyers fulfill their procedural obligations rests with the court, i.e. with the judges entrusted with case management in individual cases. However, using some forms of sanctions

against judges to secure observance of fixed procedural timeframes may run against the principles of rule of law which require respect for judicial independence. Here are some of such challenges:

1. The sanctions for violation of provided fixed procedural timeframes cannot influence validity of concrete procedure and its outcome and can only be connected with external consequences. These consequences may either relate to judicial administration, such as judicial performance assessment, or to a response to inappropriate judicial work via disciplinary sanctions.
2. Disciplinary sanctions for judges whose cases more often protract over the legislative limits could give rise to initiation of disciplinary proceedings for violation of professional standards. Sanctions could range from admonition to monetary sanctions or even dismissal from office. Since these sanctions are generally connected with alleged improper management of individual cases, they can be seen as sanctions for matters that fall within the autonomy of judicial tribunal in organizing adjudication of concrete cases (violation of substantive independence in decision-making). But, as disciplinary proceedings usually pose a high threshold of evidence for convictions and need precise definition of offences, they are rarely utilized, and even less often result in concrete sanctions.
3. Failure to observe fixed legislative provisions can be a reason for low assessment of judges in the process of evaluation of their work. Negative assessment can have an adverse impact on the possible promotion and further progress in judicial career. However, even though such assessment may be undertaken by the peers (judges who work in judicial administration), it can also violate internal independence of judges (individual right of the individual judge to rule on matters under his/her jurisdiction). If the evaluation is undertaken by bodies of executive (ministries of justice etc.) it may be viewed as a violation of separation of powers and corporate independence of judiciary.

ii. European standards for procedural timeframes

a. European Human Rights Convention and case-law of the ECtHR

The most important European source for the understanding of the minimum standards related to judicial timeframes common to all European judiciaries is Art. 6(1) of the European Human Rights Convention (ECHR). Art. 6(1) ECHR has multiple facets, but for the purpose of discussion on regulating procedural length it provides the following rights:

- Right to judicial proceedings within reasonable time;
- Right to judicial proceedings that are fair;
- Right to judicial proceedings before an independent and impartial tribunal.

All three rights are mutually connected and must be simultaneously guaranteed in both civil and criminal proceedings (for the purposes of Art. 6(1) ECHR, commercial matters belong to civil limb of that article). This means that a proper balance should be found, providing judicial proceedings that are at the same time reasonably swift, but also of sufficient quality to safeguard fairness of the proceedings, and without compromising independence and impartiality of the judicial formation that is competent by law to decide the individual case.

The understanding of the ‘reasonable time’ notion has been explained in case law of the European Court of Human Rights (ECtHR). As violations of the reasonable time requirement of Art. 6(1) ECHR belong to some of the most frequent violations established before the ECtHR, there are many cases which have explained the approach of the Court to the length of proceedings, as well as its criteria for finding (or not finding) the violation of the reasonable time requirement.

With respect to determination of the length of the proceedings, the Court’s case law further established what is the period under consideration. The starting point of the relevant period normally begins when the action is instituted before the competent court, but it can also begin earlier if an application to administrative authority or certain preliminary steps were a necessary preamble to the proceedings. The end of the relevant period is not the completion of procedure before individual court instances (the courts of first instance). Instead, the ECHR always considers the integral duration, i.e. the whole proceeding in question, including appeals and up to the final decision which disposes of the dispute. In ECHR case-law, it is often repeated that the reasonable-time requirement applies to all stages of the legal proceedings aimed at settling the dispute, not excluding stages that follow after issuance of the judgment on the merits.³

If forcible enforcement of a judgment is needed for the effectiveness of court judgments, the time needed to execute a judgment is also considered an integral part of the proceedings for the purposes of calculating the relevant period. If further proceedings after completion of litigation, such as constitutional complaints to the Constitutional Court, are available and have a capacity of affecting the outcome of the dispute, the length of such proceedings are also considered.

The ECtHR has never given an exact and inflexible quantification of the (un)reasonable time, either for the individual instances or for the entire length of the proceedings. Instead, it has made clear that the reasonableness of the length of proceedings that comes within the scope of Article 6 § 1 must be assessed in each case according to its particular circumstances.⁴

3 On the ECtHR approach to reasonable time of judicial proceedings, see: ECtHR Guide on Article 6. Right to a fair trial (civil limb), Strasbourg, 2021, pp. 96-102 (https://echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_ENG.pdf); van Dijk, P. et al., *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Intersentia, 2018 (5th ed.), pp. 497-654.

4 *Frydlender v. France* [GC], no. 30979/96, § 43, ECHR 2000-VII.

The criteria applicable to assessment of length of proceedings from the ECtHR case-law are the following:

- The whole of the proceedings must be taken into account (i.e. not only the first instance, but also appeal proceedings) meaning that ‘although the length of each stage of the proceedings ... might not be considered unreasonable as such, the overall duration may nonetheless be excessive’⁵
- Complexity of the case is relevant for the assessment (complex cases needing legitimately considerably longer time). Elements of complexity include participation of multiple parties, difficulties in obtaining evidence, complexity of factual issues, scarcity of precedents at a national level, lack of clarity and foreseeability in the domestic law or a need to address EU law issues⁶
- Assessment of length of proceedings takes into account the conduct of the applicant (if the applicant has contributed to the length, this is relevant for the overall assessment, but also whether the court had options to react appropriately). Applicant needs to show diligence in carrying out the procedural steps relating to him, avoid delaying tactics and litigious behavior and use available tools for shortening the proceedings. But, on the other hand, applicant is not required to actively cooperate with the judicial authorities, and cannot be blamed for making full use of the remedies available to him under domestic law;
- The conduct of the competent authorities, both judicial and non-judicial (if their conduct can be attributed to the State and has contributed to the length) is taken into account. The conduct attributable to the State includes defects in procedural law, failure to take steps to remedy delays caused by other reasons, as well as the failure to organize the judicial system in a way that enable expeditious processing of cases;
- Assessment of length of proceedings also takes into account what was at stake for the applicant. Particular diligence is expected in cases dealing with civil status and capacity of parties; in child custody, parental responsibility and contact rights cases; in certain employment disputes, and in cases where the applicant is a person who suffers from an incurable disease and has reduced life expectancy.

The length of proceedings approach of the ECtHR is the topic of regular systematic reports issued by the European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ).⁷ Such reports serve to identify certain general lessons that can be learned from the case-law

5 *König v. Germany*, 28 June 1978, § 98, Series A no. 27.

6 See *Katte Klitsche de la Grange v. Italy*, 27 October 1994, § 55, Series A no. 293-B; *Papachelas v. Greece* [GC], no. 31423/96, § 39, ECHR 1999-II; *Humen v. Poland* [GC], no. 26614/95, § 63, 15 October 1999; *Satakunnan Markkinapöytäryhmä v. Finland* [GC], no. 931/13, § 212, 27 June 2017.

7 Calvez F./Regis N., *Length of court proceedings in the member states of the Council of Europe based on the case law of the European Court of Human Rights*, 3rd edition, CEPEJ Studies No. 27, Strasbourg, 2018.

of the Court in length of proceedings cases. Both from ECtHR case law, and from the publications which analyze it, one cannot infer that cases conducted before civil or commercial courts would generally fall within any specially urgent category of cases, though the nature of such disputes and the concrete circumstances of the case may require more or less speed in case-processing. In any case, the jurisprudence related to Art. 6(1) ECHR does suggest that reasonableness of the procedural timeframes cannot be fixed in absolute terms as it depends on many factors that need to be analyzed within the context of the whole proceedings, evaluating whether effective legal protection was awarded to the parties within a time which was appropriate.

While no fixed timeframes have been formulated in the ECtHR case-law, the synthetic analysis⁸ suggests that

- [t]he total duration of up to two years per level of jurisdiction in ordinary (non-complex) cases has generally been regarded as reasonable;
- in complex cases, the Court may allow longer time, but pays special attention to periods of inactivity which are clearly excessive, but the longer time allowed is however rarely more than five years and almost never more than eight years of total duration' (in all levels of case-processing);
- in the so-called priority cases in which a particular issue is at stake, the court may depart from the general approach, and find a violation even if the case lasted less than two years by level of jurisdiction.

b. CEPEJ work on procedural timeframes

A further development of the standards developed by the ECtHR is to be found in the work of the Task Force of the CEPEJ on timeframes of judicial proceedings (later renamed to Working Group of the CEPEJ SATURN). From the establishment of the CEPEJ, this work was guided by the CEPEJ Framework Programme entitled '*A new objective for judicial systems: the processing of each case within an optimum and foreseeable timeframe*'.⁹

Applying what has been identified as 'a fresh approach' to the issue of the length of judicial proceedings, the CEPEJ Framework Programme (CEPEJ-FP) emphasizes that the ECtHR only sets a 'lower limit' and should not be considered as an adequate outcome. The adequate outcome should not be the 'reasonable time' (which of course should not be transgressed) but the optimum time, defined as the time which 'satisfies at

8 See Filatova, M., Reasonable Time of Proceedings: Compilation of Case-Law of the ECtHR, Council of Europe, Strasbourg, 2021, p. 51 ff (see <https://rm.coe.int/echr-reasonable-time-of-proceedings-compilation-of-case-law-of-the-eur/native/1680a20c21>).

9 CEPEJ Framework Programme – "A new objective for judiciary: the processing of each case within an optimum and foreseeable timeframe" (CEPEJ(2004)19 Rev with Addendum 3, 21 July 2004 (<http://rm.coe.int/commission-europeenne-pour-l-efficacite-de-la-justice-cepej-a-new-obje/16807474de>); see also Jean, J.P., Gurbanov, R., High quality justice for all member states of the Council of Europe, CEPEJ Studies No. 22, Strasbourg 2015 (https://www.csm.org.pt/wp-content/uploads/2018/12/CEPEJ_Study22_ENG.pdf.pdf), pp. 46-50.

the same time the society and the parties'. For this purpose, three essential principles are set forth: the principle of balance and overall quality, the need of having efficient measuring and analysis tools defined by the stakeholder' consensus and the need to reconcile all the requirements contributing to a fair trial.¹⁰

Among the lines of action recommended by the CEPEJ, none of the lines suggest legislative fixing of procedural timeframes. Rather, what is suggested is 1) acting on resources; 2) acting on the quality of legislation; 3) improving the foreseeability of the timeframes; 4) defining and monitoring standards for an optimum timeframe; 5) improving statistical tools and developing information and communication strategies; and 6) identifying pilot-courts concerning the reduction of length of proceedings.

In respect to regulation of timeframes in the individual proceedings, it is suggested to *allow adjustment of timeframes* (Line of Action 7). Instead of fixing inflexible timeframes by legislation, a better approach is to combine two tools:

1. Mandatory provision of *information* to individuals on the foreseeable timeframe of the type of case in which they are the parties; and
2. Allowing the judge and the parties to jointly determine the timeframe and the calendar for their individual case, thus assuming a joint responsibility of all stakeholders in the process that the agreed timeframes be upheld in the course of the proceedings.

In the implementation of the Framework Programme, the bodies of the CEPEJ have adopted a number of documents which further elaborate on the above principles and lines of action.¹¹ The CEPEJ guidelines, checklists and guides in the field of judicial time management include in particular:

- CEPEJ Time management checklist¹²
- Compendium of best practices on time management of judicial proceedings¹³
- SATURN Guidelines for judicial time management¹⁴; and
- Implementation Guide 'Towards European Timeframes for Judicial Proceedings'.¹⁵

In respect to quantification of the judicial timeframes, the CEPEJ Implementation Guide attempted to provide a flexible guidance with respect to what is considered to be appropriate timeframes in European national judiciaries. The timeframes which are provided in the Implementation Guide are described as:

¹⁰ CEPEJ Framework Programme, p. 7.

¹¹ See more at <https://www.coe.int/en/web/cepej/cepej-work/saturn-centre-for-judicial-time-management>.

¹² CEPEJ(2005)12Rev. (<http://rm.coe.int/european-commission-for-the-efficiency-of-justice-cepej-time-management/168074767d>).

¹³ CEPEJ(2006)13 (<https://rm.coe.int/16807473ab>).

¹⁴ CEPEJ(2018)20R (<https://rm.coe.int/cepej-2021-13-en-revised-saturn-guidelines-4th-revision/1680a4cf81>).

¹⁵ CEPEJ(2016)5 (<https://rm.coe.int/16807481f2>).

- Flexible tools that have to be customized in each specific context;
- Guidance which has no prescriptive force;
- Indication of timeframes which can serve as ‘a fundamental lighthouse to develop timeframes at the national and local levels, and to start building a shared vision of common expectations across Europe’;
- Targets that are set for normal and priority cases separately, also taking into account the amount of complex cases, for which a special 5-10% buffer is included;
- Timeframes distinguish different categories of cases (e.g. A, B, C and D), connected to different types of cases (e.g. commercial litigation, payment orders, bankruptcy etc.).
- Standards which need to be in close relationship with monitoring of the age of pending and completed cases (for which additional examples are provided), including diagnosis of the current situation, setting timeframes for individual courts based on the diagnosis, and monitoring of the timeframes.

While the Implementation Guide was developed with a view to be useful in particular in countries which experience difficulties in securing swift adjudication, the proposed timeframes as basic reference to values regarded to be acceptable in Europe start in the A category with the 6 month period for urgent priority cases, and continue with 18 month period for 90-95% of regular (normal) cases, with 5-10% of complex cases pending over that period. For categories B, C and D, the targets are higher (12 months for urgent contentious civil and administrative cases, and 24-36 months for 90-95% of normal cases).

c. ELI-UNIDROIT European Rules of Civil Procedure (2020)

An attempt to draft a model civil procedural code which would correspond to best European practices was the object of a comprehensive project led by the European Law Institute (ELI) and the International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT). The project lasted full seven years (between 2013 to 2020) and resulted in adoption of a full model procedural code in September 2020. The purpose of ELI-UNIDROIT Rules was to develop detailed rules of civil procedure that could be adopted by all European countries wishing to improve their procedural legislation. While drafting the Rules, ELI-UNIDROIT considered existing legal instruments at EU level, European legal traditions, and current legal developments in Europe, seeking to produce a framework of reference and source of inspiration for legislators and policymakers.¹⁶

For the purposes of this study, it should be noted that ELI-UNIDROIT model also does not provide any fixed timeframes, either for civil procedure in general or for specific types of cases. Instead, it contains rules emphasizing the joint and shared proce-

16 See ELI – Unidroit Model European Rules of Civil Procedure. From Transnational Principles to European Rules of Civil Procedure. Edited by European Law Institute and UNIDROIT, Oxford University Press, 2021.

dural obligation of the court and the parties (as well as of their lawyers) to promote effective management of the proceedings.

The duty of loyal collaboration in dispute resolution includes ‘the proportionate management of future proceedings’.¹⁷ This relates to determination of timetables or procedural calendar for the individual stages of proceedings.¹⁸ The option to consider timetable of future steps between the parties exists even prior to commencement of the proceedings.¹⁹ But, after filing the suit, it is a mandatory step during preparatory proceedings. At the early case management hearing (in principle, the first preparatory hearing in the proceedings), the court should, upon consultation with the parties set a timetable or procedural calendar with deadlines for parties to complete their procedural obligations; set the timetable for a final hearing; and the possible date by which judgment will be given.²⁰ In the commentary, this method of time management of the proceedings is singled out as ‘the most effective approach to scheduling proceedings.’²¹ The determined timetable is not inflexible, as it may be revised and, if so needed, revised during the course of the proceedings.

d. Practice in selected EU countries

Very few European countries have fixed legislative timeframes for the duration of civil proceedings.

In Germany, the Code of Civil Procedure (ZPO) does not regulate either the overall duration or the duration of procedural stages (e.g. for the first-instance or appellate proceedings). Otherwise, civil jurisdiction in Germany is divided between the lower first-instance courts (local courts, *Amtsgerichte*) and the higher first-instance courts (district courts, *Landgerichte*). The local courts generally decide on civil disputes in cases up to 5.000 EUR amount in dispute where a sole judge is competent to decide, while district courts rule in cases of all amounts, employing regularly a panel of three judges.

The average length of civil proceedings in 2020 was, according to German Federal Bureau of Statistics²²:

- 5.4 months before local courts (8.4 in proceedings which ended with a judgment on the merits); and
- 10.5 months before district courts (13.4 months in proceedings which ended with a judgment on the merits).

¹⁷ See Rule 51(1).

¹⁸ See *ibid.*, Rule 49(4).

¹⁹ Rule 51(3).

²⁰ Rule 61(3).

²¹ Commentary to Rule 61, p. 4.

²² See DeStatis, *Rechtspflege Zivilgerichte 2020* (<https://www.destatis.de/>).

Still, German civil justice is considered to be fairly expeditious in comparison to many other jurisdictions in Europe. In Austria, according to the statistical monitoring of the litigious cases in 2016, the civil proceedings before the lower courts (*Bezirksg-erichte*) had a median length of proceedings of 6 months, and the proceedings before higher courts of first instance (*Landesgerichten*) about 13 months. About half of the litigation cases before the first instance courts lasted less than 6 months, and only 2.3 percent of litigation lasted longer than 3 years.²³

In the Netherlands, the primary source for civil procedure is the Code of Civil Procedure. The Code itself does not provide for any specific timeframe for the total duration of the proceedings. It does not even provide specific periods (timeframes) for

- submitting pleadings;
- scheduling hearings; or
- rendering a judgment after closing the debate.

There is an exception for the scheduling of the hearing in case of a petition for interim measures in divorce cases. These hearings should be scheduled within three weeks, but there is no sanction and in practice they are scheduled within two months.

This does not mean that Dutch courts are slow. Orders for payment in small claims cases for instance are issued two weeks after submission of the writ of summons to the courts.

While the CCP does not provide specific deadlines for case management purposes, the Dutch courts use for that purpose Uniform Procedure Regulations (UPR), drafted and enacted by the courts themselves, which are the same for all the courts involved. These UPR's are tailored for specific procedures, like commercial cases, family cases or small claim cases. In these UPR's the timeframe for the submission of pleadings is strictly regulated. The usual period allowed is six weeks, which can be extended in exceptional circumstances only. These time limits are applied in a very strict way. Non-compliance means that the party concerned is deprived of the right to submit that pleading. There is however no general legislative provisions on the total duration of either commercial or civil cases. For general time management in the courts, another, more flexible method is used.

All courts in the Netherlands are under the organizational and financial supervision of the Council of the Judiciary. This Council sets a long list of targets for every court. If these targets are not met, the Council may take measures. These targets are usually published only internally. According to available sources, for civil litigation, the target in first instance for commercial cases was set such that 90 % of the cases should be completed within 2 years and 70 % of the cases within 1 year. In appeal the same targets apply. According to reports of the Council of Judiciary, these targets

23 See Austrian Ministry of Justice information on length of proceedings at <https://www.justiz.gv.at/home/justiz/daten-und-fakten/verfahrensdauer.1e7.de.html>.

were met up to 90% in 2016, and up to 87% in 2020 (the latter decrease being attributed to corona crisis).

As to actual time measurement of court proceedings in the Netherlands, in 2016-2018 period, the average duration of commercial litigation for cases with the amount in dispute between 10 and 100 thousand euros was 166 days in first instance, and 501 days upon appeal; for cases between 100 thousand and 1 million euros, average length was 346 days in first instance and 592 days upon appeal. Commercial disputes in cases with an amount in dispute between 1 and 10 thousand euros lasted in the first instance in average only 52 days.

In Italy, there are also no fixed timeframes for the length of judicial proceedings. The CCP provides for deadlines applicable to the activities that the parties are supposed to perform (e.g., lodging their pleadings or summoning the adversary), but no rules establish a fixed timeframe for the duration of proceedings. It is pointed to the fact that in Italy not only complexity of cases or the quantity of evidence may be different, but also the caseloads and the organization of courts are divergent in different parts of the country (Northern and Southern Italy being two different worlds, even as far as the administration of justice is concerned).

On the other hand, Italy has major problems with excessive delays in civil cases which have not been successfully handled by past reforms. At present, a new extensive bill is pending before the Parliament, since the availability of the so-called EU Recovery Plan is conditional upon the improvement of the performance of Italian judicial system.²⁴ The new bill promises to reduce the length of Italian civil proceedings, which was in 2018 in average:

- 1270 days in ordinary procedure before the courts of first instance;
- 472 days in summary procedure before a sole judge;
- 1296 days for appeal proceedings;
- 681 to 725 days in various labor disputes.

From 2013 to 2021, the number of civil disputes pending before Italian courts of first instance for more than 3 years has been reduced from 646.146 to 339.213.

One of the rare examples of jurisdictions that are introducing limitations to the overall length of proceedings is Croatia. Similarly as Italy, Croatia has also been one of the countries which was on many occasions found liable for violations of the human right to a trial within reasonable time.²⁵ As the previous reform attempts were without

24 See [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32020H0826\(12\)&from=IT](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32020H0826(12)&from=IT).

25 More in Uzelac, A., *Accelerating Civil Proceedings in Croatia - A History of Attempts to Improve the Efficiency of Civil Litigation*, C.H. van Rhee (ur.), *History of Delays in Civil Procedure*, Maastricht, 2004., pp. 283-313; Uzelac, A., *Legal Remedies for the Violations of the Right to a Trial Within a Reasonable Time in Croatia: In the Quest for the Holy Grail of Effectiveness*, *Revista de Processo*, 35:180/2010, pp. 159-193.

major results, the latest reform of civil procedure announced that the duration of civil litigation will be generally limited by fixing appropriate timeframes in the amended Code of Civil Procedure.

However, the approach of the draft CCP amendments of 2022 is a combination of flexible and collaborative time management and the setting of the ultimate procedural timeframe. Thus, along the lines of the ELI-UNIDROIT European Rules of Civil Procedure, the legislative proposal which is currently discussed introduces a mandatory setting of procedural timetable (procedural calendar) at the very beginning of the proceedings, during the first preparatory hearing. Such a timetable would be determined by the court after having consulted the parties.

Yet, another rule which would put limitation to procedural timetable is the provision commanding that the planned duration of the first instance proceedings should not exceed 3 years. While this seems to be long, according to a recent research²⁶ the litigious civil cases resolved by a judgment on the merits in 2015-2019 period lasted in average 597 days, with about 15% of cases lasting longer than three years (sample maximum duration being 2453 days or almost seven years in the first instance).

Croatian practice also reveals problems with the effectiveness of the fixed procedural timeframes. While no fixed procedural timeframe exists regarding general rules of civil procedure, in certain cases regarded as priority cases the special legislation provided for fixed maximum timeframes for particular steps and stages of the proceedings. Two such examples are labor disputes and certain family disputes.

Under special rules for labor disputes, the court needs to convene the main hearing in work dismissal and collective labor cases within 30 days from receipt of the written answer to the statement of claim. The whole first instance proceedings in labor disputes must be completed within six months from the filing of the statement of claim (Art. 434/2-4 CCP). In second instance, in labor cases the appellate court needs to decide the appeal within 30 days from the receipt of the appeal (Art. 434/5 CCP).

Similarly, in disputes regarding personal status (divorce cases, establishment of paternity and deprivation of legal capacity) the first hearing should take place within 15 days from filing the suit. Provisional measures in child custody and personal contacts' cases must be issued within 30 days from commencement of the proceedings, and the appellate courts need to pronounce its decision in urgent family cases within 30 days from the receipt of the appeal (see Family Act, Art. 347).

However, the ambitious time limits set by Croatian legislation in labor and family cases are rarely met. Separate family cases statistics is currently not available, but according to a recent survey conducted by the Ministry of Justice, average duration of proceedings in labor disputes was 708 days in 2019 and 638 days in 2020. In 2019,

26 Doctoral dissertation of J. Brozović, *Priprema i organizacija raspravljanja u parničnom postupku* (Preparation and organization of hearing in civil litigation), Zagreb 2020. (Zagreb Faculty of Law).

only 17% of labor cases were completed in less than 6 months (in 2020 this percentage was 23%). In comparison, the data on average duration of resolved commercial litigation cases (where no comparable rules exist) show only slightly longer values (748 days length in 2019 and 1204 days in 2020; 18% and 11% of cases completed within 6 months). Thus, it seems that the fixed legislative timeframes are simply ineffective and generally ignored in practice.

e. Conclusions

The research questions asked about procedural timeframes in this chapter were:

Do fixed procedural timeframes provided by applicable procedural legislation effectively contribute to shortening of the actual length of judicial proceedings in commercial cases? Does such general fixing have an impact on quality of justice delivery? Is it among the best European practices of time-management in commercial cases?

The examination of challenges, best European practices and national practice in selected countries showed that:

1. Inflexible legislative fixing of timeframes within which litigation (commercial or other) should be completed brings a number of difficulties and challenges.
2. Such fixing is partly incompatible with the standards and approaches of the European standard-setting bodies (ECtHR, CJEU, CEPEJ).
3. Very few developed jurisdictions of the EU employ such or similar legislative techniques to regulate the length of proceedings.
4. In countries that have such or similar legislative limitations, their practical value is limited as they are often disregarded and are rarely combined with effective sanctions (the latter potentially violating the standards of judicial independence).
5. Short timeframes for cases in which complexity and other factor contribute to length of proceedings have the potential to significantly reduce the quality of judicial process and its outcome.
6. Thus, the practice of legislative fixing of timeframes for first- and second-instance commercial court proceedings in litigious case does not correspond to best practices of time management in commercial cases.

As an alternative to legislative fixing of the procedural timeframes, a much better avenue is to set internal targets on the desired average timing and percentage of cases which should be regularly completed within a certain period. The advanced European jurisdictions (e.g. the Netherlands) follow the approach suggested in the CEPEJ time management tools and closely monitor duration of different types of proceedings. While the time management of individual cases stays within the jurisdiction of the individual judges and judicial panels, who have the authority to determine, in

consultation with the parties, the procedural timetable best suited to the concrete circumstances of the case, the responsible bodies of judicial administration (courts and judicial councils) agree on internal targets which set the horizon of expectations and monitor whether these targets are being met. Such targets, as suggested in the SATURN guides and time management tools, distinguish different types of cases, set priorities and take into account the occurrence of complex cases and other external factors. If targets are not being met, a thorough analysis of reasons should be made and an appropriate collective action to remedy the causes must be undertaken. But this needs more efforts and a different methodology than simple change of applicable procedural laws. This is also the reason why the sirens' tune of simple legislative fixes is likely to continue sounding in the corridors of many national ministries of justice.

BIBLIOGRAPHY

Austrian Ministry of Justice information on length of proceedings at <https://www.justiz.gv.at/home/justiz/daten-und-fakten/verfahrensdauer.1e7.de.html>

Brozović, J., *Priprema i organizacija raspravljanja u parničnom postupku* (Preparation and organization of hearing in civil litigation), Zagreb 2020. (Zagreb Faculty of Law diss.)

Calvez F./Regis N., *Length of court proceedings in the member states of the Council of Europe based on the case law of the European Court of Human Right*, 3rd edition, CEPEJ Studies No. 27, Strasbourg, 2018

CEPEJ Compendium of best practices on time management of judicial proceedings, CEPEJ(2006)13 (<https://rm.coe.int/16807473ab>)

CEPEJ Framework Programme – “A new objective for judiciary: the processing of each case within an optimum and foreseeable timeframe” (CEPEJ(2004)19 Rev with Addendum 3, 21 July 2004, <http://rm.coe.int/commission-europeenne-pour-l-efficacite-de-la-justice-cepej-a-new-obje/16807474de>)

CEPEJ Time management checklist, CEPEJ(2005)12Rev., <http://rm.coe.int/european-commission-for-the-efficiency-of-justice-cepej-time-managemen/168074767d>

DeStatis, *Rechtspflege Zivilgerichte 2020*, <https://www.destatis.de/>

ECtHR Guide on Article 6. Right to a fair trial (civil limb), Strasbourg, 2021, https://echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_ENG.pdf

ELI – Unidroit Model European Rules of Civil Procedure. From Transnational Principles to European Rules of Civil Procedure. Edited by European Law Institute and UNIDROIT, Oxford University Press, 2021

Filatova, M., *Reasonable Time of Proceedings: Compilation of Case-Law of the ECtHR*, Council of Europe, Strasbourg, 2021, <https://rm.coe.int/echr-reasonable-time-of-proceedings-compilation-of-case-law-of-the-eur/native/1680a20c21>

Implementation Guide 'Towards European Timeframes for Judicial Proceedings', CEPEJ(2016)5, <https://rm.coe.int/16807481f2>

Jean, J.P., Gurbanov, R., High quality justice for all member states of the Council of Europe, CEPEJ Studies No. 22, Strasbourg 2015 (https://www.csm.org.pt/wp-content/uploads/2018/12/CEPEJ_Study22_ENG.pdf.pdf)

Raccomandazione del Consiglio del 20 luglio 2020 sul programma nazionale di riforma 2020 dell'Italia e che formula un parere del Consiglio sul programma di stabilità 2020 dell'Italia, [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32020H0826\(12\)&from=IT](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32020H0826(12)&from=IT).

SATURN Guidelines for judicial time management, CEPEJ(2018)20R, <https://rm.coe.int/cepej-2021-13-en-revised-saturn-guidelines-4th-revision/1680a4cf81>

Uzelac, A., Accelerating Civil Proceedings in Croatia - A History of Attempts to Improve the Efficiency of Civil Litigation, C.H. van Rhee (ur.), History of Delays in Civil Procedure, Maastricht, 2004., pp. 283-313

Uzelac, A., Legal Remedies for the Violations of the Right to a Trial Within a Reasonable Time in Croatia: In the Quest for the Holy Grail of Effectiveness, *Revista de Processo*, 35:180/2010, pp. 159-193

van Dijk, P. et al., Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, Intersentia, 2018 (5th ed.)



Incentivos econômicos e ações societárias: um ensaio sobre análise econômica dos métodos de solução de conflitos

Economic incentives and corporate actions:
an essay on economic analysis of conflict resolution methods

Clarisse Frechiani Lara Leite

“Livre-Docente”, Ph.D. and Master of Laws at the
University of São Paulo, Brazil. Lawyer.

Resumo: o artigo utiliza a análise econômica dos métodos de solução de conflitos para refletir sobre incentivos econômicos nas ações societárias. Inicialmente, examinam-se a análise econômica do direito (AED) e o que se pode compreender por análise econômica do processo ou dos métodos de solução de conflitos. Após, explora-se a ideia do modelo básico da litigância e dos fatores que interferem na decisão de instaurar uma disputa cível. Na sequência, apresentam-se reflexões sobre os fatores de incentivo nas ações societárias. Em especial, examinam-se: o ordinariamente elevado valor do bem da vida envolvido na disputa e o desalinhamento de tal valor nas ações derivadas de responsabilização de administradores; os custos para litigar, confrontando-se a via judicial e a arbitral, refletindo-se sobre os impactos da taxa de juros adotada e sobre a jurisprudência relativa aos honorários sucumbenciais no incidente de desconsideração da personalidade jurídica; e, por fim, o hiato de expectativas, potencializado nas disputas societárias pela insegurança jurídica decorrente da escassa jurisprudência e pela assimetria informacional, analisando-se os incentivos econômicos presentes na ação de produção antecipada de provas.

Abstract: the article uses the economic analysis of conflict resolution methods to reflect on economic incentives in corporate actions. Initially, the economic analysis of law (AED) and what can be understood by economic analysis of the process or methods of conflict resolution are examined.

Afterwards, the idea of the basic model of litigation and the factors that affect the decision to initiate a civil dispute are explored. Next, reflections are presented on the incentive factors in corporate actions. In particular, the following are examined: the ordinarily high value involved in the dispute and the misalignment of such value in actions arising from holding administrators accountable; the costs of litigating, comparing the judicial and arbitration ways, reflecting on the impacts of the interest rate adopted and on the jurisprudence relating to succumbing fees in the incident of disregarding the legal entity; and, finally, the gap in expectations, heightened in corporate disputes by legal uncertainty resulting from scarce jurisprudence and informational asymmetry, analyzing the economic incentives present in the action of early production of evidence.

Palavras-chave: análise econômica do direito – análise econômica do processo – métodos de solução de conflitos – ações societárias – incentivos econômicos – assimetria informacional – valor do bem – ação derivada – juros – custo do litígio – honorários

Key words: economic analysis of law (“Law and Economics”) – economic analysis of the process – conflict resolution methods – corporate actions – economic incentives – informational asymmetry – value of the asset – derivative suit – interest – cost of litigation – fees

Sumário: 1. O que significa analisar economicamente o Direito? 2. Análise econômica dos métodos de solução de conflitos, da perspectiva da AED positiva. 3. AED normativa e direito processual. 4. O modelo básico da litigância e os fatores que interferem na decisão de litigar. 5. Os fatores da litigância aplicados às ações societárias. 5.1. Reflexões em torno do valor do bem em disputa. 5.2. Reflexões em torno dos custos para litigar. 5.3. Reflexões em torno das divergência de expectativas entre litigantes. 6. Conclusões

1. O QUE SIGNIFICA ANALISAR ECONOMICAMENTE O DIREITO?

Análise econômica do direito (AED) ou Direito e economia (“Law and Economics”) pode ser entendida como o campo do conhecimento humano que busca contribuir para a compreensão e operação do Direito, mediante o emprego de ferramentas da economia, voltadas a aperfeiçoar a avaliação, o desenvolvimento e a aplicação de normas jurídicas e do sistema jurídico como um todo.¹

A economia, a seu turno, é de modo bastante simplificado a ciência que estuda como o ser humano toma decisões e se comporta em um mundo de recursos escassos.² A escassez impõe a realização de escolhas (“trade-offs”) pelos indivíduos para a satisfação de seus interesses: o dinheiro que custa um imóvel ou o imóvel? Uma petição bem elaborada que aumentará as chances de sucesso no caso ou o tempo livre para a família? Uma sentença bem fundamentada que satisfará a consciência de bem decidir ou o cumprimento das metas do CNJ?

1 De modo semelhante: Ivo Gico Jr., “Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito”, *Economic Analysis of Law Review*, v. 1, n. 1, Jan-Jun, 2010, p. 7-32, esp. p. 8.

2 A ideia de economia como ciência que lida com o comportamento humano enquanto condicionado pela escassez de recursos pode ser encontrada em: Lionel Robbins, *An essay on the nature and significance of economic Science*, 2ª ed., London: Macmillan and Co., Limited., 1945, p. 16, disponível em: <https://mises.org/library/essay-nature-and-significance-economic-science>).

Um dos pressupostos essenciais da economia é o de que os seres humanos agem de forma racional em busca da maximização de seus interesses. Assume-se que, em regra e na média, ao se defrontar com opções de atuação, as pessoas escolhem o caminho que proporciona maior satisfação a seus interesses, sejam eles quais forem. É a chamada teoria da escolha racional. Pode ser que alguém tenha grande interesse em ajudar um amigo ou as pessoas em situação de pobreza. Mesmo nesse caso, a economia continua servindo para explicar que, como ser racional, tal indivíduo optará por doar parte relevante de seus rendimentos para satisfazer esse seu interesse altruísta, pois ficaria menos satisfeito caso optasse por investi-los em uma aplicação financeira.³

Como as pessoas agem racionalmente, a economia também postula ser possível influenciar seu comportamento com o uso de incentivos que as levem a tomar decisões voltadas a maximizar sua utilidade. Pessoas reagem a incentivos.⁴

Sabe-se que a premissa da racionalidade do comportamento humano sempre foi bastante questionável.⁵ E, nos últimos anos, vem-se popularizando a vertente da economia comportamental, que trabalha com a ideia de que seres-humanos muitas vezes se valem de atalhos mentais (heurísticas) para a tomada de decisões, os quais acabam por conduzir a desvios sistemáticos da racionalidade em certas situações (vieses).⁶

Feitos os devidos descontos e pontuais adaptações, as ferramentas tradicionais da microeconomia seguem de todo modo bastante úteis para o exame e a predição do comportamento humano em muitas situações.⁷

De uma perspectiva que se convencionou chamar “positiva” (conquanto não seja esse um termo muito feliz para nós operadores do direito), a primeira missão da AED é assim *descrever* os efeitos que determinada arquitetura de normas – aliada às práticas normalmente adotadas por seus aplicadores – produz na sociedade, bem como *identificar a racionalidade* de certos institutos jurídicos.

3 Rafael Sirangelo de Abreu, *Incentivos processuais: Economia comportamental e nudges no Processo Civil*, São Paulo: RT-Thomson Reuters, 2020, p. 44.

4 Trata-se de um dos tradicionais *princípios da economia*, como aponta, p.ex., N. Gregory Mankiw, *Princípios de Economia*, 5ª ed., São Paulo: Cengage Learning, 2012, p. 7

5 Conforme crítica de Max Weber, a economia lida, não com a descrição da realidade, mas com “tipos ideais”: “They state what course a given type of human action would take if it were strictly rational, unaffected by errors or emotional factors and if, furthermore, it were completely and unequivocally directed to a single end, the maximization of economic advantage. In reality, action takes exactly this course only in unusual cases” (*Economy and Society: an outline of interpretive sociology*. Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1978, p. 9.).

6 Cf. Daniel Kahneman, *Rápido e devagar: duas formas de pensar*, trad. Cássio de Arantes Leite, Rio de Janeiro: Objetiva, 2012; Cass R. Sunstein, Christine Jolls & Richard H. Thaler, “A Behavioral Approach to Law and Economics,” 50 *Stanford Law Review*, 1998, p. 1.471-1.550.

7 De acordo com Antônio Maristrello Porto e Nuno Garoupa (em passagem que reflete pensamento atualmente disseminado entre autores da AED), a “ economia comportamental deve ser vista como uma nova ferramenta, capaz de sofisticar as previsões e análises da economia neoclássica, sem, contudo, desconsiderar a qualidade preditiva de seus modelos econômicos, sendo, portanto, duas ferramentas teóricas complementares e não excludentes ou incompatíveis entre si” (*Curso de análise econômica do direito*, 2ª ed., Barueri: Atlas-Gen, 2022, p. 143).

A perspectiva da relação de causa e efeito é complementar à da relação de imputação (“*dever ser*”), a que estamos acostumados no mundo do direito. Quando “virmos a chave” para analisar o direito da perspectiva econômica positiva, paramos de ver a norma apenas como um “comando”, para passar a vê-la também como um “incentivo”.⁸

Os exemplos ajudam. Começando do mais intuitivo, as cláusulas penais, do ângulo econômico elas podem ser vistas como incentivo para que o agente racional opte por cumprir o contrato, a partir do cálculo de que menos recursos serão despendidos ao realizar a prestação devida do que aos se submeter à pena convencional. Logo, servem ao fortalecimento do *pacta sunt servanda*.

O mesmo exercício pode ser feito quanto à responsabilidade objetiva de empregadoras por danos decorrentes de acidentes sofridos por seus empregados, que funciona como incentivo para a adoção de medidas de prevenção; ou quanto à regra que institui prazo longo de proteção de patentes, incentivando assim o investimento em pesquisa e desenvolvimento pela indústria, pois racionalmente se espera que tais dispêndios venham a ser compensados pelos *royalties* e lucros auferidos durante anos de exploração exclusiva.⁹

Como a teoria econômica é, em essência, um *método* e uma *forma de raciocinar*,¹⁰ não apenas setores mais “patrimoniais” do direito podem ser examinados pelo viés econômico. Há muito a doutrina utiliza a análise econômica, por exemplo, para estudar o sistema criminal.¹¹ E mesmo áreas como o direito de família podem ser objeto de exame da perspectiva econômica.¹²

Apenas é preciso ter em mente que, quando lidamos com bens não negociáveis em mercado e desprovidos de valor de troca – tais como a guarda de uma filha, um olho perdido ou a liberdade –, maior é o desafio de identificar as utilidades neles percebidas pelos agentes e, por consequência, antever os comportamentos esperados.¹³

8 Bruno Meyerhof Salama, “O que é pesquisa em direito e economia?”, in *Estudos de direito e economia – micro, macro e desenvolvimento*, s/ c.: EGV – Editora Virtual Gratuita, 2017, p. 12-59, disponível em https://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/135/, p. 49.

9 Bruno Meyerhof Salama apresenta o exemplo das patentes, destacando contudo que a escolha entre a ampliação ou redução da proteção também envolve outros *trade-offs* (“O que é pesquisa em direito e economia?”, p. 24).

10 John Maynard Keynes, “Introduction”, in HENDERSON, Hubert D. *Supply and Demand - with Introduction by J. M. Keynes*, New York: Harcourt, Brace, 1922, p. V. Disponível em: www.gutenberg.org/dirs/1/0/6/1/10612/10612.txt. Também referido por Ivo Gico Jr., “Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito”, p. 17.

11 Gary S. Becker, “Crime and punishment: an economic approach”, *Journal of Political Economy*. vol. 76. n. 2, mar-abr 1968, p. 169-217. Mais recentemente: Isaac Ehrlich, “Economics of criminal law – crime and punishment”, in PARISI, Francesco (ed.), *The Oxford handbook of law and economics*, v. 3 – Public Law and legal institutions, Oxford Academic Books, 2017, p. 295-324. E, na doutrina nacional, o interessante trabalho de Daniel Silva Boson: “Three strikes and you’re out: uma análise econômica das penas”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 116, Set - Out 2015, p. 17-37 (sobre o sistema de agravamento de penas adotado no estado norte-americano da Califórnia).

12 Cf. Gustavo Kloh, “Análise econômica do direito da família”, in PINHEIRO, Armando Castelar et. al., *Direito e econômica – diálogos*, Rio de Janeiro, FGV Editora, 2019, p. 599-627.

13 É o que observa Bruno Meyerhof Salama: “os bens negociados em mercados têm valores de troca que, no mais das vezes, podem ser facilmente encontrados (por exemplo, para se saber o valor de um determinado

2. ANÁLISE ECONÔMICA DOS MÉTODOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS, DA PERSPECTIVA DA AED POSITIVA

Dando um passo adiante, é possível constatar que de nada adiantarão as normas instituidoras da cláusula penal, da responsabilidade objetiva e do direito à patente, se o sistema não promover a sua efetiva aplicação, tutelando em concreto os direitos delas derivados.

A essa efetivação das normas, dá-se no sistema norte-americano (berço da AED¹⁴) o nome de *enforcement*. Sem qualquer juízo de valor, a AED positiva revela que, se não forem eficientes a fiscalização e a responsabilização objetiva das empresas (nesse caso, com efetivo pagamento da indenização, e não mera *condenação*), o agente racional optará por não investir em prevenção de acidentes.

Isso já nos traz uma primeira aproximação entre a AED e os métodos de solução de conflitos,¹⁵ na medida em que os incentivos em tese gerados por diversos institutos jurídicos apenas serão como tal percebidos por agentes racionais se o sistema de solução de controvérsias oferecer uma promessa confiável de tutela dos direitos (ou, no jargão de economistas, uma “ameaça crível” de sanção a comportamentos desviantes).¹⁶ Do contrário, os cálculos mudam e os comportamentos esperados passam a ser outros.

Constitui pois função da AED positiva orientar o regulador na construção do sistema jurídico-processual, a partir da possibilidade de antever os incentivos e desincentivos criados por determinadas normas, e os consequentes efeitos que elas, associadas a um sistema de *enforcement* efetivo, projetará na sociedade ou no setor regulado. Dada a finalidade pretendida pelo regulador, a AED poderá indicar qual o meio mais eficiente para atingir tal objetivo.

Além dessa visão ampla do encontro entre AED e sistema de solução de conflitos, que considera a perspectiva do *enforcement*, é também proveitoso – e talvez mais pro-

automóvel basta procurar na seção de veículos do jornal). No caso do Direito, contudo, frequentemente é necessário pensar no valor de um olho perdido ou mesmo no valor de um bem jurídico como a liberdade ou a igualdade. Como essas coisas não se negociam em mercados, encontrar a estrutura institucional adequada não é tarefa trivial” (“O que é pesquisa em direito e economia?”, p. 24, nota 43).

14 A despeito das diversas influências advindas de obras anteriores, é possível afirmar que a origem da AED, em sua forma moderna, vincula-se aos artigos seminais de Ronald Coase (“The Problem of Social Cost”), escrito em 1960, e de Guido Calabresi (“Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts”), escrito em 1961. Na década seguinte, teve papel essencial na disseminação das ideias da AED a obra de Richard A. Posner, a partir de seu *Economic Analysis of Law* (1973) (cf. Lewis Kornhauser, “The Economic Analysis of Law”, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2022 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <https://plato.stanford.edu/archives/spr2022/entries/legal-econanalysis/>).

15 Para fins deste artigo, as expressões “métodos de solução de conflitos” e “processo”, em sentido amplo, são usadas de forma intercambiável (sobre o ponto, cf. Flávio Luiz Yarshell, “O processo como instrumento de solução não adjudicada de conflitos: novas perspectivas para o direito processual?”, in DINAMARCO, Cândido da Silva et al. (org.), *Estudos em homenagem a Cândido Rangel Dinamarco*, São Paulo: Malheiros, 2022, p. 415-427, esp. p. 423-424). Em sentido mais estrito, processo é também usado como método de solução de conflitos adjudicatório (judicial ou arbitral).

16 Robert G. Bone, “Economics of civil procedure”, *The Oxford handbook of law and economics*, v. 3 – Public Law and legal institutions, Oxford Academic Books, 2017, p. 143-170, esp. p. 143.

veitoso – usar a análise econômica para o exame setorial de determinados institutos e normas processuais, tais como a mediação, o sistema recursal, o direito probatório, a tutela de urgência *etc.*

Assim, uma noção válida para o conceito de análise econômica do direito processual pode ser a de método de estudo do fenômeno jurídico-processual, que se vale das ferramentas econômicas para compreender a tomada de decisões pelos diversos atores do litígio, com vista a aperfeiçoar a avaliação, o desenvolvimento e a aplicação de normas voltadas à solução de conflitos.¹⁷

3. AED NORMATIVA E DIREITO PROCESSUAL

Quando se busca, não apontar os instrumentos mais eficientes diante de dado objetivo pré-estabelecido, mas definir o próprio fim a ser alcançado por determinado sistema jurídico, as discussões enveredam para o mais desafiador campo da “AED normativa”.

Enquanto a AED positiva trabalha com um “critério de verdade”, apontando as consequências de dado arcabouço jurídico; a AED normativa lida com um “critério de valor”,¹⁸ definindo o objetivo a ser alcançado e o valor a ser promovido com a modulação dos comportamentos dos agentes mediante a edição de normas que lhes sirvam de incentivos.

Nesse campo, em que se busca definir a “regra desejável”,¹⁹ discute-se se e em que medida a “maximização da riqueza” deva ser considerada um fim do Direito e do Sistema de Justiça.

As opiniões dos “juseconomistas”²⁰ variam. Há ideias bastante extremadas, no sentido de que a maximização de riqueza e a eficiência constituem “o” objetivo a ser perseguido pelo Direito (sua “fundação ética”). Há também noções pragmáticas do Direito, que enxergam nesses elementos “um dos possíveis” objetivos a serem buscados em sua construção e operação. E há ainda a visão segundo a qual a “justiça” deve representar o valor principal e maior dos sistemas jurídicos, servindo os institutos jurídicos de instrumentos de políticas públicas no contexto do moderno Estado de Bem-Estar, em que a maximização da riqueza e a redução dos custos sociais ocupam plano secundário.²¹

Essa é uma questão importante no estudo dos meios de solução de conflitos, porque se vem popularizado na doutrina brasileira a ideia de que a eficiência, como redu-

17 O conceito inspira-se naquele de Ivo Gico Jr. sobre a AED (*Análise econômica do processo civil*, p. 10).

18 Ivo Gico Jr., *Análise econômica do processo civil*, p. 11.

19 Ejan Mackaay e Stéphanie Rousseau, *Análise econômica do direito*, trad. Rachel Sztajn, 2ª ed. (2ª tir.), São Paulo: Gen-Atlas, 2020, p. 669.

20 O termo é usado por Ivo Gico Jr.: *Análise econômica do processo civil*, p. 11.

21 A explicação das três visões sobre AED normativa, extraídas, respectivamente, dos trabalhos iniciais de Richard Posner, de sua evolução rumo à pragmática, e das ideias de Guido Calabresi, pode ser examinada com proveito em: Bruno Meyerhof Salama, “O que é pesquisa em direito e economia?”, pp. 40 ss. Robert G. Bone também expõe as discussões entre os defensores, no plano da AED normativa, de modelos baseados exclusivamente na métrica da eficiência econômica e de visões alternativas (para alguns, conciliáveis e para outros inconciliáveis com a fórmula econômica), baseadas na tutela dos direitos (“rights-based”) ou na participação no processo (“Economics of civil procedure”, p. 144).

ção do volume de processos e produção de mais decisões a menor custo, seria “o” objetivo a ser essencialmente buscado pela análise econômica, relegando-se a segundo plano valores outros, como a participação.²²

Não parece ser essa, contudo, uma visão consentânea com a dimensão constitucional do direito processual brasileiro, que valoriza tanto a eficiência,²³ quanto o resultado do método de solução de conflitos (“processo civil de resultados” e “acesso à ordem jurisdicional justa”) e também as formas percorridas para o alcançar (“legitimação pelo procedimento”).²⁴ É preciso, pois, muita cautela ao definir, no plano da AED normativa, qual será a métrica para a avaliação do sistema processual.

As reflexões a seguir limitam-se, de todo modo, ao plano “positivo” da análise econômica do processo, usando-se a caixa de ferramentas da economia apenas como instrumento para a identificação de incentivos que a estrutura processual²⁵ apresenta aos agentes envolvidos em disputas societárias.

4. O MODELO BÁSICO DA LITIGÂNCIA E OS FATORES QUE INTERFEREM NA DECISÃO DE LITIGAR

Partindo da premissa da racionalidade, a doutrina juseconomista desenvolveu o chamado *modelo básico da litigância*, voltado a identificar as situações nas quais se impõe ao agente racional a escolha²⁶ pela instauração do processo litigioso.²⁷

22 Exemplo emblemático na doutrina pode ser encontrado na obra de Erik Navarro Wolkart que, na defesa de um processo eficiente, postula a imposição coativa da cooperação e a libertação da “ditadura da participação” (*Análise econômica do processo civil*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2020, esp. p. 268-307).

23 CF, art. 37 e 74, inc. II.

24 Essas ideias estão em vários escritos de Cândido Rangel Dinamarco, a principiar por: *A instrumentalidade do processo*, 15ª ed., São Paulo: Malheiros, 2013, p. 157-167. A partir da ideia de *devido processo legal* como um valor, a doutrina afirma que a tutela jurisdicional também está no próprio processo – e não apenas em seu resultado (cf. CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, “Tutela jurisdicional”, in *Fundamentos do processo civil moderno*, t. I, 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 2010, p. 351-392, n. 176, p. 369; FLÁVIO LUIZ YARSHELL, *Curso de direito processual civil*, v. I, 2ª ed., São Paulo: Marcial Pons, 2020, n. 38, pp. 98-99, e HEITOR SICA, “Velhos e novos institutos fundamentais do direito processual civil”, in ZUFELATO, Camilo e YARSHELL, Flávio Luiz (org.), *40 anos da teoria geral do processo no Brasil – passado, presente e futuro*, São Paulo: Malheiros, 2013, n. 4.1, p. 445-446).

25 Para interessante visão do processo como “instituição cuja estruturação determina os comportamentos dos seus sujeitos”, no sentido da nova economia institucional e no neoinstitucionalismo, v. Rafael Sirangelo de Abreu, *Incentivos processuais: Economia comportamental e nudges no Processo Civil*, p. 79 ss.

26 Conquanto a análise econômica possa ser aplicada ao exame do direito processual penal, são diferentes os fatores que, nessa seara, ensejam a instauração e o prosseguimento do processo, a começar pela (em regra) indisponibilidade do direito estatal de punir (cf. Cândido Rangel Dinamarco, Gustavo Henrique Badaró, Bruno Carrilho Lopes, *Teoria geral do processo*, 32ª ed. – revista e atualizada da obra Teoria geral do processo de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Carlos de Araújo Cintra e Cândido Rangel Dinamarco, São Paulo: Malheiros, 2020, n. 4, p. 35). Registra-se contudo que o crescente apelo por um modelo criminal e processual não violentos vem contemporaneamente colocando em xeque esse axioma, inclusive da perspectiva de um “ganho de efetividade constitucional” em sua adoção (cf. Maurício Zanoide de Moraes, *Processo criminal transformativo: modelo criminal e sistema processual não violentos*, Belo Horizonte/São Paulo: D’Plácido, 2022 – esp. p. 1.046 ss. para o exame do “ganho de efetividade constitucional”).

27 Robert Bone, “Economics of civil procedure”, p. 148-149.

De forma bastante simplificada,²⁸ o modelo indica que a demandante instaurará o processo quando o valor do esperado de seu resultado, descontado o valor dos custos incorridos para litigar (não reembolsáveis), for maior do que zero. O valor esperado do resultado é composto pela multiplicação entre o percentual de probabilidade de êxito e o valor do bem da vida em disputa. Em uma fórmula simples, a situação em que presente a condição da litigância pode ser assim traduzida: $P \cdot V_b - C > 0$ (em que: P é a probabilidade de êxito; V_b é o valor do bem da vida em disputa; e C os custos irrecuperáveis).

Dando um passo além, para considerar a parte adversária, e aproximando-se da chamada “teoria da barganha”, a análise econômica demonstra que a condição de litigância estará satisfeita, não apenas quando o valor a ser obtido em juízo for maior do que zero, mas quando for maior do que aquele passível de obtenção via acordo.

Ao mesmo tempo, da perspectiva da demandada, é possível afirmar que tal parte permitirá a instauração e o prosseguimento do processo quando o desembolso que espera suportar ao final, somado aos custos para litigar, for menor do que o valor que teria de despendar para satisfazer a demandante e encerrar amigavelmente o conflito.

Admitindo que não haja discussão quanto ao próprio valor do bem em disputa, o valor esperado com o resultado do processo por cada parte dependerá das probabilidades que cada uma delas atribui ao desfecho positivo ou negativo. Se o bem vale 100 e a autora acredita ter 80% de chance de êxito, o resultado por ela esperado do processo é de 80, do qual deverão ser extraídos os custos não reembolsáveis (sejam, em nosso sistema, os relativos à sucumbência parcial sejam os dizentes com os honorários contratuais). Se a ré tivesse a mesma percepção da autora quanto ao desfecho provável do processo, ela estimaria o seu desembolso provável em 80, ao qual se acrescentariam os custos não reembolsáveis.

Nesse cenário, possivelmente seria atingida a condição para o acordo, especialmente quando os custos de negociação fossem inferiores aos custos com o litígio. Ambas as partes economizariam em não litigar, maximizando seus interesses ao receber valor maior ou despendar valor menor do que aquele que resultaria do processo.

Todavia, nem sempre as coisas se passam dessa forma, porque outros fatores relevantes também impactam a decisão de litigar. Para a presente análise, serão pois levados em conta os seguintes elementos do modelo básico, acrescidos de algum refinamento:²⁹

28 Constitui ferramenta essencial de estudos econômicos a simplificação de dada situação social, elegendo-se determinadas variáveis que se reputam impactantes sobre o comportamento humano em determinado recorte da realidade e deixando-se diversas outras de fora. A ideia é aprimorar a intuição, jogando luzes sobre as forças básicas que estão em ação mas não totalmente visíveis quando olhamos para um caso concreto com todos os seus detalhes (Douglas G. Baird, Robert H. Gertner, Randal C. Picker, *Game theory and the law*, Harvard University Press, 1994, cap. 1, p. 7). Quanto maior o número de variáveis, maior a dificuldade de manejo útil das ferramentas econômicas para a realização de previsões. Há, assim, um necessário “trade-off” entre o realismo do modelo e sua operatividade (Robert G. Bone, “Economics of civil procedure”, p. 168).

29 Robert G. Bone, “Economics of civil procedure”, p. 148-156; Ivo Gico Jr., *Análise econômica do processo civil*, p. 126-129.

- (i) *valor do bem da vida para as partes e a repercussão do processo sobre ele*: quanto maior for o valor do bem da vida, menos relevantes tendem a ser os custos do litígio em seu confronto;
- (ii) *custos da litigância*: quanto maiores os custos para litigar (honorários advocatícios contratuais e de sucumbência, custas processuais ou taxas de administração de processos arbitrais e honorários de árbitros, despesas com a produção de provas *etc.*), especialmente quando não reembolsáveis, menor o incentivo para a instauração do processo;
- (iii) *alinhamento ou desalinhamento das expectativas das partes* quanto ao resultado esperado do processo, decorrente de: (a) desconhecimento ou diversidade de informações sobre os fatos relevantes (“informações assimétricas”) e impossibilidade de definir com segurança o teor exato da norma jurídica a ser usada como critério de decisão (insegurança jurídica).

Outros “refinamentos” que costumam ser acrescentados ao modelo básico (conquanto não examinados neste ensaio) são a postura dos litigantes como de aversão ou propensão a riscos (o modelo considera partes neutras ao risco) e as questões decorrentes da relação agente-principal entre advogado e parte,³⁰ apta a gerar conflitos de interesses entre esses sujeitos.

A seguir, apresentam-se algumas reflexões sobre como os três elementos acima indicados podem servir de incentivos ou desincentivos econômicos nas ações societárias.

5. OS FATORES DA LITIGÂNCIA APLICADOS ÀS AÇÕES SOCIETÁRIAS

Ao falar em “ações societárias”, temos em mente tanto os mais comuns litígios envolvendo sociedades empresárias, tais como as relativas a dissolução de sociedades, acordos de acionistas, contratos de M&A, responsabilização de administradores e controladores, como disputas sobre temas variados nos quais as partes (ou uma delas) sejam sociedades (especialmente diante do amplo alcance do incidente de descon sideração da personalidade jurídica, que se inclui no tema do processo societário).

Naturalmente, não serão esgotadas neste breve ensaio todas as possibilidades de exame desse vasto campo de análise. Mas é nele que se localizam as despreziosas reflexões adiante apresentadas, com o objetivo de contribuir para difusão da visão econômica dos meios de solução de disputas.

5.1. Reflexões em torno do valor do bem em disputa

Uma primeira reflexão econômica passível de ser extraída do exame das disputas societárias diz respeito ao valor do bem da vida.

³⁰ Cf. Ivo Gico Jr., *Análise econômica do processo civil*, p. 182 ss.

Como sociedades empresárias representam naturais concentrações de riquezas (união de esforços e de recursos para exercício de atividade econômica e posterior partilha de resultados – CC, art. 981), é possível reconhecer que, no geral, ações societárias envolvem bens da vida de mais elevado valor. O argumento, como sói ocorrer em economia,³¹ constitui simplificação da realidade, que se aplica mais adequadamente às grandes empresas do que àquelas unidades de reduzida dimensão. Mas serve, de todo modo, como premissa legítima para a visão do que constitui o “contencioso societário”.

A partir dela, é possível concluir que o alto valor do bem que as partes esperam receber ou perder nas disputas societárias constitui já em si um forte incentivo à litigância. Diante do elevando valor em disputa, como visto, tendem a perder relevo os custos para litigar – especialmente quando, a despeito da dicção da lei processual (CPC, art. 85, *caput*, §§2º e 8º), a jurisprudência recusa-se a aplicar o percentual mínimo de honorários de sucumbência em ações de valor elevado,³² interferindo assim na estrutura de incentivos do sistema processual.

Tratando de uma específica modalidade de demanda societária, que são as ações derivadas previstas no art. 159 da Lei das SA (lei n. 6.404/1976), é interessante notar o desalinhamento do valor do bem da vida para os agentes envolvidos.

O dispositivo regula a hipótese em que, diante da inércia ou recusa da sociedade, acionistas podem mover em seu lugar a ação para responsabilizar a administradora, pelos prejuízos causados à sociedade, atuando assim como substitutos processuais.

Nessa situação, observa-se um potencial cenário de desincentivo para o acionista, pois, embora eventual indenização seja destinada à sociedade – com reflexos meramente indiretos no patrimônio do acionista –, o custo com o litígio será em princípio por ele inteiramente suportado, e apenas transferido à sociedade na hipótese de êxito. Ou seja, o acionista incorre imediatamente no custo para litigar e, se perder a causa, suporta isoladamente os prejuízos. Além disso, mesmo se obtiver êxito, conquanto seja reembolsado dos custos incorridos, obterá apenas uma fração, e reflexamente, do resultado positivo do processo.

Daí discutir-se a conveniência de alteração da estrutura de incentivos envolvida nessa demanda, para, entre outras coisas, (i) incluir também nessa hipótese o prêmio, atualmente previsto para o acionista vitorioso na demanda de responsabilização da controladora pelos danos causados à companhia (LSA, art. 246, § 2º) e (ii) majorar substancialmente tal prêmio, dos atuais 5% para significativos 20%.³³ A premiação, con-

31 V. nota 28, *supra*.

32 V. o tema de repercussão geral STF 1.255, em que se discutirá a tese fixada pelo STJ no tema 1.076 (já diante da renitência dos tribunais locais em aplicar a literalidade da norma processual).

33 A proposta, incluída no PL n. 2.925/2023, em tramitação no Congresso Nacional, funda-se nas conclusões do relatório “Private Enforcement of Shareholder Rights: A Comparison of Selected Jurisdictions and Policy Alternatives for Brazil”, publicado em 2020, resultante de estudos conduzidos em parceria pelo Ministério da Fazenda, a Comissão de Valores Mobiliários (CVM), e a Organização para Cooperação e desenvolvimento econômico (OCDE) (<https://www.oecd.org/corporate/shareholder-rights-brazil.htm>).

ferida ao litigante na hipótese de êxito, compensa o desalinhamento do valor do bem da vida nessa substituição processual, servindo de incentivo econômico para que o acionista invista seus recursos próprios na tutela dos interesses da sociedade.

5.2. Reflexões em torno dos custos para litigar

No que respeita ao fator “custo para litigar” em demandas societárias, três questões são examinadas: (a) se a convenção arbitral torna mais caro o litígio; (b) qual a repercussão da taxa dos juros de mora na distribuição de tal custo, e (c) como a orientação da jurisprudência quanto aos honorários sucumbenciais no incidente de descon sideração serve de incentivo econômico oposto àqueles trazidos pela recente reforma da lei material.

Em relação ao custo para litigar no Poder Judiciário e na Arbitragem, é inegável, em primeiro lugar, o forte desincentivo exercido pela necessidade de desembolso pela demandante (e, em princípio, também pela demandada), logo ao início da arbitragem, de percentual substancial das taxas de administração devidas à câmara e dos honorários arbitrais.

Mas, ao examinar o todo, Heitor Vitor Mendonça Sica e Wilson Pimentel,³⁴ demonstraram não ser absolutamente correta a disseminada crença de que a arbitragem seria mais cara do que a jurisdição estatal. Levando em consideração a usual convenção quanto ao reembolso de honorários contratuais na arbitragem, e a (já não tão certa) incidência de honorários de sucumbência de 10% a 20% mesmo em causas de valor elevado no judiciário, os autores constataram que (i) em causas maiores, a arbitragem tende a ser sempre mais barata e, (ii) mesmo nas causas de menor valor, a arbitragem constitui método menos custoso para partes com maior probabilidade de sucesso.

Essas conclusões estão contudo atualmente em xeque, diante da discussão pendente no Supremo Tribunal Federal sobre o tema 1.255 da repercussão geral, acerca da constitucionalidade da regra do art. 85, *caput* e §§ 2º e 8º. A depender do resultado de tal julgamento, a Corte poderá criar um grande incentivo para o trâmite de demandas no Poder Judiciário (impactando contratos futuros, a serem celebrados sem convenção arbitral).

No que concerne aos juros de mora, assiste-se atualmente à retomada da discussão no Superior Tribunal de Justiça acerca da interpretação do art. 406 do Código Civil, que pode conduzir, em síntese, à adoção: (i) da taxa SELIC como fator único de correção monetária e juros moratórios, nos termos do tema repetitivo 176 STJ, ou (ii) dos juros de 1% previstos no art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional, a ser somado à correção monetária.³⁵

34 “Custo do processo arbitral versus custo do processo judicial: uma análise econômica da realidade brasileira”, *Revista Brasileira de Arbitragem*, v. 68 n. 17, 2020, p.42-66.

35 A discussão está em curso no julgamento do REsp 1.795.982-SP, com votação atualmente empatada entre os quatro ministros que já votaram.

Também aqui, a depender do resultado e da taxa SELIC no momento vigente, poderá haver incentivo econômico ou (i) para devedoras protelarem a satisfação de seus débitos, diante da possibilidade de obtenção de taxas maiores de retorno em outros investimentos disponíveis no mercado ou (ii) para autoras judicializarem conflitos, quando mais vantajosa a remuneração judicial.³⁶

Talvez a melhor solução, nesse cenário, passe pela necessidade de alteração legislativa, que contemple, além da correção monetária, a utilização de parâmetro para a fixação dos juros mais aderente à flutuação natural do mercado (e não aquela decorrente em grande medida da implementação de política econômica pelo Banco Central, tal qual a taxa SELIC).

De todo modo, é preciso ter em mente que a devedora sempre poderá impedir ou interromper o litígio, efetuando o pagamento. Ou seja, a credora não tem como decidir unilateralmente adiar a satisfação do seu crédito. Mas a devedora pode, por sua exclusiva vontade (não sendo eficientes os meios executivos), protelar o adimplemento.

Por fim, ainda em torno dos custos, vale anotar o desalinhamento entre incentivos econômicos do legislador e da jurisprudência no que respeita à desconsideração da personalidade jurídica.

De um lado, o recrudescimento no plano legislativo dos requisitos materiais e processuais para a desconsideração (CC, art. 50, com redação da lei n. 13.874/2019; CPC, arts. 133-137) revela a clara preocupação em estimular o empreendedorismo e o investimento econômico.³⁷

De outro, contudo, o barateamento dos custos da litigância, decorrente da orientação jurisprudencial³⁸ no sentido de afastar a condenação em honorários de sucumbência na rejeição dessa demanda,³⁹ segue incentivando pedidos de desconsideração fracamente fundamentados, de modo a colocar em risco o objetivo do legislador.

36 É a preocupação externada por Victor Augusto Benes Senhora, “Juros de mora de 1% ao mês ou taxa Selic: o que diz a análise econômica do Direito?”, *Portal Migalhas*, Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/341896/juros-de-mora-de-1-ao-mes-ou-taxa-selic> e por Luiza Trani Mello Picanço, *Análise econômica dos incentivos processuais executivos para a superação das crises de adimplemento das obrigações pecuniárias decorrentes de contratos privados*, Dissertação mestrado, Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2023, p. 89-90.

37 Sobre a finalidade socioeconômica subjacente à personalização jurídica da sociedade e separação patrimonial, cf.: Eduardo Secchi Munhoz, “A importância da sociedade personificada com responsabilidade limitada e autonomia patrimonial para o desenvolvimento econômico: o caso de um truísmo”, in BARBOSA, Henrique; SILVA, Jorge Cesa Ferreira da, *A evolução do direito empresarial e obrigacional – 18 anos do Código Civil*, v. 1, São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 105-116, esp. p. 113.

38 STJ, 3ª T., REsp n. 1.845.536/SC, relatora Ministra Nancy Andrighi, relator para acórdão Ministro Marco Aurélio Bellizze, julgado em 26/5/2020, DJe de 9/6/2020.

39 Sobre a natureza jurídica do incidente de desconsideração como demanda, cf. Flávio Luiz Yarshell, in CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coords.), *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Gen-Forense, 2016, comentários aos arts. 133 ss, p. 229 ss., esp. p. 231.

5.3. Reflexões em torno das divergência de expectativas entre litigantes

No que respeita ao hiato de expectativas entre litigantes, que acaba servindo de incentivo econômico para o contencioso societário, destaca-se, em primeiro plano, o papel da insegurança jurídica.

Se em nosso sistema já é difícil conhecer de modo prévio, com segurança, o entendimento de julgadores acerca das normas aplicáveis à adjudicação dos conflitos, no contencioso societário esse desafio se potencializa. A jurisprudência é escassa e dispersa, o que aumenta o hiato entre as expectativas das partes, ensejando otimismo e fomentando a litigância.⁴⁰

Como cada vez mais as grandes demandas societárias são decididas em nosso sistema na via arbitral, um dos fatores que contribui para a insegurança jurídica é o sigilo costumeiramente convencionado nesse método de solução de conflitos.

A esse respeito, o esforço pela transparência na arbitragem⁴¹ contribuiria para gerar previsibilidade quanto ao direito e, por decorrência, contenção de litígios futuros, além de reduzir assimetrias informacionais entre a administração das companhias, seus acionistas e potenciais investidores.⁴²

A assimetria informacional é, com efeito, relevante fator que impacta o hiato de expectativas e a fórmula da litigância nas ações societárias.⁴³ Sem conhecer os fatos e provas que suportam a pretensão da outra parte, a litigante pode tanto superestimar como subestimar suas reais chances de êxito (mas a doutrina observa ser tendência o otimismo).⁴⁴

Além de a atividade empresarial envolver ordinariamente segredo de negócios, que precisam ser protegidos de terceiros, a assimetria de informações é conatural à relação agente-principal, que se estabelece entre administração e sócios.⁴⁵ Além disso, na relação com investidores, há natural tendência à omissão informações negativas

40 No sentido de que a integridade, estabilidade e coerência da jurisprudência interferem no comportamento de litigantes, cfr: Igor Bimkowski Rossoni e Luiza Trani, “Por que (não) interromper um litígio? Os (des)incentivos para a manutenção de demandas no CPC”. In: YARSELL, Flávio Luiz; SICA, Heitor Vitor Mendonça; BAROSSIL FILHO, Milton; LEITE, Clarisse Frechiani Lara; ROSSONI, Igor Bimkowski; TRANI, Luiza (coord.). *Ensaio sobre Análise Econômica do Processo Civil*, Londrina: Thoth, 2023, p. 183-200, esp. p. 192.

41 Ana Olivia Antunes Haddah. *Transparência no processo arbitral*, São Paulo: Almedina, 2021, esp. p. 113 ss.

42 Por isso, o já mencionado PL 2.925/2023 também prevê a publicidade em processos arbitrais que tratem de direito societário.

43 Robert G. Bone, “Economics of civil procedure”, p. 151.

44 Robert G. Bone, “Economics of civil procedure”, p. 151; George Lowenstein, Don Moore, “When Ignorance is Bliss: Information, Fairness, and Bargaining Efficiency”, *Journal of legal studies*, 33, p. 37-38 (versão eletrônica disponível em https://www.researchgate.net/publication/229053140_When_Ignorance_is_Bliss_Information_Fairness_and_Bargaining_Efficiency).

45 Robert Pindyck, Daniel Rubinfeld, *Microeconomia*, 8ª ed., São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2013, p. 638-639; S. Ross, “The Economic Theory of Agency: The Principal’s Problem,” *American Economic Review*, LXIII, 134-139, 1973, esp. p. 135.

pela sociedade.⁴⁶ Daí por que o legislador precisa intervir em tais relações, impondo deveres de divulgação de informações.⁴⁷

Como nem todas as informações são (ou devem ser) espontaneamente fornecidas, muitas vezes é preciso recorrer ao processo litigioso para a sua obtenção. A esse respeito, vale refletir sobre o instrumento da ação de produção antecipada de provas, substancialmente alargado pelo Código de Processo Civil de 2015.

Libertada da necessidade de urgência, a produção antecipada de provas possibilita em diversas situações a redução da assimetria informacional já no início da disputa,⁴⁸ com menores custos para a demandante.

Há, ainda, incentivo decorrente da redação infeliz do art. 382, § 4º, do diploma processual, segundo o qual, nesse processo, não se admite defesa ou recurso (salvo quando integralmente indeferida a medida). De tal perspectiva, além de menos custoso, o instrumento favorece a obtenção de informações que, em ambiente de devido processo legal, poderiam ser negadas à demandante.

Naturalmente, essa não *deve ser* a interpretação do dispositivo, e a doutrina esclarece que a limitação do art. 382, § 4º significa apenas impossibilidade de debater o mérito (a ser examinado na demanda de conhecimento).⁴⁹ Mas o fato é que a literalidade do texto legal integra a arquitetura do sistema processual. Assim como também a integram as diversas decisões que endossam a ostensiva violação à garantia constitucional do devido processo legal advinda de interpretação literal.⁵⁰

A visão econômica do fenômeno revela assim haver grande incentivo à utilização do instrumento, diante da possibilidade de obtenção de informações relevantes para a solução do conflito, com baixo custo e risco.

Conquanto meramente quantitativo, o gráfico a seguir – extraído de plataforma de pesquisa de jurisprudência nacional – bem ilustra o crescente uso do instrumento, desde a entrada em vigor de sua novel regulamentação no início de 2016.

46 Amanda Cristina Siqueira da Costa Vilela, A confidencialidade da arbitragem em companhias abertas no Brasil, dissertação de mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019, p. 47

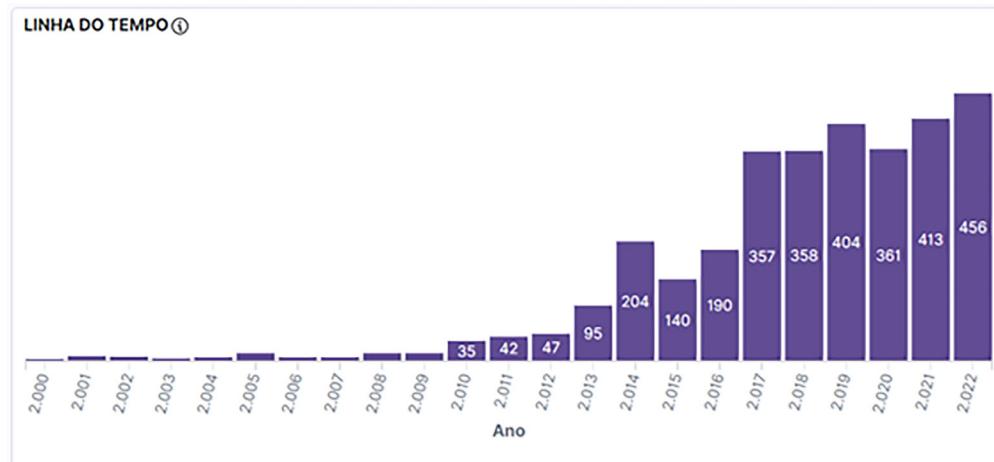
47 P.ex.: CC, arts. 1.020, 1.021, 1.078, I e § 1º; Lei das SA, arts. 105 e 133, bem como, quanto às companhias abertas, os diversos atos normativos da CVM, tais como a Res 80/2022, a Res 44/2021 e Res 160/2022.

48 Com proposta ainda mais ampla de liberalização da produção da prova, cfr. Amanda Nunes Sampaio, “A (as) simetria de informação entre os litigantes e o possível ganho de eficiência na adoção de técnicas liberais de produção de prova (discovery)”, *Revista de Processo*, vol. 328, Jun / 2022, p. 107-135.

49 Por todos, cf. Flávio Luiz Yarshell, in ARRUDA ALVIM, Teresa; DIDIER JR. Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno, *Breves comentários ao Código de Processo Civil*, 3ª ed., São Paulo: RT – Thomson Reuters, comentário ao art. 382, n. 18, p. 1.165.

50 TJSP, 15ª Câmara de Direito Privado, Apelação Cível 1101681-21.2022.8.26.0100, Relator JAIRO BRAZIL, Julgamento: 25/08/2023; TJSP, 16ª Câmara de Direito Privado, Apelação Cível 1033420-59.2022.8.26.0405, Relator Mauro Conti Machado, Julgamento 16/08/2023; TJSP, 34ª Câmara de Direito Privado, Apelação Cível 1033665-47.2019.8.26.0576, Relator L. G. Costa Wagner, Julgamento: 29/07/2023.

Decisões sobre ação de produção antecipada de provas em questões societárias



Fonte: <https://jurisprudencia-aasp.juit.io/resultados>

Termos pesquisados: «produção antecipada de provas» E (societário OU sociedade)

Como dito, o dado é aqui apresentado sem qualquer juízo de valor, com vista apenas a chamar a atenção para a possível correlação entre os incentivos econômicos identificados na atual arquitetura do instituto e sua crescente utilização.

6. CONCLUSÕES

Com o objetivo de contribuir para difusão da visão econômica dos meios de solução de disputas, este trabalho buscou demonstrar a utilidade e legitimidade do uso do método da análise econômica do direito (AED) como forma de raciocinar sobre o processo.⁵¹

Na tentativa de esboçar um conceito, a partir de prévios desenvolvimentos doutrinários, descreveu-se a análise econômica do direito processual como método de estudo do fenômeno jurídico-processual, que se vale das ferramentas econômicas para compreender a tomada de decisões pelos diversos atores do litígio, com vista a aperfeiçoar a avaliação, o desenvolvimento e a aplicação de normas voltadas à solução de conflitos.

Após esclarecer o significado do plano “normativo” de análise econômica, as reflexões seguiram a mais simples trilha do plano “positivo”, usando-se a caixa de ferramentas da economia como instrumento para a identificação de incentivos aos agentes envolvidos em disputas societárias.

51 Sobre a importância de “levar o componente econômico para o estudo da teoria geral do processo”, cfr.: Flávio Luiz Yarshell, “Revisitar o processo sob o enfoque econômico”, in *Revista de Análise Econômica do Direito*, vol. 1, jan-jun 2021, versão eletrônica.

Foi possível, assim: (i) constatar a pressão pró-litígio naturalmente exercida pelo elevado valor do bem em disputa, que não se verifica contudo nas ações derivadas de responsabilização de administradores e controladores (atualmente objeto de revisão legislativa); (ii) demonstrar que, a depender da regra aplicável à sucumbência no judiciário, a convenção arbitral não torna mais caro o litígio; (iii) refletir sobre a repercussão da taxa dos juros nos incentivos para a litigância; (iv) chamar a atenção para a discrepância de incentivos legislativos e jurisprudenciais na disciplina da desconsideração da personalidade jurídica, e (v) identificar o incentivo à litigância decorrente da escassa jurisprudência na matéria e da marcante assimetria informacional presente no segmento, além de jogar luzes sobre o forte fomento ao uso das ações de produção antecipada de provas.

BIBLIOGRAFIA

- ABREU, Rafael Sirangelo de. *Incentivos processuais: Economia comportamental e nudges no Processo Civil*, São Paulo: RT-Thomson Reuters, 2020.
- BAIRD, Douglas G., GERTNER, Robert H., PICKER, Randal C. *Game theory and the law*. Harvard University Press, 1994.
- BECKER, Gary S. “Crime and punishment: an economic approach”, *Journal of Political Economy*. vol. 76. n. 2, mar-abr 1968, p. 169-217.
- BONE, Robert G. “Economics of civil procedure”, *The Oxford handbook of law and economics*, v. 3 – Public Law and legal institutions, Oxford Academic Books, 2017, p. 143-170.
- BOSON, Daniel Silva. “Three strikes and you’re out: uma análise econômica das penas”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 116, Set - Out 2015, p. 17 – 37.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, 15ª ed., São Paulo: Malheiros, 2013.
- _____. “Tutela jurisdicional”, in *Fundamentos do processo civil moderno*, t. I, 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 2010, p. 351-392.
- DINAMARCO, Cândido Rangel; Badaró, Gustavo Henrique; LOPES, Bruno Vasconcelos Carriho. *Teoria geral do processo*, 32ª ed. – revista e atualizada da obra *Teoria geral do processo*, de ADA PELLEGRINI GRINOVER, ANTONIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA E CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, São Paulo: Malheiros, 2020.
- EHRlich, Isaac. “Economics of criminal law – crime and punishment”, in PARISI, Francesco (ed.), *The Oxford handbook of law and economics*, v. 3 – Public Law and legal institutions, Oxford Academic Books, 2017, p. 295-324.
- GICO JR., Ivo. *Análise econômica do processo civil*, Indaiatuba: Foco, 2020.
- _____. “Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito”, *Economic Analysis of Law Review*, v. 1, n. 1, Jan-Jun, 2010, p. 7-32.

- HADDAD, Ana Olivia Antunes. *Transparência no processo arbitral*, São Paulo: Almedina, 2021.
- KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*, trad. Cássio de Arantes Leite, Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.
- KEYNES, John Maynard. “Introduction”, in HENDERSON, Hubert D. *Supply and Demand - with Introduction by J. M. Keynes*, New York: Harcourt, Brace, 1922, p. V. Disponível em: www.gutenberg.org/dirs/1/0/6/1/10612/10612.txt.
- KLOH, Gustavo. “Análise econômica do direito da família”, in PINHEIRO, Armando Castelar et. al., *Direito e econômica – diálogos*, Rio de Janeiro, FGV Editora, 2019, p. 599-627.
- KORNHAUSER, Lewis, “The Economic Analysis of Law”, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2022 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <https://plato.stanford.edu/archives/spr2022/entries/legal-econanalysis/>.
- LOWENSTEIN, George; MOORE, Don. “When Ignorance is Bliss: Information, Fairness, and Bargaining Efficiency”, *Journal of legal studies*, 33, p. 37-38 (versão eletrônica disponível em https://www.researchgate.net/publication/229053140_When_Ignorance_is_Bliss_Information_Fairness_and_Bargaining_Efficiency).
- MACKAAY, Ejan e ROUSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do direito*, trad. Rachel Sztajn, 2ª ed. (2ª tir.), São Paulo: Gen-Atlas, 2020.
- MANKIW, N. Gregory. *Princípios de Economia*, 5ª ed., São Paulo: Cengage Learning, 2012.
- MORAES, Maurício Zanoide de. *Processo criminal transformativo: modelo criminal e sistema processual não violentos*, Belo Horizonte/São Paulo: D’Plácido, 2022.
- MUNHOZ, Eduardo Secchi. “A importância da sociedade personificada com responsabilidade limitada e autonomia patrimonial para o desenvolvimento econômico: o caso de um truísmo”, in BARBOSA, Henrique; SILVA, Jorge Cesa Ferreira da, *A evolução do direito empresarial e obrigacional – 18 anos do Código Civil*, v. 1, São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 105-116.
- OECD (2020), “Private enforcement of shareholder rights: A comparison of selected jurisdictions and policy alternatives for Brazil”, <http://www.oecd.org/corporate/shareholder-rights-brazil.htm>.
- PICANÇO, Luiza Trani Mello. *Análise econômica dos incentivos processuais executivos para a superação das crises de adimplemento das obrigações pecuniárias decorrentes de contratos privados*, Dissertação mestrado, Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2023.
- PINDYCK, Robert; RUBINFELD, Daniel. *Microeconomia*, 8ª ed., São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2013.
- PORTO, Antônio Maristrello; GAROUPA, Nuno. *Curso de análise econômica do direito*, 2ª ed., Barueri: Atlas-Gen, 2022.
- POSNER, Richard A. *Economics analysis of law*, 9ª ed., New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2014.

- ROBBINS, Lionel. *An essay on the nature and significance of economic Science*, 2ª ed., London: Macmillan and Co., Limited., 1945, p. 16, disponível em: <https://mises.org/library/essay-nature-and-significance-economic-science>.
- ROSS, S. "The Economic Theory of Agency: The Principal's Problem," *American Economic Review*, LXIII, 1973, p. 134-139.
- ROSSONI, Igor Bimkowski; TRANI, Luiza. "Por que (não) interromper um litígio? Os (des)incentivos para a manutenção de demandas no CPC". In: YARSHELL, Flávio Luiz; SICA, Heitor Vitor Mendonça; BAROSSO FILHO, Milton; LEITE, Clarisse Frechiani Lara; ROSSONI, Igor Bimkowski; TRANI, Luiza (coord.). *Ensaaios sobre Análise Econômica do Processo Civil*, Londrina: Thoth, 2023, p. 183-200.
- SALAMA, Bruno Meyerhof. "O que é pesquisa em direito e economia?", in *Estudos de direito e economia – micro, macro e desenvolvimento*, s/ c.: EGV – Editora Virtual Gratuita, 2017, p. 12-59, disponível em https://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/135/.
- SAMPAIO, Amanda Nunes. "A (as)imetria de informação entre os litigantes e o possível ganho de eficiência na adoção de técnicas liberais de produção de prova (discovery)", *Revista de Processo*, vol. 328, Jun / 2022, p. 107-135.
- SENHORA, Victor Augusto Benes. "Juros de mora de 1% ao mês ou taxa Selic: o que diz a análise econômica do Direito?", *Portal Migalhas*, disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/341896/juros-de-mora-de-1-ao-mes-ou-taxa-selic>.
- SICA, Heitor. "Velhos e novos institutos fundamentais do direito processual civil", in ZUFELATO, Camilo e YARSHELL, Flávio Luiz (org.), *40 anos da teoria geral do processo no Brasil – passado, presente e futuro*, São Paulo: Malheiros, 2013, p. 430-466.
- SICA, Heitor Vitor Mendonça; PIMENTEL, Wilson. "Custo do processo arbitral versus custo do processo judicial: uma análise econômica da realidade brasileira", *Revista Brasileira de Arbitragem*, v. 68 n. 17, 2020, p.42-66.
- SUNSTEIN, Cass R.; JOLLS, Christine; THALER, Richard H. "A Behavioral Approach to Law and Economics," *Stanford Law Review*, v. 50, n. 5, 1998, p. 1.471-1.550.
- VILELA, Amanda Cristina Siqueira da Costa. *A confidencialidade da arbitragem em companhias abertas no Brasil*, dissertação de mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.
- WEBER, Max. *Economy and Society: an outline of interpretive sociology*, Berkeley: University of California Press, 1978.
- WOLKART, Erik Navarro. *Análise econômica do processo civil*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2020.
- YARSHELL, Flávio Luiz. *Curso de direito processual civil*, v. I, 2ª ed., São Paulo: Marcial Pons, 2020.
- _____. "O processo como instrumento de solução não adjudicada de conflitos: novas perspectivas para o direito processual?", in DINAMARCO, Cândido da Silva et al. (org.), *Estudos em homenagem a Cândido Rangel Dinamarco*, São Paulo: Malheiros, 2022, p. 415-427.

_____. “Revisitar o processo sob o enfoque econômico”, in *Revista de Análise Econômica do Direito*, vol. 1, jan-jun 2021, versão eletrônica.

YARSHELL, Flávio Luiz. In CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coords.), *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Gen-Forense, 2016, comentários aos arts. 133 ss, p. 229 ss.

YARSHELL, Flávio Luiz. In ARRUDA ALVIM, Teresa; DIDIER JR. Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno, *Breves comentários ao Código de Processo Civil*, 3ª ed., São Paulo: RT – Thomson Reuters, Comentário aos arts. 381 ss., p. 1.149-1.168.