



Civil Procedure Review
AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

***Civil Procedure Review* - ISSN 2191-1339**
Electronic Law Review in the field of Procedural Law

<http://www.civilprocedurereview.com>

Vol.7 – N°1 – jan./apr. 2016



Summary

Vol.7 – N°1 – jan./apr. 2016

THE VALUE OF JUDICIAL PRECEDENT IN THE ITALIAN LEGAL SYSTEM

LAURA BACCAGLINI, GABRIELLA DI PAOLO AND FULVIO CORTESE p.3

NECESSITY OF PROOF AS THE PRINCIPLE OF EVIDENCE IN CIVIL PROCEEDINGS OF

UKRAINE

ANNA SHTEFAN p.63

CONTENTIOUS CIVIL PROCEDURE CONCERNING EXPROPRIATION IN KOSOVO

RRUSTEM QEHAJA p.81

ALGUMAS LINHAS CRÍTICAS SOBRE O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 (SOME CRITICAL LINES ABOUT THE NEW 2015 BRAZILIAN CIVIL PROCEDURE CODE)

THIAGO AGUIAR DE PÁDUA p.100

O JULGAMENTO ANTECIPADO PARCIAL DO MÉRITO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO

CIVIL BRASILEIRO (THE PARTIAL SUMMARY JUDGMENT ON THE MERITS IN THE NEW BRAZILIAN CODE OF CIVIL PROCEDURE)

THIAGO FERREIRA SIQUEIRA p.165



Civil Procedure Review
AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

The value of judicial precedent in the Italian legal system*

Laura Baccaglino

Associate Professor of Civil Procedure at the University of Trento, Italy

Gabriella Di Paolo

Associate Professor of Criminal Procedure at the University of Trento, Italy

and

Fulvio Cortese

Full Professor of Administrative Law at the University of Trento, Italy

Keywords: Judicial precedent. Italy

Table of Contents: Introductory Remarks – I. THE VALUE OF JUDICIAL PRECEDENT IN CIVIL MATTERS - 1. The effectiveness of precedent in civil procedural law: the *Corte di Cassazione*, its creation and its role in upholding and protecting the law - 2. Gino Gorla's thesis and the idea of the existence of an institutional duty to abide by the precedents of the *Corte di Cassazione* - 3. The Supreme Court's role in upholding and protecting the law in CCP regulations: the strengthening of this role in the recent reforms and the reasons for this increasing demand - 4 (continued). The new Article 374, paragraph 3, CCP and the meaning of deferral to the Joint Chambers – II. THE VALUE OF JUDICIAL PRECEDENT IN CRIMINAL MATTERS - 1. Semantic clarifications - 2. Specificity of criminal law and *sui generis* precedents - 3. Value of precedent and criminal law - 4. Effectiveness of precedent and the role of the *Corte di Cassazione* in upholding and protecting the law: historical overview - 5. The Supreme Court's function of upholding and protecting the law in the current code of criminal procedure - 6. The recent debate on *revirement* in the case law of the Joint Chambers and perspectives of law as it should



be. – III. THE VALUE OF JUDICIAL PRECEDENT IN ADMINISTRATIVE AND CONSTITUTIONAL MATTERS - 1. The importance of case law in administrative law - 2. The role of the Council of State and its function of upholding and protecting the law - 3. The vehicles “of precedents” in administrative trials - 4. The value of precedent in the judgment of constitutional legitimacy - 5. Concluding Remarks: judicial precedent and liability of judges.

Introductory Remarks

When one talks about judicial precedent, one is usually referring to the guideline value of a judicial decision with respect to a pending case, regarding the same or a similar issue as the one previously handled¹.

In the Italian legal system the role and effectiveness of judicial precedent has been at the centre of an academic debate for some time. Legal scholarship explores the issue in a much broader scope than legal positivism, which, by basically reducing the legislative phenomenon to the position of laws, denies the implementation any legal value.

It is an established opinion that case law is not a source of law in Italy. This is a *more or less* acceptable view: there are two decisive constitutional provisions which, respectively, subject judges only to the law (Article 101, paragraph 2 Constitution) and legitimise the distinction between courts only on the basis of the functions that they exercise, without any hierarchical link being established between them (Article 107, paragraph 3 Constitution). A confirmation of the fact that case law does not play the formal role of source of law can be found in Article 1 of the Preliminary provisions to the civil code, which, when listing the sources of law, does not mention courts’ decisions.

* This essay is the outcome of shared insights from three authors. At the same time, the Introductory Remarks and the Part I can be specifically attributed to Laura Baccaglioni, the Part II to Gabriella Di Paolo, and the Part III to Fulvio Cortese.

¹ MARINELLI, under *Precedente giudiziario*, in *Enciclopedia del diritto. Aggiornamento, VI*, Milan, 2002, 891.



Also, it would be inappropriate to glean from the abovementioned laws the notion that court rulings assume a *de facto* authority or, as it were, a merely persuasive effectiveness – to use an expression borrowed from common law – just because in the Italian system they do not have a *strictly speaking* binding effect with regard to future rulings². This would be both an imprecise and incomplete conclusion.

Certainly, talking of sources of law, the idea of the increasing role of case law and the effectiveness of precedent in court rulings is nowadays broadly accepted³. Nobody can deny the very creative role of case law, or the legal theory of so called “living law”, which is a result of the consolidated case-law interpretation of the legislation⁴.

On the other hand, merely stating that in Italy judicial precedent has no binding force for the other judges does not fully clarify the effect that a decision might have on other judges. A judicial precedent may in fact have varying degrees of effectiveness: the fact that in a legal system decisions do not bind subsequent judges to rule in the same way on similar or identical cases does not necessarily mean that there is a general expectation that the precedent will be followed. Indeed some systems, which deny the existence of an obligation on the part of the judge to follow the precedent, refer to a so called ‘weak’ binding force of the ruling, i.e. they recognise judges’ power to deviate from prior decisions if there are serious and well-founded reasons for ruling otherwise. As we shall see, the position of the Italian legal system wavers unclearly between those who believe that precedent can have a weak binding force and those who see a mere persuasive effect.

Finally, an examination of the role of judicial precedent in a specific legal order cannot be limited to analysing the effectiveness of the precedent, but must necessarily also take other aspects into account, such as the objective scope of the precedent (i.e. what, in a ruling, might be binding); the institutional scope (from which legal body the precedent comes from); the

² See for all MATTEI, under *Precedente giudiziario e stare decisis*, in *Digesto (discipline private) sezione civile*, XIV, Turin, 1996, 148 ff.

³ VARANO, *Civil law e common law: tentativi di riflessione su comparazione e cultura giuridica*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2009, 49.

⁴ PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto*, in Scialoja Branca (ed.), *Commentario del Codice civile*, Bologna- Rome, 1977, 280.



directional scope (the relationship between the legal body that created the precedent and the subsequent case judge)⁵.

With reference to the last aspect, in common-law legal systems, it is normal to distinguish between vertical and horizontal effectiveness of precedent to indicate those cases in which a judge is bound, respectively, to the decision of another judge of equal level or rulings by a lower-level judge. In this regard, it is important to note straight away that the debate on precedent in Italy is mainly about the value of decisions of the upper bodies of the different legal sectors (i.e. decisions by the *Corte di Cassazione* for civil and criminal cases, and by the Council of State for administrative law) compared to lower-level judges. One wonders to what extent the judgments of the Supreme Courts might influence judges who are at a lower level in the judicial structure, given that there is no hierarchical obligation in the strict sense. Furthermore, recent legislative amendments have revived the debate on the role of horizontal precedent, at least insofar as it concerns rulings by the High Courts, whereas it is worth mentioning that as far as decisions of trial judges are concerned, horizontal effectiveness of precedent does not come into play: there is nothing preventing a judge from invoking a judgment of another judge; however it will only serve as an example, and not as a precedent in the strict sense⁶.

Before examining in detail the role of judicial precedent in the various branches of the Italian legal system, it is worthwhile mentioning a number of scenarios in which precedent has binding force for all other judges. This is the case of judgments with which the Constitutional Court takes on an issue of the constitutional illegitimacy of a regulation and rulings by the Court of Justice on the incompatibility of a State regulation with EU Treaties. In both cases, the decisions made by the two legal bodies mentioned obligate the judges to adhere to the decision rendered, with the consequence that, if they do not adhere, then the subsequent decision must be considered invalid. Nevertheless, in these cases it would be incorrect to talk of

⁵ The distinctive categories of judicial precedent used here are from TARUFFO, *Dimensioni del precedente giudiziario*, in *Scintillae Juris. Studi in memoria di Gorla*, Milan, 1994, 388 ff. See also TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2007, 709 ff.

⁶ TARUFFO, *Precedente ed esempio nella decisione giudiziaria*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1984, 31.



an obligation to the precedent in a strict sense. The reasons for this are to be found in the very specific roles of the Constitutional Court and Court of Justice. Neither of them are involved in resolving disputes, but they do examine the validity of legislation with regard to the Constitution or Treaties, when the issue is raised during a dispute that is pending before another judge.

Also, as far as the judgments of the *Corte di Cassazione* are concerned, it is important to note that only those that accept the claim on unconstitutionality are effective. Only they have the same abrogative force that is attributed to a law that can replace a previous one⁷. On the other hand, judgments that reject the exception of unconstitutionality have no binding effect on judges of the legal system and can be overwritten by a decision by the same legal body.

As far as Court of Justice decisions are concerned, on the one hand they handle the interpretation of supra-national laws and on the other hand, they are delivered by a judicial body that is not part of the Italian legal system.

The value of judicial precedent in civil matters

1. The effectiveness of precedent in civil procedural law: the Corte di Cassazione, its creation and its role in upholding and protecting the law

Civil law is perhaps the area where the subject of the effectiveness of judicial precedent has been recently reconsidered. The reforms brought about by Legislative Decree 2 February 2006, no. 40 and Law 18 June 2009, no. 69 – which have affected the regulation of *Corte di Cassazione* trials – have given increasing weight to the effectiveness of precedent, when it has been delivered from the highest court of the judicial system (which is precisely the *Corte di Cassazione* for civil justice).

⁷ PIZZORUSSO, *Stare decisis e Corte costituzionale*, in Treves (ed.), *La dottrina del precedente nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Turin, 1971.



As far as civil litigation is concerned, there are normally two instances of jurisdiction on the merit, which are decided by courts of first and second instance, which can vary depending on the kind of dispute and its subject matter⁸. There can then be a third instance, carried out before the *Corte di Cassazione*, which is called upon to decide on challenges to every decision that affects subjective rights (Article 111, paragraph 7 Constitution). Anyway, judgments before the *Corte di Cassazione* can be challenged exclusively for issues of law, never of fact: pursuant to Article 360 of the Italian Code of Civil Procedure (henceforth, CCP) the grounds of motion before the Supreme Court shall regard only breach or misapplication of regulations of substantive and procedural law (so called *errores in iudicando* and *in procedendo*)⁹. Moreover, if the appeal is upheld, the *Corte di Cassazione* normally does not decide the case directly, but merely voids the judgment and states the so called principle of law, deferring to another trial judge, who is called upon to settle the dispute in light of the Supreme Court ruling. However, the constraint on the referral judge of the principle of law from the Supreme Court does not pertain to the issue of the value of judicial precedent, because the former represents a phenomenon of progressive *res judicata*, since the referral trial is a particular phase of the same trial¹⁰.

⁸ For the sake of completeness, it is worth noting that while the two instances of jurisdiction are the norm, there are also exceptions, such as cases in which the judgments, by law, can only be appealed in the *Corte di Cassazione* (see also, e.g., Article 618, CCP).

⁹ As provided by Article 360, paragraph 1, CCP, according to which “The judgments issued in the appeal proceeding or in the one-instance proceeding may be challenged by motion before the *Corte di Cassazione* for the following reasons: 1) for reasons concerning jurisdiction; 2) for breach of the applicable law provisions on venue where the motion for the assessment of venue is not provided by the applicable law provisions; 3) for breach or false application of law provisions and of the collective labour agreements; 4) for lack of, or insufficient or contradictory reasoning on, an issue of fact, which is disputed and decisive for the proceeding”. For the sake of completeness, it is important to point out that the last reason of appeal, which has undergone recent changes, stands out from the rest, since it is aimed at asserting an inadequate statement of reasons, in particular an omission in the reasoning of the appealed decision, without seeking from the Supreme Court a legitimate re-examination of the facts of the dispute and, consequently, a third-instance trial. The change, most recently in Law 7 August 2012 no. 134, has even further limited the power of the *Corte di Cassazione* to question the reasoning behind the challenge to the judgment, which today is only permitted in the case of lack of reasons, not of insufficient or contradictory reasons. On these aspects, see CONSOLO, *Nuovi ed indesiderabili esercizi normativi sul processo civile: le impugnazioni civili a rischio di “svaporamento”*, in *Corriere giuridico*, 2012, 1133.

¹⁰ CHIARLONI, *Prime riflessioni su recenti proposte di riforma del giudizio di cassazione*, in *Giurisprudenza italiana*, 2003, 818.



The analysis of the significance to attribute to the role of *Corte di Cassazione* precedents in the Italian legal system must start from the acknowledgement that this legal body does not function only as an appeals court. Article 65 of Royal Decree 30 January 1941, no. 142 (known as the Law on the Organisation of the Courts, currently in force), assigns the Supreme Court the task of enforcing “the correct observance and uniform interpretation of the law, as well as the unity of national objective rights”¹¹. This function (known as “nomophylactic”) belongs to the *Corte di Cassazione* as an upper body of the legal system¹². From this perspective, it is no coincidence that the rule, rather than being part of the CCP or CcRP (Code of Criminal Procedure), appears in legal system regulations.

To understand why the Supreme Court has been assigned this role, it is worth looking at the inception of this legal body. The Italian *Corte di Cassazione* was established in the pre-unification era and was based on the original French court that was set up in the early 18th Century. In France, the *Tribunal de Cassation* initially had the function of receiving appeals from losing parties or the General Public Prosecutor of the Republic reporting a breach or misapplication of laws by courts of last resort. In its original set up, the *Tribunal de Cassation*, appointed directly by the King, was not a judicial body: it was charged with supervising final judgments, if, according to the Public Prosecutor of the King, the rules applied to the specific case had been misinterpreted, although the answer from the *Tribunal de Cassation* had no direct effect on the dispute¹³.

Only with the French Revolution, in a full and unwavering adherence to the principle of separation of powers, was the experience of the *Tribunal de Cassation* revived: with a special law in 1790 a real judicial body was established, and charged with deciding on appeals

¹¹ As provided in Article 65 of the Law on the Organisation of the Courts: “*Attributions of the Supreme Corte di Cassazione – The Supreme Corte di Cassazione*, as the supreme court of the judicial system, ensures the correct application of the law and its uniform interpretation, the unity of law throughout the country, and observance of the limits between the jurisdictions of the different courts; it regulates conflicts of venue and attribution, and performs other tasks assigned to it by law. The supreme *Corte di Cassazione* is located in Rome and has jurisdiction over the entire Italian State and over any other territory subject to its sovereignty”.

¹² GORLA, *Postilla su “l’uniforme interpretazione della legge e i tribunali supremi”*, in *Foro italiano*, 1976, V, 127 ff. and TARUFFO, *La Corte di Cassazione e la legge*, in *Il vertice ambiguo. Saggi sulla Cassazione civile*, 1991, 64.

¹³ For an overview of the genesis of the *Corte di Cassazione*, see CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, Turin, 2014, 533 ff., as well as SATTA, under *Corte di cassazione*, in *Enciclopedia del diritto*, X, Milan, 1962, 797 ff.



presented by losing parties or the General Public Prosecutor against decisions by courts of last resort, in the event of potential breach or misapplication of legal provisions. In France, during the evolution of the *Tribunal de Cassation* (in the meantime renamed as *Cour de Cassation*), it was allowed to invoke the so called principle of law, which the referral judge was required to follow: the appeal against the judgment entailed the obligation for the trial judge to define the dispute based on the Court of Cassation ruling.

In the Italian system, too, the *Corte di Cassazione* was created with the task of coordinating judicial power with legislative and administrative ones, “with the aim of keeping it [judicial power] within the limits assigned to it”¹⁴. At the time of the unification of Italy, the Supreme Court was not a single legal body: there were regional Courts of Cassation in Turin, Florence, Naples, Palermo and Rome. The capital was also home to the Joint Chambers, which in some areas behaved as a higher body than other Courts. As for the civil sector, Law 24 March 1923, no. 601 repealed the regional courts and provided the body in one location: a single *Corte di Cassazione* was established in Rome¹⁵.

Calamandrei, who redesigned the role of this body in the Italian legal system, observed how the existence of a series of decisions issued in identical cases – although not rising to the level of source of objective rights as in other legal orders – meant that judges tended to adhere to the existing precedent¹⁶. Nevertheless, the very same plurality of judges that is typical of the organisation of the courts could (and still can) determine the forming of multiple jurisprudential interpretations of the same regulatory text: thus, on the one hand, there is a risk of a current damage to the principle of equality among citizens, protected today by Article 3 Constitution; on the other hand, there could be a potential damage to the unity of the objective national legal principle¹⁷.

¹⁴ CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile*, IV, Padua, 1933, 251 ff.

¹⁵ CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, I, *Storia e legislazioni*, Turin, 1920, 635 ff. and also SATTA, under *Corte di Cassazione*, *supra* note 13, 798 ff.

¹⁶ IANNIRUBERTO, *Le attribuzioni delle Sezioni Unite civili e l'efficacia del principio di diritto*, in *Corriere giuridico*, 2008, 722 ff.

¹⁷ CALAMANDREI, *La Cassazione civile. Disegno sistematico dell'istituto*, II, *supra* note 15, 67 made clear reference to Article 24 of the Albertine Statute (on this aspect see also MORTARA, *Commentario del Codice e delle leggi di*



Hence came the idea of creating a single supreme body, modelled on the French one, with the task of ensuring the correct observance of the law as well as a uniform interpretation of the case law: the *Corte di Cassazione* was conceived in these terms with the aim of enacting the so called *jus litigatoris* (i.e. deciding on appellate remedies to judgments only on the grounds of legitimacy), on the one hand, and the so called *jus constitutionis*, on the other hand: in other words, by controlling the decision, the *Corte di Cassazione* should provide the exact interpretation of the law to enact in the specific case, so as to direct the judges of subsequent trials, in the interpretation of those regulations.

Article 65 of the Law on the Organisation of the Courts was conceived in these terms. In truth, the reference to the “uniform interpretation” in the law was new: the Statutory laws of the pre-unification Italian States, which had been inspired by the French model in creating a supreme legal body, focused on the *Corte di Cassazione*’s function of voiding decisions for breach of law¹⁸. Article 122 of the Law on the Organisation of the Courts (Royal Decree 6 December 1865, no. 2626), which came into effect with the unification of Italy, defined the function of the *Corte di Cassazione* only by referring to its maintaining “precise observance of the law”¹⁹. The same can be said of Article 61 of Royal Decree 30 December 1923, no. 2786 on the judiciary system, which replaced Royal Decree 2626/1865. Only Article 65 of the current Law on the Organisation of the Courts granted the Supreme Court the task of protecting the uniform interpretation of case law. This innovation was intended by Calamandrei to ensure within the Italian legal system – where case-law precedent is not strictly speaking binding – an interpretation of the law that could guarantee equality among citizens. The function of judicial precedent in the Italian Supreme Court can be read in these terms, at least in an abstract way:

procedura civile, I, Milan, 1908, 80); in truth, these observations are still current, on the basis of Article 3 Constitution (see among others PRESTIPINO, *Il nuovo ruolo delle Sezioni Unite*, in Ianniruberto – Morcavallo (ed.), *Il nuovo giudizio in Cassazione*, Turin, 1st edition, 2007, 42 text and note 8). See also MONTESANO, *Su alcune funzioni della Cassazione civile secondo la Costituzione della Repubblica Italiana*, in *Scintillae iuris. supra* note 5, 293.

¹⁸ As mentioned by TARUFFO, *La Corte di Cassazione e la legge*, *supra* note 12, 62 only the Neapolitan Laws on the Organisation of the Courts of 1808 and 1817 referred directly to the *Corte di Cassazione*’s task of “maintaining the exact observance of the law”, whereas there was no mention of the need to ensure the uniform interpretation of the case law, which is the result of Article 65 of the Law on the Organisation of the Courts.

¹⁹ TARUFFO, *La Corte di Cassazione e la legge*, *supra* note 12, 61.



precedent is not in opposition to the law, but rather contributes to the enactment of the principle of legality and safeguards the principle of equality (Article 3 Constitution).

Also for these reasons, Article 67 of the Law on the Organisation of the Courts creates a special agency sitting in the *Corte di Cassazione* (Ufficio del Massimario) with the task of extrapolating the so called “*massima*” from the judgments issued by the Supreme Court. The principle of law identified by the Court can be considered the *regula juris* to be applied in the specific case, a sort of individualised precept, albeit not connected to the facts at hand or the resolved dispute²⁰.

2. Gino Gorla’s thesis and the idea of the existence of an institutional duty to abide by the precedents of the Corte di Cassazione

As we shall see, in the Italian system the principle of law should inform the trial judges charged with ruling on identical or similar cases to the ones decided by the *Corte di Cassazione*. There is currently a debate on how binding the principle of law issued by the Supreme Court is. It is a matter of understanding whether the decisions of the Court have only a merely “factual” authority (i.e. they have persuasive force over the judges who are subsequently called upon to decide on similar or identical cases) or if there is a real institutional duty for the subsequent judges to abide by that precedent, with the power to deviate from it if there are serious and well-founded reasons.

We have already excluded that the position of judges with regard to judicial precedent, even when issued by the Supreme Court, can be described in terms of an obligation to enact it,

²⁰ This task is assigned to the referral court, which has to decide on the dispute based on the principle of law, to which it is bound. As previously mentioned, this has nothing to do with the binding or persuasive scope of judicial precedent, since the referral trial is a continuation of the trial in a new instance. Rather it is important to assess the scope of the stated principle of law with regard to different judgments. In this regard, it is interesting to note that Article 393 CCP established that the principle of law stated by the *Corte di Cassazione* does not lose effect after completion of the referral trial. So if the trial is not reinstated or, even if it is, it subsequently expires, the principle of law will preserve its binding force even in the new trial that will be set up with the resubmission of the appeal.



sanctioned by the invalidity of the judgment delivered. This outcome is brought about by the explicit ban on distinguishing judges based on a hierarchical order, as well as by their subjection only to the law, as mentioned in the Constitution. The judge can feel free to form his own opinion, with the sole limitation being the reason for the judgment.

However, if the Supreme Court's duty to safeguard the uniform interpretation of the law does not translate – for the judges subsequently charged with deciding on similar or identical cases – into an obligation at the time of trial that affects the legitimacy of the ruling, it would not seem appropriate to describe the effectiveness of the *Corte di Cassazione* precedent merely in terms of persuasiveness. In this regard, some scholars have framed the function of the *Corte di Cassazione* of ensuring the uniform interpretation of the law in terms of an institutional duty; in other words, the Supreme Court also orders to not deviate from precedent unless there are serious and well-founded reasons, which must be stated in the reasoning of the judgment. A similar description has been given to the obligation for trial judges to abide by the precedent issued by the Supreme Court²¹.

This interpretation of the *Corte di Cassazione*'s function of upholding and protecting the law – on which not all scholars are in agreement – certainly respects the constitutional facts, ensuring the independence of the court from other bodies by guaranteeing the reasoning of the judgment; at the same time, this interpretation gives meaning to the “nomophylactic” function described in Article 65.

There are many examples that give evidence to the central role of the Supreme Court.

Some of these come from legal practice: first of all, it is worth remembering that the Constitutional Court, when it is called upon to decide on the constitutionality of a provision, clearly shows a preference for, among all possible interpretations, that of the *Corte di Cassazione*²².

²¹ GORLA, *Postilla*, supra note 12, 127 ff.; BONSIGNORI, *Il precedente giudiziario in materia processuale*, in *Contratto e impresa*, 1987, 405 ff.; BIN, *Funzione uniformatrice della Cassazione e valore del precedente giudiziario*, 1998, 550.

²² GALGANO, *L'efficacia vincolante del precedente di Cassazione*, in *Contratto e impresa*, 1999, 893.



Often, it is the statute law that binds itself to the Supreme Court precedents: sometimes Parliament, while delegating the drafting of a legislative decree to the government, compels it to adhere to the principles laid down in the case law in a certain field²³.

Furthermore, with specific reference to the “bond” of the judge on the merit to the precedent issued by the Supreme Court, it is worth mentioning Article 64, paragraph 7, Law 30 March 2001 no.165. This rule provides that when the *Corte di Cassazione* issues a decision on the interpretation of a collective bargaining agreement, the ensuing judgment takes on a particular value: to be precise, if the trial judge, charged with deciding on another dispute regarding the same issue, wants to deviate from the statement of the Supreme Court, he must issue a judgment interpreting the collective agreement under discussion, which can then be directly appealed to the *Corte di Cassazione*²⁴. When the Supreme Court reaffirms its own precedent, the contested decision will be voided, and the trial will be required to adhere to the *dictum* issued. The provision in question certainly protects the judge’s freedom of interpretation, since it introduces a merely procedural constraint²⁵. At the same time, however, that regulation guarantees a uniform interpretation, assigning to the Supreme Court the task of assessing, in the case of an immediate challenge to the judgment, the exactness of the interpretation provided by the trial judge²⁶.

²³ As mentioned by GALGANO, *L’efficacia vincolante*, *supra* note 22, 893.

²⁴ This rule, introduced with reference to the working relationship with the Public Administration, was extended to all private working relationships with Article 420-bis CCP, modelled in the same terms.

²⁵ IANNIRUBERTO, *Le attribuzioni delle Sezioni Unite*, *supra* note 16, 725; AULETTA, *Profili nuovi del principio di diritto (il “vincolo delle sezioni semplici al precedente delle sezioni unite”)*, in Fazzalari (ed.), *Diritto processuale civile e Corte Costituzionale*, Naples, 2006, 18.

²⁶ AULETTA, *Profili nuovi*, *supra* note 25, 19; CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, *supra* note 13, 554.



3. *The Supreme Court's role in upholding and protecting the law in CCP regulations: the strengthening of this role in the recent reforms and the reasons for this increasing demand*

The central role, as described above, of the *Corte di Cassazione's* function of upholding and protecting the law is confirmed by several CCP rules about Supreme Court trials. This role has also been greatly strengthened by reforms on that matter in recent years. To be honest, the amendments are not due to a conscious desire to bring the Italian legal system closer to those in which, traditionally, the judicial precedent of upper courts has always had binding force. The strengthening of the Supreme Court's "nomophylactic" function was brought about as a remedy against the exponential increase of the number of appeals to that Court, with the intention of limiting the motions²⁷. We do not intend to assess whether and to what extent this goal has actually been pursued; rather, we need to verify whether and in what way the "nomophylactic" role of the *Corte di Cassazione* has been accentuated and in what terms the judgment that it delivers becomes binding for the judges subsequently charged with deciding upon identical or similar cases.

The first provision that stands out is Article 384 CCP, which deals with the statement of the principle of law by the Supreme Court. As mentioned above, the exercise of the *Corte di Cassazione's* "nomophylactic" function is not expressed by means of the whole decision. Nor does the Italian law give weight to the distinction between *ratio decidendi* and *obiter dictum* of the judgment, as is the case in common-law systems. Rather, the Supreme Court's function of protecting the law is expressed through the principle of law (*regula juris*) that the *Corte di Cassazione* states after delivering its decision.

Today, due to Legislative Decree no. 40/2006, which amended Article 384 CCP, this principle must be expressed by the *Corte di Cassazione* every time the grounds of the motion concern the breach or misapplication of legal provisions or when the Supreme Court resolves

²⁷ On these aspects, see VERDE, *Il difficile rapporto tra giudice e legge*, Naples, 21 ff.; in general, on the causes of the strengthening of the Supreme Court's role, see CARBONE, *Le Corti Supreme. Prolusione al convegno di Perugia 5-6 maggio 2000*, Milan, 2001, 11.



an issue of law which is particularly important, regardless of the result of the appeal. In such cases, the *Corte di Cassazione*, in giving reasons for its decision, must explain how to interpret the principle of law to be applied in the current case. Principle of law is no longer a *lex specialis* for a single case in a protracted decisional process (the so called ‘act of *nomopoiesis*’) to be issued by a referral judge. Rather, the *regula iuris* of the decision is instrumental in the *Corte di Cassazione*’s function of upholding and protecting the law. This is even truer when one considers that the principle of law maintains its own effectiveness, even if the subsequent referral trial is never set or if for some reason it expires (Article 393 CCP).

Some legal scholars have considered the amendment of Article 384 CCP the establishment of the value of case-law precedent in Italy. This position needs to be treated with caution. First of all, it is worth noting that a Supreme Court’s judgment might contain multiple rules of law, as many as the issues of exact interpretation of the law handled in the judgment, and regardless of their weight in the decision²⁸. Secondly, the way in which this intent is pursued is different from common-law systems (where *stare decisis* operates) since the principle of law is completely separate from the context of the reasoning of the judgment and, because of this, it might appear false²⁹. It is not by chance that in common-law systems the publication of reasons helps determine the *ratio decidendi*, but it is entirely entrusted to the free research of the interpreter, far from being bound by precise formulations of the principle of law,³⁰.

²⁸ TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, supra note 5, 723 observes how typically the reasoning of a judgment contains maxims, regardless of whether they are *rationes decidendi* or *obiter dicta*. This would explain why the Italian legal system has a lot of repetitive and tralatitious rulings and why many *obiter dicta* of a decision might end up becoming a precedent only because they contain maxims.

²⁹ CONSOLO, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, Padua, 2012, 366-368; TOMMASEO, *La riforma del ricorso per cassazione: quali i costi della nuova nomofilachia?*, in *Giurisprudenza italiana*, 2003, 827; TEDOLDI, *La delega sul procedimento di cassazione*, in *Rivista di diritto processuale*, 2005, 934; TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, supra note 5, 724; DE CRISTOFARO, Sub Art. 384, in Consolo (ed.), *Codice di procedura civile commentato*, II, Milan, 2013, 1133, who warned of the risk of the institutional function of the Ufficio del Massimario becoming superfluous and dangerous, on the other hand, because the principle of law had already been drafted by the Supreme Court, and on the other hand, because if the maxim was inconsistent with the one issued by the Office of the Maxims, this would be the cause of serious uncertainty.

³⁰ TOMMASEO, *La riforma*, supra note 29, 827.



The *Corte di Cassazione's* function of upholding and protecting the law is also embodied in another institution: the motion in the interest of the law, provided by Article 363 CCP, as amended by Legislative Decree 40/2006; the scope of the rule's application has been broadened, with the very aim of increasing the *Corte di Cassazione's* "nomophylactic" role³¹. The same title "Appeal in the interest of the law" is a reflection of the objective of this institution: the interest in re-examining the judgment does not come from a concrete (and admissible) challenge from a party, nor is it functional in bringing about a change that might affect the interests of the parties³². On the contrary, the motion in the interest of the law – whose roots are to be found in French law – aims to remove from the legal world an erroneous decision, so as to avoid it conditioning, as an erroneous precedent, the convictions of other judges.

Per Article 363 CCP, the Supreme Court, sometimes *ex officio*, other times based on an appeal presented by the General Public Prosecutor, can establish a principle of law in relation to a judgment that the parties have not challenged, or no longer wish to challenge, or with regard to a decision that would not be otherwise appealable³³. The motion in the interest of the law has neither the characteristics nor the effects of a challenge: it comes out from the fact that the principle of law stated in this case has no effects on the parties to the decisions (either

³¹ CONSOLO, *Spiegazioni*, II, *supra* note 13, 302 ff.

³² As a scholar noted, the same expression "Motion in the interest of the law" instead of the "Voidance in the interest of the law" is symptomatic: the old legal text, which displayed a merely destructive nature (voidance in the interest of the law) is replaced today by a positive statement. FORNACIARI, *L'enunciazione del principio di diritto nell'interesse della legge*, in *Rivista di diritto processuale*, 2013, 35.

³³ To be precise, compared to prior legislation, the current Article 363 CCP has strengthened the power to appeal to the Supreme Court of the General Public Prosecutor, who may now request a ruling from the Supreme Court when the parties have not requested an appeal within the terms of the law, or no longer wish to appeal, or when the decision is not appealable at the *Corte di Cassazione*. This rule has also provided that the principle of law can be stated *ex officio* by the Supreme Court even if the appeal has been declared inadmissible if the issue at stake is of particular significance; in any case the decision of the Supreme Court does not have any effect on the parties (IMPAGNATIELLO, *Principio di diritto nell'interesse della legge e funzione nomofilattica della Cassazione*, in *Giurisprudenza italiana*, 2009, 932). It has been pointed out that the first novelty of this legislation is substantively unsuitable to relaunching the institution of appeal in the interest of the law, given that cases of intervention by the Public Prosecutor are really rare (CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, *supra* note 13, 542-543; MONTELEONE, *Il nuovo volto della Cassazione civile*, in *Rivista di diritto processuale*, 2006, 951). It has also been noted that the *ex officio* initiative of the Supreme Court - in stating the principle of law in the interest of the law – marks the strong operational potential of the institution, from the perspective of the reinforcement of its "nomophylactic" function (BRIGUGLIO, *Pluralità di riti e variazioni del rito innanzi alla Corte di Cassazione*, in *Il Giusto processo civile*, 2008, 517; IMPAGNATIELLO, *Principio di diritto*, 933).



because the decision was not challenged or not challengeable, or because the challenge was dropped). The appeal in the interest of the law shows how the intent of the legislation is that the exercise of the function of upholding and protecting the law not be dependent on the exercise of a purely jurisdictional function³⁴.

Article 366-bis CCP, introduced by Legislative Decree 40/2006 and then repealed by Law 69/2009, can be interpreted similarly. The rule burdened the appellant with the task of presenting their own appeal to the *Corte di Cassazione*, identifying for every reason specific legal questions to address to the Supreme Court³⁵. The intent of that provision was clearly to simplify the Supreme Court's function of stating the principle of law.

The innovation, however, had a short life: the new regulation, introduced with the intent of avoiding litigation, in practice turned out to be a true failure because of the excessive formalism and rigid approach followed by the *Corte di Cassazione* in its usage³⁶. The burden of stating specific legal questions was repealed by Law 69/2009, which added a new reason for inadmissibility of the appeal to the *Corte di Cassazione*. Today Article 360-bis CCP specifies that the appeal to the *Corte di Cassazione* can be rejected on procedural grounds if the contested decision has indicated the points of law in accordance with the constant interpretation of the Supreme Court, and as long as the assessment of the reasons for appeal does not offer elements for confirming or changing its interpretation. The appellant is then required to specify in their challenge the interpretation of the consolidated case law on the question they raised, on why the judgment on the merits of the case that they are challenging diverges from the case law or what are the reasons for reconsidering that interpretation, to which even the appealed judgment has been adapted. Article 67-bis of the Law on the Organisation of the Courts

³⁴ FAZZALARI, under *Ricorso per cassazione nel diritto processuale civile*, in *Digesto (discipline penali) sezione civile*, XVII, Turin, 1998, 602; CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, *supra* note 13, 542; SASSANI, *Tra "consapevolezza culturale" e "buona volontà organizzativa": considerazioni sparse sulla deprecata funzione nomofilattica della Corte di Cassazione*, in Cipriani (ed.), *Stato di diritto e garanzie processuali*, Naples, 2008, 277 ff.

³⁵ When a motion to the *Corte di Cassazione* is proposed against an inadequate statement of reasons in the judgment (Article 360 no. 5) the illustration of the ground concerns only the ascertainment and evaluation of significant facts for the settlement of the dispute. On this point, see CAPONI, *Il nuovo giudizio di cassazione civile: quesito di diritto, principio di diritto, massima giurisprudenziale*, in *Foro italiano*, 2007, I, 1387.

³⁶ CONSOLO, *Spiegazioni*, II, *supra* note 13, 564.



provides for the establishment of a special chamber of the *Corte di Cassazione* (the so called “filtering” chamber, composed of magistrates applied to other chambers) with the task of assessing motions and carrying out a preliminary trial on the proposed challenges, in accordance with Article 360-bis CCP.

There is no doubt that the intent of the Law in introducing Article 360-bis CCP was to enact constitutional law: the uniform interpretation of the law is guaranteed by the rejection of the challenge in first instance, when it is raised against judgments that have ruled in accordance with the case law of the *Corte di Cassazione*, if there are no grounds of fact or law to change the precedent.

Most appropriately, some Scholars have remarked on how Article 360-bis CCP gives semi-binding value to *Corte di Cassazione* precedents to the extent to which the regulation burdens the appellant with providing adequate reasons for arguing for the case-law interpretation followed in the appealed judgment to be modified³⁷.

In order to verify the compliance with Article 360-bis CCP, one wonders when, on a certain question, Supreme Court case law can be said to have formed. In particular – and it will be up to the *Corte di Cassazione* to respond – it becomes decisive to understand whether there is a quantitative limit, in other words if even a few isolated judgments can be considered a legal approach against which appellants should be measured³⁸.

³⁷ CONSOLO, *Dal filtro in Cassazione ad un temperato “stare decisis”: la prima ordinanza sull’art. 360-bis*, in *Corriere giuridico*, 2010, 1406.

³⁸ In this regard, the scholarship has observed that the solution cannot always be one-way. Specifically, only a few judgments might suffice (even not very recent ones) if they deal with areas of civil law that are not very inclined to change. On the contrary, multiple analogous decisions will be needed on the same issue, or just one intervention by the Joint Chambers of the *Corte di Cassazione* (see DE CRISTOFARO, *Sub art. 360-bis*, in Consolo (ed.), *Codice di procedura civile commentato*, II, *supra* note 29, 877); on this point, cf. also CARRATTA, *Il “filtro” al ricorso in cassazione fra dubbi di costituzionalità e salvaguardia del controllo di legittimità*, in *Giurisprudenza italiana*, 2009, 1565. As for the period of time, the Joint Chambers have specified that what matters for the assessment with regard to the enduring semi-binding force of precedents is the state of case law at the time of the decision of the appeal, not at the time of the issue of the appealed judgment or of the drafting of the appeal (see Joint Chambers 6.09.2010 no. 19051, commented by CONSOLO, *Dal filtro in Cassazione*, *supra* note 37, 1405 ff.). This can make the assessment at the time of the issue of the appeal seem arbitrary, given the possibility of a change in the case law in the meantime.



The same aim of strengthening the ‘nomophylactic’ function is the context of the reform, brought about by Law 69/2009: Article 118, as amended, expressly allows judges to present their legal reasons even by resorting to compliant precedents (but they are prohibited from referring to legal theory)³⁹. There is no doubt that Article 360-*bis* CCP has an indirect effect on the Courts, which are prompted to invoke precedents, so as to show the parties that they follow a motivational process that has already been shared by other judges. An explicit legislative reference to compliant precedents is made in Article 348-*ter* CCP: introduced with Law 7 August 2012, no. 134, the rule provides that the Court of Appeals, when it considers *prima facie* that the appeal does not have reasonable probability of being upheld, can decide with a succinctly reasoned order even through “reference to compliant precedents”.

4 (continued). The new Article 374, paragraph 3, CCP and the meaning of deferral to the Joint Chambers

This particular focus on precedent and its vertical scope, so to speak, is coupled with an accentuation of the role ascribed to decisions of the Supreme Court, which is exercised even in a horizontal direction to the precedent.

We are referring to the modification introduced also in Legislative Decree 40/2006, paragraph 3 of Article 374, entitled “Ruling of the Joint Chambers”. This innovation has been described as the statutory acknowledgement of a *certain* value of judicial precedent in the Italian civil law system⁴⁰.

³⁹ It is no coincidence that there has been talk of the value of the “existence of precedent as a formal instrument of stability and rationalisation” and of an accentuation of the *Corte di Cassazione’s* role in providing a rule of adjudication as a criterion for clarifying and directing decisions in similar cases (see MORCAVALLO, *Sistema di principi e tutela dei diritti*, in Ianniruberto-Morcavallo (ed.), *Il nuovo giudizio in Cassazione*, II ed., Turin, 2010, in particular 7-8-13) even though the reference to precedents mentioned in Article 118 of the provisions implementing the CCRP should be understood as referring also to decisions issued by the courts with jurisdiction over the matter.

⁴⁰ RICCIO, *La rivitalizzazione legislativa della funzione nomofilattica della Cassazione*, in *Contratto e impresa*, 2006, 827.



As an appropriate premise, it is worth recalling that the Supreme Court, in civil matters, operates through five distinct chambers (the so called individual chambers), to which appeals are assigned *ratione materiae* by the First President of the *Corte di Cassazione*. For reasons that we will now examine, he can decide to entrust the decision of the appeal to the Joint Chambers: the composition of the Supreme Court is different in that case because it is made up of nine members. The possibility that the *Corte di Cassazione* might rule in Joint Chambers is by no means new: it was even contemplated in CCP 1865, albeit for different reasons than the current ones. At the time only in this case did the principle of law constrain the referral judge. Specifically, the repealed Article 547 CCP established that if the referral judge, charged with deciding on the matter after an initial judgment from the *Corte di Cassazione*, diverged from the principle of law delivered by it, the *Corte di Cassazione* – newly charged with the appeal of the judgment – had to rule in Joint Chambers. If the judgment was voided for the same reasons, the referral judge was required to observe the decision issued⁴¹.

The set up changed radically with the passing of CCP in 1942: on the one hand, on the basis of Article 393 CCP, the referral judge is still bound to the principle of law, regardless of whether it was pronounced by an individual Chamber or Joint Chambers; on the other hand, per Article 374 CCP, the Joint Chambers have been assigned new roles. In particular, they decide controversial cases with regard to the division of jurisdiction (proof of the higher role of the Supreme Court, even beyond the civil and criminal sectors), as well as cases in which the appeal to the *Corte di Cassazione* raises points of law decided differently than the individual chambers, i.e. matters of particular significance. These examples show *par excellence* the “nomophylactic” role that the Law on the Organisation of the Courts assigns to the Supreme Court.

Legislative Decree 40/2006 added another scenario: today Article 374 CCP states that “if the individual chamber does not agree with the principle of law pronounced by the Joint Chambers, it can defer to the Joint Chambers, by way of a reasoned order, the decision on the appeal”. Yet again, the innovation, which certainly aims to strengthen the “nomophylactic”

⁴¹ GORLA, *Postilla*, *supra* note 12, 127 ff.



function of the Supreme Court, was designed not only to impose a limit on the variations in the case law, but also to contain the excess of appeals to the *Corte di Cassazione*.

In all truthfulness, the draft law proposed a real bond of the Individual Chambers to the Joint Chambers, as in it required the former to defer the appeal to the latter, should they not intend to adhere to the principle of law previously announced⁴². The introduction of this provision seems to have implemented the legal theory, which was mentioned earlier, according to which trial judges and the *Corte di Cassazione* have the functional duty to adhere to the Supreme Court precedent and not diverge from it unless for serious and well founded reasons⁴³. It is true, however, that the introduction of Article 374, paragraph 3, as formulated in the draft law, had been strongly opposed by many: on the one hand, it raised questions of compatibility with the constitutional norm of the judge's subjection to only the law, because it seemed to prevent the individual chamber from emitting a ruling⁴⁴. On the other hand, it raised the issue of compatibility with the criminal trial process, in which a similar provision was lacking⁴⁵; again, since Article 374 CCP is silent on the point, one wonders what would have been the outcome of the judgment issued by the individual Chambers if it had diverged from the precedent of Joint Chambers, without deferring to the Joint Chambers⁴⁶.

According to the text of the law that later entered into force, the reference to a "bond" is missing. The literal change to the regulation seems to allow the individual chamber the

⁴² On the subject, it is also worth noting that the regulation does not mention the word "precedent", which is replaced by "principle of the law", which has taken on a central role in *Corte di Cassazione* trial reform.

⁴³ Retro § 2.

⁴⁴ AULETTA, *Profili nuovi del principio di diritto*, supra note 25, 9 denounces the difference between the bond that the draft law was intended to establish and the one introduced by Article 64 of Law 165/2001 (see § 3). As for the former, the establishment of a constraint on the judge on the merit over the case only occurs on a procedural level, as it allows the judge to issue a judgment that diverges from the *Corte di Cassazione's* precedent (and in any case partially saves the immediate challenge to that decision). On the contrary, in the text of Article 374 CCP, which appeared in the draft law, it seemed that the individual chamber was not able to decide any differently from the Joint Chambers, but could only defer the matter to them (in other words, *ne...alter in idem*). Auletta pointed out how such a conclusion was somewhat paradoxical, because it ended up giving a horizontal constraint to precedent, in the absence of a vertical constraint. Along the same lines see IANNIRUBERTO, *Le attribuzioni delle Sezioni Unite*, supra note 16, 725.

⁴⁵ CARRATTA, *Il "filtro" al ricorso in cassazione*, supra note 38, 1597. On this point, cf. DI PAOLO, § 5.

⁴⁶ RORDORF, *Stare decisis: osservazioni sul valore del precedente giudiziario nell'ordinamento italiano*, in *Foro italiano*, 2006, V, 284 remarks on the imperfect character of this provision: because its breach has no sanction since the judgment issued by the individual chamber can become a *res judicata*.



freedom to defer the matter to the Joint Chambers. In doing that, the Law shows that any violation of the norm on the part of the individual chamber – that does not defer to the Joint Chambers and decides otherwise – does not invalidate the judgment. The precept contained in Article 374, paragraph 3, CCP can be appreciated in terms of a regulatory bond for the individual chambers, without the risk of a violation of the norm affecting in any way the validity of the judgment⁴⁷. However, the current provision has a strong value in principle in that it introduces in the Italian legal system an (albeit circumscribed) value of precedent, even vertically speaking: there is an indirect acknowledgement of the institutional duty of trial judges to take into account the principles pronounced by the Corte di Cassazione and the option to diverge from them, albeit with good reason⁴⁸.

According to the statutory law's amendments that we have outlined, one wonders whether the Italian system has come any closer to legal systems founded on case-law precedents. Certainly, one cannot deny the growing focus on precedent, especially when pronounced by the Supreme Court, and the highly creative role of case law. Anyway, this phenomenon makes it difficult, even today, to speak of the Italian Civil *Corte di Cassazione* as a court of precedent. This is not due only to the constitutional constraint on the judge to the law only. What can constrain a judge, albeit only at a functional level, is not the decision of the *Corte di Cassazione* itself, but rather, as emerges from the regulations that we have examined, the principle of law that it pronounces. In this perspective, as we have seen, it is difficult to think that the principle of law, which has been formulated in abstract terms without any reference to the facts, can guarantee uniform case-law and legislative interpretation, which are

⁴⁷ CONSOLO, *Spiegazioni*, II, *supra* note 13, 586, to which add IANNIRUBERTO, *Le attribuzioni delle Sezioni Unite*, *supra* note 16, 727.

⁴⁸ RORDORF, *Stare decisis*, *supra* note 46, 284; LUISO, *Diritto processuale civile*, II, Turin, 2013, 467-468. According to these scholars, even before the 2006 Reform, the individual chamber had the onus of deferring the matter to the Joint Chambers, if it wanted to diverge from the precedent pronounced by them (see also PROTO PISANI, *Su alcuni problemi organizzativi della Corte di Cassazione: contrasti di giurisprudenza e tecniche di redazione della motivazione*, in *Foro italiano*, 1988, V, 28-29). In particular, Luiso asks the provocative question of the meaning of Article 374, paragraph 2, CCP (on the basis of which the Joint Chambers intervene in the event of a divergence from the case law) if after the Joint Chamber's decision the individual chamber can diverge from the precedent.



objectives that the Supreme Court is called upon to pursue, even when the law itself considers it binding⁴⁹.

The value of judicial precedent in criminal matters

1. Semantic clarifications

In Italian criminal law terminology, the word “judicial precedent” does not have a single meaning. In a first meaning, and from the point of view of the legal sources, this expression is used as a synonym for a previous case-law decision, which has guideline value with respect to judges called on to decide on an identical or similar matter to the one previously dealt with. In this view – which is the one chosen for the present analysis – the issue of the value of precedent requires an assessment of the true role of judge-made law in the life and development of law, and to what extent binding authority can be ascribed to judicial decisions.

A second meaning of judicial precedent emerges from Article 133 of the Italian Criminal Code (henceforth: CrC): this provision states that the judge, when applying the sentence, must also take into account the offender’s tendency towards crime, which can be inferred, among other things, “from the *criminal and judicial precedents* and in general from the behaviour and life of the offender prior to the crime”. In this context, the term “judicial precedent” is juxtaposed to “criminal precedent” to specify that a criminal proceeding is still pending against a subject, before a final conviction has been issued; otherwise, one should use the word “criminal precedent”. From this point of view, when talking of the value of precedent in criminal matters one normally refers to the several substantive and procedural effects that a criminal conviction (or even just the criminal prosecution) might have within criminal proceedings subsequently established. Just to list a few examples, think of the weight that a prior criminal conviction can have for triggering a charge of recidivism, and in determining the

⁴⁹ TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, supra note 5, 723-724.



sentence as well as the concession (or revocation) of benefits such as a suspended sentence. From a strictly procedural point of view, think of the effects that a final conviction might produce in the precautionary proceedings (for the purposes of assessing the existence of the conditions of applicability of personal precautionary measures, and notably the precautionary needs set forth in Article 274 of the Italian Code of Criminal Procedure, hereinafter CCrP), or with regard to the evidence (Article 238-bis CCrP)⁵⁰, as well as the preclusive effects that are connected to the conviction (Article 649 CCrP) pursuant to the *ne bis in idem* principle⁵¹. These are very distinct topics, which cannot be addressed here.

2. Specificity of criminal law and sui generis precedents

While the issue of the value of judicial precedents affects all areas of law, it undoubtedly takes on a particular significance and complexity in criminal law⁵². Behind the question of the acknowledgement of a general rule of *stare decisis* is the topic of the possible equalisation of judge-made law and statutory law: a real taboo for civil-law systems⁵³, in which criminal matters are governed, as we shall see, by the principle of legality (“*nullum crimen, nulla poena sine praevia lege poenali*”).

On the other hand, it is also true that in criminal law the needs underlying the theory of *stare decisis* – and notably the need for legal certainty – are particularly important: because criminal law (substantive and procedural law) affects fundamental rights, and especially personal freedom, the certainty and predictability of the legal consequences of individuals’

⁵⁰ Article 238-bis CCrP: “Without prejudice to Article 236, final judgments may be gathered as evidence of the facts therein ascertained and shall be evaluated in compliance with Articles 187 and 192, paragraph 3” (English translation from GIALUZ - LUPARIA – SCARPA, *The Italian code of criminal procedure. Critical essays and English translation*, Padua, 2014).

⁵¹ DI PAOLO, *The exchange of information extracted from the criminal record: the heterogeneity of the national legal systems and problems of language*, in *Criminal Proceedings, Languages and the European Union. Linguistic and Legal Issues*, F. RUGGIERI (ed.), Berlin Heidelberg, 2013/2014, 161-180.

⁵² On the subject see, above all, CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale*, Turin, 2nd edition, 2014, *passim*.

⁵³ MANES, *Prometeo alla Consulta: una lettura dei limiti costituzionali all’equiparazione tra “diritto giurisprudenziale” e “legge”*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2012, 3474.



actions take on a very special role. Consistency in the interpretation of the law is of fundamental importance in criminal matters. As we shall see, this explains why criminal procedural law provides various mechanisms for preventing and solving conflicts of interpretation in jurisprudence, especially within the *Corte di Cassazione*.

This having been said, in criminal law more or less the same applies as what was described for the other branches of law. Since the Italian legal system remains a civil-law system, according to the current legislation judicial precedent cannot play the central role it occupies in common-law systems: there is no legal obligation for Italian criminal courts to conform to the principle of law (*regula juris*) set forth, regarding identical or similar cases, in decisions previously issued by judges of the same level. Basically, there is no horizontal bond with precedents. And this also applies to the specific case of so called “auto precedent”⁵⁴, which concerns precedents issued by the same court that decides on the following case.

There is also no vertical obligation to conform to precedents, i.e. with regard to decisions issued by higher-level courts, and notably with respect to decisions delivered by the *Corte di Cassazione*, the upper body of the legal system. After all, the provisions that establish the obligation of respecting the principle of law issued by the *Corte di Cassazione* (Article 627, paragraph 3, CCrP; Article 173 of the Provisions Implementing the CCrP, hereinafter IPCCrP)⁵⁵ are explicitly aimed only at the so called “referral judge”, i.e. the trial judge to whom the Supreme Court sends the case for a new trial in the event of annulment with referral. The constraint under discussion is therefore valid only within the same criminal proceedings in which the Supreme Court has been called on to give a ruling. But naturally this kind of situation goes beyond the issue of judicial precedent: since the new trial before the referral judge is only a different phase of the same trial, it must be framed within the different phenomenon of the progressive formation of *res iudicata*⁵⁶.

⁵⁴ The terminology used here is borrowed from TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, *supra* note 5, 18-19. For the difference between horizontal and vertical scope of precedent, see MATTEI, under *Precedente giudiziario e stare decisis*, *supra* note 2, 149; *Id.*, *Common law. Il diritto anglo-americano*, in *Trattato di diritto comparato*, edited by Sacco, Turin, 1992 (reprinted in 1996), 215.

⁵⁵ See *infra*, §. 5.

⁵⁶ For similar considerations on civil trials, see above, THE VALUE OF JUDICIAL PRECEDENT IN CIVIL MATTERS, §. 1.



It is also worth noting that while there is no duty – either for *Corte di Cassazione* judges or for trial judges – to observe judicial precedents, the same is not true with regard to judgments issued by the Constitutional Court, when the constitutional illegitimacy of a provision is declared, or even with regard to judgments issued by the Court of Justice of the European Union, when a national provision is declared incompatible with the EU law having direct effects on the legal orders of Member States. In both cases the decisions issued by the Courts are binding in the subsequent criminal trials because they directly affect the existence and applicability of the provision subject to the review of compatibility: the declaration of constitutional illegitimacy has the effect of removing the contested provision from the legal system, similarly to what happens after a legislative repeal; the Court of Justice’s ruling that states the incompatibility of the national provision with the directly applicable EU law has the effect of preventing the national judges from applying the provision under consideration, and brings about a situation similar to the one following a legislative repeal⁵⁷. For these reasons, it is common opinion that in both scenarios it is incorrect to speak of “precedent” in a strict sense. Furthermore, because these phenomena are basically comparable to the repeal of a law through a legislative intervention, in criminal law it is expressly established that the judgments of the Constitutional Court should have effect even in trials already closed with a final conviction: when the object of the abovementioned assessment of unconstitutionality is not any piece of legislation, but specifically a criminal rule defining a conduct as an offence, the enforcement judge must revoke the final judgment of conviction, to avoid enforcement of the sentence and all subsequent penal effects (Article 2 CrC; Article 30 Law 11.3.11.953 no. 87; Article 673 CCrP)⁵⁸.

⁵⁷ For these considerations, see Constitutional Court judgment no. 230 of 2012, §.5, at <http://www.cortecostituzionale.it/>.

⁵⁸ Article 673 CCrP explicitly provides for the revocation of the judgment of conviction in the event of repeal and declaration of constitutional illegitimacy of a provision defining a conduct an offence, but is silent on the case of a judgment of the Court of Justice of the European Union that declares such national legislation incompatible with the EU law directly applicable in the legal systems of the Member States. The practice of revocation has been extended to this particular scenario by the case law. See *Corte di Cassazione*, Section I, 20.01.2011, no. 16521, Titas Luca, unpublished, according to which a judgment of the Court of Justice that assesses the EU incompatibility of a provision defining a conduct an offence “**embeds itself in the provision and integrates its precept with immediate effect (...) thereby producing “a sort of abolitio criminis” that demands that, as a result of a**



A separate matter are the judgments issued by the European Court of Human Rights, headquartered in Strasbourg. This is a jurisdictional body that does not belong to the Italian judicial system and that handles “all matters concerning the interpretation and application of the Convention and the Protocols” (Article 32 ECHR). In theory, that should be enough to prevent the obligations on the Contracting States (and their respective judicial authorities) to abide by the Court’s judgment from being included in the category of “binding precedent” in a strict sense. However, no doubt these judgments are particularly effective in the Italian legal system, since the Italian courts are expected to interpret the national law (substantive or procedural criminal law) in the light of the principles enshrined by the European Convention of Human Rights, as interpreted by the jurisprudence of the Strasbourg Court. This particular guideline value with respect to judges called upon to decide on identical or similar cases is usually explained by stating the existence, for the Italian courts, of a duty of “conventionally consistent interpretation”. This obligation is derived directly from Article 117 Constitution, which demands that legislative power be exercised “*in compliance with the Constitution and with the constraints deriving from EU legislation and international obligations*”⁵⁹.

On a different level, a conviction by the European Court of Human Rights against a Contracting State imposes a legal obligation for that State to put an end to the violation found by the Court within its domestic legal order (Article 46 ECHR). The Italian legal system, in order

constitutionally-oriented interpretation, the provision of Article 673 of the CCrP be extended to such cases of inapplicability of the national provision defining a conduct an offence”. It is worth noting that according to the case law of the Joint Chambers of the Corte di Cassazione the res iudicata should be allowed to be modified in favour of the convicted person even when the declaration of unconstitutionality regards a criminal provision not containing the definition of the offence, but that could mitigate the relevant punishment, at least in those cases in which an illegitimate penalty is still being enforced (see Joint Chambers 24 October 2013, no. 18821, Ercolano, Cassazione Penale, 2015, 28 and Joint Chambers 29 May 2014, no. 42858, Gatto, in Cassazione Penale, 2015, 41, both annotated by GAMBARDELLA, Norme incostituzionali e giudicato penale: quando la bilancia pende tutta da una parte, 65).

⁵⁹ Constitutional Court, judgments nos. 348 and 349 of 2007, at <http://www.cortecostituzionale.it/>. The concept was reiterated in Constitutional Court, judgment no. 311 of 2009, which states: “A contrast between a national provision and a provision of the Convention, in particular of the ECHR, is a violation of Article 117, first paragraph, Constitution. The national court has the task of applying ECHR provisions, in the interpretation offered by the Court of Strasbourg, and when it determines a contrast between a national provision and the Convention, it must proceed to an interpretation of the former that is consistent with the latter. When the court is not able to apply the ECHR provision instead of the national one, and cannot apply the national provision that it deems inconsistent with the Convention provision (and, therefore, with the Constitution), it must raise the issue of unconstitutionality in accordance with Article 117, first paragraph, Constitution”.



to abide by the final judgments of the European Court of Human Rights – and in particular those finding a violation of the right to a fair trial stated in Article 6 ECHR – grants the opportunity of reopening the criminal trial vitiated by unfairness, even if it has already concluded with a final conviction. Indeed, to ensure the full protection of the convicted person who presents an appeal in Strasbourg – which is then upheld – a new case of revision of the criminal judgment of conviction has been introduced, the so called “European revision” (Article 630 CCrP)⁶⁰. In a different way, when the person convicted in a criminal trial applies to the Strasbourg Court for violation of Article 7 ECHR – and a breach of the Convention is found – the remedy should not be found in the just mentioned “European revision”, but rather in the enforcement procedure⁶¹. This type of procedure allows the competent court to alter the *res iudicata*, replacing or redetermining the sentence originally applied, or revoking the judgment of conviction, depending on the violation discovered.

3. Value of precedent and criminal law

We now need to examine the specifics of precedent in criminal cases to assess whether or not there are further particular reasons hindering the application of *stare decisis*, as well as the equalisation of judge-made law with statutory law. We will then need to identify what effects judicial precedent has in the criminal procedural system. Denying the binding authority of case law judgments is not enough to clarify the value that a previous decision can have in the

⁶⁰ This new case of revision was not introduced with a legislative reform, but by means of a ruling by the Constitutional Court (judgment no. 113 del 2011, at <http://www.cortecostituzionale.it/>), which declared the unconstitutionality of Article 630 CCrP “in the part in which it does not envisage a different case of revision of the judgment or of the criminal decree of conviction with the aim of reopening the trial, when it is necessary, in accordance with Article 46, paragraph 1 of the ECHR, to be consistent with a final judgment of the European Court of Human Rights”.

⁶¹ For this interpretation, see Constitutional Court judgment no. 210 of 2013, at <http://www.cortecostituzionale.it/>



subsequent judgments, since precedent, on an abstract level, can have different degrees of effectiveness⁶².

Our inquiry needs to examine what makes the Italian criminal law system different from other branches of the law: the principle of legality (Article 25 Const.; Article 2 CrC); the Code of Criminal Procedure provisions that emphasise the *Corte di Cassazione's* function of ensuring the exact observance and uniform interpretation of the law (Article 65 of Royal Decree 30 January 1941, no. 12, so called Law on the Organisation of the Courts; Articles 610, paragraph 2, and 618 CCrP; Articles 172 and 173 IPCCrP).

In order to understand the role of the principle of legality in relation to the issue of the precedent's value it is important to remember that case law is not a source of law in Italy. In support of this conclusion, it has been previously noted that two Constitutional provisions appear to be decisive (notably Article 101, paragraph 2 Const., which subjects the judges only to the law, and Article 107, paragraph 3 Const., which legitimises distinctions between magistrates only on the basis of their functions, excluding any kind of hierarchical relationship between them) as does Article 1 of the Preliminary Provisions to Civil Code (henceforth PPCC), which does not mention court decisions among the list of sources of law⁶³. These are generally acceptable positions, but might not paint a complete picture with regard to criminal law. The main argument used in this field to preclude judges from playing a formal role in the creation of law leverages Article 25, paragraph 2 Constitution – “*No one may be punished except on the basis of a law already in force before the offence was committed*” – which grants constitutional relevance to the principle of legality (*nullum crimen, nulla poena sine lege*).

This analysis cannot go into the details of the basis and scope of this principle, which is the canon informing modern criminal law. This is proven by the fact that it has been accepted, albeit with substantial variations, in common-law countries, and the European Court of Human

⁶² As already noted (see above, *Introductory Remarks*) according to a hypothetical ideal scale based on the principle of graduation, precedent can have merely persuasive force, relatively binding force (so called “weak” binding force), or binding effect (so called “strong” binding efficacy).

⁶³ Cf. above, *Introductory Remarks*.



Rights has provided an international concept of it, confirmed by Article 7 of the ECHR⁶⁴. It is useful to note, however, that the rationale behind this principle, as well as its implicit corollaries (principle of specificity⁶⁵; principle of non-retroactivity of the criminal law⁶⁶; principle of culpability⁶⁷; statutory reserve⁶⁸)⁶⁹, is a need for guarantee: since criminal law deals with the most serious and socially unacceptable unlawful acts, and provides the harshest sanctions within the legal system, the principle of legality is aimed at raising awareness among individuals of what conducts are to be considered as an offence, a, and of what sanctions they can expect. Only in this way can citizens enjoy the freedom of self-determination and consciously choose their behaviours, while taking on the relative responsibility⁷⁰.

There is no doubt that the principle of legality upheld in Italian constitutional law includes the notion of “absolute statutory reserve”. This sub-principle implies that the task of legislating on criminal matters – i.e. the power to decide what actions constitute an offence and what penalty these actions deserve – is deferred exclusively to Parliament, as an institution that embodies the highest expression of democratic representation⁷¹. In this perspective, it does not seem to be in compliance with the Constitution that criminal law is set down by the executive power, through sources that are subject to the “law” in a formal sense. Similarly, it does not make sense to say that it is the court, with its decisions, that makes criminal laws. A judicial decision – even when it deals with and resolves legal issues – should have effects only on the

⁶⁴ For an in-depth analysis, see CADOPPI, *Il valore del precedente*, *supra* note 52, 196 ff.

⁶⁵ The definition of both the offence and the penalty must be sufficiently clear for individuals to conduct themselves in accordance with its commands.

⁶⁶ This principle prohibits the enactment of retrospective criminal laws (i.e. *ex post facto* laws).

⁶⁷ Under this notion, the basis for the imposition of individual criminal liability is a certain degree of “blameworthiness” in the commission of a crime or offence.

⁶⁸ It means that criminal offences and penalties must be prescribed by law that is promulgated by the legislature.

⁶⁹ On the subject see, among many, FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2009, 50 ff.

⁷⁰ CADOPPI, *Il valore del precedente*, *supra* note 52, 42.

⁷¹ MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milan, 2012, 37. This argument was vigorously reaffirmed recently by the Italian Constitutional Court. See Constitutional Court, judgment no. 230 of 2012, *supra* note 57, at §. 7: “in the interpretation given by the Court of Strasbourg, the conventional principle of legality in criminal matters seems to be less inclusive than the one upheld by the Italian Constitution (and, in general, in continental legal systems). It does not contain the principle [...] of statutory reserve, as defined in Article 25, second paragraph, Constitution; a principle that [...] defers the power of legislating in criminal matters – since it affects the fundamental rights of the individual, and notably personal freedom – to the institution that is the highest expression of political representation: that is, the Parliament, elected by universal suffrage by the entire country”.



case in question (*uti singuli*), but not on future cases. It would not contribute to the “creation” of criminal law, but just to its application to an individual case⁷².

Naturally this view suggests the idea of a clear and comprehensive law to be automatically applied by the judge, who is considered a mere “mouthpiece of the law”. This is a flawed notion based on equally flawed legal positivist dogma of the completeness, unity and consistency of the legal system. Experience shows that the law is not “self-sufficient”: a legal text cannot contain the solution to every issue and cannot be absolutely precise, because, due to its general nature, it needs to follow more or less vague formulae. Consequently, the judge has to complete the law through interpretation, which inevitably entails a more or less broad margin of creativity: after the judge’s interpretation, the rule becomes more detailed and specific than how it had been written and becomes almost a “new rule”⁷³.

In light of these considerations, the prevailing idea in Italian legal science (except in the criminal sphere) is that the process by which the law is made (i.e. the “legal process”) does not finish with the setting down of written laws, but is a much more complex phenomenon, which also includes the implementation of laws and their practical application⁷⁴. This different view has contributed to give increasing weight to case law and the question of precedent, as demonstrated by numerous legal studies and recent legislative reforms in civil law⁷⁵. Notable signs of this new interest for the “law in action” can also be found in the field of criminal law⁷⁶, traditionally tied to a formal conception of the “law” and therefore unlikely to be influenced by the legal theory on precedent. Indeed, the new general conception of the law, together with the impetus provided by the decisions of the European Court of Human Rights, have brought into the limelight the question of the value of precedent, in particular when the Joint Chambers of the *Corte di Cassazione* decide to depart from previous case law, as this *revirement* produces a partial case-law-based *abolitio criminis*.

⁷² CADOPPI, *Il valore del precedente*, *supra* note 52, 46.

⁷³ CADOPPI, *Il valore del precedente*, *supra* note 52, 117.

⁷⁴ MARINELLI, under *Precedente giudiziario*, *supra* note 1, 875; TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, *supra* note 5, 709 ff.

⁷⁵ See above, THE VALUE OF JUDICIAL PRECEDENT IN CIVIL MATTERS, § 1 ff.

⁷⁶ CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale*, Torino, 1999; AA.VV., *Interpretazione e precedente giudiziale in diritto penale*, COCCO (ed.), Padua, 2005.



4. *Effectiveness of precedent and the role of the Criminal Corte di Cassazione in upholding and protecting the law: historical overview*

Before examining in more detail the terms of the current debate in Italy over the effectiveness of the Joint Chambers' judgments that overrule previous decisions in favour of the convicted person, it would behove us to analyse the question of the value of precedent from the perspective of criminal procedural law. In this regard, since we have already excluded that there is a horizontal *stare decisis* among decisions of trial judges, we now need to understand the scope of the binding nature of the decision issued by the highest court of the legal system (which is the *Corte di Cassazione* for criminal justice).

In order to understand this aspect it is important to note that the Italian judicial system ensures two instances of jurisdiction on the merits, and a third instance (for issue of law only) before the *Corte di Cassazione*. Judgments delivered by first-instance judges (Tribunal, Court of Assizes and Justice of the Peace) can be challenged both by the prosecutor and the accused or convicted person. The appeal is available against acquittal or conviction, and can be made either on factual or on purely legal grounds. The judgments of the second-instance courts (Court of Appeals or Appellate Court of Assizes⁷⁷), and also those of the first-instance judges that the law declares to be unappealable⁷⁸, can be challenged before the *Corte di Cassazione*. This appellate remedy – which the Constitution grants against “*all judgments and decisions on personal freedom, issued by ordinary or special jurisdictional bodies, [...] for violation of the law*” – is available exclusively for specific reasons: pursuant to Article 606 CCrP the grounds of motion before the Supreme Court shall regard only breach or misapplication of regulations of substantive and procedural law (so called *errores in iudicando* and *in procedendo*)⁷⁹. If the

⁷⁷ When the appeal is against the judgment delivered by the Justice of the Peace, the competent trial court is the Tribunal (Article 39 Legislative Decree 28 August 2000, no. 274), which in this case acts as the appellate judge.

⁷⁸ According to Article 593, paragraph 2 CCrP, judgments of conviction applying only fines are not appealable.

⁷⁹ See Article 606 CCrP, which reads: “1. The appeal to the Supreme Court will contain maxims may be lodged if it is based on the following arguments: a) the judge exercises a power that is granted by law to legislative or



appeal is upheld, the *Corte di Cassazione* voids the judgment, and decides itself the case or shall order that the trial be referred to another judge of a lower level, depending on the type of violation found: in all cases in which further fact-finding is not required (for example, if the criminal act is not deemed an offence by law, or the offence has been extinguished, or prosecution should not have been started or continued, or the crime does not fall under the jurisdiction of the ordinary judge)⁸⁰ the *Corte di Cassazione* will void without referral, and so decide itself on the case; in all the other scenarios, the Supreme Court declares the annulment of the judgment, specifically stating the principle of law which the trial judge must follow (Article 173, paragraph 2 of IPCCrP; Article 627, paragraph 3 CCrP).

This legal framework allows us to reiterate, for criminal trials, what has previously been said about civil trials⁸¹: when the *Corte di Cassazione* carries out its function of review of legality, to ensure better justice in individual cases (the so called *jus litigatoris*), the referral judge is directly subject to the Supreme Court decision, since he must “conform to the judgment of the *Corte di Cassazione* as regards any issue of law it has decided upon” (Article 627, paragraph 3 CCrP)⁸². As previously noted, this aspect does not pertain to the value

administrative bodies or not allowed to public authorities; b) failure to comply with or misapplication of criminal law or other legal rules which must be considered in the application of criminal law; c) failure to comply with the procedural rules established under penalty of nullity, exclusion of evidence, inadmissibility or expiry; d) decisive evidence is not gathered, when a party has requested its gathering also during the trial evidentiary hearing, exclusively in the cases provided for in Article 495, paragraph 2; e) the grounds of the judgment are lacking, contradictory or manifestly illogical, when the defect results from the text of the appealed decision or from other documents of the proceedings specified in the arguments for the appeal to the *Corte di Cassazione*. 2. In addition to cases and effects established in specific provisions, the appeal to the *Corte di Cassazione* may be lodged against judgments which are delivered at the appeal stage or are not appealable. 3. The appeal to the *Corte di Cassazione* is inadmissible if it based on arguments other than those allowed by law or which are manifestly groundless or on breaches of law that are not raised in the arguments of the appeal, with the exception of the cases provided for in Articles 569 and 609 paragraph 2”. On the subject of appeals to the *Corte di Cassazione*, see BARGIS, *Impugnazioni*, in CONSO-GREVI-ILLUMINATI (ed.), *Compendio di procedura penale*, Padua, 2014, 1022 ff.; SIRACUSANO D.-SIRACUSANO F., under *Cassazione*. I) *Diritto Processuale Penale*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, IX, updated, Rome, 2000; SPANGHER, under *Suprema Corte di cassazione (ricorso per)*, in *Digesto di Disciplina Penale*, XIV, Turin, 1999, 123.

⁸⁰ For a complete overview of hypotheses of annulment without referral, see Article 620 CCrP.

⁸¹ See above, THE VALUE OF JUDICIAL PRECEDENT IN CIVIL MATTERS, §§ 1 and 3.

⁸² Unless there are doubts about the constitutionality of the principle of law: in this event, the referral judge cannot observe the principle of law issued by the Court, but must refer to the Constitutional Court judge, to criticise the law as interpreted by the *Corte di Cassazione*. See Constitutional Court, judgment no. 305 of 2008, at <http://www.cortecostituzionale.it/>



(persuasive or binding) of judicial precedent, because the referral trial is a distinct phase of the same trial.

In order to assess the binding nature of the precedent of the *Corte di Cassazione* in future trials before lower courts or the Court itself, we should address the other fundamental role traditionally assigned to the Supreme Court by the so called “nomophylactic” function, which consists in ensuring consistency in the case-law interpretation of the law, as well as the unity of national law.⁸³

The history of the Criminal *Corte di Cassazione* – in many respects similar to the genesis of the Civil *Corte di Cassazione* – can help us understand the reasons for this function, as well as how it is performed. As mentioned, this body is a descendant of the French *Tribunal de Cassation* which was established after the French Revolution. Initially the *Tribunal* played an essentially repressive role, since it had been conceived – alongside the prohibition of *arrêt de règlement* and the mechanism of *référé législatif* – to abolish the freedom of interpretation of the judges, who were reduced to a mere “mouthpiece of the law”. In this perspective, the *Tribunal* was invested with the power to invalidate judgments contrary to the law or based on arbitrary interpretations of the law, since they were contrary to the principle of separation of powers⁸⁴.

The failure of the revolutionary attempts to annul or reduce the judicial power promoted a more realistic view of the interpretative activity. In France the distinction soon returned between “authentic interpretation” and “case-law interpretation”, and so the right to interpret the law for individual cases was restored to the judiciary. Above all, it was recognised that in both criminal and civil matters there could be contrasting interpretations of the law. On the basis of these new concepts the *Tribunal de Cassation* (in the meantime renamed *Cour de Cassation*) took on a more modern appearance: from “driving belt of authentic interpretation,

⁸³ As explained by TARUFFO, *Una riforma della Cassazione civile?*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2006, 760 ff., “assessing legitimacy and ensuring the uniformity of case law [are not] different and separate functions”, but rather “two sides of the same coin, two aspects of the same basic function that is assigned to the Corte di Cassazione” as the upper body of the legal system.

⁸⁴ CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, vol. I, 1920, republished in Naples, 1976, 407-408.



performed by the legislators themselves”,⁸⁵ it became the body of the judiciary charged with ensuring the correct and uniform interpretation of the law (*jus constitutionis*).

In the wake of the French experience, also in the pre-unification Italian States the idea of establishing a Supreme Court to ensure a uniform interpretation of criminal law took root. One of the first States to establish this judicial body was the Kingdom of Naples, which in 1817 created a “Supreme Court of Justice”. As explained in the letter of presentation to the King, the Supreme Court was the highest of all the legal bodies and its role was “not to deal with the interests of the parties, but to oversee the judges and to remind them constantly of the uniformity and observance of the laws”⁸⁶. The decisions of the Court had to be published in the same form as the official collection of statute laws, so as to act as much as possible as guidelines for the judges and, presumably, for the citizens⁸⁷.

Other States followed the example of Naples. After the unification of Italy there were five Criminal Courts of Cassation in the country (in Turin, Florence, Naples, Palermo and Rome). Naturally the presence of multiple Courts of Cassation fuelled conflicts in case law, since in the meantime (and until 1890, when the first unified criminal code, the so called *codice Zanardelli* of 1889, came into force) more than one criminal code had been in force⁸⁸. But with the adoption of a unified criminal code, the existence of different contrasting interpretations of the same (and by now only) legal text became intolerable: a high degree of inconsistency in the criminal case law seemed even more unacceptable than in civil law, because, as the Minister Zanardelli said, the inequality of citizens before the law is much more serious and absurd in relation to the concept of crime, the public interest and social order, than it is in civil law, which

⁸⁵ The expression is from MARINELLI, under *Precedente giudiziario*, *supra* note 1, 875.

⁸⁶ Letter dated 9 September 1817, signed by NICOLINI-PARILLI-ENGLER, reproduced in CADOPPI, *Il valore del precedente*, *supra* note 52, 229.

⁸⁷ CADOPPI, *Il valore del precedente*, *supra* note 52, 229.

⁸⁸ We are referring to the so called Sardinian-Italian code, the code of the Kingdom of Sardinia of 1859, subsequently extended (with a few changes) to the entire territory of the Kingdom of Italy, except for Tuscany; and to the Tuscan Criminal Code of 1853, which remained in force in the area of the former Grand Duchy of Tuscany. See CADOPPI, *Il valore del precedente*, *supra* note 52, 69.



is concerned with private matters⁸⁹. In 1889 (30 years before the unification of the Civil Court of Cassation), the Criminal Court of Cassation was unified⁹⁰. After the regional courts were abolished, their respective functions were concentrated in the *Cassazione Penale Unica*, headquartered in Rome; the “Joint Chambers” of the Court were charged with settling conflicts in jurisprudence. In the opinion of the Minister Zanardelli, in this special composition the Supreme Court would have a “quasi-legislative” role: “of giving *mandatory standards* to new judges on the merit”⁹¹. The idea was a *Cassazione Penale Unica* with a strong function of upholding and protecting the law and that could dictate interpretations that were binding for everyone.

In reality, despite the good intentions of the creators of the *Cassazione Penale Unica*, and their great faith in the body’s ability to put an end to all conflicts in jurisprudence, the disagreements in interpretation went on, so at the end of the 19th Century there was still a situation of jurisprudential chaos⁹². A high number of case-law disputes was also occurring in the 20th Century, after the introduction of the criminal code of 1930 and the code of criminal procedure from the same year (the so called *Codice Rocco*), and continues today, despite the adoption in 1988 of a new code of criminal procedure (the so called *Codice Vassalli*). Therefore, also in the criminal field there is an ongoing debate on the “crisis” of the *Corte di Cassazione*

⁸⁹ This is a paraphrase of the words of the Minister of Justice Zanardelli, *Senato del Regno, Discorsi pronunciati dal Ministro Guardasigilli G. Zanardelli nelle tornate del 13 e 16 marzo 1888*, Rome, 1888, 5, quoted by CADOPPI, *Il valore del precedente*, *supra* note 52, 232.

⁹⁰ The history of the Criminal Court of Cassation diverges from that of the Civil Court of Cassation not only around the unification, but also in another important aspect. We are referring to the remedy of the motion to the Corte di Cassazione in the interest of the law, a mechanism that was originally designed for both civil and criminal law, but which later disappeared in criminal law. After being accepted into the codes of criminal procedure of 1865 and 1913, this type of appeal was not adopted by the code of criminal procedure of 1930, perhaps due to the very limited practical application until then. After that, the institution was never again introduced into the Italian criminal justice system.

⁹¹ Again in the words of Zanardelli, *Senato del Regno*, 26, quoted by CADOPPI, *Il valore del precedente*, *supra* note 52, 231.

⁹² Cf. ESCOBEDO, *La Corte di Cassazione penale nel suo odierno funzionamento e nelle progettate riforme*, in *Giustizia penale*, 1901, VII, p. 577, according to which conflicts in case law, far from decreasing, actually became more frequent; what made things worse was the fact that the conflicts took place no longer among multiple Courts of Cassation, but within the unified Court (*Cassazione Penale Unica*), often in the same chamber.



and its function of upholding and protecting the law, and on the reforms needed to restore and strengthen it⁹³.

5. The Supreme Court's function of upholding and protecting the law in the current code of criminal procedure

This brief historical digression shows that since its inception the *Corte di Cassazione Penale* was conceived as a body with the task, on the one hand, of guaranteeing the implementation of the law in specific cases (the so called *jus litigatoris*) and, on the other, of providing the exact interpretation of the applicable law (the so called *jus constitutionis*), so as to help uniformity in case law and unity of the legal order. This was the logic behind Article 65 of Royal Decree 30 January 1941, no. 142 (known as the Law on the Organisation of the Courts), a general law that entrusts the Supreme Court with the task of “ensuring the correct observance and uniform interpretation of the law” and “the unity of the national objective law”⁹⁴.

The importance of the *Corte di Cassazione's* role in upholding and protecting the law is also reflected in several provisions of the current code of criminal procedure about the Supreme Court trials.

Significant among these is Article 173 IPCCrP, concerning the reasons of the judgment and the statement of the principle of law, which is the *regola juris* that the Court must declare with its decision, and through which it defines an interpretative approach that aspires to

⁹³ Cf. AA.VV., *La Corte assediata. Per una ragionevole deflazione dei giudizi penali di legittimità*, Atti del Convegno dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale, Rome, 27-29 September 2012, Milan, 2014. See also, among others, BARGIS-BELLUTA, *Rimedi per i “mali” della Corte di Cassazione: ovvero “Carta di Napoli” e dintorni*, in BARGIS-BELLUTA, *Impugnazioni penali. Assestamenti del sistema e prospettive di riforma*, Turin, 2013, 303; AA.VV., *Le impugnazioni penali nel prisma del giusto processo, Progetto di ricerca di Rilevanza Nazionale (PRIN 2007) (2008-2010)*, at http://www.unibo.it/NR/rdonlyres/C36BC3A7-7D6C-4C94-85DF-C0BF0E7385AA/211620/Leimpugnazionipenali_BOLOGNA_maggio2011.pdf.

⁹⁴ See above, THE VALUE OF JUDICIAL PRECEDENT IN CIVIL MATTERS, § 1.



acquire stability and general compliance. So it is the principle of law, not the entire ruling that acquires, within the limits outlined below, guiding effectiveness.

Article 173 IPCCrP establishes that the *Corte di Cassazione*, in whatever arrangement it is judging⁹⁵ (i.e. Joint Chambers or Individual Chamber) is required to state the principle of law on which the decision is based⁹⁶. However, in the first case, this obligation always applies, whatever decision the Court adopts; in the second case, it only applies if the judgment is annulled with referral. The different positioning of the rule under examination is related to the different type of acknowledged effectiveness of the precedent. When the Court decides as an individual chamber, its judgment is binding for the referral judge (Article 627, paragraph 3) with regard to any legal matter ruled upon. In this perspective, the obligation to state the principle of law responds to the need to avoid difficulties in identifying the *regola juris* to be followed⁹⁷, since failure to observe it might be a ground for a subsequent appeal to the *Corte di Cassazione* (Article 628, paragraph 2 CCrP). Conversely, when the Joint Chambers are deciding, the identification of the principle of law is considered essential because the statement in question has not only an “internal effect” on the individual proceeding (producing the decisional bond for the referral judge), but also outside it, because of the Supreme Court’s function of upholding and protecting the law⁹⁸. This function ensures that the subsequent case law *generally* conforms to the decisions of the Joint Chambers. We said “generally” because the decision of the Joint Chambers, while it cannot in any way be considered binding *erga omnes*⁹⁹,

⁹⁵ It is worth remembering that, as far as criminal matters are concerned, the Corte di Cassazione operates through eight different Chambers, which also include the “Summer Chamber” and the so called “Filtering Chamber (the seventh Chamber, established in 2001, composed of magistrates who also sit in other Chambers), which performs a preliminary assessment of the admissibility of the appeal, based on Article 610, paragraph 1 CCrP. It is the President who assigns the appeals to the various chambers, according to the criteria established by the legal system. The President and the individual chambers can decide to defer the appeal to the Joint Chambers. In this case, the presiding court will be composed of a greater number of magistrates than those in the individual chamber (nine members instead of five).

⁹⁶ Article 173 IPCCrP reads: “1. In the judgment of the Corte di Cassazione the reasons of the appeal are stated in the limits strictly necessary for the decision. 2. In the case of annulment with referral, the judgment specifically states the principle of law to which the referral judge must conform. 3. When the appeal is deferred to the Joint Chambers, the judgment always states the principle of law on which the decision is based”.

⁹⁷ CANZIO, *Il ricorso per cassazione*, in CHIAVARIO-MARZADURI (ed.), *Le impugnazioni*, Turin, 2005, 520.

⁹⁸ LUDOVICI, *sub art. 173 IPCCrP*, in *Codice di procedura commentato*, ed. by GIARDA-SPANGHER, Vol. III, Milan, 2010, 8736.

⁹⁹ CORDERO, *Procedura penale*, Milan, 2012, 9th edition, 1157.



is an “influential precedent”, in that it has a “persuasive” effect that makes it suited to guide the judges in future trials, helping to stabilise subsequent case law.

The Court’s function of upholding and protecting the law is also reflected in the provisions that regulate the assignment or deferral of appeals to the Joint Chambers. Article 610, paragraph 2 CCrP attributes the power of assignment of appeals to the Joint Chambers first of all to the First President of the Court “when the issues raised are particularly relevant or when conflicts among the decisions of individual chambers need to be resolved”. But this is not the only way of deferring to the Supreme Assembly: Article 618, paragraph 2, confers similar power also to the individual chamber, when it discovers that “the question of law under its examination has caused or may cause judicial conflict”¹⁰⁰. Evidently, the two scenarios have very different conditions. On the one hand, the individual chambers cannot exercise their faculty when the questions are of particular importance. On the other hand, they can defer the appeal to the Joint Chambers not only when a case-law conflict has arisen that the First President has not yet decided to defer to the Joint Chambers, but also when the legal question brought to their attention might give rise to a dispute that does not exist yet at that time. The latter scenario happens, for example, when the chamber intends to adopt a decision that departs from the case law of the Court (or at least from the dominant interpretative approach) and also when the Joint Chambers have already attempted to settle a pre-existing dispute with a statement with which the individual chamber claims that it cannot agree¹⁰¹.

The regulations on the issue suggest that the legislator, when drafting the provisions under Articles 610 and 618 CCrP, did not only attribute to the Joint Chambers a role (of “settling judicial conflicts”) that is the central part of the function of ensuring the exact observance and uniform interpretation of the law, but also thought of prevention. Mechanisms were put in place to prevent disputes continuing after the Joint Chambers have ruled. All this with the

¹⁰⁰ If the individual chambers intend to exercise the faculty of deferring the appeal to the Joint Chambers, they must do so with an order, i.e. a decision which, with an obligation to state the reasons (Article 125, paragraph 3, CCrP), must indicate the terms of the existing case-law conflict or state the reasons why the question might give rise to a conflict or disagreement with regard to a previous decision by the Joint Chambers.

¹⁰¹ BERTONI, *sub Article 618 CCrP*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, edited by CHIAVARIO, VI, Turin, 1991, 278.



purpose of stabilising and standardising the case law also underlying the legal theory of *stare decisis*.

Some Scholars have raised some doubts on the real “stabilising” effectiveness of the abovementioned system, since the founders gave the individual chambers the mere faculty, not the obligation, to defer to the Joint Chambers. This is particularly significant if one considers that the definitive draft of the 1988 CCrP included a provision (Article 610-bis CCrP) that established that “the individual chambers conform their decisions to the principle of law stated by the Joint Chambers to resolve the dispute; otherwise they must submit an appeal to the Joint Chambers detailing the reasons for the disagreement”¹⁰². The Parliamentary Commission, in its definitive opinion, raised serious doubts about this solution, claiming that it would “impose, for the first time in our trial system, a bond, albeit general and correct, to precedent”¹⁰³. By contrast, it has been noted that “this was not the introduction, even in a very limited area, of *stare decisis*, but of a negative obligation, the prohibition on issuing sentences that conflicted with the principles issued by the Joint Chambers, through a criticism based on [...] their precedent”¹⁰⁴. Nevertheless, due to the abovementioned fears, the original text was replaced with the current one: the “bond” disappeared, as did the obligation to defer the matter to the Joint Chambers.

Another provision emphasising the Supreme Court’s function of upholding and protecting the law is Article 172, paragraph 2, IPCCrP, which regulates the return of the appeals previously deferred to the Joint Chambers. According to this provision “under no circumstances can a motion be returned which, after a decision by the Joint Chambers, was deferred by a chamber of the *Corte di Cassazione* with a statement of the reasons that can cause a new conflict of jurisprudence”. It is clear that the legislator explicitly envisaged the possibility of a disagreement among the individual chambers, which was already implicitly acknowledged by

¹⁰² See CONSO-GREVI- NEPPI MODONA (ed.), *Il nuovo codice di procedura penale. Dalle leggi delega ai decreti delegati*, V, *Il progetto definitivo e il testo definitivo del codice*, Padua, 1990, 1355.

¹⁰³ Literally the Parliamentary Commission’s second opinion, 33, quoted in CONSO-GREVI- NEPPI MODONA (ed.), *Il nuovo codice di procedura penale. Dalle leggi delega ai decreti delegati*, supra note 102, 1355.

¹⁰⁴ ZUCCONI-GALLI-FONSECA, *Le nuove norme sul giudizio penale di cassazione e la crisi della Suprema Corte*, in *Cassazione penale*, 1990, 527.



Article 618, paragraph 2 CCrP. This confirms, if it were still necessary, the non-existence of a legal obligation to conform to the precedents of Joint Chambers, both for *Corte di Cassazione* and trial judges. This also seems to confirm the intent underlying Article 618, paragraph 2 CCrP, to assign to the Supreme Assembly a sort of “preferential jurisdiction in the formation and evolution of consolidated case law”¹⁰⁵: the dialectic within the Corte di Cassazione is guaranteed, but it will be up to the Joint Chambers to decide whether to make changes based on the case law.

In light of the legal framework described above, we can conclude that the current procedural rules have certainly helped strengthen the Criminal Court of Cassation’s function of ensuring the exact observance and uniform interpretation of the law compared to the past¹⁰⁶. However, it seems difficult to assign to the precedents of the Joint Chambers and, moreover, to the judgments of the individual chambers, a binding effect in the strict sense outside the single proceedings in which they were stated. Certainly, the decisions of the Joint Chambers are authoritative and influential precedents, and a certain credit must be given, although to a lesser extent, to the statements of the individual chambers, since the mechanism for deferring to the enlarged commission under Article 618, paragraph 2 can be triggered even by the possibility of a disagreement¹⁰⁷. However, as specified by the Constitutional Court, “the approach stated in the decision of the Joint Chambers undoubtedly “aspires” to acquire stability and a general following: but these are just trends that are based on an essentially “persuasive”, non-binding effectiveness. Consequently [...] the decision of the body that ensures the exact observance and uniform interpretation of the law remains potentially susceptible to being misapplied at any time and by any judge of the Republic, even if [he/she is] charged with the obligation of

¹⁰⁵ GIALUZ, sub *Article 618 CCrP*, in *Codice di Procedura Commentato*, edited by GIARDA-SPANGHER, Vol. II, Milan, 2010, 7476-7480, according to whom the problem is that it is a “preferential”, not “exclusive” jurisdiction, since, as previously noted, the reformers did not impose the obligation to defer the matter to the enlarged commission.

¹⁰⁶ Article 618 CCrP represents an improvement compared to the 1930 CCrP. In the previous system the power of assigning appeals to the Joint Chambers was attributed exclusively to the First President. The new legislation grants the individual chamber the faculty of appealing deferring directly to the enlarged commission, independently of any intervention by the First President, and also when the disagreement has not arisen, but could yet come about. This reflects the intent to strengthen the channels of access to the Joint Chambers, and to give more weight to their decisions than in the past.

¹⁰⁷ This is the opinion of CADOPPI, *Il valore del precedente*, *supra* note 52, 215.



providing reasons”¹⁰⁸. The drafters of 1988 CCrP were not thorough enough to come up with a similar solution to the one adopted for civil trials, with the 2006 amendment of Article 374 CCP)¹⁰⁹.

6. The recent debate on revirement in the case law of the Joint Chambers and perspectives of law as it should be

As previously noted, a lively debate has recently begun on the value of case-law precedent and on the “crisis” of the *Corte di Cassazione*’s function of ensuring the exact observance and uniform interpretation of the law. Many are the topics on the table: on the one hand, the question of the effects of changes in interpretation of the Joint Chambers that entail a sort of *abolitio criminis*; on the other hand, the issue of the Court’s enormous workload, which is perhaps today the main cause of conflicts in case law.

With regard to the first scenario, it is important to note that the broad concept of “legality” in criminal law upheld by Article 7 of the ECHR¹¹⁰ has led some Italian judges to claim that changes in case law have similar consequences on criminal trials to legislative amendments¹¹¹.

The equalisation of law in the books with law in action emerged most significantly in a recent judgment by the Joint Chambers of the *Corte di Cassazione*, which stated that the change in case law, which came about with a decision by the Joint Chambers of the *Corte di Cassazione*, incorporates a “new point of law” that can allow the resubmission, during the

¹⁰⁸ Constitutional Court, judgment 2012, no. 230, *supra* note 57.

¹⁰⁹ See above, THE VALUE OF JUDICIAL PRECEDENT IN CIVIL MATTERS, §. 4.

¹¹⁰ Under the consolidated approach of the Court of Strasbourg, the term “law” encompasses statutory law as well as case law.

¹¹¹ On the subject see MAZZACUVA, *Mutamento giurisprudenziale e processo, Il libro dell'anno del diritto 2014 Treccani*, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, Rome, 2014, at [http://www.treccani.it/enciclopedia/mutamento-giurisprudenziale-e-processo-penale_\(Il_Libro_dell'anno_del_Diritto\)/](http://www.treccani.it/enciclopedia/mutamento-giurisprudenziale-e-processo-penale_(Il_Libro_dell'anno_del_Diritto)/); VIGANÒ, *Retroattività della legge penale più favorevole*, at [http://www.treccani.it/enciclopedia/retroattivita-della-legge-penale-piu-favorevole_\(Il_Libro_dell'anno_del_Diritto\)/](http://www.treccani.it/enciclopedia/retroattivita-della-legge-penale-piu-favorevole_(Il_Libro_dell'anno_del_Diritto)/)



enforcement of judgment, of a request that had been previously rejected by the enforcement court (in the present case, a request to grant a pardon) and overcome the preclusion under Article 666 CCrP¹¹².

In the wake of this authoritative “precedent”, some trial judges have gone so far as to claim that the interpretative *revirement* of the Joint Chambers could determine a revocation of the criminal conviction (Article 673), at least in cases in which the change in the interpretation of the same law has decreed the fact is not deemed an offence. With respect to this approach, the Tribunal of Turin raised a question of constitutional legitimacy¹¹³. This question was aimed at obtaining the introduction by the Constitutional Court of a new case of revocation of the judgment, so as to make Article 673 CCrP consistent, on the one hand, with Article 7 ECHR, and on the other, with the role of absolute pre-eminence that the ordinary legislator ascribes to the consolidated case law, as a guideline for judges and for the citizens. To support the constitutional challenge, the Tribunal of Turin observes: “assuming that [after a judgement by the Joint Chambers], the subsequent decisions “generally” conform to the “living law”, the choice of continuing to punish – by not revoking the judgment of conviction – whomever behaved in a way that, according to the “supervening living law”, originating from a decision by the Joint Chambers, is no longer considered a crime by law, would seem manifestly unreasonable”¹¹⁴.

The Constitutional Court responded firmly to these “overtures” to the binding effect of precedent, rejecting all complaints and any attempt of equalisation between written law and

¹¹² Cassazione Sezioni Unite, 13 May 2010, no. 18288, in CED, no. 246651. For a comment see MACCHIA, *La modifica interpretativa cambia il “diritto vivente” e impone di rivalutare la posizione del condannato*, in *Guida al diritto*, 2010, issue no. 27, 70.

¹¹³ The question of constitutional legitimacy raised by the Court of Turin was in reference to Article 673 CrP, “in the part in which it does not envisage the possibility of revocation of the judgment of conviction (or of the criminal decree of conviction or of application of the sentence by request of the parties) in the event of a change in case law (made by decision of the Joint Chambers of the Corte di Cassazione), according to which the matter under examination is not considered by the law to be a crime”, and it was raised by claiming the violation of Articles 3, 13, 25, second paragraph, and Article 117, first paragraph, Constitution, in relation to Articles 5, 6, 7 of the ECHR.

¹¹⁴ Constitutional Court judgment no. 230 of 2012, *supra* note 57, at §. 1. The judgment is also published in *Giurisprudenza costituzionale*, 2012, 3440, with notes by MAZZA, *Il principio di legalità nel nuovo sistema penale liquido*, *ibid.*, 3463, and MANES, *Prometeo alla Consulta*, *supra* note 53, 3474.



case law¹¹⁵. According to the Constitutional Court, the intervention required would result in a “a true overturning of the “system”, since it would create a relationship of “hierarchy” between the Joint Chambers and the enforcement judge, outside the referral trial after the annulment: with notably discordant results, since the rule of *stare decisis* is so far removed from the general coordinates of the legal system”. Also, after emphasising the reasonableness of a system that gives the precedent of the Joint Chambers “not binding but merely persuasive effectiveness”, it is stated in no uncertain terms that the real obstacle to the required equalisation of statutory law and judicial decision – and to the equation between “succession of laws” and “succession of contrasting case-law interpretations of the same law” – are to be found in the cardinal principles of the modern State of law: “Opposing this equation is not [...] only a consideration [...] of the lack of binding force of a case-law interpretation, even if endorsed by a statement from the Joint Chambers. In opposition, first and foremost, there is the [...] statutory reserve in criminal matters (Article 25, second paragraph, Const., together with the principle of separation of the powers, specifically reflected in the precept that rules that the judge is subject (only) to the law” (Article 101, second paragraph, Constitution). In other words, according to the Constitutional Court, a true “constitutional barrier” prevents bringing the Italian legal system closer to those founded on judicial precedent: the creation of criminal laws, just like their repeal, cannot depend, in the current Italian constitutional framework, on “case-law-based rules, but only on an act of will on the part of the legislator (*eius est abrogare cuius est condere*)”.

With regard to the second scenario, it is important to note that it is common opinion that the current crisis in the *Corte di Cassazione*’s function of upholding and protecting the law is connected most of all to its enormous workload¹¹⁶. The very high number of appeals inevitably limits the amount of time devoted to dealing with and deciding on appeals, as well as drafting judgments. This difficult operational situation causes a high rate of inconsistency

¹¹⁵ Constitutional Court, judgment no. 230 of 2012, *supra* note 57, at §§ 7-11.

¹¹⁶ The collected data indicate that in 2011 the *Corte di Cassazione* received 50,922 appeals and decided 49,954 proceedings. The data do not vary much for other years: the workload is about 50,000 proceedings per year. This is an enormous figure if compared with other European countries. On the subject see CHIAVARIO, *La garanzia della ricorribilità e i suoi costi. Riscrivere la norma costituzionale?* in AA.VV., *La corte assediata*, *supra* note 93, 27-28.



among the case law of the individual chambers. All this hinders the “uniform interpretation” (Article 65 of the Law on the Organisation of the Courts) that should stabilise future decisions¹¹⁷.

In order to find a “balancing point between the different functions of ensuring the exact observance and uniform interpretation of the law, and guaranteeing the review of legality to the accused person”¹¹⁸, scholars have proposed a wide range of remedies, which should contribute on different levels¹¹⁹. The basic idea is that it is necessary first of all to reduce the amount of appeals by decreasing the type of decisions that can be appealed to the *Corte di Cassazione*¹²⁰. This aim could be pursued abolishing Article 613 CCrP (in the part in which it envisages that the accused person can personally file an appeal) and developing a new system of appeals against decisions on personal freedom. Alongside the deflationary mechanisms there is also the idea that there should be change in the working method of the Court, especially with regard to the way for checking the grounds of the judgement (Article 606, paragraph 1, point CCrP and rewritten in Law no. 46/2006), so as to limit and/or preclude access to the records of the previous trials.

This is not the place to express an opinion on these proposals. In the interests of this analysis, it is worth noting that these proposals aim to improve the functioning of the *Corte di Cassazione* especially in terms of deflation, without taking into consideration the possibility of introducing adequate mechanisms for binding trial judges and the individual chambers of the *Corte di Cassazione* to the principle of law stated by the Joint Chambers. But perhaps this

¹¹⁷ BARGIS, *Ricorso per cassazione inammissibile e principio di diritto nell'interesse della legge ex art. 363 c.p.c.: un istituto esportabile in sede penale a fini nomofilattici?* In BARGIS-BELLUTA, *Impugnazioni penali*, supra note 93, 274.

¹¹⁸ *La “Carta di Napoli”*. Per una riforma urgente del giudizio penale in Cassazione, edited by the Associazione tra gli Studiosi del Processo Penale, in AA.VV., *La Corte Assediata*, supra note 93, 289.

¹¹⁹ The amendments should concern the legitimacy to file an appeal; the objective appealability; the working method of the Court, with particular regard to the access to the records of the previous trials. Again, *La “Carta di Napoli”*, supra note 93, 289.

¹²⁰ For example, excluding appeals to the Corte di Cassazione against judgments of “plea bargaining” (Article 444 CCrP) or judgments of no grounds to proceed (Articles 425, 607 CCrP). This solution requires a prior amendment of Article 111, paragraph 7, Const.



aspect should not be ignored. It is no coincidence that some scholars¹²¹ have suggested inserting in CCrP a provision similar to Article 374 CCP, so as to establish the “need to defer the question [to the Joint Chambers when] the judge intends to depart from precedent”, and subjecting the admissibility of such deferral to the explanation of new reasons compared to those at the basis of the previously resolved conflict of interpretation¹²². A similar solution – basically aimed at restoring the procedural mechanism described in Article 610-*bis* of the final draft of the CCrP¹²³ – was also suggested in recent draft laws. These drafts call for the introduction, in Article 618 CCrP, of a paragraph 1-bis, according to which “if a chamber of the Court does not intend to comply with the most recent principle of law with which the Joint Chambers have resolved a disagreement among the individual chambers, it should defer the appeal by order to the Joint Chambers”¹²⁴.

Even if these proposals were successful, it would still be difficult to think of the *Corte di Cassazione* as a true “Court of precedent”, along the lines of other legal systems. That is not only because of the abovementioned constitutional obstacles, but most of all because such a system would involve only a (limited) negative obligation: the obligation not to diverge from the most authoritative interpretation without giving reasons for the disagreement. This would be a case of “weak” binding effectiveness, not an authentic case of *stare decisis*.

¹²¹ MARZADURI, *Linee guida per una riforma del giudizio in Cassazione*, in *Le impugnazioni penali nel prisma del giusto processo*, p. 29, in AA.VV., *Le impugnazioni penali nel prisma del giusto processo*, supra note 93, in http://www.unibo.it/NR/rdonlyres/C36BC3A7-7D6C-4C94-85DF-C0BF0E7385AA/211620/Leimpugnazioniipenali_BOLOGNA_maggio2011.pdf. Along these lines also is RICCIO, *Sulla Cassazione: annotazioni di Giuseppe Riccio*, at www.aspp.it, § 3.

¹²² To ensure the effectiveness of the provision, also in light of the experience in civil trials, there is also a proposal to establish that “in the event of failed deferral to the Joint Chambers, the inconsistent decision of the court having jurisdiction on the case can be voided by the Corte di Cassazione (as for the cause of the defect, which might include the inability of the judge); if an individual chamber of the Corte di Cassazione does not adapt to the bond, voidance should follow an extraordinary remedy that can be requested before the Joint Chambers based on Article 625-*bis* CCrP” (MARZADURI, *Linee guida*, supra note 121, 29).

¹²³ As proposed by some scholars. See CADOPPI, *Il valore del precedente*, supra note 52, 313; FIANDACA, *Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione*, in *Cassazione penale*, 2005, 1736.

¹²⁴ See draft law no. 1440 presented on 10 March 2009 by the Minister of Justice Alfano to the Italian Senate.



The value of precedent in administrative and constitutional matters

1. The importance of case law in administrative law

Even with regards to statement by the administrative judge there is an absence in the Italian system of an acknowledgement of the binding value of judicial precedent.

In spite of this, it is safe to say that most of the concrete creation of Italian administrative law found a basis in the case law of administrative courts. One can even argue that in Italy administrative law was born at the same time as administrative courts, precisely at the moment in which the legislator established the Fourth Chamber of the *Consiglio di Stato* (Council of State): the Chamber was given the task of “ruling on appeals on the basis of incompetence, misuse of power or breach of law against acts and decisions of an administrative authority (...), with regard to an interest of individuals or moral legal entities, when the appeals do not fall under the jurisdiction of the judicial authority” (Law no. 5992/1889, Article 3)¹²⁵.

Ever since then, while it is still up to the civil court to judge on subjective rights (in accordance with what was previously established by Article 2 of Annex E of Law no. 2248/1865), it is up to the administrative court to judge on the interests which relate to the exercise of an administrative power, and which were soon defined as “legitimate interests” (*interessi legittimi*). The Constitution of 1948 absorbed this criterion of division of jurisdiction (Article 103), which was previously consolidated in Royal Decree no. 1054/1924 (the so called “Text of the Laws of the Council of State”) and subsequently confirmed by Law no. 1034/1971 (the law that established Regional Administrative Tribunals¹²⁶, with regard to which the Council

¹²⁵ The formal and official recognition of the jurisdictional nature of the Fourth Section of the Council of State came about with Royal Decree no. 642/1907, which dictated the relative “regulations for the procedure”. On these aspects see TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Turin, 2012 (4th edition), 29 ff.

¹²⁶ There is a Regional Administrative Tribunal in every regional capital; in some regions there is even more than one chamber. The possibility of establishing in each Region first-instance administrative legal bodies, with separate chambers, is envisaged in the Constitution (Article 125). Before these courts were established, the administrative jurisdictional function was partially carried out, in first instance, by other bodies (provincial administrative



of State carries out the functions of appellate judge¹²⁷) and by Legislative Decree no. 104/2010 (Code of Administrative Procedure, abbreviated to CPA)¹²⁸.

In this way, right from the start the administrative courts were the most instrumental in the definition of the judicial relationship between citizens and administrative authorities, establishing – along the same lines of the French model, with the famous *arrêt Blanco* (1873)¹²⁹ – the fundamental principles of a fully-fledged special law. As has been efficiently noted, “The administrative process has for a long time, in some way, *incorporated* the very legal condition it is trying to protect”¹³⁰. Italian administrative law has been based on a “dual” preliminary choice of judges¹³¹: on the one hand ordinary judges, charged with applying civil law; on the other, administrative judges, dedicated to monitoring the administration’s compliance with the rules and principles imposed on it by the legal system, which are derived one by one from a very heterogeneous, incomplete and fragmented complex of regulations.

Administrative judges were the ones who clarified some of the most significant pivots of the system of administrative judicial protection, establishing, for example, which acts and decisions were appealable; what was the actual nature of the faults that could be effectively challenged before the courts; how to interpret the requirements of defensible legitimacy and interest; the specifics of the administrative process and system of judicial protection required,

governments), which could decide on appeals against the acts of certain local administrations and did not fully guarantee the constitutional principles of independence of the judge.

¹²⁷ The Council of State, whose functions are also laid out in Article 100 Constitution, is today composed of seven chambers: three carry out advisory functions (for the Government); the other four perform jurisdictional functions to all intents and purposes. In the Region of Sicily the functions of the Council of State are exercised by the Council of Administrative Justice of the Region of Sicily.

¹²⁸ An exception to this criterion of division is the so called “exclusive jurisdiction” of the administrative court (see again Article 103 Constitution, which however absorbed the framework established by Royal Decree no. 2840/1923): on “certain subjects” the legislator can allow the administrative court to rule on the protection of both legitimate interests and subjective rights.

¹²⁹ With this famous judgment, the French Court of Conflicts had established that administrative judges should have jurisdiction over disputes regarding the State’s liability for damages incurred to private individuals by activities of public service, in that these were not regulated by civil law. On this point, see CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Milan, 2000 (reprint of the 6th edition), 15.

¹³⁰ PAJNO, *Nomofilachia e giustizia amministrativa*, in *Rassegna forense*, 2014, 641 ff., in particular 649, which recalls, on this point, the corresponding reconstruction by NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 2002 (6th edition), chapters IV and V.

¹³¹ A. SANDULLI (ed.), *Diritto processuale amministrativo*, Milan, 2013 (2nd edition), 1.



in exclusive judicial capacity¹³², to guarantee also subjective rights; the type of system of legal protection (originally envisaged only as a suspension of the effects of the challenged act); how to guarantee the execution of the judgments vis-à-vis the administration; the feasibility and potential of a number of specific remedies, such as cross-appeal or appeal; what remedy to implement when faced with the inertia of the public administration.

With regard to all these questions, the legislator has always intervened by acknowledging what the administrative judges had already, entirely or partially, defined, relying also on the mediation of the most common interpretations of case law in other legal systems, those of the Constitutional Court and, more recently, of the, as it were, “qualified” ones from supranational legal bodies such as the European Court of Justice and the European Court of Human Rights¹³³.

Again, for an idea of the great creative ability of Italian administrative judges, one need only think that for a long time (until Law no. 241/1990) there was no general regulation of administrative actions. Yet, the majority of the principles subsequently upheld by the legislator had been previously envisaged by the judges themselves (such as the emblematic case of the duty to state reasons¹³⁴), who also drew the boundaries of a number of important administrative powers (such as automatic repeal or voidance, which is regulated with general provisions only in Law no. 15/2005¹³⁵) and of other major institutions, well beyond that is explicitly established by the law (for example, announcement of proceedings, notice of rejection in proceedings filed by one of the parties, the judge’s power not to void illegitimate measures in the presence of merely formal or procedural breaches, right of access to other administrative documents¹³⁶; one could say the same about the definition of judicial control

¹³² See above at note 123.

¹³³ We will return to these issues, *infra*, § 3.

¹³⁴ See Article 3 of Law no. 241.

¹³⁵ Cf. Articles 21 quinquies and 21 nonies of Law no. 241.

¹³⁶ See, in order, Articles 7, 10 bis, 21 octies and 22 of Law no. 241.



over technical and administrative discretion¹³⁷, and even the “invention” of abuse of process¹³⁸).

The importance of the fact that administrative judges were able to play a very innovative role because they were operating from outside the channels of civil justice can be appreciated in particular with regard to a very significant issue, the regime of liability of the public administration for damages from unlawful decisions. The Joint Chambers of the Court of Cassation, with the significant judgment no. 500/1999, established for the first time a regulation for this type of liability; however, with the passing of Law no. 205/2000, the jurisdiction over liability was handed over to administrative judges, who over time were able to shape a new special regime that was independent of the one designed, albeit with great authority, by civil judges¹³⁹.

2. *The role of the Council of State and its function of upholding and protecting the law*

This “dual” layout that was briefly mentioned was fundamental. It meant that the functions of upholding and protecting the law, as carried out by the Court of Cassation per Article 65 of the law on the organisation of the courts,¹⁴⁰ were ascribed to the Council of State, as the highest body of administrative jurisdiction (its judgments, like those of the Court of Auditors, can be appealed before the Court of Cassation “only for reasons concerning jurisdiction” – per Article 111 Constitution – and therefore, at least in principle¹⁴¹, the upper body of ordinary, civil and criminal jurisdiction cannot assess the approach of administrative and accounting judges according to a strict observance and consistent interpretation of the

¹³⁷ As recalled by PAJNO, *Nomofilachia e giustizia amministrativa*, *supra* note 130.

¹³⁸ See, ultimately, TROPEA, *L'abuso del processo amministrativo*. *Studio critico*, Naples, 2015.

¹³⁹ The literature on this subject is plentiful. For an overview of these evolutions see FALCON, *La responsabilità dell'amministrazione e il potere amministrativo*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2009, 241 ff.

¹⁴⁰ See above, note 11.

¹⁴¹ See what is mentioned *infra*, in this paragraph.



law). Statements by the Council of State “validated”, in corresponding leading cases, the creative innovations listed in the previous paragraph¹⁴².

From this point of view, an essential role within the Council of State has always been played by the Plenary Assembly, the jurisdictional body, first sanctioned by Royal Decree no. 638/1907 and confirmed at different times (in particular, in 1924 and 1950), which is presided over by the President of the Council of State and brings together 12 councillors chosen by the Office of the President from among the components of the other jurisdictional Chambers¹⁴³. It is this authoritative “set up” that truly performs the function of upholding and protecting the law¹⁴⁴, since it is up to the Plenary Assembly to decide on cases that have given, or could give, rise to disagreements on the case law, and that were deferred to them as such by the individual chambers or by the President of the Council of State: the President can, in fact, defer to the Plenary Assembly, on the request of one party or *ex officio*, all the appeals that raise similar issues or are characterised by particularly significant questions of law (Article 99 CPA).

The current debate on the existence of a formal rule of *stare decisis* in administrative trials is entirely focused on the interpretation of this regulation, since the law, as modified in 2010, established both that the Plenary Assembly must state a “legal principle” (often also “in the interest of the law”¹⁴⁵), and that the individual jurisdictional Chambers must defer the question to the Plenary Assembly, by “reasoned order”, when they claim to “disagree” with the

¹⁴² A collection of the most significant “historic” judgments was put together by A. SANDULLI, PASQUINI (ed.), *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, Milan, 2001.

¹⁴³ See CORSO, *L’Adunanza Plenaria e la nomofilachia*, in *Rassegna forense*, 2014, 633 ff., in particular 634, which notes that between 1907 and the start of 2014, the Plenary Assembly “issued 1,263 rulings”.

¹⁴⁴ This point – which concerns not only the Council of State, but also the Court of Auditors and its Joint Chambers – was also highlighted by Constitutional Court, 27 January 2011, no. 30, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2011, 856 ff., with commentary by SCOCA. For further commentary see also CROCE, *La “lunga marcia” del precedente: la nomofilachia come valore costituzionale?*, in *Forum dei Quaderni Costituzionali* (http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/documenti_forum/giurisprudenza/2011/0005_nota_30_2011_croce.pdf). On the issue see also TOSCHEI (ed.), *L’attività nomofilattica del Consiglio di Stato. Commentario alle sentenze dell’A.P. pubblicate nel 2011*, Rome, 2014. For an in-depth analysis see OGGIANU, *Giurisdizione amministrativa e funzione nomofilattica. L’adunanza plenaria del Consiglio di Stato*, Padua, 2011, in particular 165 ff.

¹⁴⁵ This is what happens when the Plenary Assembly is convinced that the case is of particular significance and the appeal is, however, unacceptable, inadmissible or inapplicable or should be considered settled.



“legal principle” that the Plenary Assembly may have announced on a different occasion (again, Article 99 of the Code of Administrative Procedure)¹⁴⁶.

It is easy to see that these two innovations are entirely parallel to those introduced in the regulation of civil trials before the Court of Cassation following the 2006 reform (Legislative Decree no. 40), which changed, as mentioned, Articles 363 and 374 ICCP. Consequently, most of the debate that was sparked in the regulation of civil trials can also apply to the regulations contained in the CPA, including conclusions at which the majority of scholars, in that context, have arrived¹⁴⁷.

In other words, on the one hand, we can confirm that the principle *stare decisis* has not been introduced into administrative trials either; on the other hand, however, we can see that the bond of precedent has had indirect (or *weak*) recognition: it is partially strengthened, especially from a procedural point of view, since the jurisdictional Chambers of the Council of State certainly are entitled to disagree with the interpretation of the Plenary Assembly, but in order to do so they need to state the reasons for their dissent and defer the decision to the upper court.

From a substantive point of view, however, that bond does not have “strong” remedial measures at its disposal since, as some have pointed out¹⁴⁸, faced with a dissenting jurisdictional Chamber that fails to defer the case to the Plenary Assembly, it is difficult to conceive of a reaction that is useful for the trial¹⁴⁹. In any case, it is true that the effect of this reform is that now the Plenary Assembly is involved more often than before 2010¹⁵⁰.

¹⁴⁶ Cf. CORSO, *L’Adunanza Plenaria e la nomofilachia*, *supra* note 143, as well as PAJNO, *Nomofilachia e giustizia amministrativa*, *supra* note 130.

¹⁴⁷ See above, THE VALUE OF JUDICIAL PRECEDENT IN CIVIL MATTERS, § 4.

¹⁴⁸ See FOLLIERI, *Rimedi avverso la violazione dell’art. 99, terzo comma, del codice del processo amministrativo*, in *Giustizia Amministrativa italiana*, no. 4/2013; G. PESCE, *L’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato diventa giudice di common law?*, in *IusPublicum* (May 2013) (http://www.ius-publicum.com/repository/uploads/30_05_2013_15_16_StaredecisisIT.pdf).

¹⁴⁹ See again CORSO, *ult.op.loc.cit.*, who specifies that the introduction into the Italian legal system of a formal rule binding to precedent would be “constitutionally illegitimate”: “in a system in which the judge is only subject to the law and in which case law is not a source of the law, a new source would be introduced (...) in breach of the principle according to which only the Constitution and constitutional laws determine the sources of the law. This would also damage the judge’s independent judgment, which the Constitution provides not only for the overall



It should be pointed out, in any case, that the Court of Cassation has repeatedly tried to impose its own stronger role with regard to the Council of State approach. This happened through the attempt to offer a much broader interpretation of the “reasons concerning jurisdiction” (Article 111 Constitution) that can help substantiate an appeal of the judgments of the upper court of administrative jurisdiction. In particular, the Court of Cassation has claimed it could “challenge” the judgments of the Council of State even when they offered interpretations that clash with the principle of effective judicial protection and that can be resolved with a denial of justice¹⁵¹: the Court of Cassation, in other words, has in some way admitted the possibility of exercising its function of protecting the law even in relation to administrative judges, in particular with regard to how they provide protection for specific claims¹⁵².

3. The vehicles “of precedents” in administrative trials

The importance of precedent in administrative trials emerges not only in reference to the role of the Council of State and, within that, the Plenary Assembly.

In trial regulations, there is an institution that seems to give significant value to precedent in all trials: judgment in simplified form (Article 74 CPA), which the judge pronounces, even when he believes he can already reach a verdict at the preliminary stage

legal system, but also each individual judge”. On the subject see also MALTONI, *Il “vincolo” al precedente dell’Adunanza plenaria ex art. 99, comma 3 c.p.a. e il rispetto dei principi costituzionali*, in *Foro amministrativo*, 2015, 137 ff.

¹⁵⁰ As reported by CORSO, *L’Adunanza Plenaria e la nomofilachia*, *supra* note 143, who also notes that the Plenary Assembly has tried to avoid excessive appeals to its jurisdiction, exercising its right, explicitly bestowed upon it by the law, to return the acts to the deferring Chamber.

¹⁵¹ See Cassazione civile, Sezione Unica, 23 December 2008, no. 30254. For an overview of the issue that caused the Court of Cassation to formulate this thesis, and for an analysis of the ensuing dispute with the Council of State, see CORTESE, *Corte di cassazione e Consiglio di Stato sul risarcimento del danno da provvedimento illegittimo: motivi ulteriori contro e per la c.d. “pregiudizialità amministrativa”*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2009, 511 ff.

¹⁵² The Court of Cassation, has denied, for example, that this interpretation allows it to challenge the exactness of the judgments of the Council of State in terms of their inconsistency with European Union law: see Cassazione civile, Sezioni Unite, 4 February 2014, no. 2403.



(Article 60 CPA), “when he establishes clear merits or manifest unacceptability, inadmissibility, inapplicability or lack of foundation of the appeal”.

In this scenario, the law allows the reasons for the judgment “to consist of a summary reference to the point of fact or law deemed to be decisive or, if necessary, to a consistent precedent”¹⁵³. As we can see, the judge is not required to use the precedent; however, it is interesting to note that the legislator did consider the notion, although as a means to encourage the legal body with jurisdiction to come up with a quick definition of the “easier” disputes.

This is by no means a new institution, since it entered the legal system under Article 19 of Decree Law no. 67/1997 (on the subject of administrative trials on public works), which, while not making explicit reference to precedent, was interpreted in that way by the case law. Reference to precedent was also made by Law no. 205/2000 (Article 9), which provided general guidelines on how to provide reasons in simple form, later confirmed by the CPA in 2010¹⁵⁴.

This form of giving reasons is also mandatory for statements to be adopted in relation to types of trials regulated with special procedures: the process for accessing administrative documents (Article 116 CPA), the one regarding inertia of the public administration (Article 117 CPA), the one regarding procedures for assigning public works, services and utilities (Article 120, paragraph 10, CPA) and those regarding the acts of exclusion of local and regional electoral procedures (Article 129, paragraph 6, CPA). The institution’s aim of speeding up the process is very clear, since these are verdicts that require a rapid response from the judges.

It is also important to note that in administrative trials, the administrative judicial precedent (the one regarding judgments adopted by administrative judges, even last resort ones, as is certainly the case with the Plenary Assembly of the Council of State), is prone to being widely disputed because of the appeal by the administrative judges themselves for a

¹⁵³ In accordance with Article 118 of the provisions implementing the ICCP, as specified above (see THE VALUE OF JUDICIAL PRECEDENT IN CIVIL MATTERS, § 4)

¹⁵⁴ On the system in place before 2010, see CLINI, *La forma semplificata della sentenza nel “giusto” processo amministrativo*, Padua, 2009.



preliminary ruling before the Court of Justice, per Article 267 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU)¹⁵⁵.

This dynamic might also affect the other Italian judges, not only the administrative ones. Through this institution, the national judicial precedents might “short circuit” when they come into contact with the guidelines of the European court, and the relative precedents.

This happened, for example, in the administrative judgment, with regard to the definition of the concrete regulation of cross-appeal, particularly from the point of view of determining the order of assessment of the main appeal compared to the cross-appeal. A Regional Administrative Tribunal openly raised doubts on the compliance with the guidelines set forth in this regard by the Council of State¹⁵⁶ compared to the regulation established by Directive 89/665/EEC, which coordinates the legislative, regulatory and administrative provisions regarding the award of public contracts for services and work. It activated a preliminary ruling¹⁵⁷ and the Court of Justice assessed a partial conflict of the thesis of the Council of State with EU law¹⁵⁸. Since the Plenary Assembly¹⁵⁹, while reiterating the correctness of its interpretation, at the same time changed it, admitting that there might be situations in which reading by the Court of Justice must be observed. The “internal” precedent was therefore modified by the “European” precedent¹⁶⁰.

¹⁵⁵ The article in question states: “1. The Court of Justice of the European Union shall have jurisdiction to give preliminary rulings concerning: a) the interpretation of the Treaties; b) the validity and interpretation of acts of the institutions, bodies, offices or agencies of the Union. 2. Where such a question is raised before any court or tribunal of a Member State, that court or tribunal may, if it considers that a decision on the question is necessary to enable it to give judgment, request the Court to give a ruling thereon. 3. Where any such question is raised in a case pending before a court or tribunal of a Member State against whose decisions there is no judicial remedy under national law, that court or tribunal shall bring the matter before the Court. 4. If such a question is raised in a case pending before a court or tribunal of a Member State with regard to a person in custody, the Court of Justice of the European Union shall act with the minimum of delay”.

¹⁵⁶ See, above all, Council of State, Plenary Assembly, 7 April 2011, no. 4.

¹⁵⁷ See Regional Administrative Tribunal of Piedmont, order 9 February 2012, no. 208.

¹⁵⁸ Court of Justice, 4 July 2013, in case C-100/12, *Fastweb*. Cf. LAMBERTI, *Per la Corte di giustizia l'incidentale non è più “escludente”?*, in *Urbanistica appalti*, 2013, 1006 ff.

¹⁵⁹ Council of State, Plenary Assembly, 25 February 2014, no. 9. For a critical commentary on the complex solution devised by the Plenary Assembly, see BERTONAZZI, *Il ricorso incidentale nei giudizi amministrativi di primo grado relativi a procedure selettive: residue incertezze domestiche e gravi incognite di origine europea*, in *Diritto processuale amministrativo*, 563 ff.

¹⁶⁰ Cf. PAJNO, *Nomofilachia e giustizia amministrativa*, *supra* note 130.



On the other hand, we should note that the administrative court's need to take into account the Court of Justice guidelines also depends on cases in which, in general and not only on matters directly regulated by EU law, Article 1 of the Code of Administrative Procedure (entitled "Effectiveness") states that "administrative jurisdiction ensures a full and effective protection of the principles of the Constitution and European law".

It is worth mentioning on that note that the Plenary Assembly has performed, and still performs, an important function of "selection" of truly relevant European precedents, on a case-by-case basis. This happened, for example, in a very recent case, in which a Chamber of the Council of State, following guidelines from the Court of Justice, assumed that the administrative judge could order the voidance of a decision with immediate effect. The Plenary Assembly, on this occasion, pointed out that the "precedent" did not really exist, because it concerned the power of the Court of Justice itself, which could be exercised in that way as a result of an express provision of the TFEU¹⁶¹.

In any case, administrative legal theory has also argued that the Plenary Assembly's function of upholding and protecting the law and the obligation for the Chambers of the Council of State to observe its legal principles might be in contrast with EU law: it is no coincidence that the question was raised by the Court of Justice with a preliminary ruling, to assess whether a Chamber of the Council of State claiming a contrast between EU law and Plenary Assembly guidelines is required to raise the case preliminarily before the Assembly or act directly through the institution described in Article 267 ECHR¹⁶².

A question of adapting administrative case law to external and foreign precedents also arises in reference to the judgments of the European Court of Human Rights on the provisions

¹⁶¹ Cf. Council of State Plenary Assembly, 13 April 2015, no. 4: "Article 1 of the CPA states that "administrative administration ensures full and effective protection according to the principles of the Constitution and European law", but this happens according to the specific regulation of the administrative process, without necessarily applying EU procedural rules. The point here is not to absorb the principles of substantive or procedural EU law (proportionality, legitimate expectations, mutual recognition, fair trial, hearing of the parties, etc.), but to apply a provision that was designed for European trials to (entirely different) national trials".

¹⁶² Cf. Council of Administrative Justice of the Region of Sicily, order 17 October 2013, no. 848. The case is still pending before the European Court of Justice.



of the European Convention on Human Rights (Article 13 ECHR) on the guarantee, on the part of the State, of effective remedies.

With regard to this issue, it is worth noting that, despite the different opinion expressed in some judgments, even by the Council of State, the administrative judge, when finding a conflict between a national norm and an ECHR norm, as interpreted by a statement by the Court of Strasbourg, would have only one option: to raise the issue of constitutionality of the national norm before the Constitutional Court, if it conflicts with Article 117 Constitution; in accordance with the latter provision, the Italian legislator must always observe any constraints arising from international obligations, which in this way operate as an “interposed parameter” of constitutional legitimacy, as they are officially interpreted by the Court of Strasbourg¹⁶³.

4. The value of precedent in the judgment of constitutional legitimacy

In the Italian legal system judicial precedent is important also in the area of constitutional jurisdiction¹⁶⁴.

Naturally we are not alluding to the value that, following a judgment of constitutional legitimacy, the Court judgment (of repeal or acceptance) might have with regard to the individual dispute within which the question of constitutionality was raised¹⁶⁵. This value concerns, as stated in the introduction¹⁶⁶, the role of the constitutional judge considered in of

¹⁶³ This definition is indicated by two major judgments of the Constitutional Court, 24 October 2007, nos. 348 and 349.

¹⁶⁴ On the subject see TREVES (ed.), *La dottrina del precedente nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Turin, 1971; CALVANO, *Lo stare decisis nella più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1996, 1279 ff.; PEDRAZZA GORLERO (ed.), *Il precedente nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Padua, 2008; CROCE, *Precedente giudiziale e giurisprudenza costituzionale*, in *Contratto impresa*, 2011, 1114 ff.

¹⁶⁵ In the Italian legal system the judgment of constitutional legitimacy is normally incidental in nature: it can be brought on by a judge, who will turn to the Constitutional Court when, in deciding on a dispute, he needs to apply a norm and believes it conflicts with the Constitution.

¹⁶⁶ See above, *Introductory Remarks*.



itself. Our aim here is to understand if the judgments of the Constitutional Court are binding for the Court's case law.

In this context, too, there cannot truthfully be said to exist a formal rule of *stare decisis*, except with regard to the question of constitutionality of a norm which has previously been declared illegitimate, and for which the Court can simply state the clear inadmissibility of the new question by referring to the precedent. Here, what is at fault in the second question is the object of the judgment, since the norm has already been eliminated by the legal system¹⁶⁷.

Besides this case, one might also note how the issue of precedent is not suitable for presenting to the Constitutional Court in the same way in which it might normally be presented to any other judge: the Court does not usually judge on "facts", or on the comparison between single facts and regulations, but rather, while still taking the facts into account, on the "mutual comparison between different norms"; so, in ruling on constitutional legitimacy, the element that indicates most the existence of a potential precedent (the relationship between the concrete case and the *ratio decidendi*) is certainly more blurred and is founded, not so much on the potential of finding an identical *regula iuris*, but rather on the possibility of evoking a common principle, even though stated in a completely different dispute or when examining not entirely corresponding issues¹⁶⁸.

Before the Court, reference to precedent makes sense only when evoking relatively established principles, whose relevance to future cases is very elastic: the principles are by their very nature the product of more flexible interpretation. Sometime the Court limits itself to stating these principles as *obiter dictum*, so the precedent in this case can pre-empt approaches and opinions that do not concern the matter put to the attention of the Court and that might have concrete applications only in the future. And it might also be the case that the Court decides to declare a certain provision constitutionally illegitimate, while notifying the legislator

¹⁶⁷ BARTOLE, *Ricorso alla regola stare decisis o sommarietà della motivazione? (a proposito dei meriti della trattazione nella stessa udienza di giudizi concernenti questioni simili)*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1986, 1247 ff.

¹⁶⁸ This point is discussed by CROCE, *Precedente giudiziale, supra* note 159, 1147, who recalls CHELI, *Sulla correzione degli errori materiali e sull'ammissibilità della revocazione per le sentenze della Corte Costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1959, 303.



that, if the regulations on this subject do not change in a constitutionally compliant way, in a possible future occasion it might accept the matter¹⁶⁹. More generally, the Court has always reserved the right to give an “authentic” interpretation of its rulings, confirming the possibility of a precedent¹⁷⁰.

The Constitution has a markedly “open” character, being able to offer different solutions, especially over time, and when its provisions leave room for different interpretations by legislators and by all institutions involved in its application¹⁷¹. At the same time, however, this flexibility cannot be absolute, since the interpretation in question concerns the reasonable, manageable and well founded reconstruction of constitutional regulation¹⁷²: this is why the Court pays concrete attention to its own precedents; they are the first support for reasons that are rationally founded, technically legitimised and free of politicised suspicions or reproach¹⁷³.

The value of these precedents reflects the need, in a broad sense, for consistency and adequacy in the constitutional judge’s approach. Some have mentioned the existence of a “principle of critically examined case-law continuity”¹⁷⁴, which is not the fruit of abstract legal theory.

The Court refers to its own precedents, for example, to draw from it very specific concrete consequences, in a consistent or inconsistent way.

The classic case regards rejection judgments – where the Court denies the authenticity of the question of constitutional legitimacy – because with regard to identical questions (in

¹⁶⁹ This is the case of the so called “warning judgments”, with which the Court warns the legislator of the need to adapt the regulations to a few constitutional principles. This type of statement is normally used when the regulations are too complex to be “corrected” with a simple Court judgment or when the potential elimination of the regulations would create a void – and potential harm – that the legal system could not sustain.

¹⁷⁰ On the subject see GRANATA, *Le sentenze e le ordinanze “autointerpretative” della Corte costituzionale fra “novazione” e “ricognizione” del precedente decism*, Milan, 2009.

¹⁷¹ Cf., among all, BARTOLE, *La Costituzione è di tutti*, Bologna, 2012.

¹⁷² V. PALADIN, *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enciclopedia del diritto*, Aggiornamenti, I, Milan, 1997, 910. Cf. also BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milan, 1992, in particular 169.

¹⁷³ As observed by CROCE, *Precedente giudiziale*, *supra* note 159, 1158-1159, many Presidents of the Constitutional Court have always ascribed particular importance to the Court’s ability to systematically know all its previous statements and use them in single judgments. See the converging remarks by G. ZAGREBELSKY, *Principi e voti. La Corte costituzionale e la politica*, Turin, 2005, in particular 83.

¹⁷⁴ See G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988, 60.



terms of object, parameter and reasons), previously dealt with in previous statements and consequently rejected, the constitutional judge can, one after the other, either quickly reject the questions themselves (motivated through a third party¹⁷⁵), because they have already been ruled upon (and are clearly unfounded), or change his opinion, on the basis of new considerations, perhaps from the acknowledgment of a new social sensibility, new regulatory factors or the influence of intervening legal facts.

Quite frequent is the case in which the Court, despite having previously rejected a specific question based on its own reinterpretation of the legal fact that is allegedly unconstitutional (availing itself of an “interpretative judgment of rejection”), determines that fact is still always interpreted by the uniform and consolidated case law in the opposite way: in this case, the Court can diverge from its own precedent because, unlike judgments of acceptance, judgments of rejection are not effective *erga omnes*, and the duty to uphold the Constitution requires it to consider the actual way in which the norm under examination is interpreted and applied.

A similar mechanism is used by the Court also in the case of judgments of acceptance, often regarding similar situations: it might happen that the Court upholds both questions consistently – the old one and the new one – by using the positive precedent, but it might also be the case that the Court arrives at this result in a different way (for example, by defining the effects of its judgment in a different way, perhaps only for the future) or, on the contrary, the Court might opt for all-out rejection (because other factors have intervened or because it is trying to avoid even greater unconstitutionality than the one determined by the existence of the contested norm)¹⁷⁶.

¹⁷⁵ Cf. CARTABIA, *La motivazione per relationem nelle decisioni della Corte costituzionale*, in Aa. Vv. (ed.), *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Turin, 1994, 258 ff.

¹⁷⁶ Cf. CROCE, *Precedente giudiziale*, *supra* note 159, 1151.



5. Concluding Remarks: judicial precedent and the liability of judges

At the end of this overview of the value of judicial precedent in the Italian legal system, we should consider a very recent innovation, brought about by the reform in regulation of the civil liability of judges (see Law no. 18/2015, which modified Law no. 117/1988)¹⁷⁷. This is a regulation, which, thus modified, might have a very significant indirect impact on how all Italian national judges are required to consider guidelines and precedents from the European Court of Justice.

Among cases in which it is possible to request from the State compensation for the damages incurred as a result of legal malpractice, due to wilful default, gross negligence or denial of justice, the reform (see new Article 2, paragraph 3, Law no. 117/1988) implies that there is gross negligence also in cases of “clear breach of the laws and rights of the European Union”. To assess this specific breach, “one must also take into account the failure to observe the obligation of preliminary ruling in accordance with Article 267, third paragraph, of the Treaty on the Functioning of the European Union, as well as the conflict of the act or provision with the interpretation by the European Court of Justice”.

As one can see, for last-resort Italian judges, the need to take into account the “precedents” of the Court of Justice can become even more pressing since underestimating the “constraint” might end up being a source of civil liability for the State and, consequently, for the individual judge (from whom the State can request compensation, as long as the error has been determined to be, case by case, from wilful default or gross negligence). So how will the judges of the higher national courts behave? The danger of them starting to take on a “defensive case law”, aimed at avoiding any kind of reproach, is not an entirely imaginary risk.

¹⁷⁷ For an initial commentary see CORTESE, PENASA, *Brevi note introduttive alla riforma della disciplina sulla responsabilità civile dei magistrati*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2015, 1026 ff.



Necessity of Proof as the Principle of Evidence in Civil Proceedings of Ukraine

Anna Shtefan

PhD in Law, the Head of Copyrights Unit of Intellectual Property Scientific and Research
Institute, Kiev, Ukraine

Abstract: The paper deals with one of principles of evidence, the principle of necessity of proof. The conformance of this principle to requirements of normativity, regulatory, mandatory and inviolability is analyzed. Since the necessity of proof is directly connected with the distribution of proof actions between persons involved in the case, the nature of the burden of proof is investigated. The author also found the possibility to take part in the long doctrinal discussion, well known at post-Soviet area, about the nature of proof: is it the right of a person or is it the obligation of a person? The legal norms of the Civil Procedural Code of Ukraine, which regulate the necessity of evidence, were analyzed, and the conclusions on improving of these norms were given.

Key words: evidence, proof, the burden of proof.

I. Introduction

All the principles of civil procedure law are in force in trial proving, one way or another. Evidence is directly related with the adversarial principle and the principle of establishing of the judicial truth. However, proof has its own unique and specific rules. In modern procedural doctrine, they called as principles of evidence (proof).



Scientists have not reached definite conclusion about the composition of principles of proof yet; there are many points of view on this issue. It is assumed that principles of evidence should:

- be universal and common to all civil proceedings;
- not depend on the type of proceedings;
- have an equal role and the same degree of implementation in each proceeding;
- have the statutory and regulatory influence, be mandatory and immutable;

There are four principles of proof which respond to those specified conditions in civil proceedings. These principles are: 1) the relevance of evidence; 2) the admissibility of evidence; 3) the necessity of proof (evidence); 4) the free assessment of evidence.

This article focuses on the principle of necessity of proof in civil proceedings, its legal nature and content.

II. General provisions of the necessity of proof

According to the part 3 of Article 60 of the Civil Procedural Code of Ukraine from 18th of March 2004 (hereinafter – CPC of Ukraine), the circumstances that are relevant to solving the case and are the dispute subject of parties and other persons involved in case are facts in issue and should be proved. The obtaining of accurate and comprehensive court knowledge of the circumstances relevant to the case, it's the basis of requirements and objections of persons involved in the case takes precedence of the rendering. Each of the circumstances of the case must be proved except as provided by law.

The principle of necessity of proof is embodied in the demand of the lawfulness of the court decision. Lawful is the decision taken on the basis of fully and comprehensively understood of circumstances which the parties refer to as the basis of their claims and



objections, confirmed by the evidence, which were examined in the court. A justified decision is the decision taken on the ground of fully and comprehensively understood circumstances which the parties referred to as the ground of their claims and objections, confirmed by those evidence that have been investigated in court (parts 2, 3 of Article 213 of the CPC of Ukraine). Results of the realization of the principle of necessity of proof are directly contained in the court decision: according to part 1 of Article 214 of the CPC of Ukraine, while making decisions the court decides whether there were circumstances that justified claims and objections, and what evidence they are confirmed by, and whether there are other actual data (the skipping of the deadline of claim duration, etc.) that are relevant to solving the case, and evidence for its confirmation. Circumstances established in case allow determining the relationships of the parties and the legal norm, which need to be applied to these relationships, to make the decision to sustain a claim or to reject a claim.

So the principle of necessity of proof is directly enshrined in law and that corresponds to characteristic of normativity, which is obligatory to all of law principles.

This principle also has the regulatory impact. Activities of all persons involved in the case aimed at proving of circumstances, which they refer to as the basis of their claims and objections, and the activities of a court, the decision of which must base on the full and comprehensive clarification of the circumstances, confirmed by evidence that were examined in court.

Mandatory nature of that principle means its action for each person involved in the case and the court. Availability of exhaustive list of grounds for exemption of proof does not create exceptions to the necessity of proof: circumstances recognized by the parties and other persons involved in the case, and notorious matters are considered as established; proving of prejudicial facts was already done in other civil, commercial, administrative or criminal case and results of this proving are reflected in a court decision that has come into legal force.

Inviolability of the principle of necessity of proof is in negative consequences for its failure. Persons involved in the case may get dismissal of the claim, denial or rejection if they



will not prove a basis of circumstances relevant to the case: if the court does not comply with the principle of necessity of evidence, it will make unjustified decisions that may be canceled.

In every single work devoted to the proof in civil proceedings, it is mentioned that evidence is mandatory for every civil case. But there are just few authors who consider that necessity of proof belongs to principles of evidence. Ukrainian scientist S. Vasylyev defining it as the idea that all the facts should be proved except those that cannot be proved by law.¹ Belorussian researcher T. Taranova proves that necessity of proof follows from the principle of objective truth and adversarial principle; it's a specific principle which defines the range of rights and obligations of court and the persons concerned in legal result of the case.² Russian researcher M. Fokina also writes about the necessity of evidence and considers this principle in interconnection to the problems of facts in issue.³

In my opinion, facts in proof are primarily concerned with the principle of relevance of evidence since the list of circumstances that are the facts in proof in a particular case permits to determine the relevant evidence in the case. Talking about the necessity of proof, we should search its legal nature in the light of the statutory allocation of evidence-based actions, which ensure the implementation of duties of proof between persons involved in the case.

According to paragraph 1 of part 1 of Article 60 of the CPC of Ukraine, each party must prove the circumstances which it refers as the basis of their claims and objections, except as prescribed in Article 61 of the Code. Article 61 provided for exemption from proving grounds: persons involved in the case don't prove circumstances recognized by the parties and others involved in the case; circumstances recognized by the court as notorious matters do not require to be proved; circumstances defined by court decision in civil, commercial or administrative

¹ Васильев С. В. Цивільний процес: Навч. посібник / С. В. Васильев. – Х.: Одісей, 2008. – С. 137 (Vasyly'ev S. V. Civil Procedure: Teach. manual. – Kharkiv, 2008. – P. 137).

² Таранова Т. С. К вопросу о принципах доказывания в гражданском судопроизводстве (на примере республики Беларусь) / Т. С. Таранова // Університетські наукові записки. – 2006. – № 3-4 (19-20). – С. 143 (Taranova T. S. On the question of the principles of proof in civil proceedings (in the case of the Republic of Belarus) // 'Universytets'ki naukovi zapysky'. – 2006. – No. 3-4 (19-20). – P. 143).

³ Фокина М. А. Механизм доказывания по гражданским делам: дисс. ... док. юрид. наук: 12.00.15 / Марина Анатольевна Фокина. – М., 2011. – С. 254 (Fokina M. A. The mechanism of proof in civil cases: Doctor of law dissertation. – Moscow, 2011. – P. 254).



case that has come into legal force, shall not be proved when considering other cases involving the same person or persons relevant to whom these circumstances were defined.

From Soviet Union times to present days many authors entitle this rule the obligation of proof. The attention was repeatedly drawn in the doctrine of civil procedural law that the obligation of proof has the particular importance. Failure of this obligation does not involve using of any sanctions but can have a result in a negative decision on the non-proof circumstances. Therefore, is it appropriate to entitle the rule as the obligation? The long scientific debate has not led to the development of clear understanding of the obligation of proof yet. On the one hand, there are serves of the advantages of using the term ‘burden of proof’ as having more in line with the content of this procedural rule. The other side is grounded on terminological accuracy of the definition of ‘obligation of proof’. Before giving my own assessment of such proposals and conclusions, I consider that it is necessary to determine what the proving is, is it the right or the obligation of persons involved in the case.

III. Proof in civil cases: the right or the obligation?

The discussion on referring the court proving to the right or to the obligation is not new, in modern procedural works there are three main approaches on this issue.

According to the first of them, proving is the right because it’s impossible to compel the claimant to submit evidence to substantiate the claim and the defendant – to justify objections since the first of them has the right to waive the claim and the second one – to admit the claim.⁴ Laying the obligation to prove facts on the party would mean laying the obligation to protect its violated or disputed rights and interests. If the party exercising its right to seek judicial protection took on procedural obligations to protect its rights, including by means of

⁴ Гусаров К. В. Проблемы гражданской процессуальной правосубъектности: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Константин Владимирович Гусаров. – Харьков, 2000. – С. 136-137 (Gusarov K. V. Problems of the civil procedural legal subjectivity: PhD in law dissertation. – Kharkiv, 2000. – P. 136-137).



proof, it would be contrary to the fundamental principles of civil procedure, adversarial principle and dispositive principle.⁵

'Proving is the right' concept is often criticized by authors who propose to solve this issue from the perspective of procedural sanctions. In virtue of adversarial and dispositive principles court will make a negative decision adverse to the party which failures in the duties of proving.⁶ Such statements expressed by representatives of the second approach under which proving is the obligation. Researchers supporting this view suppose that proving as the obligation takes origin from the adversarial foundation of civil procedure and corresponds to theory of legal relation which content consists of subjective rights and subjective obligations.⁷ Proof as the obligation acts throughout the process of proving, it has many ways and forms of performance, generating negative legal consequences for the person who ignores proof.⁸ Law establishes the obligation of proof and provides a variety of legal possibilities for its implementation.⁹

In accordance with the third approach, proving is the right and the obligation simultaneously. Supporters of this point of view think that the obligation of proof is carried out simultaneously with the right of evidence and cannot be performed without the right to submit

⁵ Молчанов В. В. Основы теории доказательств в гражданском процессуальном праве: Учебн. пособие / Молчанов В. В. – М.: Зерцало-М, 2012. – С. 105 (Molchanov V. V. Fundamentals of the theory of evidence in civil procedural law: Teach. manual. – Moscow, 2012. – P. 105).

⁶ Балашова И. Н. Обязанность по доказыванию как мера должного поведения, определяющая правовое положение сторон в гражданском судопроизводстве / И. Н. Балашова // Право. Законодательство. Личность. – 2012. – № 1 (14). – С. 148-149 (Balashova I. N. The obligation of proof as a measure of proper behavior which determines the legal status of the parties in the civil proceedings // 'Pravo. Zakonodatel'stvo. Lichnost'. – 2012. – No. 1 (14). – P. 148-149).

⁷ Мохов А. А. Доказательства и доказывание в гражданском судопроизводстве России: учеб.-практ. пособие / А. А. Мохов, А. Я. Рыженков / Под ред. Короткова М. Г. – Волгоград: Альянс, 2005. – С. 24-25 (Mokhov A. A., Ryzhenkov A. Y. Evidence and proof in civil proceedings of Russia: Teach. manual. – Volgograd, 2005. – P. 24-25).

⁸ Андрійцьо В. Д. Доказування обставин цивільної справи: право чи обов'язок? / В. Д. Андрійцьо // Теорія і практика правознавства. – 2013. – Вип. 2. – [Електронний ресурс]. Режим доступу: http://nbuv.gov.ua/j-pdf/tipp_2013_2_14.pdf (дата звернення 19.08.2015 р.) (Andrijtsyo V. D. V. D. The proof of circumstances of civil case, the right or the obligation? // 'Teoriya i praktyka pravoznavstva'. – 2013. – Vol. 2. – [Electronic resource]. Access mode: http://nbuv.gov.ua/j-pdf/tipp_2013_2_14.pdf (date of appeal 19.08.2015).

⁹ Нахова Е. А. Роль презумпций и фикций в распределении обязанностей по доказыванию: автореф. ... дисс. канд. юрид. наук: 12.00.15 / Елена Александровна Нахова. – Саратов, 2004. – С. 16 (Nahova E. A. The role of presumptions and fictions in the distribution of obligations for proof: synopsis of PhD in Las dissertation. – Saratov, 2004. – P. 16).



evidence.¹⁰ Parties have the right to defend their positions and to provide evidence to the court according to their discretion. Primarily the evidence is the right of the party but if it wants to win the dispute, it will be inevitably burdened of submission of evidence, which can convince the court to decide the case in its favor.¹¹ The obligation of proof functions by implementing of procedural rights of familiarization with the case, giving evidence, participation in the study of evidence etc.; giving evidence the party exercises its right to proof and simultaneously performs the obligation of proof.¹²

It is interesting to note that all these approaches of understanding of the meaning of proof are based on the findings on the content of adversarial and dispositive principles in their conjunction with the rule on the obligation for the person involved in the case to prove the circumstances to which it refers as the basis of their claims and objections. And none of these points of view is clearly convincing.

Understanding of the nature of obligation of proof needs to determine, what the obligation of civil procedure is in general is and does the obligation of proof correspond to its legal system. Civil procedural obligation as the part of the content of civil procedural legal relations is a separate topic for scientific research. Within this article, it's enough to make a brief analysis of characteristic features of the civil procedural obligation highlighted by V. Babakov who is one of the few researchers of civil procedural obligation. Essential features of the civil procedural obligation are:

1) it is a kind, a measure and a quality of required behavior of the subject of civil procedural legal relations;

¹⁰ Сахнова Т. В. Курс гражданского процесса: теоретические начала и основные институты / Т. В. Сахнова. – М.: Волтерс Клувер, 2008. – С. 393 (Sakhnova T. V. The course of civil proceedings: the theoretical beginning and major institutions. – Moscow, 2008. – P. 393).

¹¹ Руда Т. В. Докази і доказування в цивільному процесі України і США: порівняльно-правовий аналіз: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Тетяна Володимирівна Руда. – К.: 2012. – С. 10 (Ruda T. V. Evidence in Civil Procedure: Comparative Study of Ukraine and the United States of America: synopsis of PhD in Law dissertation. – Kyiv, 2012. – P. 10).

¹² Треушников М. К. Судебные доказательства / Треушников М. К. – М.: Городец, 2004. – С. 52 (Treushnikov M. K. The court evidence. – Moscow, 2004. – P. 52).



2) it exists only within the civil procedural legal relationship which is governed by the rules of civil procedure law;

3) it provides in the purpose of the protection of the constitutional rights, freedoms and interests of subjects of civil procedural legal relations;

4) it is one of the most important controls that ensure the efficiency of the mechanism of legal regulation;

5) it is provided by powerful mandatory of civil procedural rules which sanctions are caused by the obligatory participation of a court;

6) it is the base standard that allows to consider and to decide every case of civil proceedings unanimously, correctly and in accordance with established procedural terms in a one civil procedural form.¹³

At first sight, the obligation of proof responds to the criteria of civil procedural obligation, but there are no mandatory procedural rules in the form of sanctions for failure to perform of the obligation of proof or its improper performance. Without exception, all researchers who believe that proof is obligation or both right and obligation, they affirm that the breach of the obligation of proof entails negative consequences in form of unfavorable court decision. But in terms of the law an unfavorable court decision is not the sanction in its legal meaning. As V. Molchanov rightly observes, sanctions are applied in the consequence of a violation which is miss in this context. Recognition of the fact as non-existent or adverse court decision is not measure of state coercion but just a consequence of failure of evidence of the fact.¹⁴

State coercion in civil proceedings provides corrective measures statutory by sanctions (dispositions) of law norms on the subject of civil procedural legal relations. These measures

¹³ Бабаков В. А. Гражданская процессуальная обязанность / В. А. Бабаков // Известия высших учебных заведений. Правоведение. – 1997. – № 3. – С. 122 (Babakov V. A. Civil procedural obligation // 'Izvestiya vysshih uchebnyh zavedenij. Pravovedenie'. – 1997. – No. 3. – P. 122).

¹⁴ Молчанов В. В., зазначена праця. – С. 104 (Molchanov V. V., op.cit. – P. 104).



ensure the fulfillment of person's obligations against their will, or prevent the implementation of procedural law by this subject in order to ensure of normal movement of justice.¹⁵ Procedural law does not provide corrective measures for the failure of the obligation of evidence for a person who is involved in the case. We can only talk about the possibility of some adverse effects that are not obligatory or unavoidable.

May visualize the civil case where the defendant is objecting to the claim but did not submit any evidence and don't make any proof actions to support of the facts of his objections. Court decision that is unfavorable to this defendant can be negative only if the claimant will prove all of circumstances to confirm the claim and that would give grounds to sustain claim. However, the claimant may lose their interest in the case and stop participating in it, abandon the claim or submit inappropriate or invalid evidence. Finally, the claimant may be wrong about the belonging rights to them or the court may establish that the right belongs to the claimant but was not broken. The court also may determine that the claim was submitted to the person who doesn't have to response for the claim and our imaginary defendant is improper party in this case. There may be cases when a defendant gives only a part of evidence in substantiation of their objections and it means that the obligation of proof is not satisfy because the CPC of Ukraine does not envisage the possibility of its partial implementation. Nevertheless, the part of the evidence submitted by the defendant may be sufficient to disprove the legality of the claim and to get the rejection of it.

If one deals with the civil procedural obligation, the use of sanctions against offending person would happen each time when the violation is committed and regardless of interrelated actions or omissions of other persons involved in the case. However, as illustrated above, in judicial practice there may be many cases when the defendant who has not fulfilled the obligation of proving will not have any adverse effects. These considerations confirm the impossibility of including the obligation of proving to the civil procedural obligation.

¹⁵ Нохрин Д. Г. Государственное принуждение в гражданском судопроизводстве: монография / Д. Г. Нохрин. – М.: Волтерс Клувер, 2009. – С. 30 (Norkhin D. G. State coercion in civil proceedings. – Moscow, 2009. – P. 30).



As for including of proof to the obligation only or to the right and the obligation simultaneously, those two approaches are based on the formula – ‘the obligation of proof is the civil procedural obligation so the evidence is the obligation only or the right and the obligation simultaneously’. If to take the obligation of proof (which is not the civil procedural obligation) out of the formula, there are no other studies to confirm that evidence can belong to obligations at all. Proving is the right of persons involved in a case and I can substantiate it with the following arguments.

The right to judicial protection is the universal opportunity. Realizing that right the person is not a carrier of the obligation of judicial protection. Nobody is obliged to defend one’s right, freedom or interest and act in court defending their position. The right to judicial protection and activities aimed at its implementation is the choice of every person who is free of any procedural means of influence. A person may abandon a claim or actually stop participating in a case at any time and there will be no sanctions for refusing to judicial protection or non-implementation of rights, freedoms and interests.

Adversarial system of civil proceedings of Ukraine builds up the procedural competitive behavior of persons in proving). Persons involved in a case have equal rights and opportunities and the court provides assistance in proving within the limits prescribed by law. If a person wishes to achieve the desired outcome, some efforts must be made to prove circumstances underlying their claim or objections to it. However, this need does not oblige a person to implement evidence-based activities but still is the right that disposes freely virtue of the dispositive principle. Disclaimer of proof doesn’t have the effect of bringing a person to justice for violation or breach of obligation of proof. All evidence activities base on the person’s initiative but not under the influence of coercion or the possibility of sanctions applying.

The proof could be the obligation in the inquisitorial (investigative) model of civil proceedings. But adversarial and dispositive principles completely negate that possibility. The proof is the right of a person involved in a case. For the obligation of proof provided by the



paragraph 1 of part 1 of Article 61 of the CPC of Ukraine, it is advisable to use the term ‘burden of proof’ as one that more accurately reflects the essence of the notion.

IV. The meaning and the legal nature of burden of proof in civil cases

The burden of proof, despite the doctrinal widespread use of the term, still is not characterized by clear understanding of its contents. Scientific studies identify the burden of proof and the obligation of proof as synonyms: ‘the burden of proof, i.e. the obligation to provide evidence and proof of facts that are legally relevant to the case’;¹⁶ ‘court distribution of obligations for proving of circumstances in a particular case is called the burden of proof between persons involved in a case’;¹⁷ ‘the main obligation (burden) on evidence-based activities is incumbent on the parties’;¹⁸ ‘the obligation or the burden of proof includes the need for representation, research and evaluation of evidence’.¹⁹ Since the obligation of proof is not the civil procedural obligation, the feasibility of applying the ‘burden of proof’ term is conditioned by the purpose of separating the burden of proof from the category of civil procedural obligation. In the abovementioned identification, the logic of distinction between ‘obligation’ and ‘burden’ is lost.

O. Baulin gives the interesting but not indisputable meaning of the burden of proof. In his opinion the burden of proof is a complex procedural occurrence which includes a combination of: 1) rights of a person involved in a case, and 2) their need to put forward and prove the grounds for their claims and objections due to their material and legal interest, and 3) their obligations of proving facts that have a procedural value, and 4) a complex of procedural

¹⁶ Осокина Г. Л. Гражданский процесс. Общая часть : учебник / Г. Л. Осокина. – 3-е изд., перераб. – М.: Норма, ИНФРА-М, 2013. – С. 602 (Osokina G. L. Civil process. Overview: The textbook. – Moscow, 2013. – P. 602).

¹⁷ Миронов В. И. Гражданский процесс: учебник / В. И. Миронов. – М.: Эксмо, 2011. – С. 175 (Mironov V. I. Civil process: The textbook. – Moscow, 2011. – P. 175).

¹⁸ Тимченко Г. Основні поняття доказового права України: проблеми законодавчого закріплення / Г. Тимченко // Право України. – 2010. – № 12. – С. 224 (Tymchenko G. Timchenko G. Basic concepts of evidence law of Ukraine: problems of legislative consolidation // ‘Pravo Ukrainy’. – 2010. – No. 12. – P. 224).

¹⁹ Мохов А. А., Рыженков А.Я., зазначена праця. – С. 23 (Mohov A. A., Ryzhenkov A. Y., op.cit. – P. 23).



obligations of court to establish legally significant circumstances.²⁰ I do not consider the opinion on the inclusion of court's procedural obligations on establishing legally significant circumstances of the case to the burden of proof on the grounds of the following.

First, the court's powers in proving are to implement the assistance to persons involved in the case in their proving. If it is necessary to collect the evidence outside court's territorial jurisdiction the court may order the collection of evidence to the relevant court (Article 132 of the CPC of Ukraine). At the request of the parties or other persons involved in the case the court may make securing of evidence (Article 133 of the CPC of Ukraine) or vindication of evidence (Article 137 of the CPC of Ukraine). However, the implementation of those court actions does not mean that the proving of circumstances which can be confirmed by these evidences rests with the court. Securing of evidence or vindication of evidence or making the order to another court to collect the evidence has the effect of taking evidence by the court. These evidences are incorporated in the case file and can be used by persons involved in the case in their proof activities.

Secondly, during the investigating of the evidence in court session and the assessing of the evidence before making a decision the court is working with all the evidentiary material existing in the case. While the content of the burden of proof is the distribution of function of proving of circumstances relevant to the case by the persons involved in the case in accordance with their requirements and objections. The role of the court in proving is the same in every civil case and it doesn't change because of circumstances which must be proved by the claimant or by the defendant.

The burden of proof in civil proceedings is the instrument that helps to determine the optimal, rational, logical and proportional participation of persons involved in the case in proof activities. The court's powers in this sphere are always the same: the court explains the persons involved in the case, their rights and responsibilities, warns of the consequences of committing

²⁰ Баулин О. В. Бремя доказывания при разбирательстве гражданских дел: автореф. ... дисс. док. юрид. наук: 12.00.15 / Олег Владимирович Баулин. – М., 2005. – С. 7 (Baulin O. V. The burden of proof at trial of civil cases: synopsis of Doctor of Law dissertation. – Moscow, 2005. – P. 7).



or non-committing of proceedings and assists the realization of their rights in cases established by law (part 4 of Article 10 of the CPC of Ukraine).

The court's role is to set the right direction to procedural activity of parties while remaining truly independent and to apply the substantive law to legal relations based on the assessment of the evidence submitted by the persons involved in the case.²¹ However, the court does not carry out the proof of certain facts so the court's procedural obligations are not included in the contents of the burden of proof.

O. Baulin also supposes that the proving of substantive nature facts cannot be regarded as a legal obligation; using of the term 'obligation' is possible only on the facts that have a procedural value and on the court's needs to define facts to proof, distribute the burden of proof and collect evidence.²² This thesis raises a number of comments. First, the delimitation of facts of substantive and procedural nature in the context of necessity of their proof is not clearly understandable. The procedural law (including the Civil Procedure Code of the Russian Federation on which O. Baulin's research was grounded) proceeds from the rule that each party must prove the circumstances to which it refers as the basis of their claims and objections unless otherwise is provided by law. The distribution of the burden of proof includes all the facts needed to be proved in a case without exception. So the question is why the proof of substantive facts is only the necessity and proof of procedural facts is the obligation?

Secondly, it is hardly fair to admit that the burden of proof is determined by the court. Some other Russian lawyers expressed this position²³ but it does not follow from the content of the relevant procedural rules. First, the burden of proof is determined by the legal rule of the Civil Procedure Code that establishes the general rule that each person must prove the

²¹ Головкин В. Л. Роль бремени доказывания юридически значимых доказательств в современном гражданском процессе / В. Л. Головкин, И. Е. Воронцов // Политические, экономические и социокультурные аспекты регионального управления на европейском севере. Материалы итоговой Всеросс. научн.-практ. конференции. – 2014. – С. 198 (Golovkov V. L., Vorontsov I. E. The role of the burden of proof legally relevant evidence in the modern civil process // Political, economic and socio-cultural aspects of regional governance in the European North. Materials final All-Russian scientific-practical conference. – 2014. – P. 198).

²² Баулин О. В., зазначена праця. – С. 7 (Baulin O. V., op.cit. – P. 7).

²³ Миронов В. И., зазначена праця. – С. 175 (Mironov V. I., op.cit. – P. 175).



circumstances to which it refers. Second, the law contains a list of circumstances which don't need to be proved (circumstances recognized by the parties and others involved in the case; circumstances recognized by the court as notorious matters; circumstances defined by court decision that has come into legal force). Third, presumptions that directly involve proving of circumstances by corresponding side of the case should be mandatorily considered in the burden of proof. At Post-Soviet area the burden of proof is always determined by law and the court has no authority to redistribute the value of the actions in proving of persons involved in a case.

Ukrainian researcher V. Komarov rightly notes that the burden of proof is a specific legal phenomenon. Provisions of adversarial principle are not base law coercion and describe the obligation of proving as a certain legal status that is determined by the procedural positions of the parties and is harmonized with the contemplations of civil justice in the context of their own interest in obtaining a judgment.²⁴ In my opinion, this interpretation is very good: indeed, the burden of proof execution is not based on legal coercion but in the interest of a person involved in a case to prove the circumstances that directly weigh with the achievement of the individual procedural goals.

The burden of proof is a procedural rule that determines the distribution of evidence of circumstances relevant to the case and serves as the basis of claims and objections between persons involved in the case. Being the one of the ways of implementing of the principle of rational procedural form of civil justice, the burden of proof creates a reasonable and proportional participation in the evidence of the parties and other persons involved in the case.

As noted in European procedural doctrine the issue of distribution of the burden of proof is important not only when ascertaining legal facts of substantive legal nature, but also when deciding different procedural issues (regarding the suspension, termination of

²⁴ Курс цивільного процесу: підручник / [В. В. Комаров, В. А. Бігун, В. В. Баранкова та ін.]; за ред. В. В. Комарова. – Х.: Право, 2011. – С. 479 (автор глави – В. В. Комаров) (Komarov V. V., Bigun V. A., Barankova V. V. and others. Course of Civil Procedure: a textbook. – Kharkiv, 2011. – P. 479 (creator of a chapter is V. Komarov).



proceedings, the ordering of expert examination, the application of interim measures, etc.).²⁵ Indeed, it would be wrong to assert that the evidence activity is shared between persons involved in a case only on the facts with substantive nature because facts to be proven in the case are not limited to the following facts. The burden of proof is shared between parties involved in the case on all the facts that must be proved: substantive, procedural, evidentiary facts.

V. Directions of improvement of Ukrainian legislation of necessity of evidence

Since this part of the article is devoted to the legislation improvement, it is necessary to recall that according to paragraph 1 of part 1 of Article 60 of the CPC of Ukraine, each party must prove the circumstances to which it refers as the basis of their claims and objections, except cases established by Article 61 of the CPC of Ukraine. Article 61 provides for exemption from proving grounds: persons involved in the case don't prove circumstances recognized by the parties and others involved in the case; circumstances recognized by the court as notorious matters do not require the proof; circumstances established by the court decision which has come into legal force, commercial, administrative or criminal case don't have to be proved in other cases with the same person or persons.

Since the burden of proof is not a civil procedural obligation, I suppose that the word 'must' in paragraph 1 of part 1 of Article 60 of the CPC of Ukraine should be replaced by 'should'. In addition, the legal structure of this provision requires some other adjustments.

In part 2 of Article 60 of the CPC of Ukraine it is determined that the evidence submits by the parties and other persons involved in the case. According to part 3 of Article 60 of the CPC of Ukraine, all the circumstances that are relevant to the decision in the case and are relative to a dispute of parties and others involved in the case should be proved. The right to submit the evidence and to participate in the examination of evidence belongs not only to

²⁵ Tamosiuniene E., Terebeiza Z. Problems Inherent in the Abstract Nature of General Distribution Rule of the Burden of Proof in Civil Proceedings // European Scientific Journal. – 2013. – Vol. 9. – No. 22. – P. 327.



parties but also to other persons involved in the case what is directly provided by part 1 of Article 27 of the CPC of Ukraine. How come that the burden of proof in paragraph 1 of part 1 of Article 60 of the CPC of Ukraine shared between the parties only?

A third party claiming independent demands of the issue has all procedural rights and obligations of the claimant (part 1 of Article 34 of the CPC of Ukraine), but the third party holds a special, different from the claimant's and the defendant's procedural position. It claims independent demands and may assert objections to the arguments of the claimant and the defendant and shall submit its own evidence.

The third party that does not claim independent demands of the issue can enter into the case on the side of the claimant or the defendant but does not endowed with procedural position of the parties. This person may submit objections and evidence to substantiate them or evidence which reinforce the position of the party on which the third person stands.

The ability to implement evidence-based activities of all persons involved in the case directly provided by law but the burden of proof of the circumstances underlying the claims and objections in the paragraph 1 of the part 1 of Article 60 of the CPC of Ukraine entrusted only to the parties. It directly contradicts other procedural rules.

In addition, quoted legal norm does not take into account that the distribution of the burden of proof shall also be based on presumptions embodied in the rules of substantive law. The resumption is a legal tool that balances the interests of the parties. Using of the presumption assumes the existence of presumed fact without its proof by one party if the opposing party in court does not refute it.²⁶ Thus, the presumption implies the existence of a particular fact until the absence is proven. In the Ukrainian Civil Code (Article 1166) there is the presumption of guilt in causing of property damage: a person who has caused harm is excused from its compensation if they can prove that the harm is not their fault. The claimant must prove the unlawfulness of conduct of the defendant, the existence of damage and a causal link

²⁶ Феннич В. П. Доказові презумпції в цивільному судочинстві: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Василь Петрович Феннич. – К., 2009. – С. 6 (Fennych V. P. Evidentiary presumption in civil proceedings: synopsis of PhD in Law dissertation. – Kyiv, 2009. – P. 6).



between the unlawful conduct and the damage caused. The presence of the defendant's guilt doesn't have to be proved by the claimant, it is presumed. If the defendant does not provide the conclusive evidence of the absence of their guilt, the guilt shall be considered even when the claimant didn't prove this circumstance at all.²⁷ The special aspect of presumptions is their use in evidence independently of the will and desire of the persons involved in a case because of their attachment to law.²⁸ Substantive law that established the presumption directly affects the distribution of the burden of proof and that should be included in the paragraph 1 of part 1 of Article 60 of the CPC of Ukraine.

Not only presumptions but also fictions make an impact on the distribution of the burden of proof. Fiction is a legal device that assumes the fact contrary to reality when some non-existent fact recognized as existing or vice versa.²⁹ Substantive fictions serve as an instrument to resolve the legal uncertainty; procedural fictions help to downsize the volume of evidence and facilitate the process of establishing the circumstances that are important for the proper resolution of a case.³⁰ Part 1 of Article 146 of the CPC of Ukraine can be cited as the example of procedural fiction: when a person involved in a case is absent oneself from submitting of necessary materials, documents or other participation in the expert examination when it's impossible to make an examination without them and it's impossible to establish a fact without the expert examination, the court can recognize the fact or refuse to recognize it without the expert examination (it depends on absenting person). In terms of the distribution of the burden of proof, this means, for example, that if the defendant is absent from

²⁷ Штефан А. Відшкодування майнової шкоди як спосіб захисту авторського права / А. Штефан // Теорія і практика інтелектуальної власності. – 2014. – № 1. – С. 31 (Shtefan A. Compensation for damage to property as a way to protect copyright // 'Теорія і практика інтелектуальної власності'. – 2014. – № 1. – Р. 31).

²⁸ Мохов А. А., Рыженков А.Я., зазначена праця. – С. 28 (Mohov A. A., Ryzhenkov A. Y., op.cit. – Р. 28).

²⁹ Болдырев С. Н. Фикция как юридико-технический прием / С. Н. Болдырев // Вестник Северо-Осетинского госуд. ун-та им. К. Л. Хетагурова. Общественные науки. – 2011. – № 4. – С. 126 (Boldyrev S. N. Fiction as a legal and technical device // Bulletin of the K. L. Khetagurov North Ossetian State University. Social science. – 2011. – No 4. – Р. 126).

³⁰ Резиньков П. М. Юридическая фикция: теоретико-правовой анализ: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 / Павел Михайлович Резиньков. – Волгоград, 2012. – С. 32, 34 (Rezin'kov P. M. The legal fiction: the theoretical and legal analysis: synopsis of PhD in Law dissertation. – Volgograd, 2012. – Р. 32, 34).



conducting of expert examination, the court may recognize the fact that is the basis for the claim and thus will remove this fact from the claimant's burden of proof.

Therefore, the distribution of the burden of proof has a connection with many other norms but not just with the Article 61 of the CPC of Ukraine. The analysis made in this paper indicates that paragraph 1 of part 1 of Article 60 of the CPC of Ukraine shall be changed and replaced by the following: 'Every person involved in a case should prove the circumstances to which it refers as the basis of their claims and objections, except as prescribed by law'.

VI. Conclusions

The principle of necessity of evidence means that all circumstances relevant to a case should be established. This purpose can be succeeded by virtue of the procedural rule of the distribution of the burden of proof that helps to reach an optimal order to clarify the circumstances that constitute grounds stated in the case of claims and objections and have another meaning for the proper resolution of the case.



Contentious civil procedure concerning expropriation in Kosovo

Rrustem Qehaja

PhD, Professor of Civil Procedural Law at University of Prishtina, Kosovo

Abstract: The right of ownership constitutes one of the fundamental human rights which enjoy legal protection by International Conventions, Constitution and respective laws. Besides powerful legal protection legal provisions have regulated also situations when this right shall be exercised in a limited manner. Expropriation of immovable property constitutes one of the legal restrictions in exercising the right of ownership over his immovable object known in legal theory as gaining ownership in an originated manner. Concerning this issue is important to be emphasized the fact that taking the right to property is done with an adequate compensation and according to procedure provided by law. In such cases there is a problem concerning fixing height of compensation for expropriated real estate when exists general interest and opposing interests of the parties regarding this expropriation procedure. The expropriation issue has been regulated by legal provisions also in the past, but due to the role and importance currently this institute has is paid increasingly more importance, therefore in addition to procedural provisions the Law on Contested Procedure contains, this issue had been regulated also by provisions of material character summarized in the Law on expropriation. Despite legal infrastructure regulating the issue of expropriation judicial practice had faced difficulties of different nature by means of which actions and omissions of courts is questionable legal security of subjects of law in civil-legal and administrative relations.



Keywords: Expropriation, The Law on Contentious Procedure, The Law on Expropriation, Object of expropriation, the height of compensation, final decision.

1. Introduction

The right of ownership for each subject of law represents one of his fundamental rights, and state is obliged to provide legal protection to everyone related to it. However, every rule has its exception, and in certain cases is the state itself which deprives the holder of ownership right from exercising the right in his private property, for a general interest. This is allowed only based on expropriation institute.

Expropriation procedure in Kosovo in the past, but also nowadays continues to face numerous obstacles, which derive from legislation with many flaws being reflected in non-efficiency of competent bodies concerning law enforcement.

Therefore since in our country for realization of many public interests has been applicable this procedure, which was accompanied with problems and disagreements by involved parties, especially when it comes to fixing compensations on expropriated properties, this constitutes the main issue of elaborating this problematic on this scientific paper.

2. Meaning of expropriation

One of the fundamental rights of each individual provided by national legal acts, as well as by international ones is the right of ownership. To each subject of law whether natural or legal person is guaranteed the right to own property in various items. The right to own property is guaranteed.¹ In the same sense, also international acts have provided legal protection of the right of ownership. Protocol 1 of the European Convention on Human Rights in Article 1 has sanctioned the right of ownership, by stating: Every natural or legal person is entitled to the

¹ The Constitution of the Republic of Kosovo adopted by the Assembly, on April 9, 2008, and entered into force on June 15, 2008, article 46, paragraph 1.



peaceful enjoyment of his possessions. No one shall be deprived of his possessions except in the public interest and subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law.

In similar formulations also the Charter of Fundamental Rights of the European Union, then the Universal Declaration of Human Rights and Freedoms and other international acts have put emphasis on the right of property of each, as well as the possibility of its legal protection, by raising it in stage of one of the main rights of every one.

However there is no absolute right in terms of its exercise, because first of all there is a principle which goes like this *my right ends up where commences the right of another*. Therefore, by this we understand that also the right of ownership is limited by other legal institutions among which include: the right of the other and cases provided by law for general interest.

Possible limitations of the right of ownership, in property law in fact represents also one of the originated manners of acquiring ownership is expropriation. Expropriation is the transfer of private property in public property, for a general interest (public) by adequate compensation.²

Expropriation is a manner which limits the right of private property because only by expropriation institute can be taken private property in order to be transferred in public ownership always by adequate compensation (according to market price).³ So, by this we understand when it comes to achievement of a goal which is of general benefit, and in the future shall serve to majority or all citizens of the country, then legal provisions itself allow such limitation of the right of ownership, because the benefit which derives from expropriation goal is much greater rather than benefit only one individual has from this right.

Even various international treaties established basis of expropriation, by specifying in which cases individual ownership shall be limited. According to this, Charter of the European Union states that everyone has the right to own, use, dispose of and bequeath his or her lawfully acquired possessions. No one may be deprived of his or her possessions, except in the

² Dr. Abdulla Aliu, *“Property law”*, Prishtinë, 2014, pg. 194.

³ Ibid.



public interest and in the cases and under the conditions provided for by law, subject to fair compensation being paid in good time for their loss. The use of property may be regulated by law in so far as is necessary for the general interest.⁴

Our current law which is dedicated to expropriation defines expropriation in this manner: “Expropriation” shall mean any act by an Expropriating Authority that involves a) the taking of any lawful right or interest held or owned by a Person in or to immovable property, or b) the compulsory establishment or creation of any servitude or other right of use over immovable property.⁵ While the Law on Expropriation of former SFRY which was applicable in Kosovo until adoption and entry into force of the current law does not give a definition of expropriation, but determines that: “real estate shall be expropriated when is necessary for the construction of economic, housing, municipal, health and cultural facilities and other objects of general interest”.⁶

Expropriation is a necessary tool for any democratic government in order to gain access to property and usage of property in the common interest. The expropriation procedure is an essential instrument of the state and makes it possible to legally deprive individuals by possession of property when it comes to common interest.⁷

Therefore, from what was abovementioned it results that expropriation institute presents an exemption from general rule of ownership right, and even nowadays it keeps a special place in any legal system, due to the fact through this institute shall be realized the goal of every state to create better conditions for its citizens. Through expropriation of individual property shall be realized the goals whose result is the collective benefit of society.

⁴ The Charter of Fundamental Rights of the European Union adopted in Nice in 2002, and amended by the Lisbon Treaty, Article 17, paragraph 1.

⁵ Law No. 03 / L-139 on Expropriation of Kosovo Property, with the changes made by the Law No. 03 / L-205, October 28, 2010, article 2 and Rrustem Qehaja “Expropriation and Compensation” The Law No. 1/2005, Prishtina, 2005, pg 135-146.

⁶ Law on Expropriation, Official Gazette of Socialist Autonomous Province of Kosovo, April 26, 1978. Article 2, paragraph 1.

⁷ Organization for Security and Cooperation in Europe, Mission in Kosovo, Expropriations in Kosovo, December 2006.



2.1. Causes of expropriation

Institute of expropriation can be expressed in cases provided by law in order to be realized a general interest (public). However, what contains the term “general interest (public)” is defined by any law. By our law on expropriation under this notion shall be included different construction of objects, roads, railways, parks, various infrastructure facilities and other extensions of different objects for the needs of expropriating authority. In meanwhile, expropriating authorities according to this law are the Government of Kosovo and a Municipal Public Authority, which depending on whether this goal shall be achieved in a municipality or state level are entitled to expropriate properties and property rights of individuals.

Similarly, also other laws, such as the one of former SFRY and the Republic of Albania have determined what enters into general interest. By the Law on Expropriation, a general interest was determined based on the decision for expropriation, or urban plan of municipality or government,⁸ and within this could be included: construction of railways, roads, parks, building factories, energy facilities, telecommunication, afforestation, establishment of settlements and other cases.⁹

In meanwhile, according to the Republic of Albania legislation, as expropriating objects are foreseen real estates in the form of land, constructions of any type by permanent character as well as movable property, whereas reasons for which these expropriations can be made are similar to those mentioned above as: for realization of state obligations deriving from international conventions and treaties; for realization of projects and national investments; for realization of projects on national protection, as well as for protection of different historical, cultural, and archaeological monuments and other cases.¹⁰

⁸ Law on Expropriation, Official Gazette of Socialist Autonomous Province of Kosovo, April 26, 1978, articles 3-5.

⁹ Ibid. article 2.

¹⁰ Law No. 8561 on Expropriations and taking temporary use of private property in the public interest and by-laws for its implementation, in 2010.



Therefore, in general causes of implementing expropriation shall be presented similar whether in terms of time between legislations that used to be applicable, but due to the socio-economic circumstances there have been changes and supplements of those laws, as well as in territorial comparison aspect between legislations of different countries, where is noted that reasons remain almost similar in every society.

2.2. Legal basis of expropriation in Kosovo

Expropriation in principle is a constitutional and legal category which is based in provisions of our Constitution. This is because in article 46, paragraph 3, is stated that: no one shall be arbitrarily deprived of property. The Republic of Kosovo or a public authority of the Republic of Kosovo may expropriate property if such expropriation is authorized by law, is necessary or appropriate to the achievement of a public purpose or the promotion of the public interest, and is followed by the provision of immediate and adequate compensation to the person or persons whose property has been expropriated.

Nevertheless, except its basis is in constitutional provisions, further procedure specification is done by the law. In meanwhile, in addition to domestic regulation of expropriation, it is also sanctioned by international conventions and treaties, of the scope of human rights and freedoms.

In this way, the hierarchy of applicable legal sources concerning expropriation institute in Kosovo includes:

1. Constitution of the Republic of Kosovo, and international agreements directly applicable in our country, such as the Universal Declaration of Human Rights; European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and its Protocols;
2. Law no. 03/L-139 on Expropriation of Immovable Property in Kosovo, with the amendments and supplements made by the Law No.03/L-205 date October 28, 2010;



3. Law No. 03/L-007 on Contentious Procedure and the Law No.02/L-028 on Administrative Procedure.

These represent fundamental legal basis by means of which is regulated and conducted expropriation procedure. Up to adoption of the current law, was applicable the Law of former SFRY on Expropriation, as well as our Law on Contentious Procedure. Indeed, by bearing in mind the fact contentious procedure provisions concerning expropriation procedure, and in particular of fixing compensation were complied in compliance by provisions of the Law of former SFRY, is noted now during the usage that the current law has many deficiencies and many provisions do not comply with the current law on contentious procedure.

3. Expropriation procedure

In principle, the expropriation procedure is an entirety of rules and legal actions through which shall be regulated all the undertaken actions when it comes to commencing, conducting and fixing compensation for the expropriated property and termination of this procedure. In fact, by previous law the expropriated procedure was much better regulated, because it had provided the possibility to be terminated also by agreement of parties, expropriating authority and the expropriated, especially when it comes to fixing compensation, whereas only in exceptional cases procedure could have gone to contentious procedure before the court.

By the Law on Expropriation of Kosovo, have been provided the fields for which this law is applicable. Therefore by this law shall be specified: rules and terms under which the Government or a municipality can expropriate property rights or other rights in immovable property of a person; rules and terms according to which the Government can authorize limitation and temporary use of immovable property; procedures for expropriation or limitation of ownership; rules and procedures which shall be used in fixing the amount and payment on



compensation of expropriation or limitation of ownership, and other provisions regulating other issues concerning expropriation or limitation of ownership.¹¹

However, now with the new law this issue actually is more complicated due to the fact the new law not only does not give space to the party to whom is made expropriation that in agreement with expropriating authority to decide on the amount of compensation, but also the relation between legal provisions of contentious procedure with those of applicable law quite differ, when it comes to objection issue, respectively appealing the verdict in fixing compensation.

Duly, the current law, as well as the previous one provides four phases in which passes expropriation procedure within expropriating authority by including: preparatory work, determination of common interest (public), decision on expropriation and decision on compensation. In the following shall be elaborated only several phases abovementioned.

3.1. Initiation of Procedure

The initiation of expropriation procedure represents a phase to which after being performed several preliminary work, then commences the implementation of expropriating process, so in this way will be determined exactly the property which shall be expropriated; shall be made necessary calculations concerning fixing the amount of compensation, and is issued the verdict on expropriation, which must accompanied by payment of compensation amount and at the end registration of ownership right on behalf of expropriating authority.

Preparatory activities in fact lead expropriation procedure as provided by articles 5 and 6 of our law, so these activities commence after receiving a proposal that would be necessary the application of expropriation for realization of a particular public goal. Usually these activities include necessary measurements whether that property may serve for a concrete

¹¹ Law No. 03 / L-139 on Expropriation of Kosovo Property, with the changes made by the Law No. 03 / L-205, October 28, 2010, article 4.



goal, and notifications of parties which shall be affected by this expropriation, in order to continue with the main procedure of expropriation.

Based on legal provisions, initiation of expropriation procedure can be done by expropriating authority (Municipality and/or the Government of Kosovo) according to official duty, on its own initiative, or based on request in expropriating authority by a public authority or public enterprise. According to this, there are two manners of commencing expropriation procedure: procedure according to official duty/*ex-officio*, and the one pursuant to the principle of availability of parties, which means by submitting a request from an interested party.

3.2. Fixing compensation for expropriated property

The most important issue when it comes to implementing expropriation procedure is the one of fixing compensation amount for property which shall be expropriated. Undoubtedly this is vital because the persons whose property shall be expropriated should instead of that property to get another one which shall be with features and in value of that which was taken. This obligation of granting an adequate consideration is constitutional and legal obligation for the expropriating authority due to the fact also in international conventions and domestic legislation explicitly is stated an obligation of adequate compensation for expropriated property.

Provided manner on fixing compensation under current and previous law substantially differs. This due to the fact the previous law recognized fixing compensation in administrative procedure and by achieving agreement between parties, even this was an essential way of this designation, and only in cases of disagreement the issue passed to litigation, by means of which the amount was determined by court. Whereas, now the manner of determining by agreement is not mentioned at all, and this determination is in competence only of Expropriating Authority, to determine it by final decision, and against this decision the expropriated party have the right to appeal, which means this would the commence of contentious procedure.



Compensation shall be made based on the market value of property as determined in accordance with provisions of this law and by-laws adopted pursuant to paragraph 6 of this article.¹² This means that Expropriating Authority makes the exact assessment of property which shall be expropriated and it should be compensated in that sum in order not to damage the party, because its ownership right shall be limited for a public interest only based on an adequate consideration.

Whereas by paragraph 2 of the article 15, compensation shall include the compensation of any demonstrable direct damages incurred by the expropriated person due to the expropriation plus the value of the immovable property expropriated, including – if applicable - its accessory parts and fruits. Therefore the Expropriating Authority shall be careful in this issue because most of disagreements and delays in such proceedings come as a result of dissatisfaction when it comes to compensation.

Unlike the current law, a previous one provides in detail how compensation would be done for each type of property which could be an object of expropriation. Undoubtedly under this law compensation shall be made based on the market value, but then for each respective property, depending on its object were assigned additional rules when it came to compensation.

Thus, the article 28 of the Law on Expropriation, is determined that compensation for expropriated agricultural land is assigned based on the price in market for agricultural land. For the market price of agricultural land is taken the price which is formed on the territory of region respectively habitation in which is located the agricultural land. If the market price is not formed in that territory, then is taken into account the market price which is formed in neighboring territory. In meanwhile by following articles 29, 30, 31, 32, 33, 35, 37 the law determines exactly manners for each type of property which shall be object of expropriation such as: nurseries, fruits, construction buildings, forest, barren lands, building lands and vineyards and orchards.

¹² Law No. 03 / L-139 on Expropriation of Kosovo Property, with the changes made by the Law No. 03 / L-205, October 28, 2010, article 15, paragraph 1.



A special characteristic of the law already abolished, that cannot be found in the current law, is the establishment of a specific provision concerning the assessment of material situation of person to whom is made expropriation during the assessment of compensation. Personal and material situation of the previous owner is taken into account when it comes to assessment of compensation, if those circumstances have obvious value to his material existence.¹³

Concerning fixing of compensation amount is foreseen within Ministry of Finance to be established a special department which as its basic obligation has the assessment of property being an object of expropriation, and then based on that assessment is issued the final decision in which is included also the amount of compensation. The Ministry of Economy and Finance (now Ministry of Finance) shall establish, within its Department of Property Tax, an Office of Immovable Property Valuation which shall be the competent public authority for valuing any immovable property that is subject to an expropriation procedure by any Expropriating Authority.¹⁴

Whereas according to article 22 paragraph 3, The Office of Immovable Property Valuation shall issue in writing its final valuation determination within one hundred fifty (150) days after the date it received the application from the Expropriating Authority pursuant to paragraph 6 of Article 8 of this law. Such determination shall contain:

- the overall valuation of the property;
- a valuation of any and all other damages required to be paid by this law;
- a description of the specific methodology used to make such valuations;
- the details of the Persons to whom compensation is to be paid and the amount of compensation to be paid to each; and
- the details of the Persons, if any, who sought compensation but were determined not to be entitled thereto.

However, expropriation procedure in Kosovo was not developed in the appropriate manner, because since the post-war period had faced many problems, especially when it comes

¹³ Law on Expropriation, Official Gazette of Socialist Autonomous Province of Kosovo, April 26, 1978, article 39.

¹⁴ Law No. 03 / L-139 on Expropriation of Kosovo Property, with the changes made by the Law No. 03 / L-205, October 28, 2010, article 21, paragraph 1.



to fixing compensation. In its report, OSCE had issued several recommendations to the Ministry of Administration and Local Government; Municipalities, The Assembly Committee for Economy, Trade and Industry; Provisional Institutions of Self-Government of Kosovo; KFOR; UNMIK and International Donors. Among these recommendations included: ¹⁵

- Provide legal advice to the municipalities to help ensure that property rights are protected when expropriations take place. Such guidance shall be in accordance with the following principles: uniformity of the procedure of expropriation in every municipality; mandatory compensation; transparency of the procedure; adequate notice and access to legal remedies for affected property right holders.
- Ensure that every stage of the procedure foreseen in the Law on Expropriation is complied with to ensure the protection of individuals' rights to property.
- Assess the expropriation decisions taken by municipalities in Kosovo since the establishment of UNMIK in order to intervene using reserved powers when necessary to protect property rights.

The most important thing from this report were numerous cases of violations found by OSCE, in particular concerning payments of compensations for expropriated property, because there were cases when value was not paid at all, while work was almost complete. In Shtime, a water reservoir was constructed in 2000 without identifying the affected property right holders. To this day, no compensation has been granted due to the alleged lack of budget and it was not until June 2006 that the Municipality was able to identify the exact number and names of all concerned property right holders. ¹⁶

¹⁵ Organization for Security and Cooperation in Europe, Mission in Kosovo, Expropriations in Kosovo, December 2006, pg 5.

¹⁶ Organization for Security and Cooperation in Europe, Mission in Kosovo, Expropriations in Kosovo, December 2006, pg 11.



In each case when the expropriation procedure commences, in the respective proposal for expropriation one of the key elements must be also the proof and evidences that Expropriation Authority has available sufficient means to make the compensation of expropriated property, because exactly these decisions made without consulting with expropriated subjects make the procedure inefficient and with many deficiencies.

Concerning fixing compensation manner is noted a deficiency to the current law. According to this law, fixing the amount which shall be paid on behalf of compensation is made directly by Administrative Authority established exactly for this issue, which means the party to whom is conducted this procedure has no opportunities to intervene or express its own opinion regarding the amount, but it is allowed only to file a complaint in court. On the other hand, the Law on Expropriation provided that before the Administrative Authority where were conducted a procedure, parties initially by agreement could determine the amount of compensation, and if this agreement was not reached or for any other reason the deadline was passed within which should be made the determination of amount, then it was passed in contentious civil proceedings.

3.3. Agreement of parties and judicial procedure in fixing compensation

According to article 52 of the Law on Expropriation if the agreement for compensation in general is not achieved within 3 (three) months from the day when the decision on expropriation has become final the municipal administration authority competent on legal property affairs sends without delay all acts to municipal court in whose territory is the expropriated real estate in order to determine the compensation. According to this provision is noted this law had left a prior possibility in order to resolve by agreement the compensation issue, and only when there was a failure of it, then there was a possibility to litigation, whether by the initiative of Expropriating Authority, but also it was allowed to the owner of expropriated property to commence this procedure. However, by current law the decision is made directly by Expropriating Authority, and only if party is not satisfied then it shall appeal to the court.



In our law, it is foreseen in principle a legal remedy which shall be used by parties who are not satisfied against decisions on expropriation. So, by article 35 is foreseen the possibility of appealing the Preliminary Decision on Expropriation; by article 36 is provided the possibility of appealing against the adequacy of compensation, and by article 37 Complaints for Compensation for Damages Arising from a Partial Expropriation.

In our case is of a special importance appealing against the decision on determining the adequacy of compensation. By final decision of Expropriating Authority not only is determined which property shall be expropriated, but at the same time also the amount which shall be paid based on assessments made by authority for valuation of expropriated property. However, before these two issues were assigned by separate decisions, because one decision was issued for fixing expropriation, whereas the amount was determined by agreement or in exceptional cases in contentious proceedings by court.

Currently, if in accordance with article 11 of this law (Law on Expropriation), If an Expropriating Authority issues a Final Decision, any concerned Owner or Interest Holder with respect to property and/or rights expropriated by such decision may file a complaint with a court of competent jurisdiction challenging the amount of compensation and/or damages that such decision provides shall be paid to such Owner and/or Interest Holder.¹⁷ However, as a competent court the law determines that in cases when the decision is issued by municipal authority then competent is the Municipal Court, now according to the new law shall be Basic Court, General Department, Civil Division, whereas in cases when as Expropriating Authority is the Government of Kosovo, then this issue shall be passed directly to the Supreme Court.

Contentious procedure precedes the proceedings before administrative authority of competent municipality for property legal work, which made the decision on expropriation. The aim of this procedure is the assignment of compensation by the will of interested.¹⁸

Now, according to our Law on Contentious Procedure, when case goes to court in the procedure of compensation fixing for expropriated real estate, court will fix amount of reward

¹⁷ Law No. 03 / L-139 on Expropriation of Kosovo Property, with the changes made by the Law No. 03 / L-205, October 28, 2010, article 36, paragraph 1.

¹⁸ Pozniq, B. Civil Procedural Law, Prishtina, 1976.



for expropriated real estate when the user of expropriation and previous owner in front of administrative competent body did not reach the agreement for compensation for expropriated real estate.¹⁹ Indeed, formulation of this provision in this law is almost the same with the Law on Expropriation of SFRY, because it contained also provisions concerning compensation fixing and passing the issue in court in case of disagreement.

However, by current Law on Contentious Procedure, with the article 216, paragraph 1, is stated that: if the participators in expropriation procedure do not reach agreement within the deadline of two months from the day in which judgment for expropriation has taken final form, administrative competent body will send the final judgment for expropriation to the owner together with all procedural documents and proofs for paying offered amount for compensation, or for its depositing in the court in which territory is settled expropriated real estate, with the aim of compensation fixing. Obviously, this law still contains provisions in accordance with the law which was applicable in Kosovo on expropriation, due to the fact procedure before the court provides only when parties did not reach an agreement, whereas the current law the commencing of judicial proceedings foresees only as a “second instance” for appealing the decision if the owner does not agree with the particular amount, but he is not able to participate together with the expropriating authority in fixing the amount of compensation.

Further, paragraph 3 of this article states judgment for expropriation together with the procedural documents of competent court can be send and after the deadline of two months if the declaration of ex owner ascertains that cannot be reached agreement for compensation.

In principle, procedure for fixing compensation for expropriated real estate competent court begins and develops according to official if it sends the matter from competent body that has committed expropriation. In contrary without initiative of ex owner of expropriated real estate does not begin the procedure of fixing the compensation.²⁰

Obviously, under these provisions, procedure of fixing compensation can be done also *ex-officio* by the court, whereas by the Law on Expropriation according to which is allowed only

¹⁹ Law no. 03 / L-007 on Kosovo Contentious Procedure, adopted on 20 November 2008, Article 215.

²⁰ Ibid. article 217, paragraph 1.



the complaint against *fait accompli* for fixing the compensation, the complaint can be filed only within deadline of 30 (thirty) days from the date of finality of final decision, and the expiry of this deadline loses the possibility of party to attack the decision. However, if the issue has already been passed to contentious procedure, then party is entitled according to principle of multiple instances to send the issue up to the highest court, and also through extraordinary legal remedies, in which is permitted only revision according to article 27 of the Law on Contentious Procedure concerning determined conditions in the Law on Contentious Procedure.

Regardless of whose initiative procedure has commenced, it should be over within 60 days from its commencing day in court. Court under the article 218 of the Law will determine court session in which will be given opportunity to its participators to declare for form and volume, respectively the height of compensation, also for proofs for expropriated real estate value, which will be taken according to official obligation.

In judicial procedure, the court²¹ shall have the authority to re-calculate the amount of compensation and/or damages specified in the concerned decision in accordance with the requirements of this law. If the court determines that the concerned decision specifies an amount of expropriation compensation and/or damages that is less than or greater than the amount required by this law, the court shall issue a judgment modifying the Final Decision to adjust the amount of expropriation compensation and/or damages owed to the complainant.

Whereas, if we analyze provision of the article 220 of the Law on Contentious Procedure we notice that after ascertaining basic facts court gives judgment with which determines form and volume, respectively height of compensation for expropriated real estate. Obviously, between these laws by means of which is regulated expropriation in our country there are essential differences in content, by determining in one hand appealing procedure according to one law and issuance of judgment, and on the other hand civil judicial procedure ending with a decision.

²¹ Law No. 03 / L-139 on Expropriation of Kosovo Property, with the changes made by the Law No. 03 / L-205, October 28, 2010, article 36, paragraph 6.



However, from an analyzed practical case issued by Kosovo Supreme Court, is noted for expropriations issues, all instances decide by decisions in cases of fixing compensation, because in disposition of this court decision is stated “It is accepted as founded the revision against the proposer the Government of Kosovo-Expropriating Authority and is annulled the verdict of the Appeal Court of Kosovo Ac.No. 3271/2014, date September 22, 2014, and of Basic Court of Prishtina Branch Glllogvc Cn.No.52/2013, date June 30, 2013 and the case is returned for retrial to the court of first instance”.²²

However, by disposition of this decision not only is understandable that concerning expropriation courts decide by decisions, but at the same time sets the issue of court competence in cases when as expropriator is the Government of Kosovo, because the current law states that the Supreme Court is competent in expropriation cases from Government, whereas by disposition of this decision although Expropriating Authority was the Government, the case initially passed to Basic Court, to which is also returned for retrial by the Supreme Court.

By analyzing all these we understand unfortunately in our country in the field of expropriation there are many deficiencies, which also made such proceedings usually to be accompanied by numerous disagreements by owners whose property have been object of expropriation.

As a result of all this, procedure before the court can be completed in two ways: by court decision as abovementioned, by means of which court gives the deadline for fulfillment of obligations to parties if they do not specify this by agreement, as well as by agreement of parties before the court for the amount of compensation, by means of which court issues its decision based on this agreement.²³

²² Decision of the Supreme Court of Kosovo by Revision No. 345/2014, April 4, 2015.

²³ Law no. 03 / L-007 on Kosovo Contentious Procedure, adopted on 20 November 2008, article 220, paragraph 2.



4. Conclusion

Expropriation of immovable property is a manner of limitation of ownership right, if it is observed by the perspective of holder of immovable property that shall be expropriated.

Ownership right is absolute only in the context of being property law because in the context of its non-restriction is not absolute and as such becomes subject of various general and special limitations including also contentious procedure of expropriation.

In order to realize expropriation shall be fulfilled foreseen legal requirements including general interest despite adequate compensation.

The relation of expropriation is of legal-public nature, whereas the height of compensation on expropriation is of legal-private nature. Therefore, expropriation procedure is conducted by Expropriating Authority, as administrative procedure, whereas procedure concerning the height of compensation in case of appeal is conducted in a regular court as contentious civil procedure.

By issuing final decision from Expropriating Authority when the same is not favorable for holder of the right of ownership the same is entitled to file a complaint in Basic Court-Respective General Department when as expropriating authority is municipality, whereas in Supreme Court when Expropriating Authority is the Government.

However, according to a legal opinion of the Supreme Court in both abovementioned cases competent as first instance court must be Basic Court.

Procedure conducted by a competent court concerning the appeal against final decision is contentious civil procedure. In this procedure court may change the final decision in terms of height compensation respectively to increase or decrease this height.



Bibliography

Aliu, A. *Property law*, Prishtina, 2014.

Organization for Security and Cooperation in Europe, Mission in Kosovo, *Expropriations in Kosovo*, December 2006.

Pozniq, B. *Civil Procedural Law*, Prishtina, 1976.

Qehaja, Rr. *Expropriation and compensation*. "Law", Prishtina, 2005.

Legislation sources

The Charter of Fundamental Rights of the European Union, Nice, 2002, amended by the Treaty of Lisbon.

The Constitution of the Republic of Kosovo, adopted on 9 April 2008, and entered into force on 15 June 2008.

Law on Expropriation, Official Gazette of Socialist Autonomous Province of Kosovo, 1978.

Law No. 03 / L-007 on Contentious Procedure, 2008.

Law No. 03 / L-139 on Expropriation of Kosovo Immovable Property, with the changes made by the Law No. 03 / L-205, 2010.

Law No. 8561 on Expropriations and taking temporary use of private property in the public interest and by-laws for its implementation, in 2010.

Judicial practice

Decision of the Supreme Court of Kosovo, by Revision No. 345/2014, April 4, 2015.



Algumas Linhas Críticas Sobre o novo Código de Processo Civil de 2015¹

(Some Critical Lines About the new 2015 Brazilian Civil Procedure Code)

Thiago Aguiar de Pádua

Ph.D. candidate and LL.M at the University Center of Brasília (UNICEUB), Brazil.

Resercher at the Brazilian Center for Constitutional Studies

Abstract: This essay pursuit criticize the new 2015 Brazilian Civil Procedure Code, under the critical-reflective perspectives. In an initial critical perspective, metaphorically from the “Engine Room” of the 2015 Civil Procedure Code, the democratic deficit of the code, and the rodriguean narrative of “Cute, but ordinary”, we invoke the character “Cadelão” (The Big Dog Bitch), in the sense of an artificial supply of wills, and compared it with the framework of the “new” code. It show us that the Supreme Court would be a kind of “Cadelão” of the Constitutional Law (constitutionalized and constitutionalizing), and the new 2015 Brazilian Civil Procedure Code would become the “Cadelão” (The Big Dog Bitch) of the legal system. Indeed, the legislative process of the “new” 2015 Brazilian Civil Procedure Code brings some revelations: even though has been stated that the new 2015 Brazilian Civil Procedure Code would be a democratic monument, in reality, it suffers from high democratic deficit. On the other hand, the “new” 2015 Brazilian Civil Procedure Code is also formally unconstitutional, because it was amended in one of the two legislative houses and did not come back to the other.

¹ Artigo escrito em homenagem às memórias de J.J. Calmon de Passos e Joaquin Herrera Flores, embora com menos brilho (e verve) do que seria necessário para, de fato, honrar a memória destes dois próceres e demiurgos do pensamento crítico-reflexivo.



Resumo: O presente ensaio busca realizar uma crítica ao Novo Código de Processo Civil de 2015, sob as perspectivas crítico-reflexivas. Numa perspectiva crítica inicial, metaforicamente a partir da “casa de máquinas do CPC de 2015”, o início da constatação do déficit democrático do CPC, e também a partir da narrativa rodrigueana de “Bonitinha, mas ordinária”, invocamos o personagem “Cadelão”, num sentido de suprimento artificial de vontades, e comparativamente, através desta observação, no quadro reformado, o Supremo Tribunal passaria a ser uma espécie de “Cadelão” do Direito Constitucional (constitucionalizado e constitucionalizante), e o “novo” CPC de 2015 passaria a ser o “Cadelão” do Ordenamento Jurídico. Demais disso, um olhar detido sobre a tramitação legislativa do “novo” CPC nos traz algumas revelações: muito embora afirme-se que o “novo” CPC de 2015 seja um monumento democrático, em realidade, ele padece de alto déficit democrático, bem como constatou-se a sua inconstitucionalidade formal em razão de ter sido alterado em uma das duas casas legislativas e não ter retornado para a outra.

Keywords: 2015; Brazilian Civil Procedure; Unconstitutionality;

Palavras-Chave: 2015. CPC Brasileiro; Inconstitucionalidade;

Summary: 1 – Previous Remarks: Brief narrative of some initial perplexities. 1.1 – Pollyannaism’s, The Big Dog Bitch, and the “Engine Room” of the 2015 Civil Procedural Code. 1.2 – The new that is not new: Procedure is power. 2 – The Democratic incipient and the formal unconstitutionality of the “new” 2015 Brazilian Civil Procedure Code. 2.1 - The striking and incipient democratic of the “new” 2015 Brazilian Civil Procedure Code. 2.2 - The formal unconstitutionality of the “new” 2015 Brazilian Civil Procedure Code. 3 – Final Remarks: strange fruit. References.



Sumário: 1 – Considerações Iniciais: Breve narrativa de algumas perplexidades iniciais. 1.1 – Cadelões, Pollyannismos e a Casa de Máquinas do CPC de 2015. 1.2 – O Novo que não é Novo: Processo é Poder. 2 – A incipiência democrática e a inconstitucionalidade formal do Código de Processo Civil de 2015. 2.1 – A flagrante incipiência democrática do CPC de 2015. 2.2 – A inconstitucionalidade formal do CPC de 2015. 3 – Considerações finais: estranho fruto. Referências.

1. Considerações Iniciais: Breve narrativa de algumas perplexidades iniciais.

1.1. Cadelões, Pollyannismos e a Casa de Máquinas do CPC de 2015

Um ensaio, algo que jamais parece ter sido definido com exatidão², como espécie, possui inúmeras limitações e um grupo de diferentes sentidos, que se entrecruzam e formam uma unidade a partir do momento em que se esgrime um discurso ou narrativa com a urdidura crítico-reflexiva.³ Já se observou também que o ensaio é um ato de rebeldia,⁴ e que está imbuído do amplo uso de metáforas, e é exatamente este último aspecto um dos motivos pelos quais é mais criticado.⁵

As metáforas, além das críticas que podem receber, também servem para informar e estruturar o pensamento em discursos e contextos, e elas são “limites-desenhos”, “limites-manutenção”, “ordenação” e “diferenciamentos”, representando mininarrativas que agem

² MÁLISHEV, Mijail. Ensayo: el origen y la esencia del género. Em: El ensayo en nuestra América. Para una reconceptualización. Colección "*El ensayo iberoamericano*", tomo I. México: UNAM, 1993, p. 267-287.

³ A polissemia decorrente da palavra ensaio atrai as seguintes características: 1) como tentativa, ligadas as ideias de intenção e intencionalidade, no sentido de que todo ensaio acontece como abertura de um “eu” que se dirige a um “outro”; 2) como prova, no triplo sentido: de dividir-se de algo, de “por a prova” e de “passar por uma prova”, numa experiência e experimentação artística, retórica e moral; 3) como simulação de um discurso, um avanço discursivo provisional, em virtude do qual se “espera ver” e se “espera até ver”, parecendo expressar certo extravio da razão, mesmo que sempre encontre o contrapeso da cautela, da sensatez, da realidade de um limite; 4) como registro da atividade que designa a palavra latina “exagium”, vale dizer, o ato de “pesar”, de comprovar o peso de algo. Cfr. LANDA, Josu. El Ensaio: Um Juego de Espejos. Notas sobre la invención de Montaigne. Em: El ensayo en nuestra América. Para una reconceptualización. Colección "*El ensayo iberoamericano*", tomo I. México: UNAM, 1993, p. 217-218.

⁴ ALCAIDE, Benjamín Lezama. El ensayista como rebelde. Em: El ensayo en nuestra América. Para una reconceptualización. Colección "*El ensayo iberoamericano*", tomo I. México: UNAM, 1993, p. 227-232.

⁵ GULDBERG, Horacio Cerutti. Hipotesis para una teoría del ensayo. Em: El ensayo en nuestra América. Para una reconceptualización. Colección "*El ensayo iberoamericano*", tomo I. México: UNAM, 1993, p. 14.



contra o fundo de um conhecimento tácito, e neste sentido, contribuem para trabalhar mecanismos discursivos relacionados aos fenômenos políticos e sociais de uma maneira particular.⁶

A este propósito, é importante evocar o pensamento de Friedrich Nietzsche, que mencionou: “Então o que é a verdade? Um exército móvel de metáforas, metonímias e antropomorfismos - em suma, uma soma de relações humanas, que foram aprimoradas, transpostas, e embelezadas poética e retoricamente, e que após o uso prolongado parece firme, canônica e obrigatório a um povo: verdades são ilusões sobre as quais alguém se esqueceu o que são; metáforas que estão desgastadas e sem força sensível; moedas que perderam as suas fotos e agora importam apenas como metal, não mais como moedas”.⁷

Por este motivo, a relativização contextualizada da imagem das moedas da verdade, vale a pena correr o risco da crítica. Metáforas são famosas no meio jurídico, e para recordar apenas um caso notório e enigmático, observa-se que determinada decisão judicial já foi chamada de “*judicial Potemkin Village*” por parte de um dos *justices* da Suprema Corte Americana⁸, e que “tribunais de faixada” ou “inefetivos”, como a maioria dos Supremos Tribunais da América Latina, durante o período das várias épocas ditatoriais, também são chamados de “Cortes Potemkins”⁹, remontando ao famoso caso “Potemkin village”, no qual

⁶ MOTTIER, Véronique. Metaphors, mini-narratives and Foucauldian discourse theory. Em: CARVER, Terrell; PIKALO, Jernej. *Political Language and Metaphor: interpreting and changing the world*. New York, Routledge, 2008, p. 183-194; CARVER, Terrell; PIKALO, Jernej. *Political Language and Metaphor: interpreting and changing the world*. New York, Routledge, 2008, p. 183-194.

⁷ Tradução livre do original: “What then is truth? A mobile army of metaphors, metonyms, and anthropomorphisms -- in short, a sum of human relations, which have been enhanced, transposed, and embellished poetically and rhetorically, and which after long use seem firm, canonical, and obligatory to a people: truths are illusions about which one has forgotten that is what they are; metaphors which are worn out and without sensuous power; coins which have lost their pictures and now matter only as metal, no longer as coins.” Cfr.: NIETZSCHE, Friedrich. *The portable Nietzsche*. Reprint of the 1954 ed. edited, translated and notes by Walter Kaufmann. New York: The Viking Press, 1988, p. 46-47.

⁸ Refere-se à opinião do Justice William Rehnquist emitida no caso “Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey”, 505 U.S. 833, 966 (1992-06-29), julgado pela Suprema Corte Americana. A frase dita foi: “Roe v. Wade stands as a sort of judicial Potemkin Village, which may be pointed out to passers-by as a monument to the importance of adhering to precedent. But behind the façade, an entirely new method of analysis, without any roots in constitutional law, is imported to decide the constitutionality of state laws regulating abortion”.

⁹ BRINKS, Daniel; BLASS, Abby. *Beyond the Façade: Institutional Engineering and Potemkin Courts in Latin America, 1975-2009*. Longhorn 2014 APSA Papers, 2014.



Gregory Potemkin teria mandado construir às margens de um rio uma falsa vila para impressionar Catherine II, durante sua visita à Criméia, em 1787.¹⁰

Estimula-nos a usar a metáfora para refletir sobre um “CPC Potemkin”, que seria um pretexto para falar de um “novo” código que não é novo, pois mantidas as estruturas centrais e elementares do “velho”, com alguma decoração e perfumaria acrescentada. Isso nos conduz a uma outra metáfora: “a sala de máquinas” do CPC de 2015.

Preocupa-nos o fato de que as linhas mestras do “novo” CPC de 2015 não tenham sido objeto de consultas, precedidas de longas discussões sobre benefícios e malefícios de determinados modelos, junto a grande população votante, ou seja, mais de 140 milhões de pessoas. A população não entrou na “sala de máquinas do novo código de processo civil”, e a mesma crítica realizada por Roberto Gargarella¹¹ (neste aspecto sobre a Constituição), vale para o processo, pois ele (processo) é poder¹², isto é, representa a estrutura óssea da sociedade democrática.¹³

O presente ensaio busca realizar uma abordagem crítica sobre o “novo” CPC de 2015, a partir dos pensamentos crítico-reflexivos de inúmeros autores, citados ao longo do texto, e especialmente de J.J. Calmon de Passos (1920-2008) e Joaquín Herrera Flores (1957-2009), numa perspectiva que se limita, inicialmente, à abordagem sobre o déficit democrático do código e à sua inconstitucionalidade formal, além dos assuntos que lhes sejam conexos.¹⁴

¹⁰ Há certa controvérsia histórica sobre esse fato, com versões sobre a possível inexistência do fato, supostamente exagerado por inimigos políticos, desde a existência de uma mera “decoratividade exagerada” de uma vila então existente, até a concepção da “Potemkin village” como mito cultural.

¹¹ GARGARELLA, Roberto. *Latin American Constitutionalism (1810-2010): The Engine Room of the Constitution*. New York: Oxford University Press, 2013; GARGARELLA, Roberto. *Latin American Constitutionalism: Social Rights and the “Engine Room” of the Constitution*. *Notre Dame J. Int’L & Comp. L.*, vol. 4, 2014.

¹² WHITEHOUSE, Sheldon. Speech: Opening Address. *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 162, n. 7, jun./2014, p. 1518.

¹³ FORTAS, Abe. *Concerning Dissent and Civil Disobedience*. New York: The New American Library, 1968, p. 60.

¹⁴ Há em curso, ainda, o projeto de criticar academicamente três outros aspectos do novo CPC de 2015: as estruturas de poder estabelecidas, a ideologia, e os mecanismos de funcionamento. O “ser” e o “dever ser” sobre o qual nos fala Gustavo Zagrebelsky ao refletir sobre o agir do Tribunal Constitucional Italiano, e o “ser” e o “dever ser” que opõe as análises acadêmicas de Lenio Luiz Streck e José Rodrigo Rodríguez. Confira-se, respectivamente: ZAGREBELSKY, Gustavo. *Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política*. Trad. Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2008, p. 13; STRECK, Lenio. [Entrevista]. Previsibilidade e Segurança: “Fundamentação de decisões



Pensadores múltiplos e complexos, desnecessário dizer que não concordam eventualmente sobre todos os temas que serão abordados, e nem seria coerente se (e nem seria de se esperar que) isso ocorresse. Mas a crítica, ferramenta especialmente manejada pelos dois, possui um importante papel no direito, embora muitas vezes negligenciado em detrimento de uma pretensa neutralidade apologética. Não nos referimos à crítica pueril e infanticida, que debate com ferraduras *ad hominem*¹⁵, mas à crítica válida, útil e produtiva, com substância que debate ideias, institutos e instituições.¹⁶

Fala-se do tipo de crítica, seminal, que o professor Paul Bator, o grande artífice da reforma do poder judiciário americano das décadas de 1970 e 1980 fez à Richard Posner, ao resenhar um de seus livros, referindo-se a este último como “um escritor preso a uma epistemologia superficial e insatisfatória”¹⁷, críticas essas que Richard Posner considerou interessantes e não desprovidas de mérito, estimulando-o, confessa-o Posner, “a examinar os problemas da filosofia do direito em maior profundidade do que jamais [lh]e ocorrera fazê-lo”.¹⁸

vai diminuir drasticamente número de ações”. Conjur de 30.05.2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mai-30/entrevista-lenio-luiz-streck-jurista-professor>>, acesso em 30.05.2015.

¹⁵ As críticas *ad hominem* são válidas apenas quando buscam denunciar o comportamento contraditório.

¹⁶ Para referirmo-nos a apenas três exemplos de crítica válida, útil e produtiva, com substância que debate ideias, institutos e instituições – dentre tantos existentes, cite-se respectivamente uma sobre uma obra, uma sobre um instituto e uma sobre ciclo de rebates críticos: 1) a interessantíssima análise crítica que Joaquín Herrera Flores realizou sobre o livro de Antonio Enrique Pérez-Luno (*Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*), 2) a ácida crítica de J.J. Calmon de Passos sobre a “Instrumentalidade do Processo”, e 3) os vários ciclos de excelentes embates críticos entre Ronald Dworkin e Richard Posner sobre temáticas diversas entre os anos de 1997, 2000 e 2007. Cfr.: HERRERA FLORES, Joaquín. A proposito de la fundamentacion de los derechos humanos y de la interpretacion de los derechos fundamentales. *Revista de Estudios Políticos (Nuova Epoca)*, n. 45, mayo-junio, 1985; CALMON DE PASSOS, J.J. Instrumentalidade do Processo e Devido Processo Legal. *Revista de Processo* n. 102, 2001; DWORKIN, Ronald. In Praise of Legal Theory. 29 *Ariz. St. Law Journal*, 353, 1997; POSNER, Richard. Conceptions of Legal ‘Theory’: A response to Ronald Dworkin. 29. *Ariz. St. Law Journal*, 379, 1997; DWORKIN, Ronald. Philosophy & Monica Lewinsky. *The New York Review of Books*. Vol. XLVII, n. 4, Mar.-2000; POSNER, Richard. An Affair of State: An Exchange. *The New York Review of Books*. Vol. XLVII, n. 7, Mar.-2000; POSNER, Richard. Dworkin, Polemics and the Clinton Impeachment Controversy. 94 *Nw. U. Law Review*, 1023, 2000; DWORKIN, Ronald. *Posner’s Charges: What I Actually Said*. Disponível em: <<http://gongfa.com/dewojinbosina.htm>>, acesso em: 11.04.15; POSNER, Richard. Tribute to Ronald Dworkin and a Note on Pragmatic Adjudication. 63 *N.Y.U. Ann. Sur. Am Law* 9, 2007.

¹⁷ BATOR, Paul. The Judicial Universe of Judge Richard Posner. 52 *University of Chicago Law Review* 1146, 1985, p. 1161.

¹⁸ POSNER, Richard. *Problemas de filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. xvi.



Assim, este ensaio pretende realizar breves e sinceras críticas ao “novo” CPC de 2015, com ênfase em ideias, institutos e instituições, e de forma alguma se dirige a qualquer pessoa em particular. Seria desnecessário dizê-lo.¹⁹ Se o ensaio receber o privilégio da leitura e vier a provocar algum debate, mínimo que seja, já terá conseguido um excelente resultado. Dito isto, passemos à crítica.

Embora não expressamente reconhecido, parece haver sobre o “novo” código de processo civil de 2015 uma espécie de “pollyannismo”, segundo o qual muitos juristas emulam sobre ele o “jogo do contente” (*the glad game*), como se dissessem, ou pensassem que fomos presenteados com um código que precisa ser olhado pelos seus melhores lados, no exemplo de quem espera ganhar uma boneca de presente, na caixa de donativos da igreja, mas acaba recebendo um par de muletas.²⁰

¹⁹ Em termos de crítica, dentre muitos outros, 5 são os principais documentos utilizados no presente ensaio, referentes ao Código, que naturalmente envolve as ideias inerentes a cada um: 1- Anteprojeto do CPC do Senado Federal, elaborado comissão de juristas. 2- Projeto de Lei do Senado do Novo CPC (PLS Nº 166/10). 3- Projeto de Lei Substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei do Senado nº 166, de 2010 (nº 8.046, de 2010, naquela Casa). 4 - Alteração do Senado ao Substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei nº 8.046-A de 2010 do Senado Federal (PLS Nº 166/10 na Casa de origem). 5 – Lei Federal n. 13.105/2015, que instituiu o Código de Processo Civil. Respectivamente: BRASIL. Senado Federal. Anteprojeto elaborado pela Comissão de Revisão do CPC instituída em outubro de 2009 pelo Ato n. 379 do Presidente José Sarney. Brasília: Senado Federal. 2009; BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado do Novo CPC (PLS Nº 166/10). Brasília: Senado Federal, 2011; BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei Substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei do Senado nº 166, de 2010 (nº 8.046, de 2010, naquela Casa). Brasília. Câmara dos Deputados. 2014; BRASIL. Senado Federal. Alteração do Senado ao Substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei nº 8.046-A de 2010 do Senado Federal (PLS Nº 166/10 na Casa de origem), “Código de Processo Civil”. Brasília: Senado Federal, 2014; BRASIL. Presidência da República (Planalto). Lei Federal n. 13.105, de 16 de março de 2015. Brasília-Brasil, 2015.

²⁰ Explica-se o jogo do contente a partir da narrativa de sua adaptação infantil, num diálogo entre as personagens Nancy e Pollyanna: “(...) – Você é um bocado estranha, menina. Está sempre alegre com qualquer coisa que lhe acontece – observou Nancy. – Foi assim na estação, no sótão, e agora... – Faz parte do jogo. – Que jogo? – O jogo do contente! – Quem meteu isso na sua cabeça, querida? – Meu pai. É um jogo lindo! Brinco disso desde pequena... Pollyanna explicou à empregada que tudo tinha começado com umas muletas que ela e o pai encontraram na caixa de donativos da igreja. Ela havia pedido uma boneca ao pai e, quando a caixa de donativos chegou, só encontraram um par de muletas para criança. – o jogo consiste em encontrar alegria em tudo que acontece. – E onde está a alegria em encontrar muletas no lugar da boneca? Eu posso saber? – No início, eu também não entendia, mas meu pai me explicou... – E então? – A alegria está justamente em não precisar de muletas. Viu como é fácil? Nancy disse que isso era uma grande bobagem, mas Pollyanna não concordou: – Pelo contrário, o jogo é lindo! Desde aquele dia, sempre que acontece alguma coisa ruim, o jogo fica mais divertido. É verdade que foi difícil conseguir jogar quando papai morreu...” Cfr. PORTER, Eleanor. *Pollyanna*. São Paulo: Scipione, 2001, p. 14-15.



Presenciamos um “pollyannismo processual civil”. Recebemos um Código “novo”, que não é bom, e nem é novo, mas somos estimulados a olhar pelos eventuais lados bons: seria supostamente um código da democracia; teríamos honorários de advogados públicos e privados minuciosamente estipulados, que são ressaltados como destaques do código, que na verdade possui um outro apelido: estatuto da advocacia parte II²¹.

O “pollyannismo processual civil” nos leva a pensar, inconscientemente, da seguinte maneira: se não temos um código bom, e nem novo, é como se continuássemos com um velho arcabouço, sobre o qual, pelo menos, já sabemos manejar as estruturas do velho, sobre as quais sequer se cogita utilizar a “crítica” da “interpretação retrospectiva”, da qual nos recorda José Carlos Barbosa Moreira²², com a lógica utilizada por Luis Roberto Barroso²³ para, atualizando o dizer, referir que a Constituição de 1988 demorou a avançar porque seus intérpretes finais, os Ministros do STF durante a transição, não foram substituídos.

²¹ Embora a nobre classe dos advogados mereça todo respeito, valorização e consideração, como função essencial à justiça, há que ser destacada contextualmente a retumbante e significativa frase do presidente da OAB Nacional, Marcus Vinícius Furtado Coelho, quando da realização do Congresso Brasileiro sobre o novo CPC, em 13 de abril de 2015, em Brasília, na sede do Conselho Federal da OAB, de que “o novo Código de Processo Civil vem sendo conhecido, por parte da advocacia, como o estatuto da advocacia parte 2, porque todas as conquistas da advocacia que não conseguimos há 20 anos atrás, no estatuto em vigor, agora estão postas nesse novo Código”. Sonha-se com o dia em que um CPC seja o estatuto da cidadania parte I, discutido pelo cidadão, nascido no seio da cidadania e para ele, o cidadão. O veto presidencial sobre uma efetiva novidade do Código ainda fez expressa menção de que a OAB teria se manifestado a favor do veto. Cfr.: Disponível em: <<http://youtu.be/o5SSk74AN-w>>, acesso em: 14.04.2015.

²² Sobre o ponto, a observação de José Carlos Barbosa Moreira: “Põe-se ênfase nas semelhanças, corre-se um véu sobre as diferenças e conclui-se que, à luz daquelas, e a despeito destas, a disciplina da matéria, afinal de contas, mudou pouco, se é que na verdade mudou. É um tipo de interpretação em que o olhar do intérprete dirige-se antes ao passado que ao presente, e a imagem que ele capta é menos a representação da realidade que uma sombra fantasmagórica”. Cfr.: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O Poder Judiciário e a efetividade da nova Constituição. *Revista Forense*, n. 304, 1988, p. 151-152.

²³ Reflita-se sobre a assertiva de Luis Roberto Barroso: “Sem embargo da inegável virtude pessoal e intelectual de muitos dos juízes que lá tinham assento, a corte constitucional brasileira, encarregada de interpretar a nova Carta, era composta de juristas cuja nomeação era lançada a crédito do regime militar. Sem dever o seu título de investidura à nova ordem, e sem compromisso político com a transformação institucional que se opera no País, a Corte reeditou burocraticamente parte da jurisprudência anterior, bem como alimentou inequívoca má-vontade para com algumas inovações. Não se escapou aqui de uma das patologias crônicas da hermenêutica constitucional brasileira, que é a interpretação retrospectiva, pela qual se procura interpretar o texto novo de maneira a que ele não inove nada, mas, ao revés, fique tão parecido quanto possível com o antigo”. Cfr.: BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 24; BARROSO, Luís Roberto. Dez anos da Constituição de 1988 (Foi bom pra você também?). *Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro*, n. 52, 1999, p. 50-51.



A mesma lógica nos levaria a pensar sobre a conveniência de substituímos todos os ministros do STJ e do STF (aliás, todos os juízes) a cada transição de governo, ou alteração legislativa de grande porte, como os códigos em geral, o que parece avesso ao sistema Constitucional brasileiro.

Ao escrever uma das mais famosas “Forewords” da *Harvard Law Review*²⁴, analisando o ano de 2000 da Suprema Corte americana (*We the Court*²⁵), Larry Kramer observou que John Marshall proferiu a declaração de independência da Suprema Corte com uma frase entrincheirada na decisão do caso *Marbury v. Madson*.²⁶ Talvez precisemos de uma declaração de independência contra “pollyannismos”, e possivelmente um início seja substituir a palavra “departamento judicial” por “doutrina e crítica”, na famosa construção frasal.²⁷

Impressiona-nos o fato de que a engrenagem reformista, inserida na maquinaria do “novo” código, que aliás nem cheira a tão novo assim, parece albergar um produto que tenta “desafogar” os tribunais superiores em geral, e o STF em particular, dos processos que parecem os sufocar, e para atender a lobbies de vontades corporativas.

²⁴ O projeto de análise da “temporada” anual do desempenho da Suprema Corte americana é uma rica e ambiciosa experiência da doutrina norte americana, que ocorre desde 1951 num fascículo especial da revista de direito de Harvard (*Harvard Law Review*), na seção “Foreword – The Supreme Court Term”, em que um renomado doutrinador escreve sobre a Corte. Entretanto, a inspiração é mais antiga, remontando a uma série de artigos escritos pelo então professor de direito de Harvard, Felix Frankfurter, e posteriormente Juiz da Suprema Corte, entre 1925-1940. Cfr.: TUSHNET, Mark; LYNCH, Timothy. *The Project of the Harvard Forewords: A social and intellectual inquiry. Constitutional Commentaty*, vol. 11, 1994, p. 463-500.

²⁵ KRAMER, Larry. *We The Court. Harvard Law Review*, vol. 115, 2001.

²⁶ Tão arraigada está a decisão (*Marbury v. Madson*) na cultura jurídica americana, que Larry Kramer cita-a, e ao fazer a ligação em nota de rodapé, questiona, provocativamente: “Eu preciso mesmo incluir uma citação? Por amor à forma: *Marbury v. Madson*, 5 U. S. (1 Cranch), 137, 176 (1803)”.

²⁷ Disse o famoso Juiz: “É enfaticamente o domínio e a conduta do departamento judicial dizer o que é o Direito”. Com a mudança proposta, teríamos: “É enfaticamente o domínio e a conduta d[a] [doutrina e da crítica] dizer[em] o que é o Direito”. Sobre o papel da crítica doutrinária, dois pensadores de necessária observação: O primeiro, Lenio Streck, a nos recordar que “a doutrina deve voltar a doutrinar e não se quedar submissa e caudatária da ‘jurisprudência’”; o segundo, Luiz Otavio Rodriguez Jr., sobre o papel da discussão doutrinária como “elemento democrático na criação do Direito”, e que precisa sobreviver; ambos já representam, a seu modo, declarações de independência da doutrina contra “Pollyannismos”. Cfr.: STRECK, Lenio. ENTREVISTA: Direito Sumular. *Carta Forense* de 01.12.2008. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/entrevistas/direito-sumular/3120>>, acesso em: 21.04.2015; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Dogmática e crítica da jurisprudência (ou da vocação da doutrina em nosso tempo). *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 99, n. 891, p. 65-106, jan. 2010. Disponível em <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/OtavioLuiz.pdf>, acesso em: 21.04.2015.



A este propósito, calha trazer à reflexão uma das peças teatrais de Nelson Rodrigues, “Bonitinha, mas Ordinária ou Otto Lara Resende”²⁸, para recordarmos um de seus personagens mais enigmáticos: o famigerado “Cadelão”, cuja tradução para o inglês seria de difícil versão, mas talvez se acomodasse bem como “The Big Dog Bitch”, numa androginia de sentidos.²⁹

Este personagem aparece num contexto mais amplo da obra, e seria aquele que “supostamente” pratica violência sexual contra a personagem Maria Cecília, que na versão cinematográfica³⁰ de 1981 é interpretada pela atriz Lucélia Santos. No entanto, uma das duas grandes chaves interpretativas³¹ da peça é o fato de que não se trata de uma violência sexual propriamente dita (no sentido comum), antes, seria a criação de um personagem por parte da suposta vítima de modo a atender às suas próprias vontades e desejos.³²

Através desta observação, no quadro “reformado”, o Supremo Tribunal passaria a ser uma espécie de “Cadelão” do Direito Constitucional (constitucionalizado e constitucionalizante), e o “novo” CPC de 2015 passa a ser o “Cadelão” do Ordenamento Jurídico. No primeiro caso, porque passa a representar aquele no qual se depositam vontades que, como a lascívia, precisam ser saciadas. No segundo caso, por apresentar uma pluralidade de vontades que são saciadas à conta-gotas.³³

²⁸ RODRIGUES, Nelson. *Otto Lara Resende ou, Bonitinha, mas ordinária*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2012.

²⁹ A provocação de Nelson Rodrigues mistura numa palavra, o apelido invocado, características de tamanho e miscigenação entre masculino e feminino. Cachorro + Cadela + Grande = Cadelão.

³⁰ Versão da Sincrocine, direção de Braz Chediak, com Lucélia Santos, José Wilker, Vera Fischer, Carlos Kroeber, Milton Moraes, Mme. Henriette Morineau, Rubens Correa, e grande elenco, “Bonitinha, mas Ordinária” ou “Otto Lara Resende”, de 1981 é baseado na peça de Nelson Rodrigues.

³¹ A outra grande chave interpretativa refere-se ao fato de que Edgar, funcionário do pai de Maria Cecília, recebe um cheque para que se case com a filha do chefe, num enredo no qual a frase “o mineiro só é solidário no câncer” representa o influxo para que o personagem se liberte, ao final, rasgando o cheque, abandonando tudo e indo viver seu verdadeiro amor com uma “mulher da vida”.

³² Na verdade, como revelado na peça, a personagem Maria Cecília, ainda adolescente, lê uma notícia de jornal sobre um estupro praticado por um grupo de homens, e a partir daquele dia passa a acalantar a vontade de ser, ela mesma, violentada por um grupo de homens, seduzindo seu cunhado para que este providenciasse, mediante remuneração, o serviço. O próprio nome “Cadelão” refere-se ao cunhado seduzido, que se apaixona pela tara e devassidão de Maria Cecília. Cfr.: RODRIGUES, Nelson. *Otto Lara Resende ou, Bonitinha, mas ordinária*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2012. p. 101-103.

³³ A crítica de que a Constituição foi dominada por Lobbys, os mais diversos, feita por J.J Calmon de Passos, se aplica ao novo CPC de 2015. Estão lá materializados os Lobbys dos bancos, dos cartórios, da OAB, da Defensoria Pública, do MP e em alguma medida, da magistratura. Todos pretenderam saciar sua vontade, eliminando sua



Ali estão presentes metaforicamente, da maneira como narrado por Walter Benjamin, o jogo e a prostituição³⁴, pois no local de realização de ambos encontra-se presente a mesma “delícia”, e também a mais pecaminosa delas, que é colocar “o destino no prazer”.³⁵

Num primeiro sentido, propiciando a aleatoriedade das circunstâncias, cuja crítica sobre sua racionalidade atinge parlamentos e julgadores, já se tendo falado em justiça lotérica ou randômica³⁶, ou na sugestão de julgamentos por sorteios, como observado por Jon Elster.³⁷ Num segundo sentido, numa reforma que continua a permitir não duas, mas três instâncias de julgamento³⁸, recordando o chiste do Conde Horace de Viel-Castel, que indagado sobre a virtude de certas mulheres, respondeu que elas pareciam bastante com as cortinas dos teatros, pois suas saias se levantam toda noite, não apenas uma, mas três vezes.³⁹

Mas o “pollyannismo processual” nos diz que isso pode ser bom, quando na realidade as três cortinas que devem nos inspirar são muito outras. Observa-se que Vladimir Nabokov foi à Nova Iorque para dar uma aula acerca da literatura russa, e ao entrar na sala de aula, imediatamente fechou as três cortinas, para em seguida abrir um pouco a primeira janela, e ao entrar a luz, disse: isso é Pushkin. Na segunda janela, abriu as cortinas um pouco mais que a

sede e obstruindo a sua fome, no STF e no novo CPC. Cfr.: CALMON DE PASSOS, J.J. *Revisitando o direito, o poder, a justiça e o processo: Reflexões de um jurista que trafega na contramão*. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 189-191; CALMON DE PASSOS, J.J. *Visão crítica dos 20 anos da Constituição cidadã*. São Paulo: LTR, 2009.

³⁴ Além da construção do raciocínio, baseado em Walter Benjamin, observe-se a afirmação do processualista argentino Adolfo Alvarado Velloso, de que a falta de uniformidade jurisprudencial vulnera o postulado constitucional da igualdade, e que a jurisprudência uniforme diminui a litigiosidade e evita a prostituição interpretativa das normas. Cfr.: VELLOSO, Adolfo Alvarado. *Reflexiones Criticas Acerca del Proyecto de Reforma al Código de Procedimiento Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba*. Obra en Homenaje al Bicentenario de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1991.

³⁵ BENJAMIN, Walter. Charles Baudelaire um lírico no auge do capitalismo. *Obras Escolhidas III*. Trad. José Carlos Martins Barbosa e Hemerson Batista. São Paulo: Brasiliense, 1994, p. 235-267.

³⁶ DUXBURY, Neil. *Random Justice*. Oxford, University Press, 2012.

³⁷ ELSTER, Jon. *Juicios Salomónicos: Las Limitaciones de racionalidad como principio de decisión*. Trad. Carlos Gardini. Barcelona: Gedisa, 1999.

³⁸ Evidentemente que a referência tem em mente a primeira instância, o tribunal de justiça (ou regional federal, ou eleitoral, ou militar o trabalhista) e um terceiro nível de análise, para manutenção da integridade do ordenamento em termos de preservação da legislação federal e/ou da constituição, mas não se desconhece que podemos ter nestes casos até 4 instâncias, se considerarmos a recorribilidade do STJ para o STF.

³⁹ BENJAMIN, Walter. Charles Baudelaire um lírico no auge do capitalismo. *Obras Escolhidas III*. Trad. José Carlos Martins Barbosa e Hemerson Batista. São Paulo: Brasiliense, 1994, p. 237.



metade, e disse: isso é Gogol. Na terceira janela, abriu toda a cortina, e com o entrar da luz, disse: isso é Tolstói!⁴⁰

A terceira luz deve ser o Supremo Tribunal Federal, que de *lege lata* não poderia permanecer com a sua competência banalizada, e o estabelecimento de cortinas/janelas com intenção de “filtragem da luz” tem o condão de tornar tão lotérica quanto caricata a acessibilidade aos umbrais da Corte. Neste sentido, o novo não é novo.

1.2. O Novo que não é Novo: Processo é Poder.

Com efeito, é importante observar um divisor de águas relativo a identificação dos corpos pré-legislativos do “novo” CPC. Sancionado em 16 de março de 2015, o “novo” Código, a Lei Federal 13.105/2015, finalmente se transformou em realidade após uma breve⁴¹ caminhada legislativa, oriunda do Anteprojeto elaborado e apresentado pela comissão de juristas instituída pelo Ato nº 379/2009, por parte do então presidente do Senado, José Sarney. Falou-se em novo, mas o novo não veio.

E porque continuamos a não poder falar em novo processo civil? Pelos mesmos motivos observados por J.J. Calmon de Passos sobre uma reforma pretérita que também pretendia trazer o “novo”, nos advertindo: “para se falar em um novo processo civil teríamos que

⁴⁰ Narra-se: “Nabokov, que hoje tem uma altura de Joyce, Proust e Kafka, (...). Mas o Nabokov foi à Nova Iorque para dar uma aula sobre literatura russa, e em lá chegando, claro, os garotinhos bem alimentados, olhos verdes, olhos azuis, as meninas bem bonitinhas, já donos do mundo! Falaram: “- O que que esse cara vem dar [de] literatura russa. Nós já sabemos isso”. Eles estavam esperando o burocrata do partido stalinista. Quando Nabokov entrou na sala de aula, ele entrou com uma elegância, que quando o russo atinge essa elegância o inglês é um mendigo. Ele olhou, os garotos olharam (que que essa cara vem fazer aqui). Olhou para as três janelas, com três grandes cortinas, ele foi na primeira janela, fechou a primeira cortina; foi na segunda janela, fechou a segunda cortina; foi na terceira janela, fechou a terceira cortina; [depois], veio na primeira abriu um pouquinho ou quase até a metade, entrou aquela luz, e disse: isso é Pushkin; foi na segunda, abriu-a quase depois da metade, entrou aquela Luz, e disse: isso é Gogol; foi até a última, abriu-a inteira, e disse: isso é Tolstói. Vamos falar sobre literatura russa!” Cfr.: ABUJAMRA, Antônio. Narrativa Oral. Programa Provocações nº568 com o filósofo Renato Janine Ribeiro, bloco 3, em maio de 2012. Disponível em: <<http://youtu.be/kvPOy5fzoqs>>, acesso em: 22.04.2015.

⁴¹ Breve, considerando-se a data da instituição da comissão elaboradora do anteprojeto e a sua conversão em lei (2009-2015 – 6 anos aproximadamente), evidentemente, relativamente à média das tramitações dos códigos que conhecemos, *e.g.*, o ora vigente Código Civil teve tramitação legislativa entre os anos de 1975 e 2001 (26 anos aproximadamente). Breve, ainda, se considerarmos os longos anos de tramitação legislativa em outros países, como os 20 anos em que as regras federais de procedimento civil dos Estados Unidos foram debatidas no Senado americano até a sua efetiva promulgação em 1934, com entrada em vigor em 1938.



comprovar terem ocorrido mudanças no tocante ao processo de produção do direito”. E este modo de produção do direito ocorre em variados níveis de complexidade.⁴²

Como observa Deleuze, citado por J.J. Calmon de Passos, devemos desconfiar de países com muitas leis, pois este fato denuncia a fragilidade de suas instituições.⁴³ Mais ainda, e aqui atualizamos o pensar, desconfiemos também se for agigantado o número de Ações Diretas de Inconstitucionalidade, Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental, Súmulas Vinculantes, etc.

No momento da escrita destas linhas, no plano federal, temos contabilizadas aproximadamente 13.114 Leis Federais Ordinárias, 149 Leis Federais Complementares, 8.433 Decretos (sem contar os Decretos não numerados), 2.230 Medidas Provisórias Anteriores à Emenda Constitucional n. 32 (muitas delas já convertidas em lei), 673 Medidas Provisórias Posteriores à Emenda Constitucional n. 32 (muitas delas já convertidas em lei), 5.310 ADI's, 341 ADPF's, 32 ADO's, 35 ADC's.

Desconfiemos de nossas instituições, sobretudo na academia, que necessita pensar com os olhos da crítica, especialmente em termos de mudanças legislativas sobre o processo. Conforme observado por Judith Resnik, reconhecida processualista da faculdade de direito de Yale, nos Estados Unidos, “a história do processo é uma série de tentativas de resolver os

⁴² Observa Calmon de Passos distintos e variados níveis de produção do direito: “processo constitucional, legislativo, negocial, administrativo e jurisdicional de produção do direito, com seus produtos específicos: constituição, leis infraconstitucionais, atos administrativos, contratos e sentenças (lato senso) dos diversos procedimentos adotados por cada qual deles, tendo em vista certas particularidades de seu produto específico. Só para exemplificar: é diverso o procedimento adotado para apresentar, discutir e votar emendas constitucionais daquele adotado para os projetos de lei ordinária, variando este, inclusive, se oriundos do Executivo ou de algum integrante do Parlamento.”. Cfr.: CALMON DE PASSOS. J.J. Há um novo moderno processo civil brasileiro? *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, n. 18, jun-ago./2009, p. 4.

⁴³ Observa Calmon de Passos: “Dar prioridade a soluções jurídicas para conflitos sociais é impossível e indesejável. A nível macro, jamais existiu. A nível micro, denuncia a falência das instituições sociais. A saúde de um povo decorre da saúde de suas instituições sociais. Daí a advertência irônica de Deleuze: se você chegar a um país com muitas leis, não fique nele; isto denuncia a fragilidade de suas instituições. Mas se ele tiver poucas leis, pode nele fazer sua morada. As instituições são fortes e elas é que garantem a saúde social. Em país civilizado, as leis apenas cuidam das instituições já socialmente consolidadas.” Cfr.: CALMON DE PASSOS. J.J. Há um novo moderno processo civil brasileiro? *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, n. 18, jun-ago./2009, p. 5.



problemas criados pela geração precedente de reformas processuais”.⁴⁴ Faz algum sentido a observação.⁴⁵ E parece que fará novamente no futuro.

Abe Fortas, um dos mais conhecidos *Justices* da Suprema Corte americana, foi bastante preciso ao afirmar que o “processo é a estrutura óssea de uma sociedade democrática”⁴⁶, o que pode ser resumindo com a observação de Sheldon Whitehouse: “processo é poder”.⁴⁷

Acabamos de ver nascer, em 2015, nosso terceiro código de processo civil nacional (1939, 1973 e 2015), e não realizamos uma revolução no processo. Não compreendemos – ou negligenciamos (proposita ou inconscientemente), a necessidade da implementação de robustas bases para um “Direito Processual Social” ou de um “Direito Processual de Grupos Sociais” no Brasil.⁴⁸

Negligenciamos, como já dito, que o “processo é poder”, e que ele é o mecanismo pelo qual (também) são travadas as lutas por direitos, quando deveríamos ter tido em mente a necessidade de enxergar o processo, e todos os seus institutos e pressupostos a partir da

⁴⁴ Em tradução livre do original: “The history of procedure is a series of attempts to solve the problems created by the preceding generation’s procedural reforms”. Cfr. RESNIK, Judith. Precluding Appeals, *Cornell Law Review*, vol. 70, 1985, p. 603-624.

⁴⁵ Toma-se aqui “*procedure*” por processo, e tomaríamos também “*substantive law*” por direito material a partir do clássico artigo de Thurman W. Arnold sobre esse tema em 1932, e portanto antes da reforma federal do “processo” civil nos Estados Unidos. Cfr. ARNOLD, Thurman W. The Role of Substantive Law and Procedure in the Legal Process. *Harvard Law Review*, vol. XLV, n. 4, feb., 1932.

⁴⁶ FORTAS, Abe. *Concerning Dissent and Civil Disobedience*. New York: The New American Library, 1968, p. 60.

⁴⁷ WHITEHOUSE, Sheldon. Speech: Opening Address. *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 162, n. 7, jun./2014, p. 1518.

⁴⁸ Confirma-se a bem engendrada narrativa contextualizada sobre a evolução processual, e a necessidade de uma nova tipologia de processo. Primeiro sobre “Direito Processual Social”, e depois em uma atualização desta perspectiva, para “Direito Processual de Grupos Sociais”. Cfr.: GUEDES, Jefferson Carús. *Direito Processual de Grupos Sociais no Brasil: uma versão revista e atualizada das primeiras linhas*, Brasília: versão do autor, 2015 (mimeo); GUEDES, Jefferson Carús. *Direito Processual Social Atual: entre o Ativismo Judicial e o Garantismo Processual*. *Revista Brasileira de Direito Processual*, v. 82, p. 45-79, 2013; ROCHA, E. P. ; GUEDES, J. C. . *Derechos Fundamentales y Proceso Civil en el Brasil: algunas tecnicas procesales compensatorias de desigualdades sociales y la protección judicial de los derechos fundamentales*. Universidad Complutense de Madrid. España. Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época, v. 11, p. 451-492, 2010; GUEDES, Jefferson Carús. *Direito Processual Social no Brasil: As Primeiras Linhas*. *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, n. 2, enero-junio, 2006, p. 55-91; GUEDES, Jefferson Carús. *Direito Processual Social no Brasil: as primeiras linhas*. *Revista de Processo*, v. 142, p. 137-167, 2006;



“racionalidade de resistência”⁴⁹, numa perspectiva que contemplasse sua complexidade a partir dos direitos humanos⁵⁰, com a conscientização de que existem ao menos seis decisões iniciais⁵¹ e seis paradoxos⁵² referentes aos direitos humanos, cujo esquema de compreensão teórica radica na insuplantável figura do diamante ético⁵³, e que precisavam ser inseridos, em perspectiva de criação legislativa, no “novo” CPC, inclusive a partir e além das premissas para uma teoria crítica do direito.⁵⁴

⁴⁹ HERRERA FLORES, Joaquín. Direitos humanos, interculturalidade e racionalidade de resistência. Trad. Carol Proner. Em: WOLKMER, Antonio Carlos. (Org.). *Direitos Humanos e Filosofia jurídica na América Latina*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

⁵⁰ HERRERA FLORES, Joaquín. La Complejidad de los derechos humanos. Bases teóricas para una redefinición contextualizada. *Revista Internacional de Derecho e Ciudadania*, n. 1, p. 103-, junho/2008; HERRERA FLORES, Joaquín. Hacia una visión compleja de los derechos humanos. Em: HERRERA FLORES, Joaquín. *El vuelo de Anteo. Derechos humanos y crítica de la razón liberal*. Bilbao: Desclée de Brouwer, 2000.

⁵¹ Registre-se desde logo que as 6 decisões iniciais sobre os direitos humanos, observadas por Joaquín Herrera Flores, são: 1) pensar, é pensar de outro modo; 2) transição da negatividade dialética para a afirmação ontológica e axiológica; 3) pensar as lutas por dignidade humana significa “problematizar” a realidade; 4) transitar da utopia para as “heterotopias”; 5) a indignação relativamente ao intolerável deve nos conduzir ao encontro positivo e afirmativo de vontades críticas; 6) nem todos são iguais. Cfr. HERRERA FLORES, Joaquín. *La verdad de una teoría crítica. Seis decisiones iniciales y seis paradojas de los Derechos humanos*. Sevilla: Universidad Pablo de Olavide, 2005.

⁵² Observe-se desde logo que os 6 paradoxos referentes aos direitos humanos observadas por Joaquín Herrera Flores são: 1) o “lugar comum”; 2) a “condição humana”; 3) os “padrões duplos”; 4) “os direitos e o mercado”, 5) “os direitos e os bens”, e, 6) os direitos humanos, como produtos culturais ou ideológicos? Cfr. HERRERA FLORES, Joaquín. *La verdad de una teoría crítica. Seis decisiones iniciales y seis paradojas de los Derechos humanos*. Sevilla: Universidad Pablo de Olavide, 2005.

⁵³ Com a figura do diamante ético de Joaquín Herrera Flores, um bom exemplo de acolhimento de marcos teóricos para levá-los além, conforme Antonio Suxberger: “oriundo da figura do diamante cultural delineada por Wendy Griswold, o diamante ético concretiza um esquema de conhecimento e ação, para enfim se estabelecer como um marco pedagógico na teoria crítica dos direitos humanos. Em verdade, e aqui sem nenhum demérito à importantíssima obra de Griswold, talvez a maior contribuição de *Cultures and societies in a changing world* tenha sido exatamente incutir em Joaquín o que lhe levaria a criar seu diamante ético”. SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. Formação e ponto de inflexão: entre palavras e verdades. Em: PRONER, Carol; CORREAS, Oscar (Cord.). *Teoria crítica dos direitos humanos: in memoriam Joaquín Herrera Flores*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 211.

⁵⁴ A esse propósito, as 16 premissas de uma teoria crítica do direito de Joaquín Herrera Flores, pois precisa ficar claro que o direito, inclusive o direito processual, é sempre o produto de uma determinada ordem de relações sociais, e o qual, uma vez validado institucionalmente, passa a condicionar e regular o acesso aos bens desde o ponto de vista de quem detenha, ou controle o poder, e nesta perspectiva, o direito é sempre um processo de criação e reprodução de objetos (normas, regras, procedimentos) que estão em estreita relação com a divisão social em classes hegemônicas e subordinadas, ou seja, o direito não sustenta a si mesmo, eis que reconhece e garante os resultados das lutas sociais, precisando do apoio e da crítica de grupos de interesse ou movimentos e organizações sociais – cada um a seu modo, defendendo diferentes formas de regulação das relações sociais. Cfr. HERRERA FLORES, Joaquín. 16 Premisas de una teoría crítica del derecho. Em: PRONER, Carol; CORREAS, Oscar (Cord.). *Teoria crítica dos direitos humanos: in memoriam Joaquín Herrera Flores*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 13.



E isso porque as mesmas necessidades de se “reinventar os direitos humanos”⁵⁵ estariam presentes (também) na necessidade de “reinvenção do processo civil”, que equivale a dizer: reinvenção de um mecanismo de poder, representativo da estrutura óssea da sociedade democrática.

No entanto, preferimos elaborar um Código que não inova em praticamente nada, e portanto sequer deveria ter nascido.⁵⁶ Quais são as grandes novidades do código “novo”? Acabar com o juízo de admissibilidade nos Recursos Especial e Extraordinário pelo presidente dos tribunais *a quo*?⁵⁷ Ora, ele nem sempre existiu⁵⁸, e sua morte pelo código “novo” confirma Judith Resnik, de que jamais deveria ter nascido, pois – repita-se: a história do processo é uma

⁵⁵ HERRERA FLORES, Joaquín. *La reinvención de los derechos humanos*. Colección ensayando. Andalucía: Atrapasueños, 2008.

⁵⁶ Veja-se, a propósito, que Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, ao analisarem o Anteprojeto e o Projeto do Senado, em 2010, observaram que um código deve pretender sistematizar o direito processual, fazendo uma crítica sobre a dualidade do CPC Buzaid de 1973 e do Código Reformado, mas que a sistematização não seria a única razão ou oportunidade para um novo código, vale dizer, um novo código também deve apresentar “renovação metodológica”, pois em seu seio encontra-se presente a dualidade “tradição” e “ruptura”: “se o que se pretende é a outorga de coesão ao direito processual civil, e o acréscimo deste ou daquele instituto novo, colhe-se ensejo para simples consolidação. Ai sobressai com maior peso a tradição. Codificar e consolidar são coisas diferentes”. Observaram ainda que diferentemente das codificações processuais civis de 1939 e 1973, o Projeto apenas repetia muito do que já existia. Cfr. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC: crítica e propostas*. São Paulo: RT, 2010, p. 56. Veja-se ainda a profunda pesquisa de Fábio Siebeneichler de Andrade acerca da codificação, com destaque para a perene disputa entre “ratio” e “autoritas” no seio da disputa codificante. Cfr.: ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. *Da Codificação – A crônica de um conceito*, Livraria do Advogado, 1997, p. 27-28.

⁵⁷ CPC/2015: “Art. 1.030. Recebida a petição do recurso pela secretaria do tribunal, o recorrido será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias, findo o qual os autos serão remetidos ao respectivo tribunal superior. Parágrafo único. A remessa de que trata o caput dar-se-á independentemente de juízo de admissibilidade.”

⁵⁸ Lei Federal 3.396/1958, que alterou os artigos 864 e 865 do CPC/1939: “Art. 3º O recurso será interposto perante o presidente do Tribunal recorrido, e, nas causas alçada perante o próprio juízo prolator da decisão da qual se recorre. § 1º Recebida a petição, publicar-se-á aviso do seu recebimento e ficará ela na secretaria do Tribunal ou no cartório do Juízo, à disposição do recorrido, que poderá examina-la e impugnar o cabimento do recurso dentro em três (3) dias, a contar da publicação do aviso. § 2º Findo esse prazo, serão os autos, com ou sem impugnação, conclusos ao presidente do Tribunal ou ao Juiz, que deferirá ou não o seguimento do recursos (sic) no prazo de cinco (5) dias. § 3º Será sempre motivado o despacho pelo qual o presidente do Tribunal ou o Juiz admitir o recurso ou denegar a sua interposição”. Confira-se, ainda, o clássico “Juízo de admissibilidade dos recursos civis”, de José Carlos Barbosa Moreira: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Juízo de Admissibilidade no Sistema dos Recursos Civis. *Revista de Direito*, Volume 19, 1976, p. 104-105.



série de tentativas de resolver os problemas criados pela geração precedente de reformas processuais”.⁵⁹

A novidade seria o “Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica”? Um grupo de quase meia dúzia de artigos que já eram, no modelo anterior, em suas linhas gerais, seguidos por grande parte dos juízes, à exceção dos juízes trabalhistas, que continuarão a não fazê-lo? Acabar com o livro do processo cautelar? Mantendo pedido de “procedimento da tutela cautelar requerida em caráter antecedente”?

A novidade estaria em estabelecer, minuciosamente, casos em que a sentença não será considerada fundamentada? Repete o truísmo da desnecessidade dos Embargos de Declaração⁶⁰, pela mesma lógica: a previsão de fundamentação é constitucional, e estabelecer formalismos de “justificação da decisão” peca por não se preocupar com o que era mais óbvio e necessário: um *quadrivium* representado pela correta adoção, a partir de uma perspectiva constitucional, de mecanismos que permitissem e unificassem legislativamente: 1) teoria das fontes; 2) teoria da norma; 3) teoria da interpretação; e, 4) teoria da decisão.⁶¹

Entretanto, optou-se por fazer coexistir uma mixagem teórica⁶² absolutamente inadequada, ao tempo em que se adota mecanismo que estabelece que “Os tribunais devem

⁵⁹ Confira-se a nota n. 44, supra.

⁶⁰ Por todos, confira-se: STRECK, Lenio. Azdak, Humpty Dumpty e os Embargos Declaratórios. Em: *Compreender Direito: Desvelando as obviedades do discurso jurídico*, volume 1, 2ª edição, revista. São Paulo: RT, 2014, p. 90-97.

⁶¹ Conforme observado por Lenio Streck, “no Brasil, com o advento da Constituição, ocorreram demandas das mais variadas. No campo da teoria do direito, precisamos de uma nova teoria das fontes, uma nova teoria da norma, uma nova teoria da interpretação e, finalmente, uma nova teoria da decisão”. Cfr. STRECK, Lenio. Entrevista. *Revista do Tribunal de Constas do Estado de Minas Gerais*. V. 81, n. 4, ano XXIX, Out./Dez.-2011, p. 16.

⁶² Confira-se os “12 Pontos de Streck” contra mixagens metodológicas: STRECK, Lenio. *Lições de Crítica Hermenêutica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 143-153. E ainda, conforme observa o mesmo autor em outra oportunidade: “O pensamento jurídico (desde a dogmática jurídica até alguns setores sofisticados da teoria do direito) professa, de há muito, um tipo pernicioso de sobreposição de paradigmas filosóficos. Ou seja, os mais diversos juristas constroem sua argumentação sob um solo mutante, composto por tipos diversos – e no mais das vezes contraditórios – de posições filosóficas. Chamo isso de “mixagem teórica”. Cfr.: STRECK, Lenio. Dogmática jurídica, senso comum e reforma processual penal: o problema das mixagens teóricas. *Pensar*, Fortaleza, v. 16, n. 2, p. 626-660, jul./dez. 2011, p. 635; STRECK, Lenio. As Recepções Teóricas Inadequadas em *Terrae Brasilis*. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 10, n. 10, p. 2-37, jul./dez. 2011.



uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”⁶³, estipula-se que o juiz (e está implícito também o Tribunal), no “caso de colisão entre normas”, deve “justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada”⁶⁴, enunciando – registre-se, “as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão”. Sem dúvida uma espécie de “Führerprinzip”⁶⁵, a despertar o mesmo tipo de preocupação que John Hart Ely⁶⁶ suscitou ao escrever sobre a Suprema Corte americana em 1978, e cuja preocupação foi retomada por Richard Posner⁶⁷ ao também escrever sobre a Suprema Corte americana em 2005.

⁶³ Conhecida como “Emenda Streck”, a introdução da excelente e necessária previsão de que os Tribunais devem uniformizar a sua jurisprudência, e mantê-la estável, íntegra e coerente, sofre os influxos da perniciosa convivência com a mixagem teórico-legislativa da ponderação. Cfr.: STRECK, Lenio. Grande Avanço: Por que agora dá para apostar no projeto do novo CPC! *Conjur* de 21.10.2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-out-21/lenio-streck-agora-apostar-projeto-cpc>>, acesso em 15.04.2015; STRECK, Lenio. Senso Incomum: Novo CPC terá mecanismos para combater decisionismos e arbitrariedades? *Conjur* de 18.12.2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-18/senso-incomum-cpc-mecanismos-combater-decisionismos-arbitrariedades>>, acesso em: 15.04.2015; STRECK, Lenio. Ganhos Para O Brasil: O passado ilumina o futuro – eis o novo CPC! Sanciona, presidenta! *Conjur* de 25.02.2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-fev-25/passado-ilumina-futuro-eis-cpc-sanciona-presidenta>>, acesso em: 15.04.2015.

⁶⁴ Veja-se, a este propósito a crítica de Lenio Streck, para quem a inserção da ponderação é inadequada. STRECK, Lenio. Senso Incomum: Ponderação de normas no novo CPC? É o caos. Presidente Dilma, por favor, veta! *Conjur* de 08.01.2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jan-08/senso-incomum-ponderacao-normas-cpc-caos-dilma-favor-veta>>, acesso em: 15.04.2015.

⁶⁵ Observe-se que a previsão de afastamento de uma norma, em detrimento de outra, por motivos de “justiça”, baseados na discricionariedade do juiz, nos faz recordar o discurso de Adolf Hitler sobre “o Führer protege o Direito”, numa “oposição entre um direito substancial, não separado da eticidade e da justiça, e a legalidade vazia de uma neutralidade inautêntica”, e ele, o Führer, protege o Direito “quando ele, no instante do perigo, cria o direito sem mediações, por força da sua liderança e enquanto juiz Supremo, conforme observado por Ronaldo Porto Macedo Jr. E ainda, sendo um mecanismo que permite “desformalizar” o direito, no sentido de ser contrária a determinado formalismo, está radicada também na seguinte observação de Cass Sunstein: “No período nazista, os juízes alemães rejeitavam o formalismo. Eles não confiavam no significado ordinário ou original de textos legais. Ao contrário, pensavam que as leis deveriam ser interpretadas de acordo com o espírito da época, definido com referência ao regime nazista. Pensavam que os tribunais poderiam levar a cabo a sua tarefa somente se não permanecessem presos à letra da lei (...)”. Confira-se, respectivamente: MACEDO JR, Ronaldo Porto. *Carl Schmitt e a fundamentação do direito*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 177-182; SUNSTEIN, Cass R. Deve o formalismo ser defendido empiricamente? Em RODRIGUEZ, José Rodrigo (org.). *A justificação do formalismo jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 201-236; GODOY, Arnaldo Sampaio Moraes de. Notas em torno do processo penal no nacional – socialismo alemão: Gleichstung e Führerprinzip. Intertemas. *Revista do Curso de Mestrado em Direito*. Presidente Prudente, 2000, p. 59-67.

⁶⁶ ELY, John Hart. The Supreme Court, 1977 Term - Foreword: On Discovering Fundamental Values, *Harvard Law Review* vol. 92, 1978.

⁶⁷ POSNER, Richard. The Supreme Court, 2004 Term - Foreword: A Political Court. *Harvard Law Review* vol. 119, 2005.



Sem nos alongarmos demasiadamente sobre o tema, recordemos aqui que geralmente a ponderação é realizada (de maneira simplista, equivocada e *ad hoc*⁶⁸) com base no “princípio da proporcionalidade” e/ou da “razoabilidade”, aos quais o Ministro Eros Grau observou que se transformaram em gazuas aptas a arrombar outros Direitos Fundamentais.⁶⁹ Faz recordar Goffredo Silva Telles Jr, ao dizer que na ditadura os “Atos Institucionais” eram os “pés-de-cabra” para o arrombamento das estruturas constitucionais do Brasil.⁷⁰

Pois bem, assemelha-se ainda, *mutatis mutandis*, ao que Paulo Bonavides chama de silencioso golpe de Estado institucional, em diferenciação aos golpes de Estado clássicos e tradicionais (que se valem de tanques de guerra nas ruas, do fechamento das casas legislativas e com interdição dos veículos de opinião). Não é um golpe de Estado no governo, e sim nas instituições. O golpe de Estado institucional remove regimes, e não governos. Entende com valores, e não com pessoas.⁷¹ Este golpe, instrumentado com gazuas e pés-de-cabra, podemos chama-lo de “decisões-golpes de estado institucional fundadas na força proporcional ou razoável da ponderação”.

⁶⁸ Veja-se, a propósito, dois trabalhos acadêmicos de fôlego sobre o uso e sobre o mal-uso da ponderação e da proporcionalidade, que não podem ser simplificados ou vulgarizados: MORAIS, Fausto dos Santos. *Hermenêutica e pretensão de correção: uma revisão crítica da aplicação do princípio da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal*. 2013, 346f. *Tese (Doutorado)* - UNISINOS. São Leopoldo, abril de 2013; LUDWIG, Roberto José. *A norma de direito fundamental associada: direito, moral, política e razão em Robert Alexy*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2014.

⁶⁹ São as seguintes as contundentes observações de Eros Grau: “Tenho criticado aqui --- e o fiz recentemente (ADPF 144) --- a 'banalização dos princípios' [entre aspas] da proporcionalidade e da razoabilidade, em especial do primeiro, concebido como um 'princípio superior', aplicável a todo e qualquer caso concreto, o que conferiria ao Poder Judiciário a faculdade de 'corrigir' o legislador, invadindo a competência deste. O fato, no entanto, é que proporcionalidade e razoabilidade nem ao menos são princípios --- porque não reproduzem as suas características --- porém postulados normativos, regras de interpretação/aplicação do direito'. No caso de que ora cogitamos esse falso princípio estaria sendo vertido na máxima segundo a qual 'não há direitos absolutos'. E tal como tem sido em nosso tempo pronunciada, dessa máxima se faz gazua apta a arrombar toda e qualquer garantia constitucional. Deveras, a cada direito que se alega o juiz responderá que esse direito existe, sim, mas não é absoluto, porquanto não se aplica ao caso. E assim se dá o esvaziamento do quanto construímos ao longo dos séculos para fazer, de súditos, cidadãos”. Em: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 95.009/SP, Rel. Min. Eros Grau, julgado em 06.11.2008, itens n. 34 e 35 do voto.

⁷⁰ TELLES JUNIOR, Goffredo da Silva. Uma estória para a história. *Revista da Faculdade de Direito da USP*, v. 95, 2000, p. 49.

⁷¹ BONAVIDES, Paulo. *Do país constitucional ao país neocolonial: a derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 23-24.



Ao lado de possivelmente termos realizado transplantes legais (ou jurídicos) de maneira pouco (ou quase nada) refletida, vimos passar à brancas vistas, a oportunidade de inserção de dispositivo que normatizasse a citação/utilização de doutrina e/ou julgados/precedentes de outros países e de órgãos transnacionais⁷², atribuindo menos importância legislativa do que parece necessário sobre a rica discussão acerca do diálogo entre juízes⁷³, da “teoria dos transplantes jurídicos”⁷⁴ e sobre como esse tema é largamente discutido em outros países, que dificilmente aceitam a utilização de precedentes estrangeiros por uma série de variados e importantes motivos.⁷⁵ Vale, no entanto, uma detida leitura e reflexão sobre a densa tese de doutoramento de Ruitemberg Nunes Pereira sobre a circulação global de precedentes em matéria de direitos humanos, especialmente para pensarmos no contexto brasileiro.⁷⁶

⁷² NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. 1. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009; Christine Oliveira Peter da. *Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais*. 2013. 274 f. Tese (Doutorado em Direito) — Universidade de Brasília, Brasília, 2013.

⁷³ VARELLA, Marcelo Dias. *Internacionalização do Direito: direito internacional, globalização e complexidade*. Brasília: UniCEUB, 2013, p. 166-225; NUNES PEREIRA, Ruitemberg. Interações transjudiciais e transjudicialismo: sobre a linguagem irônica no direito internacional. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 9, n 4, 2012; NUNES PEREIRA, Ruitemberg. *A Circulação Global dos Precedentes: Esboço de uma teoria das transposições jurisprudenciais em matéria de Direitos Humanos*. 2014. 634 f. Tese (Doutorado em Direito) — Centro Universitário de Brasília - UniCEUB, Brasília, 2014.

⁷⁴ CORDERO, Jorge A. Sánchez (Coord.). *Legal Culture and legal transplants*. Washington, D.C.: International Academy of Comparative Law, 2010; PARISE, Agustín. *Legal transplants and codification: exploring the north american sources of civil code of argentina (1871)*. Em: CORDERO, Jorge A. Sánchez (Coord.). *Legal Culture and legal transplants*. Washington, D.C.: International Academy of Comparative Law, 2010; GIBSON, J. C. *Impact of legal culture and legal transplants on the evolution of the australian legal system*. Em: CORDERO, Jorge A. Sánchez (Coord.). *Legal Culture and legal transplants*. Washington, D.C.: International Academy of Comparative Law, 2010; HEIRBAUT, D.; GERKENS, J. F. *In the shadow of France*. Legal acculturation and transplants in the southern Netherlands/Belgium. Em: CORDERO, Jorge A. Sánchez (Coord.). *Legal Culture and legal transplants*. Washington, D.C.: International Academy of Comparative Law, 2010; HUSA, Jaakko. *Legal families*. Elgar Encyclopedia of Comparative Law, pp. 382-393, Jan. M. Smits ed., Cheltenham: Northampton, 2006.

⁷⁵ TRIPATHI, P. *Foreign precedents and constitutional law*. *Columbia Law Review*, v. 57, n. 3, 1957, p. 321; WALDRON, J. *Foreign Law and the Modern *Ius Gentium**, 119 *Harvard Law Review*. 129, 2005; POSNER, Richard. *No Thanks, We Already Have Our Own Laws: The Court Should Never View a Foreign Legal Decision as a Precedent In Any Way*. Disponível em: <http://www.legalaffairs.org/issues/July-August-2004/feature_posner_julaug04.msp>, acesso em: 06.10.2014; YOO, John; DELAHUNTY, Robert J. *Against Foreign Law*. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, Volume 29, Number 1, 2005; GINSBURG, Ruth. *Transcript of Interview of U.S Supreme Court Associate Justice Ruth Bader Ginsburg*. Interviewed by Professor Deborah Jones Merrit & Professor Wendy Webster Williams. Interview of Justice Ginsburg. *Ohio State Law Journal*, v. 70, 2009.

⁷⁶ NUNES PEREIRA, Ruitemberg. *A Circulação Global dos Precedentes: Esboço de uma teoria das transposições jurisprudenciais em matéria de direitos humanos*. 2014, 634f. Tese (Doutorado) - UniCEUB. Brasília, 2014.



Perdemos a oportunidade de criar um modelo a partir de uma densa reflexão sobre a teoria das exceções normativas, ou derrotabilidade⁷⁷ (*defeasibility*⁷⁸) no âmbito processual, mas antes, permitimos que um solipsismo jurídico-processual possa avançar em direção à dignidade e à integridade do direito, como um zumbi faminto por devorar os restos de seu próprio cadáver.

A novidade eficaz seria o estabelecimento de uma seção específica sobre “Da Prática Eletrônica de Atos Processuais”? Dificilmente; sem estabelecer um livro ou capítulo no novo CPC que buscasse unificar nacionalmente o processo eletrônico. Vale destacar que poucos dias após a promulgação do CPC de 2015, a OAB apresenta proposta para alterar a Lei 11.419/2006 (lei do processo eletrônico), o que podia, e deveria ter sido feito no CPC para sistematização.⁷⁹

Acaso a novidade seria a permissão para que se realize sustentação oral nos agravos de instrumento, interposto contra decisões interlocutórias que versem sobre tutelas provisórias de

⁷⁷ No Brasil, escrevendo sobre derrotabilidade, e de consulta obrigatória: CUNHA FROTA, Pablo Malheiros da. *Derrotabilidade das normas jurídicas e sua aplicabilidade: o diálogo principiológico entre o direito contratual civil e o direito contratual administrativo*. Revista da Faculdade de Direito – UFPR, n. 52, p. 81-99, 2010; Ainda, a tradução de Tiago Lopes Mosci do artigo: BÄCKER, Carsten. *Regras, princípios e derrotabilidade*. Revista Brasileira de Estudos Políticos. Belo Horizonte, pp. 55-82, V. 102, 2011.

⁷⁸ Entre tantos outros, sobre a “*Defeasibility*”, são seminais os trabalhos de H. L. A. Hart e Frederick Schauer. O primeiro, introduzindo a ideia de derrotabilidade na filosofia do direito, e da maneira como aparece pela primeira vez no clássico texto a palavra “*defeat*” (derrotar) e “*defeasible*” (derrotável, mas que pode receber o sentido de “anulável”), em tradução livre: “Quando um estudante aprendeu no direito inglês que existem condições positivas requeridas para a existência de um contrato válido, isto é, pelo menos duas partes, uma oferta de um, a aceitação do outro, e em alguns casos um memorando escrito e consideração, seu entendimento sobre o conceito legal de um contrato permanece incompleto, e permanece assim mesmo se ele aprendeu as habilidades dos advogados para a interpretação da técnica, mas alguns termos permanecem vagos como “oferta”, “aceitação”, “memorando”, “consideração”. Para essas condições, mesmo que seja necessário, nem sempre é suficiente, e ele ainda precisa aprender o que pode anular uma pretensão de que há um contrato válido, mesmo se todas essas condições estejam satisfeitas”. O Segundo, um dos mais famosos defensores da tese de que a “*Defeasibility*” não é parte essencial do direito, observa que ela, a “*Defeasibility*” é muito difundida no direito (mas não falava do Brasil), pois os fazedores do direito não são oniscientes e não podem prever o que o futuro irá trazer, pois isso é uma limitação inerente ao ser humano, e que em casos tais, não previstos, a aplicação do direito pode ocorrer numa perspectiva que seja absurdo, tolo, injusto ou ineficiente. Ver, respectivamente: HART, H.L.A. *The Ascription of Responsibility and Rights*. Em: *Proceedings of the Aristotelian Society, New Series*, vol. 49, p. 171-194, 1949; SCHAUER, Frederick. Is Defeasibility na Essential Property of Law? Em: FERRER, J.; RATTI, C (Org.). *Law and Defeasibility*. Oxford University Press, 2010; SCHAUER, Frederick. On the Supposed Defeasibility of Legal Rules. *Current Legal Problems*. MDA, *Freeman*, vol. 48, 1998, p. 223-240; SCHAUER, Frederick. *Exceptions*. *University of Chicago Law Review*, vol. 58, 1991.

⁷⁹ ROVER, Tadeu. Qualidade de Vida: Comissão da OAB propõe atualização na Lei de Processo Eletrônico. *Conjur* de 17.04.2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-abr-17/comissao-oab-propoe-atualizacao-lei-processo-eletronico>>, acesso em 18.04.2015.



urgência ou da evidência, conforme previsão do art. 937, inciso VIII, contida no Capítulo “Da Ordem dos processos no Tribunal”?

Trazemos parcialmente de volta a discussão sobre a previsão do art. 857 do CPC de 1939, alterado pela Lei Federal n. 2.970, de 24 de novembro de 1956 (Lei Castilho Cabral), declarada inconstitucional pelo STF em 1º de dezembro de 1956, e suspensa por resolução do Senado Federal (RSF n. 23 de 1959), cuja problemática foi parcialmente revivida com o art. 7º, IX, da Lei 8.906/94 (Estatuto da Advocacia Parte I), cuja inconstitucionalidade foi declarada pelo STF por meio da ADI 1.105, ajuizada pelo Procurador-Geral da República.

E ainda, um recurso *pro et contra*, permitido em casos de deferimento ou indeferimento, que certamente não concorrerá para a celeridade processual, e causará o abarrotamento das pautas dos tribunais, pois sendo de 15 minutos a sustentação oral⁸⁰ para cada uma das partes (recorrente e recorrido), *e.g.*, com 10 Agravos por dia (com vinte sustentações orais), teremos a necessidade de 5 horas apenas para os julgamentos dos ditos agravos. E a previsão aqui é a de celeridade?

Perdeu-se a oportunidade de normatizar, nacionalmente, importantes questões sobre a deliberação nos tribunais, com possibilidades que vão desde o estabelecimento de um verdadeiro sistema deliberatório (sem desconhecer que esse fato também seria complexo, em razão da discussão sobre a separação das funções do poder estatal), ao estilo socrático⁸¹ cuja participação do advogado fosse de fato efetiva, perpassando pela normatização contra os abusos dos pedidos de vista⁸², cujo abuso data de há muito tempo no STF, a ponto de o pedido de vista ser chamado de poder de veto unilateral.⁸³

⁸⁰ Curiosa a mensuração do tempo de fala dos procuradores das partes. Na primeira instância, 20 minutos prorrogáveis por mais 10 minutos (art. 364); 15 minutos, nas sustentações orais dos casos previstos no art. 937; 30 minutos, no caso de se tratar de incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 984, II, ‘a’).

⁸¹ Para algumas interessantes discussões sobre alguns limites e problemas da deliberação colegiada, veja-se: DORF, Michael C. The Supreme Court, 1997 Term - Foreword: The Limits of Socratic Deliberation. *Harvard Law Review* vol. 112, 1998, p. 4-83; SUNSTEIN, Cass; HASTIE, Reid. Garbage in, Garbage Out? Some Micro Sources of Macro Errors. *Journal of Institutional Economics*, 2014; OLIVEIRA, Fabiana Luci de. Processo decisório no Supremo Tribunal Federal: coalizões e “panelinhas”. *Revista de Sociologia e Política*, v. 20, n. 44, 2012.

⁸² A normatização contida na engenharia processual do art. 940 não estabeleceu que o prazo não é impróprio, vale dizer, se descumprido mediante justificativa “razoável” permitiria a continuação do quadro dos prazos



Perdeu-se ainda a oportunidade do estabelecimento de formalização e uniformização do modo de escolha e do procedimento de seleção dos juízes dos tribunais, referentes ao quinto e ao terço constitucional, especialmente em relação as sabatinas, com vistas ao estabelecimento dos procedimentos internos referentes as escolhas das listas pelos tribunais e estabelecimento de prazos para a indicação e nomeação. Problemas recentes e notórios parecem decorrer da não existência de uma norma federal sistematizadora e uniformizadora, que bem poderia ser o CPC de 2015.

E não apenas dos juízes, mas também de seus assessores (*law clerks*), pois destes depende grandemente a agenda e as decisões políticas, administrativas e judiciais dos tribunais, devendo ser destacada a famosa frase do Justice da Suprema Corte Americana, Robert Jackson: “O Senado não mais precisa se incomodar com a confirmação dos Justices, mas ao invés disso deveria confirmar a nomeação de seus assessores”.⁸⁴ O próprio *Justice* Robert Jackson referia-se a um de seus assessores (*law clerks*) Bennett Boskey com uma deferência

estabelecidos para os juízos e para os tribunais. E ainda, já havia no CPC de 1973 previsão similar, até a reforma de 2006. Ademais, não estabelece previsão de punição ao presidente de tribunal que não requisitar os autos para julgamento. Nem se diga que a previsão da Representação por Inércia ou por Excesso de Prazo prevista no CNJ resolveria o problema, pois o Conselho é impotente contra o Supremo Tribunal Federal, cujos pedidos de vista são os mais prejudiciais à sociedade coletivamente considerada, em razão do controle abstrato e concentrado de constitucionalidade.

⁸³ Neste sentido, observe-se os dados do projeto “Supremo em Números”, e os artigos de Diego Werneck Arguelhes: ARGUELHES, Diego Werneck; HARTMANN, Ivar A. Pedido de vista é poder de veto. Opinião, Folha de São Paulo de 15.04.2015; FALCÃO, Joaquim; HARTMANN, Ivar A.; CHAVES, Vitor P. Supremo em números. III Relatório Supremo em Números: O Supremo e o Tempo. Rio de Janeiro: FGV Rio, 2014.

⁸⁴ Tradução livre: “*The Senate no longer need bother with the confirmation of justices but rather ought to confirm the appointment of their law clerks.*” (Justice Robert H. Jackson). Cfr.: BRYAN, Amanda C. Principled Agents or Legal Rasputins? Influence, Ideology, and the Cert. Pool on the U. S. Supreme Court. Presented at the Annual Meeting of the Southern Political Science Association, 2012; PEPPERS, Todd C. O Leakers and legal briefers: the modern Supreme Court Law Clerk. Charleston Law Review, vol. VII, 2012; PEPPERS, Todd C.; ZORN, Christopher. Law Clerk Influence on Supreme Court Decision Making: An Empirical Assessment. Depaul Law Review, vol. 58, 2008; PEPPERS, Todd C.; GILES, Michael W.; TAINER-PARKINS, Bridget. Inside Judicial Chambers: How Federal District Court Judges Select and Use Their Law Clerks. Albany Law Review, vol. 71, 2008; NELSON, William E.; RISHIKOF, Harvey; MESSINGER, Scott; JO, Michael. The liberal tradition of the Supreme Court Clerkship: Its Rise, Fall and Reincarnation? Vanderbilt Law Review, vol. 62, 2009; WASBY, Stephen L.; SWANSON, Rick A. Good Stewards: Law Clerk Influence in State High Courts. The Justice System Journal, vol. 20, n. 1, 2008.



especial, pois este, sobre assuntos referentes aos procedimentos da Suprema Corte, era aquele que “sabia melhor o que estava fazendo”.⁸⁵

Insista-se na continuação das indagações novidadeiras: estariam as novidades do código em obrigar o seguimento das decisões do STF, ou dos tribunais? E por acaso já não há a previsão constitucional da súmula vinculante? E antes dela, os Assentos⁸⁶? E na década de 1933 já não havia o Decreto nº 23.055, de 9 de agosto de 1933, que tornava obrigatório seguir as decisões da Suprema Corte?

Como sempre, fizemos uma reforma que se preocupa em “livrar de processos” os tribunais superiores, e o STF, elegendo prioridades que não são muito bem o que determina o art. 5º, XXXV, da CF/88. Para a falácia de que ninguém tem o direito de levar uma briga de galos - ou de vizinhos, ao crivo da Suprema Corte, basta recordar que sem reforma constitucional que transforme o STF em uma Corte Constitucional, ainda continuam em vigor suas três competências (originária, recursal ordinária e recursal extraordinária).

J.J. Calmon de Passos critica as várias reformas inerentes – especificamente - ao poder judiciário brasileiro, da qual o novo CPC de 2015 seria um fragmento, sob o fundamento de que inexistiria uma crise específica desse poder, mas sim do Estado brasileiro⁸⁷, e que qualquer

⁸⁵ O Justice Harlan F. Stone, para quem o mesmo assessor (*law clerk*) trabalhou, ao fazer uma carta de recomendação, descreveu com minúcias as tarefas desenvolvidas pelo ajudante: “seus deveres comigo incluíram a preparação de memorando sobre pretensões de casos e casos pendentes perante a Corte; a preparação de memorandos jurídicos; a correção de votos (*opinions*) e, de maneira geral, assistindo à preparação de todo trabalho da Corte para minha disposição e exame.” (Livre tradução). Cfr. BARRET, John Q. Bennett Boskey's Book, Some Joys of Lawyering. Edição do autor, 2008. Disponível em: <<http://thejacksonlist.com/wp-content/uploads/2014/02/20080515-Jackson-List-Boskey.pdf>>, acesso em 19.04.2015.

⁸⁶ Raízes dos “Assentos” nas Ordenações Manuelinas de 1521 (§ 1º do Título 58 do Livro V). Raízes dos “Assentos” nas Ordenações Filipinas de 1595 (§ 5º do Título 5 do Livro I). Assentos na Lei da Boa Razão, de 18.08.1769. Assentos no Brasil-Império por “Resolução da Assembleia-Geral, por meio do Decreto 2.684, de 23.10.1875. Confirma-se, por todos: CASTANHEIRA NEVES, A. *O Instituto dos <<Assentos>> e a função jurídica dos Supremos Tribunais*. Coimbra: Almedina, 2014; FERREIRA NETO, Osly da Silva. Os assentos no Direito português e as súmulas no Direito brasileiro: efetividade, segurança e imobilidade. *Anais do VII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI*, Salvador, 2008; FERREIRA NETO, Osly da Silva. Os assentos no Direito português e as súmulas no Direito brasileiro: efetividade, segurança e imobilidade. *Revista Evocati* nº 32, 2008; DIAS DE SOUZA, Marcelo Alves. Os “assentos” (I). *Tribuna do Norte*, em 10.11.2013. Disponível em: <tribunadonorte.com.br/noticia/os-assentos-i/266143>, acesso em: 02.04.2015.

⁸⁷ Paulo Bonavides também acompanha essa assertiva, ao afirmar: “Os que formulam propostas de reforma do Judiciário, com o intuito de fazer mais eficaz a prestação jurisdicional, acoimada até agora de omissa, lenta, burocrática e tardia e, por isso mesmo, irmã gêmea da impunidade ou fatora indireta da corrupção dos



tentativa de reforma que se restrinja ao poder judiciário seria de todo inoperante, aliado ao fato de que haveria a necessidade, também, de se ter em conta que há uma “infecção externa”, ou seja, uma força incidente e preponderante do econômico e do político sobre o direito.⁸⁸

Em termos do que conhecemos como “constituição analítica”, inescapável a crítica de que tal faceta nos deu uma espécie de “catálogo telefônico constitucional”, em que tudo está constitucionalizado, ao lado da convivência entre os controles difuso e concentrado de constitucionalidade, numa patente “incompatibilidade de gêneros”, trazendo a obrigação de criação de óbices para o jurisdicionado, que ao lado da centralização política (que traz consigo centralização legislativa), obrigaria a correção dos problemas de nosso federalismo, para resolvermos o problema do recurso especial, mas preferimos criar óbices para a admissibilidade recursal.⁸⁹

governantes, nem sempre percebem que os meios de mudança estarão invariavelmente fadados ao malogro, se o tratamento das mazelas judiciais não se fizer acompanhar de uma transformação no comportamento do Executivo e do Legislativo, donde promanam vícios que contaminam o ser social e o ente público. A crise não é propriamente do Poder Judiciário, mas do Estado mesmo e, neste, do Poder Executivo, seu ramo hegemônico, onde ela grassa com extrema virulência e intensidade, irradiando-se, em seguida, aos demais Poderes.” Cfr. BONAVIDES, Paulo. O Poder Judiciário e a Democracia. Em: *Do País Constitucional ao país neocolonial: A derrubada da constituição pelo Golpe de Estado institucional*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 73-74.

⁸⁸ Baseando as críticas em duas obras de autores específicos, Giovanni Sartori (*Engenharia Constitucional: Como mudam as constituições*) e Adam Przeworski (*Democracia e mercado no leste europeu e na América Latina*), alega-se que “Institucionalizamos uma democracia social, a mais ambiciosa do mundo, quando jamais fomos sequer uma incipiente democracia social. Constitucionalizamos valores e objetivos já agredidos de modo selvagem pela globalização plenamente triunfante em fins da década de oitenta e lhes emprestamos o caráter de cláusulas pétreas. Aprisionamos tudo na camisa de força da constitucionalização, transformando nosso Pacto Máximo em um caleidoscópio de pretensões ingênuas. Fizemos de nossa Constituição um código do trabalho, um estatuto do servidor público, uma lei orgânica da magistratura e do ministério público e outros apêndices, um mini direito de família, nem esquecemos os silvícolas, os idosos, os deficientes físicos, as mulheres, os infantes. Só deixamos de fora os mortos, por não termos tido a suficiente fé de que nosso poder constituinte seria capaz de ressuscitá-los”. Cfr. CALMON DE PASSOS, J.J. Reforma do Poder Judiciário. Em: CALMON DE PASSOS, J.J. *Ensaio e Artigos*, v. 1. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 484.

⁸⁹ Afirma ainda, que: “A sobrecarga na justiça local e nas federais especializadas resulta da elevada litigiosidade que se institucionalizou em nossa sociedade e é incentivada a cada dia. Nenhum empenho existe no tocante a criarmos instituições sociais capazes de gerar consenso e fazer a triagem dos conflitos sociais. Até mesmo a Administração Pública é algo menor, porquanto se pode prescindir dela e ir-se diretamente ao Judiciário. E o mais curioso é que se invoca para essa grave deformação uma de nossas famosas cláusulas pétreas: a de que nenhuma lesão de direito ou ameaça a direito pode ser subtraída da apreciação do Poder Judiciário. Deduziu-se (o Judiciário) desta cartola de mágico um entendimento que dá primazia a todos os juízes frente ao Executivo, em detrimento do que seja efetivamente uma democracia e da inocultável realidade da impotência do Poder Judiciário para operar a nível macro, tanto em termos políticos quanto em termos econômicos, somando-se a isto sua vocação natural de alheamento a tudo que ultrapassa os estreitos limites dos microconflitos de interesses com os quais lida



As preferências de institucionalização e reforma legislativa, com vistas a “filtragem” e implemento de óbices aos julgamentos de ações e recursos podem ser ideias antigas, agravadas com o decorrer dos anos, pois há muito se fala de crise do Recurso Extraordinário, nascido sem nome, e portanto inominado, através do Decreto 848, de 1890, e assim mantido sob a Constituição de 1891 e sob a reforma de 1926, e o acúmulo recursal sempre foi o *leitmotiv* reformista: “é a sobrecarga decorrente dos recursos extraordinários a pedra de toque de quase todas as sugestões reformistas”.⁹⁰

Se a função ou finalidade do Recurso Extraordinário, a partir dos julgamentos do STF antes de 1988, segundo pensamento clássico, era a de “tutelar a autoridade e a unidade do direito federal”, e assim “sendo eminentemente política”, após 1988 esse papel passou a ser compartilhado com o STJ, com a extinção do Tribunal Federal de Recursos e a criação dos Tribunais Regionais Federais.

Com essa operação de engenharia constitucional, trocamos um Tribunal (TFR –Tribunal Federal de Recursos) por seis (o STJ – Superior Tribunal de Justiça e 5 TRF’s – Tribunais Regionais Federais), com a realocação de algumas competências do STF. Antes de 1946, no entanto, o STF exercia a função de tribunal de 2ª instância para as causas de interesse da União. Entre 1946 e 1988, a segunda instância da União foi exercida pelo então existente Tribunal Federal de Recursos.

Nossa história tem sido a de tentar encontrar a maneira mais adequada de dar vazão adequada ao crescente número de processos, com efetividade e celeridade. E esta história jurídico-processual muitas vezes tem utilizado de meios já testados, como no singelo exemplo acima, de primeiro transferir do STF para o TFR certas competências de julgamento, e de num momento posterior transferir do STF para o STJ algumas outras competências.

diariamente. Sufocado sob a montanha de milhões de processos, como resolver o impasse? Fragilizando as garantias processuais das partes e proliferando antecipações de tutela como epidemia, fertilizando o solo para os corruptos, apressados ou pouco escrupulosos”. Cfr.: CALMON DE PASSOS, J.J. *Ensaios e Artigos*, v. I. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 488-489.

⁹⁰ VILLELA, José Guilherme. Recurso extraordinário. *Revista de Informação Legislativa*, ano 23, n. 89, jan.-mar., 1986. p. 237-238.



Enfim, no “novo” CPC de 2015, inovação praticamente não há. E nem democracia robustamente considerada. São dois os objetos de análise do presente ensaio. Criticar a alardeada democracia do novo Código, e ressaltar a sua inconstitucionalidade formal por ter sido violado o postulado do bicameralismo.

2. A incipiência democrática e a inconstitucionalidade formal do Código de Processo Civil de 2015.

2.1. A flagrante incipiência democrática do CPC de 2015

A pretensão de não democracia, substituída pela mão guia de alguns poucos iluminados, é oriunda da nossa cidadania tutelada⁹¹, com deletérias consequências, como muito bem diagnosticado por J.J. Calmon de Passos, ou ainda, no diagnóstico de Octaciano Nogueira e Alípio Severo de que nossa história brasileira é minada por uma mistura de democracia sem democratas⁹², e de democracia dos autocratas⁹³, numa curiosa sucessão de regimes que muitas vezes começam a ser afrontados quando ainda estão em gestação.⁹⁴

Não pode soar exagerada a afirmação de que o novo CPC de 2015, mesmo com qualquer boa intenção para com suas linhas mestras, é o menos democrático instrumento legislativo que já tivemos. Houvesse nascido na ditadura do Estado novo varguista, ou no mandarinato do golpe civil-militar de 1964, estaria plenamente justificado.⁹⁵ E não é pelo fato de os legisladores de hoje serem ditadores, o que não são, mas sim pelo fato de que o modelo de representação não representa, de fato, a vontade geral popular. Quando isso ocorre numa

⁹¹ CALMON DE PASSOS, J.J. Cidadania Tutelada. *Revista de Processo* n. 72, out./1993; CALMON DE PASSOS, J.J. Tutela Jurisdicional das Liberdades. *Revista de Processo* n. 90, abr./1998.

⁹² NOGUEIRA, Octaciano; SEVERO, Alípio. *Democracia sem Democratas*. Brasília: Letraviva, 2004.

⁹³ NOGUEIRA, Octaciano. SEVERO, Alípio. *Democracia dos Autocratas*. Brasília: Edições Dédalo, 2003.

⁹⁴ A narrativa específica é sobre a Constituição de 1946, muito parecida em alguns sentidos com a Constituição de 1988. A primeira nasceu após o regime de exceção do Estado Novo varguista, e a segunda após o estado de exceção do golpe-civil militar de 1964. Cfr. NOGUEIRA, Octaciano. *A Constituinte de 1946: Getúlio, o sujeito oculto*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. xxiv.

⁹⁵ Com isso não se pretende dizer que não existam boas leis oriundas de regimes exceção, ou más leis oriundas de regimes democráticos. Não há uma relação causal.



ditadura é uma coisa, mas quando ocorre numa democracia, é mais preocupante quando tentamos ampliar a realidade.

É verdade que o casamento entre o preâmbulo e o parágrafo único do art. 1º da CF/88 alberga a democracia direta ou representativa, mas esta última de há muito encontra-se desgastada, possivelmente por causa do modelo pelo qual as instituições representativas foram desenhadas, de modo a afastar a população em detrimento de uma elite intelectual e econômica⁹⁶, e aqui a palavra elite é utilizada não como referente aos melhores, senão para se referir àqueles que exercem posições de mando e poder.

Se somos instigados a reclamar de volta a Constituição para o povo, para que ela nos seja devolvida, tirando-a das mãos e dos braços da Suprema Corte, conforme observado por Larry Kramer em seminal obra sobre o Constitucionalismo Popular, em razão de elevados déficits de legitimidade representativa e democrática⁹⁷, devemos observar que ela (constituição) pode, e deve, ser devolvida ao povo em termos do aprimoramento dos mecanismos de representação popular, grandemente deficitários, ou aprimoremos a representação popular, que não traduz de fato a vontade do povo. A lógica é parecida.

Permanece atual a reflexão crítica, antiga e esquecida⁹⁸, feita com acidez fora do comum por Goffredo Silva Telles Jr em 1963, poucos dias antes da ocorrência do golpe civil-militar de 1964, e por isso mesmo revisitada em cuidadoso exame de consciência em duas oportunidades (pronunciamento⁹⁹, em 1968 e Carta aos brasileiros¹⁰⁰, em 1977), na sua crítica

⁹⁶ GARGARELLA, Roberto. *Crisis de la Representación Política*. México D.F: Fontamara, 1997, p. 95-97.

⁹⁷ Observa Larry Kramer que “Como se pode ver, trata-se de um conflito muito antigo: um conflito que começou no momento em que os estadunidenses planejaram criar uma república e ela tem variado muito pouco desde então. Na epígrafe deste livro, James Madison questiona: “quem é o melhor guardião das liberdades do povo?” O falso interlocutor republicano de Madison responde que “o povo mesmo”, é o depositário mais seguro - ante o qual Madison tem uma réplica antirrepublicana: “O povo é estúpido, desconfiado, indisciplinado” e “não pode confiar com segurança em si mesmo”. E continua ele antirrepublicano: “por mais maravilhoso que pareça, quanto mais independente e hostil se faça o povo em relação ao governo, melhor segurança este oferece a seus direitos e interesses.” (Tradução livre). Cfr.: KRAMER, Larry. *Constitucionalismo popular y controle de constitucionalidad*. Trad. Paola Bergallo. Madrid: Marcial Pons, 2011, p. 300-302.

⁹⁸ TELLES JUNIOR, Goffredo da Silva. Lineamentos de uma democracia autêntica para o Brasil. *Revista da Faculdade de Direito da USP*, v. 58, 1963, p. 130-178.

⁹⁹ TELLES JUNIOR, Goffredo da Silva. Pronunciamento. *Revista da Faculdade de Direito da USP*, v. 63, 1968, p. 401-412.



despida de qualquer panegírico gratuito sobre os gravíssimos defeitos da “amassadeira do sufrágio universal” e da desidentidade entre representantes e representados, e da crítica contra aqueles que confundem liberalismo com democracia.

Uma sutil confissão sobre as funções das duas casas do Congresso brasileiro, da maneira como desenhado institucionalmente na atualidade, é a forma como a elas se referiu Michel Temer, vale dizer, como “centros auscultadores da opinião pública e filtros da fermentação social”.¹⁰¹ Vale dizer, a utilização da palavra “filtro” passa a impressão de que o povo não tem o discernimento razoável o suficiente para exercício da cidadania, e a palavra “auscultadores da opinião pública” deixa claro que não haverá uma fidelidade da representação do mandato quando pesar contra ele a opinião pública.

Fica muito claro que a Câmara dos Deputados, pelo modelo representativo, já é em si contramajoritária, sobre a qual o Senado exerce outro peso contramajoritário, e para culminar, o Supremo Tribunal ainda exerce outra filtragem contramajoritária.

Há também a contemporânea crítica de Luigi Ferrajoli, na obra “Poderes Servagens”, em que se denuncia a integração dos partidos políticos nas instituições e a perda de seu papel de mediação representativa da sociedade, como terceiro fator de crise “do alto” da democracia, que minam pela raiz a relação referente à representação popular, todas elas convergentes, embora aparentemente opostas, juntamente com a ideia de populismo relacionado ao “chefe como encarnação da vontade” do povo, aliado ao conflito de interesses no vértice do estado (patrimonialismo populista), e ainda, com duas patologias relativamente ao controle da informação.¹⁰²

Tendo nascido em uma democracia, sem que o povo-jurisdicionado fosse efetivamente consultado “diretamente” sobre questões cruciais, i. é., como as que motivaram as muitas reflexões sobre os 50 anos de vigência das “regras federais de procedimento civil” (*Federal*

¹⁰⁰ TELLES JUNIOR, Goffredo da Silva. Carta aos brasileiros. *Revista da Faculdade de Direito da USP*, v. 72, 1977, p. 411-425.

¹⁰¹ TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 141.

¹⁰² FERRAJOLI, Luigi. *Poderes Selvagens: A crise da democracia italiana*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 29-44.



Rules of Civil Procedure)¹⁰³ nos Estados Unidos, que entraram em vigor em 1939, e ainda hoje permanecem com alterações, preferimos acolher um anteprojeto (e depois dele, projetos de lei na Câmara e no Senado), oriundo de bem intencionados – e iluminados – processualistas, com discussões incipientes e anêmicas em termos de fortalecimento democrático.¹⁰⁴

Qualquer elogio apologético do modelo representativo não pode esquecer de seus defeitos, ou negligenciar suas limitações, bastando observar que imitamos desde há muito tempo o modelo representativo assemelhado ao americano, mas não recordamos com muita frequência as críticas que os americanos fazem à sua própria democracia.¹⁰⁵ Não costumamos

¹⁰³ Após 50 anos de implementação das “regras federais de procedimento civil” (*Federal Rules of Civil Procedure*), muitas foram as indagações que se realizaram sobre ele, como as que são sintetizadas no artigo do juiz Jack Weinstein, apresentadas em 1989 em simpósio destinado a sua reflexão crítica: quais os tipos de casos que deveriam ser encorajados ou desencorajados a entrar nas cortes do sistema de justiça federal? Quais os tipos de disputa, então presentes no sistema de justiça federal, deveriam ser forçados a serem resolvidos nas cortes estaduais, ou mesmo forçados a serem resolvidos por meios alternativos de resolução de disputas? Deveria ser alterado o então vigente modelo de prática no qual os procuradores geralmente dirigem o litígio, para um modelo no qual os juízes tomariam o controle, tal como o sistema alemão? Deveria ser exigido das partes mais precisão e detalhamento? Deveriam os litigantes serem mais precisos sobre suas pretensões probatórias no início do litígio, por meio de julgamentos sumários ou outros meios? As penalidades e controles exercidos pelas cortes custariam mais ou menos do que realmente valiam? Como deveriam os juízes empregar seu tempo em vista do fato de que em aproximadamente 90% os casos seriam usados essencialmente pelos litigantes? Em que medida se poderia realmente mensurar os custos econômicos do litígio e a boa-fé dos advogados em controlar os abusos na descoberta das provas? O que seriam abusos e qual seria a sua extensão? Quais seriam os efeitos qualitativos e outros efeitos de se expandir o sistema judicial de modo a conhecer os casos mais importantes? Quais seriam os impactos da sociedade sobre o que se faz ou se deixa de fazer nos tribunais? Como poderiam, ou não, ter mais direito e menos equidade, mais regras e menos discricionariedade? Deveriam as cortes federais controlar as regras das cortes locais, e se sim, de que maneira? Os doutrinadores estariam corretos em dizer que os juízes federais são muito administradores, ou que eles não seriam suficientemente assertivos? Deveriam ser vastamente federalizados as complexas litigâncias multipartes e multidistritos? Cfr.: WEINSTEIN, Jack B. After fifty years of the Federal Rules of Civil Procedure: Are the Barriers to Justice being raised? *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 137, 1989, p. 1903.

¹⁰⁴ Embora exista referência sobre ciclo de debates por todo o Brasil, estes foram, infelizmente meros pretextos para alarde de algum fluido democrático no CPC de 2015. A realidade é que, após os propalados “ciclos de debates” as mudanças no Anteprojeto, e em suas tramitações - primeiro no Senado, depois na Câmara, e depois novamente no Senado-, foram permeadas por uma incrivelmente fraca força democrática, do qual o show de aprovação do projeto no senado, nos últimos dias de 2014 são uma demonstração cabal: inúmeras matérias com pedido de destaque, com pedido de retorno para a Comissão de Constituição e Justiça, que foi “resolvida” com um acordo de líderes para que fossem apreciados em plenário, entre inúmeras outras matérias que se misturavam.

¹⁰⁵ Confira-se, por todos, a indagação de Robert Dahl sobre quão democrática seria a Constituição Americana, o denso artigo de Gilberto Bercovisi, respectivamente: Cfr.: DAHL, Robert A. *How Democratic Is the American Constitution?* 2ª ed. New Haven: Yale University Press, 2003; BERCOVICI, Gilberto. A Constituição Invertida: A Suprema Corte Americana no combate à ampliação da democracia. *Lua Nova*, São Paulo, n. 89, p. 107-134, 2013.



recordar, também por óbvio, todos os déficits democráticos do modelo¹⁰⁶, que J.J. Calmon de Passos costumava sintetizar na provocação de que nosso modelo de “democracia é uma grande embromação”.¹⁰⁷

¹⁰⁶ Roberto Gargarella dissecou com precisão a história de formação da democracia americana, que nos serviu de modelo de cópia, alunos “bem aplicados que s(f)omos”. Refere-se, de uma maneira geral, à análise das bases e documentos históricos das discussões constituintes de 1787, e que possuem relação com as reclamações populares contra as instituições políticas vigentes. Cfr. GARGARELLA, Roberto. *Crisis de la Representación Política*. México D.F: Fontamara, 1997; GARGARELLA, Roberto. Em nome da constituição: O legado federalista dois séculos depois. Em: BORON, Atilio A. *Filosofia política moderna*. De Hobbes a Marx. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2006; GARGARELLA, Roberto. *La Justicia frente al Gobierno: Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Quito: Ed. Corte Constitucional para el período de Transición, 2011.

¹⁰⁷ Dizia J.J. Calmon de Passos, após ouvir uma elaborada e tecnicamente sofisticada descrição do que seria a democracia: “Eu tenho uma visão, eu digo sempre pilheriando, eu sou um homem ruim. Eu quero ser bom mais não consigo ser. A democracia para mim é uma coisa tão diferente. Eu não suporto estar julgando moralmente as coisas, os acontecimentos históricos produzem consequências. Como é que a democracia, que a gente luta tanto hoje por ela, surgiu? Surgiu por um motivo muito simples. É que o capitalismo era incompatível com a sociedade tradicional. O que era a sociedade tradicional? Era uma sociedade em que você transmitia o poder por hereditariedade. Quem é que tinha o poder até a modernidade? Quem era proprietário da terra. E quem é proprietário da terra, tanto pode ser alto como baixo, inteligente, como burro. Então na sociedade, como diz Zygmunt Bauman, ninguém perguntava, até a modernidade, o que você vai ser quando crescer. Você é filho de servo da gleba? vai ser servo da gleba. Você é filho de nobre? vai ser nobre. Você é filho de artesão? vai ser artesão. Mas o que foi que aconteceu com o capitalismo? O poder saiu da terra e foi para o comércio, para a mercadoria, pro capital. O espírito empreendedor. A capacidade de inovar. A coragem de correr risco. Você pode transmitir isso por herança? Impossível! (...) Então o capitalismo estava diante desse dilema. “Como é que a gente faz para sustentar a hegemonia para a burguesia?” “A gente só tem uma saída: dizer que todos os homens são iguais, que os homens não têm senhores, e que os homens têm que criar as leis que disciplinam a sua convivência, e que todos nós estamos sujeitos apenas a essa pessoa: à lei.” “E quem vai ditar as leis? os homens. Mas como é muita gente, é muita confusão, então vamos fazer o seguinte; a democracia representativa. As pessoas votam, e seus representantes é que fazem as leis. Mas rapaz, isso é um perigo! Porque a maioria, nem tem propriedade, e nem tem dinheiro e vão querer tirar da gente. Vamos criar então a democracia censitária. Todos os homens são iguais. Mas só são eleitores e elegíveis os proprietários. Os que tiverem diploma, os que tiverem a renda X”. Foi a solução europeia. A democracia censitária. O parlamento tinha a cara da burguesia. E o poder judiciário tinha a cara da burguesia. Então o juiz era a voz da lei. E porque o juiz era a voz da lei? Porque a lei traduzia a vontade da burguesia. Muito simples. Nos Estados Unidos a coisa foi diferente. Como os Estados Unidos não tinha o passado feudal, eles disseram: “como é que a gente faz para enganar o povo?” Porque a democracia é uma grande chantagem. A soberania é popular(!) Mas o povaréu só tem licença, primeiro, para procissão, para carnaval, para futebol. Então como foi que os Estados Unidos fizeram? Uma solução altamente inteligente. Primeiro, dividiram os Estados Unidos em Distritos. Distritos bem grandes para que o eleitor não tivesse poder de pressão sobre o deputado. Segundo, a eleição indireta para presidente da república. Mas a eleição indireta ainda é perigosa. Então eles imaginaram o seguinte: os colégios eleitorais. Agora mesmo está acontecendo isso. Como é a eleição americana? A Califórnia é um colégio eleitoral, digamos assim, que tem sessenta membros. Se o partido republicano tiver 48% da votação, e os democratas tiverem 42%, os sessenta lugares são dos republicanos. Então, no país da estátua da liberdade a minoria é... Por esse modo, como eles dizem no federalista, a gente não pode corromper e controlar três milhões. Mas pode corromper, ou controlar, três mil. Mas ainda é perigoso. Então a gente tem que criar uma situação que não precise corromper três mil, só trezentos. Criaram o colégio eleitoral. E o colégio eleitoral elege o presidente da república. Mas como ainda há um perigo muito grande, eles criaram o controle de constitucionalidade. Então a democracia é uma farsa, nunca existiu. Agora vocês dizem assim: “Mas



Lembremos, com Roberto Gargarella, que aquele de quem emana o poder (o povo) não costuma entrar na “sala de máquinas” (*engine room*) da Constituição, pois ao lado de um incremento da implementação de novos direitos observado nos recentes anos do constitucionalismo latino-americano, de um modo geral, a organização dos poderes basicamente permanece intocada, e em assim agindo, os reformadores mantêm fechadas as portas da sala de máquinas da Constituição, ou dos mecanismos de poder, e o acesso à sala de máquinas permanece fora da atenção dos reformadores das novas constituições.¹⁰⁸

Este não democrático CPC de 2015 tramitou inicialmente no Senado, casa iniciadora, no ano de 2010, como PLS 166/2010. Após ser aprovado na casa iniciadora, foi remetido para a análise da casa revisora, a Câmara dos Deputados, em 2011, como PL 8.046/2010. A Câmara dos Deputados apresentou substitutivo, e o devolveu ao Senado em 2014, como SCD 166/2010, e ele foi aprovado com alterações, sem devolução à outra casa legislativa, em dezembro de 2014.

Um importante marco divisório precisa ficar registrado. Após ser aprovado no Senado em 2011, e ser enviado para à Câmara dos Deputados, durante a realização de ciclos de

não há uma diferença entre Luís XIV?” Ai é que Deleuze tem uma frase que eu acho notável: Na sociedade tradicional, eles precisavam ter o direito de matar. Mas não tinham nenhuma necessidade de controlar o viver. Então o homem da idade média tinha uma liberdade fantástica para viver o que quisesse. Eles criaram seu direito costumeiro. Porque o nobre só queria ter o direito de matar. Porque ele poderia dizer assim a você: “Eu estou precisando que você contribua com dez galinhas pra mim.” Se você não contribuísse, ele cortava a sua cabeça e acabou. Mas ele não iria lhe dizer que você criasse galinha, porco, se traía mulher, se não traía a mulher... Ai diz Deleuze, já trabalhando em cima de Foucault: “Com o capitalismo, foi o inverso. O capitalismo não tem nenhum interesse em fazer morrer. O que ele não pode é deixar viver. Ele tem que controlar o existir das pessoas por um motivo muito simples. Existe um economista que diz, “minha gente, a lógica é muito simples”. Qual é a lógica do capitalismo? As famílias vão fornecer a mão de obra necessária para a indústria e o comércio. A indústria e o comércio, fornecem ao Estado os recursos necessários, para que o Estado forme as famílias de modo a que gere a mão de obra necessária para o sistema produtivo. Então a lógica do capitalismo é essa. Ele não pode deixar viver. Então veio a sociedade disciplinar. Foi a primeira. Depois, nós já estamos na sociedade do controle. (...)”. Cfr.: Disponível na parte 6, a partir do minuto “4:20” da palestra proferida por J.J. Calmon de Passos na Associação Juízes para a Democracia em 11.10.2008. Em: CALMON DE PASSOS, J.J. Diálogo e Alteridade. Palestra proferida na Associação Juízes para a Democracia. Disponível em: <<http://youtu.be/qe9rriKcWDS>>, acesso em 10.04.2015. Esta narrativa encontra-se prevista, parcialmente, em artigo com caráter mais acadêmico e menos informal. Cfr.: CALMON DE PASSOS, J.J. *Visão crítica dos 20 anos da Constituição cidadã*. Em: *Ensaios e Artigos*, v. I. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 315-323.

¹⁰⁸ GARGARELLA, Roberto. *Latin American Constitutionalism: Social Rights and the “Engine Room” of the Constitution*. *Notre Dame J. Int’L & Comp. L.*, vol. 4, 2014, p. 9-18; GARGARELLA, Roberto. *Latin American Constitutionalism (1810-2010): The Engine Room of the Constitution*. New York: Oxford University Press, 2013.



debates “sobre a reforma do CPC”, que contou com a presença de ministros do STF e de renomados processualistas, o ministro Gilmar Mendes então afirmou: “Não tenho muita segurança de que seja necessário um novo CPC”.¹⁰⁹

No mesmo evento, Ada Pellegrini Grinover, concordando com a afirmação acima, completou: “O projeto do novo CPC aprovado no Senado precisa ser aprimorado na Câmara dos Deputados. Por isso, nós, um grupo de advogados, vamos propor um substitutivo”, ao que o ministro Luiz Fux, então presidente da comissão de juristas que elaborou o anteprojeto, ao ser informado sobre essa intenção, e fazendo uma veemente defesa do projeto, afirmou: “vamos lutar com todas as nossas forças para que um projeto substitutivo não chegue sequer à porta da Câmara (...) Tivemos um trabalho espartano e vamos lutar de forma espartana pela aprovação do projeto que está na Câmara”.¹¹⁰

Em outra oportunidade, alguns dias depois, em outro evento sobre a reforma processual, o ministro Luiz Fux, dizendo-se apunhalado pelas costas, defendeu o trabalho realizado no Senado como sendo representativo “[d]a vontade da nação brasileira”, afirmando terem recebido 13 mil e-mails e mais de 200 sugestões por meio de audiências públicas, além de sugestões que teriam sido enviadas pela comunidade científica, e que 86% das sugestões teriam sido acolhidas.¹¹¹

Alguns dias depois, Teresa Arruda Alvim Wambier, jurista que integrou a comissão elaboradora do anteprojeto escreve um pungente artigo defendendo o CPC projetado das críticas que vinha recebendo, iniciando por defender o caráter democrático do projeto, e também defendendo a ausência de pesquisas capazes de direcionar a formulação da proposta do novo CPC a um novo modelo, bem como, contra a crítica de que o projeto não rompia paradigmas e nem era revolucionário, afirmou: “quem estaria legitimamente autorizado, pela

¹⁰⁹ Cfr.: “Processo Civil: Ministros do STF e advogados discutem novo CPC”. *Conjur* de 20.06.2011. Disponível em: <www.conjur.com.br/2011-jun-20/ministros-stf-advogados-discutem-necessidade-cpc>, acesso em: 11.04.2015.

¹¹⁰ Cfr.: “Processo Civil: Ministros do STF e advogados discutem novo CPC”. *Conjur* de 20.06.2011. Disponível em: <www.conjur.com.br/2011-jun-20/ministros-stf-advogados-discutem-necessidade-cpc>, acesso em: 11.04.2015.

¹¹¹ Cfr.: “Parte do Problema: Operadores do Direito criticam nova redação do CPC”. *Conjur* de 23.06.2011. Disponível em: <www.conjur.com.br/2011-jun-23/operadores-direito-reclamam-efetividade-cpc>, acesso em: 11.04.2015.



sociedade brasileira, a promover essa “revolução”? Com que bases teóricas e com que fundamentos empíricos?” E encerra o ciclo de perguntas com esta outra: “Aliás, essa revolução seria mesmo necessária?”¹¹² É o paradoxo da defesa do “novo” CPC: para criá-lo não é necessário consultar bases empíricas, mas para criticá-lo sim. Não fez sentido na época, e continua a não fazer hoje.

Neste quadro de coisas, em dezembro de 2011, o então presidente do STF, Cezar Peluso, apresentou proposta de alteração do Projeto do CPC para o Deputado Federal Sérgio Barradas, com sugestões de emendas de redação e de conteúdo, num documento com 256 páginas¹¹³, muitas delas alterando de maneira radical o quanto originalmente proposto.¹¹⁴

Um dia depois de Cezar Peluso apresentar proposta de alteração do CPC projetado, Teresa Arruda Alvim Wambier faz publicar na imprensa um artigo¹¹⁵ defendendo o projeto das críticas feitas alguns dias antes por Antonio Cláudio Machado, que afirmara que o novo CPC “transforma juízes em deuses e advogados em escravos”.¹¹⁶

¹¹² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Reforma do CPC: Críticas ao novo projeto de CPC são senso comum. Conjur de 27.06.2011. Disponível em: <www.conjur.com.br/2011-jun-27/criticas-projeto-cpc-sao-injustas-refletem-mero-senso-comum>, acesso em: 11.04.2015.

¹¹³ Foram propostas alterações estruturais pelo Ministro Cezar Peluso, referentes aos seguintes artigos/parágrafos (§§), incisos e alíneas, ao Projeto de Lei do CPC: 3º, 15, 20, 21, 22, 23, 41, 46, 55, 63, 66, 77, 86, 87, 88, 114, 164, 184, 207, 228, 249, 271, 273, 274, 275, 277, 279, 288, 293, 295, 296, 306, 307, 311, 314, 323, 324, 331, 333, 337, 338, 358, 419, 436, 437, 488, 490, 493, 496, 497, 498, 500, 506, 507, 509, 511, 522, 536, 538, 585, 586, 587, 588, 591, 592, 594, 595, 748, 749, 750, 751, 754, 756, 784, 785, 792, 831, 832, 835, 839, 840, 841, 844, 856, 857, 860, 893, 898, 903, 913, 914, 915, 916, 969, 976, 977. BRASIL. Sugestões ao Projeto do CPC apresentadas pelo Presidente do STF Cezar Peluso. Brasília. 2012. Disponível em: <s.conjur.com.br/dl/propostas-ministro-cezar-peluso-cpc.pdf>, acesso em 11.04.2015.

¹¹⁴ Cfr. “Projeto no Forno: Peluso entrega propostas de alteração em novo CPC”. Conjur de 12 de dezembro de 2011. Disponível em: <www.conjur.com.br/2011-dez-12/cezar-peluso-entrega-propostas-alteracao-cpc>, acesso em: 11.04.2015.

¹¹⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Críticas ao CPC: Críticas ao novo CPC são meras ‘frases de efeito’. Conjur de 13.12.2011. Disponível em: <www.conjur.com.br/2011-dez-13/criticas-cpc-nao-podem-limitar-afirmacoes-bombasticas>, acesso em: 11.04.2015.

¹¹⁶ Afirmou-se que: “O novo Código de Processo Civil transforma juízes em deuses e advogados em escravos”. Cfr. “Deuses e Escravos: Poder de juízes em novo CPC gera reclamação”. Conjur de 10.12.2011. Disponível em: <www.conjur.com.br/2011-dez-10/poder-juizes-cpc-gera-reclamacoes-advogados>, acesso em: 11.04.15.



O CPC projetado na câmara recebeu muitas e duras críticas. Lenio Streck utilizou a palavra “leviatã neoprocessual” para se referir a um “projeto de juristocracia em marcha”.¹¹⁷ Alguns dias depois Luiz Rodrigues Wambier e Luiz Manoel Gomes Junior publicam um artigo defendendo que o Projeto do novo CPC teria, conforme alegam, DNA democrático”.¹¹⁸ Aventou-se que o Novo CPC estaria preocupado em acabar, ou pelo menos flexibilizar a chamadas “jurisprudência Defensiva”, que seria fator de democratização do acesso ao STF, conforme observação de José Manoel de Arruda Alvim Netto.¹¹⁹

Quando o projeto do CPC saiu do Senado Federal e foi para a Câmara dos Deputados, recebeu inúmeras alterações, a ponto de Fredie Didier Jr., um dos membros da comissão na Câmara dos Deputados, ter dito, em uma palestra em 2014 no Tribunal Superior do Trabalho, que o CPC da Câmara era completamente diferente do CPC do Senado, e que havia informações de que ao retornar da câmara para o senado não ocorreria praticamente nenhuma alteração, com manutenção de quase 100% do que a Câmara havia feito.¹²⁰

¹¹⁷ STRECK, Lenio. Poder aos Juízes: A juristocracia do novo Código de Processo Civil. Conjur de 18.09.2012. Disponível em: <www.conjur.com.br/2012-set-18/lenio-streck-juristocracia-projeto-codigo-processo-civil>, acesso em: 11.04.2015.

¹¹⁸ WAMBIER, Luiz Rodrigues; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. Debate democrático: Um código de processo civil com DNA democrático. Conjur de 02.10.2012. Disponível em: <www.conjur.com.br/2012-out-02/codigo-processo-civil-possui-dna-democratico>, acesso em: 11.04.2015.

¹¹⁹ ARRUDA ALVIM, José Manoel de. Democratização da justiça: STF ruma para flexibilização da jurisprudência defensiva. Conjur de 15.10.2012. Disponível em: <www.conjur.com.br/2012-out-15/arruda-alvim-supremo-rumo-flexibilizacao-jurisprudencia-defensiva>, acesso em: 11.04.2015.

¹²⁰ Eis as palavras de Fredie Didier Jr: “É apenas um exemplo para mostrar para vocês como é complexa a tramitação de um projeto que atinge um número absurdo de relações jurídicas, como o novo CPC. Pois bem. Do Senado, foi para a Câmara. Começou a tramitar na Câmara em 31 de agosto de 2011. Ficou na câmara de 31 de agosto de 2011 até o dia 26 de março deste ano [2014]. Foram dois anos e meio de tramitação. A Câmara pegou o projeto do senado e reformatou o projeto do Senado. É muito diferente. A versão da Câmara é muito diferente da versão do Senado. Muito Diferente! E eu estou fazendo essa observação por uma razão muito simples. Eu percebo que muitos dos senhores, muitos! Estão ainda com a memória auditiva sobre o CPC relativo ao anteprojeto do CPC. E muitos de vocês ouviram falar do anteprojeto e ficaram com o conhecimento do anteprojeto. Mas não tem nada a ver! Nada a ver! Cuidado com que falam e com o que vocês ouvem. Porque é muito diferente. É outra coisa. Essa versão da Câmara, amadurecida em dois anos e meio de discussões, ela chegou ao Senado agora, e começou a tramitar em junho desse ano [2014]. E vai terminar depois das eleições. Então o Código será publicado, senão na última semana de novembro, certamente antes do natal. (...) A versão da Câmara, como a gente está percebendo da Comissão do Senado, a 98% do que vai ficar. O Senado deve fazer alguns ajustes. E os ajustes que o Senado pode fazer, agora, são: ou não aceitar o que a Câmara fez em alguns pontos, quer dizer, recusa a mudança feita pela Câmara, ou resgata texto do Senado. Só tem essas duas possibilidades. Ou os acréscimos que a Câmara fez, o Senado pode eventualmente não aceitar um ou outro, ou mudanças que a Câmara tenha feito, o Senado pode recusar e optar pelo texto dele, anterior. Pelo que a gente já viu, pelo que a gente está discutindo lá, com a



No entanto, assim como Calmon de Passos foi enredado, e teve que deixar o tribunal do Júri, parece que seu discípulo mais famoso¹²¹ também foi enredado¹²² com essa história de manutenção de 98% do projeto, pois o Senado desfigurou o CPC da Câmara – retirando capítulos, alterando artigos, e fazendo uma verdadeira revolução, cumprindo a promessa feita por Luiz Fux de que prevaleceria a vontade do Senado.

O CPC projetado do Senado virou o “Quintela” da narrativa de Calmon de Passos. O Senado “justiçou” com as próprias mãos o CPC projetado na Câmara, e a comissão do Senado saiu pelas portas da frente, rindo e abraçado com seu projeto. Observe-se, de maneira breve, que a partir do art. 156 começam as mudanças de mérito e de sentido mais notáveis. No projeto da Câmara havia a previsão do assessoramento judicial que estava na Seção II. Já no projeto do Senado a Seção II, correspondente, refere-se ao “Perito”, pois houve supressão da II seção da Câmara.

comissão do Senado, fica 98% do projeto da Câmara.” Cfr. DIDIER JR., Fredie. Palestra de Abertura. Simpósio – O Novo CPC – Aspectos Gerais do Novo CPC, nos dias 15 e 16 de setembro de 2014. Disponível em: <http://youtu.be/Ng300_o1J5w>, acesso em 12.04.2015.

¹²¹ Referimo-nos a Fredie Didier Jr., grande e importante pensador do direito, e com quem Calmon de Passos manteve forte vinculação intelectual e afetiva. Cfr.: CALMON DE PASSOS, J.J. Prefácio. Em: DIDIER JR., Fredie. Recurso de Terceiro: juízo de admissibilidade. 2ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2005, p. 13-14; DIDIER JR., Fredie. Editorial 51, de 20.10.2008. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-51/>>, acesso em: 15.04.2015; DIDIER JR., Fredie. O Mundo torna a começar. Discurso de paranínia. Disponível em: <http://www.frediedidier.com.br/wp-content/uploads/2008/03/discurso_de_paraninia_o_mundo_tornou_a_comecar.pdf>, acesso em: 15.04.2015.

¹²² A narrativa de um homem enredado: "A última atividade que eu tive como promotor criminal foi um célebre júri, aqui em Salvador, que ficou famoso, e foi esse júri, que, digamos assim, foi a gota que me fez transbordar o cálice. Um caso curioso, que talvez valha a pena referir. Um homem muito rico, de Itabuna, tinha um genro que tentou matá-lo. Mas ele sobreviveu, e a tipificação foi de tentativa de homicídio. E esse julgamento foi desafortado para Salvador porque acharam que em Itabuna não era possível isenção para esse julgamento. E eu fui o promotor indicado. E veio como auxiliar da acusação um dos criminalistas mais famosos na época, que eu não vou mencionar o nome. Mas esse criminalista tinha sido contratado pela família da vítima para impedir que o autor do crime fosse condenado, porque a família fazia absoluta questão de justificar pelas próprias mãos. Então esse auxiliar da acusação me enredou de tal modo que em pleno júri, depois de eu ter feito a sustentação do libelo à mais veemente possível, depois de ter havido a réplica, quando foi para a tréplica, o auxiliar de acusação me disse 'Calmon, vai você primeiro, que você impressiona bem, me deixe por último.' E quando ele foi fazer a tréplica, ele pediu a absolvição do acusado. Chorou, ficou comovido, disse que realmente não havia provas. E esse acusado foi absolvido. E saiu abraçado com o advogado auxiliar de acusação. Isso foi uma grande lição para mim, principalmente porque um ano depois, num acidente de avião que nunca se explicou direito, Quintela morreu. Então a família cumpriu bem os seus objetivos. Justificar pelas próprias mãos, inclusive utilizando-se de um auxiliar da acusação que não era auxiliar da acusação. Era instrumento da defesa, infiltrada no território da acusação. Isso me causou uma decepção de tal ordem, que eu desisti do crime. E aí fui ser professor universitário, uma experiência maravilhosa." CALMON DE PASSOS, J.J. Depoimentos Magistrals. Direito do Estado. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/depoimentos-magistrals/j-j-calmon-de-passos>>, acesso em 10.04.2015.



A seu turno, o art. 284, juntamente com seus parágrafos, constante do Projeto da Câmara, sobre a anulação do ato negocial praticado das partes ou participantes do processo, foi suprimido. Também o art. 294 do projeto da Câmara sofreu substancial supressão, referente à impugnação ao valor da causa. Também foi modificado o “*nomem iuris*” do título do livro V, que no projeto da Câmara recebe o nome de “Da Tutela Antecipada”, e acabou sendo nominado no senado de “Da Tutela Provisória”, substancial alteração do primeiro artigo que lhe segue.

Também excluiu a previsão então contida no Projeto do CPC da Câmara, contida em seu art. 333, IV, que previa hipótese de improcedência liminar do pedido em caso de pedido que contrariasse “frontalmente norma jurídica extraída de dispositivo expresso de ato normativo”.¹²³

Neste caso houve uma explícita opção ideológica que mata, ou começa a matar, o espírito do Código projetado que estava na Câmara, pois além de realizar uma escolha de valoração (para o CPC da Câmara, o Precedente judicial valia, de maneira equiparada, o mesmo que a lei, bastando verificar a previsão de capítulo destinado ao tratamento dos precedentes), observa-se que, em termos de rejeição liminar do pedido, o CPC do Senado preferiu não misturar as coisas, excluindo a equiparação da rejeição liminar do pedido por violação expressa de ato normativo, com a exclusão da referência ao capítulo dos precedentes.

O CPC projetado no Senado também optou por incluir, em acréscimo ao que o CPC da Câmara optou por não fazer, entre as matérias que o réu deve alegar, antes de discutir o mérito, na contestação, e, portanto, no efetivo exercício do contraditório, a convenção de arbitragem (art. 337, X, do CPC projetado no Senado), que no CPC projetado da Câmara

¹²³ Observe-se que o art. 333, referente ao Capítulo IV do CPC aprovado na forma da Lei Federal. 13.105/2015 foi vetado pela Presidência da República, no tema que era uma efetiva novidade do CPC sobre “Conversão da Ação Individual em Ação Coletiva”. Mais uma demonstração de que há sério déficit democrático no processamento legislativo do CPC, pois embora existente expressa previsão constitucional do Veto presidencial, esse ranço não democrático faz com que uma pessoa, a Presidente da República, tenha mais força legislativa que um Congresso inteiro e que o Supremo Tribunal Federal. É bem verdade que o Congresso poderia derrubar o veto, mas em um conturbado ano pós-eleitoral, dificilmente isso ocorreria, e dependeria, ainda, do perfil ideológico do Congresso que poderia achar bom o veto, com a felicidade de transferir o custo político de seu enfrentamento para outras instâncias.



constava do Capítulo VIII, por meio de um procedimento todo solene, mais amplo e diferenciado (art. 345 à 350, do CPC projetado na Câmara).

Ainda, o CPC Projetado na Câmara também teve suprimido de si a possibilidade de análise da inclusão de dois verbos (induzir e mandar) por parte do CPC Projetado no Senado, no art. 380, parágrafo único, e portanto, com acréscimo de sentido nos poderes do juiz que, em caso de descumprimento de ordem às partes, “ou a terceiro em relação a qualquer causa”, pode determinar também outras medidas “indutivas” e “mandamentais”, além das outras previsões que já constavam do CPC projetado na Câmara.

Outrossim, houve a extinção do espírito do CPC projetado na Câmara dos Deputados, qual seja, excluiu-se todo o capítulo XV, dos Precedentes Judiciais, artigos 520 à 522, e o CPC projetado no Senado preferiu alterar, basicamente, todo o trabalho realizado na Câmara sobre o tema dos precedentes. Sem mencionar mais amiúde inúmeras outras alterações.

Não fosse um número extremamente alto de alterações, conforme constatado, isso por si só já é causa de inconstitucionalidade formal do Código, pois viola o art. 65, parágrafo único da CF/88, ao sofrer alteração e não retornar para a outra casa legislativa.

Foi notório o impasse legislativo entre Câmara e Senado. Não se pode olvidar, sobre o tema, que o Deputado Miro Teixeira apresentou uma tentativa de resolução do impasse legislativo (entre reforma e novo código), com a proposição do PL 2.963/2011, cuja elaboração e a exposição de motivos aparecem vinculadas à “um grupo de juristas, que prefere se manter no anonimato”, defendido em artigo por Antônio Cláudio da Costa Machado¹²⁴, que buscava aproveitar os avanços das propostas incorporadas ao CPC projetado¹²⁵, através de uma reforma

¹²⁴ COSTA MACHADO, Antônio Cláudio. Mudança Consensual: Novo projeto corrige propostas de alteração do CPC. *Conjur* de 08.02.2012. Disponível em: <www.conjur.com.br/2012-fev-08/projeto-reforma-cpc-abandona-erros-proposta-votacao>, acesso em: 11.04.2015.

¹²⁵ Destaque-se da justificativa do PL 2.963/2011, apresentado pelo Deputado Miro Teixeira, o seguinte: “Esse projeto altera dispositivos do Código de 1973, diferentemente da iniciativa do Senado, que optou por um novo Código de Processo Civil. Com os debates na Comissão Especial instalada para examinar o Projeto de Lei 8.046/2010 instalou-se, desde hoje, a dúvida sobre o instrumento para atualização da legislação. Seria necessário um novo código ou quem sabe emendar o código atual? Para deixar a opção às senhoras e aos senhores deputados, um grupo de juristas, que prefere se manter no anonimato, atendeu minha solicitação de organizar o projeto de lei que ora apresento, com a correspondente justificativa dos mesmos autores que segue aspeada.



ampla ao CPC de 1973, mas o referido Projeto acabou prejudicado em face do substitutivo global apresentado na Câmara dos Deputados.

Houve ainda, ao lado do impasse legislativo, durante a sua tramitação – e mesmo após ela – a tentativa de sedimentação de um discurso que procurou ressaltar que o CPC de 2015 era um monumento à democracia.

Neste aspecto, não se pode olvidar, por conseguinte, o fato de que através do site do Ministério da Justiça, no projeto participação, o CPC projetado recebeu – segundo dados do “Relatório Final do Debate Público” sobre o Código de Processo Civil, aproximadamente 2.500 comentários e sugestões “sobre os diversos pontos do Projeto de Lei Aprovado no Senado Federal”.¹²⁶ Antes disso, alardeou-se que o “Alô Senado” teria recebido mais de 650 sugestões para o novo CPC por parte dos cidadãos.¹²⁷

Tais números são irrisórios, e ao pretenderem atribuir legitimação democrática a uma lei, teriam que ficar ruborizados os que fizessem essa alegação, por uma série de motivos:

1) as estatísticas mostram que dos mais de 2500 comentários, de internet, estes se restringem a pouco mais de mil comentadores (1.145)¹²⁸, o que corresponderia,

‘Dentre as maiores divergências apontadas no Projeto de Lei nº 8.046/2010, pelos especialistas de todo o país – e que já repercute dentro desta Comissão Especial – se destacam as seguintes que traduzimos em quatro perguntas: 1ª é conveniente a eliminação de um livro inteiramente dedicado ao ‘Processo Cautelar’, como o que temos no CPC vigente, e o desaparecimento de todos os procedimentos cautelares específicos? 2ª é conveniente a eliminação de uma dezena de procedimentos especiais que adaptam o processo às peculiaridades do direito material? 3ª é necessária a criação de um livro dedicado à ‘Parte Geral’ do CPC, não apenas, mas principalmente, para dele fazer constar a referência expressa a princípios que já se encontram consagrados na Constituição Federal? 4ª é conveniente para o processo civil brasileiro a limitação do agravo de instrumento a pouco mais de dez hipóteses, a eliminação do agravo retido (e, com ele, a preclusão), e o desaparecimento do efeito suspensivo da apelação? (...)’. Cfr. BRASIL. Projeto de Lei 2.963/2011, apresentado pelo Deputado Miro Teixeira. Disponível em: <www.camara.gov.br>, acesso em: 11.04.2015.

¹²⁶ BRASIL. Ministério da Justiça. Debate Público – Código de Processo Civil: Relatório Final. Brasília: Secretaria de Assuntos Legislativos, 2011.

¹²⁷ Alô Senado é a central de relacionamento da casa legislativa com a população. Sobre a informação acerca das sugestões populares, Cfr.: “Alô Senado recebe mais de 650 sugestões para o CPC”. Disponível em: <www.conjur.com.br/2010-out-07/alo-senado-recebe-650-sugestoes-cidadaos-cpc>, acesso em: 11.04.2015.

¹²⁸ Aliás, as estatísticas sobre o debate acerca do CPC projetado, no portal do Ministério da Justiça, foram os seguintes: a) duração: de 12 de abril de 2011 até 16 de maio de 2011 (pouco mais de 1 mês); b) comentadores: 1.145; c) comentários: 2.565; d) visualizações: 43.361; e) visitas: 19.683; f) visitantes: 13.225. Cfr.: BRASIL. Ministério da Justiça. Debate Público – Código de Processo Civil: Relatório Final. Brasília: Secretaria de Assuntos Legislativos, 2011, p. 12.



aproximadamente, ao inexpressivo percentual de 0,0005%, relativamente ao número da população brasileira em 2014 (cerca de 202 milhões de habitantes).¹²⁹

2) Numa analogia com a previsão constitucional sobre projetos de lei de iniciativa popular, e que considera – bem ou mal – um mínimo para que seja considerada significativa participação popular, conforme previsto no artigo. 61, § 2º, da CF/88, é necessário que o projeto de lei mencionado possua subscrição de no mínimo 1% do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles, ou seja, em 2014 registrou-se que o eleitorado brasileiro é superior a 142 milhões¹³⁰, vale dizer, um por cento corresponde atualmente a mais de um milhão e quatrocentos mil eleitores, e, neste sentido, o número da “participação popular” referente ao novo CPC não corresponde nem mesmo a um por cento deste um por cento.¹³¹

3) Não houve uma efetiva campanha na mídia não especializada para esclarecer os cidadãos, e nem mesmo foi utilizado de programa eleitoral equivocadamente nominado de gratuito, com vistas a mobilizar e discutir as ideias políticas do novo CPC, o que lhe retira praticamente qualquer pretensão de atribuição de discussão ampla e democrática.

4) Tendo sido o projeto elaborado e discutido praticamente no seio de um grupo de iniciados (alguns poucos profissionais do direito, e.g., advogados, professores, promotores, juízes e defensores), com um duelo intestino pela prevalência de ideias e de poder, no seio de uma deficitária democracia representativa, pretender legitimar democraticamente esse fato com alegações de que esse CPC de 2015 seria um Código da Democracia, é o que Calmon de Passos chamaria de “perversa manipulação ideológica”.

¹²⁹ Segundo dados do IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, em 2014 o número da população brasileiros foi estimada em 202.768.562 milhões de habitantes. Cfr.: BRASIL. IBGE. População. Nota técnica. Disponível em: <www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/notatecnica.html>, acesso em 11.04.2015.

¹³⁰ Segundo dados do TSE – Tribunal Superior Eleitoral, em 2014 o número de eleitores brasileiros foi estimado em 142.822.046 milhões de eleitores. Cfr.: BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral: Estatísticas eleitorais 2014. Disponível em: <www.tse.jus.br/eleicoes/estatisticas/estatisticas-eleitorais-2014-eleitorado>, acesso em 11.04.2015.

¹³¹ Aliás, o número de comentadores mais elevado do CPC projetado (1.145) não corresponde nem mesmo a um por cento (1400) daqueles um por cento (14 mil) referente a um por cento sobre o número mínimo para participação popular (1 milhão e 400 mil), que já corresponderia a um por cento do eleitorado.



5) Teríamos que reconhecer que o modelo “democrático” do novo CPC se assemelha muito com a ideia e com a crítica sobre engaiolar a cidadania em conselhos populares¹³², uma vez que se alega que em tais e poucas palestras, das quais participaram representantes não eleitos da sociedade, fizeram “legitimar” supostamente um Projeto de CPC que, ao fim e ao cabo, não teve respeitada a versão que foi modificada na casa do povo, que é a Câmara dos Deputados, embora tenhamos que recordar todas as mazelas do nosso modelo representativo, denunciado por Roberto Gargarella¹³³ e sobre o qual as narrativas clássicas do liberalismo¹³⁴ e do marxismo¹³⁵, antípodas por excelência, concordam sobre nossas deficiências de representação.

Não obstante, o Anteprojeto de Lei foi criticado por ausência de “espírito de código”¹³⁶, e que “o caos do nosso sistema jurídico gera grande preocupação”, mas “lamentavelmente, o anteprojeto de CPC não trata adequadamente do nosso assunto, já que não tem qualquer base na teoria do direito constitucional, além de confessar, de modo curiosamente contraditório,

¹³² A observação atila é de Carlos Ayres Britto: “Temo pelo pássaro da cidadania a trocar o voo pelo saltitar na gaiola dos conselhos populares ou coisa que o valha”. Cfr. BRITTO, Carlos Ayres. *O Decreto 8.243 e a sociedade civil*. Estadão, Caderno Opinião, de 22.02.2015.

¹³³ GARGARELLA, Roberto. *Crisis de la Representación Política*. México D.F: Fontamara, 1997. Ver ainda: GARGARELLA, Roberto. Em nome da constituição: O legado federalista dois séculos depois. Em: BORON, Atilio A. *Filosofia política moderna. De Hobbes a Marx*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2006.

¹³⁴ Um importante autor da corrente do liberalismo, Antonio Paim, observa que entre os momentos decisivos da história do Brasil está a perplexidade: “de como o Brasil mantém a unidade nacional e deixa inconclusa a consolidação do sistema representativo”, e de que a elite imperial legou-nos, além da introdução da ingerência militar na política, “uma outra questão não resolvida até o presente e que responde em grande parte pelas dificuldades com que nos temos defrontado tanto no que respeita à estruturação do sistema representativo como no referente ao desenvolvimento capitalista. Trata-se de que, na Época Moderna, a moral social deixa de ser fixada unilateralmente por qualquer das Igrejas, incumbindo à própria sociedade estabelecê-la. É o que se denomina de moral social de tipo consensual, que nunca tivemos entre nós”. Cfr. PAIM, Antonio. *Momentos decisivos da história do Brasil*. 2ª ed. Revista e Ampliada. Campinas: CEDET, 2014, p. 198-199; p. 195-238.

¹³⁵ O importante autor marxiano Nelson Werneck Sodré, conhecido também como “o general marxista” que foi professor da Escola Superior de Guerra, também observa um problema de representação política em nossa sociedade, denunciando e resgatando a artificialidade da construção do ideal de “homem bom”, que era quem nos deveria governar e ser o juiz dos demais na colônia, apontando que nossas raízes legislativas remontam à xenofobia, ao racismo e ao preconceito para com o trabalhador: “ao lado de uns poucos cargos providos pelo rei, e de outros, em maior número, que cabia ao donatário prover, havia aqueles em que o provimento cabia aos sesmeiros, isto é, aos senhores de terras. Surgiram, nesse quadro, as câmaras locais, compostas de vereadores e presidida pelos juizes ordinários, estes e aqueles escolhidos pelos 'homens bons', confirmada a dos segundos pelo rei (...) Homens bons eram os indivíduos mais respeitáveis da vila, isto é, aqueles que já tinham exercido a governança... só deixavam de ser homens bons os operários, os degredados, os judeus e os estrangeiros”. Cfr. SODRÉ, Nelson Werneck. *História Militar do Brasil*. 2ª edição. São Paulo: Editora Popular, 2010, p. 41-42.

¹³⁶ Vide nota nº 56, supra.



sequer possuir ter um projeto de futuro, mas apenas a pretensão de reorganizar o tecido normativo processual”.¹³⁷

E ainda, a conversão do anteprojeto em Projeto de Lei foi criticado pela inconsistência decisória que permitia.¹³⁸ No entanto, com algumas emendas e ajustes passaram a ser “aceitáveis”¹³⁹, embora com ressalvas¹⁴⁰. Antes de ser aprovado, temeridade inimaginável, houve quem requeresse, como Fredie Didier Jr., sua eficaz e imediata aplicação, mesmo no período de *vacatio legis*.¹⁴¹

É de se observar, ainda, o Manifesto da OAB, de novembro de 2010, contra o anteprojeto do CPC, embora refutado posteriormente¹⁴², por ser gestado e encaminhado “sem a devida maturação democrática”, manifesto no qual, aliás, se afirma que “antes de se pensar em um novo diploma processual, devemos nos ocupar, no mínimo, com sete problemas que emperram nosso Judiciário e que nada têm a ver com os defeitos do CPC”.¹⁴³

¹³⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. Falta de Perspectiva: Novo CPC esquece da equidade perante as decisões judiciais. *Conjur* de 11.11.2010. Disponível em: <www.conjur.com.br/2010-nov-11/cpc-esquece-equidade-decisoes-judiciais>, acesso em: 11.04.2015.

¹³⁸ Antes da “Emenda Streck”.

¹³⁹ Lenio Streck, ao dizer que “agora já podemos apostar no Novo CPC”.

¹⁴⁰ Lenio Streck, sobre as ressalvas da Ponderação (Veta Presidenta) e sobre outras críticas a Ponderação e as Associações de Juízes.

¹⁴¹ Fredie Didier Jr. pediu, antes mesmo de aprovado o novo CPC, que fosse eficazmente aplicado o novo CPC por nascer a casos concretos, mesmo durante o futuro período da *Vacatio*. Cfr.: DIDIER JR, Fredie. Eficácia do novo CPC antes do término do período de vacância da lei. *Revista de Processo* nº 236, 2014.

¹⁴² Afirmou-se que o senador Valter Pereira (PMDB-MS), então relator da Comissão de Reforma do CPC, recebeu com estranheza o manifesto da OAB contra o projeto pois segundo observação, teriam sido realizadas, até então, pelo menos dez audiências públicas pelo Brasil, e que o Conselho Federal da OAB possuía um representante na que participara da elaboração do anteprojeto, o então conselheiro federal, e posteriormente presidente da OAB nacional, Marcus Vinícius Furtado Coelho. Cfr. “Processo Transparente: Comissão de Reforma do CPC rebate manifesto”. Disponível em: <www.conjur.com.br/2010-nov-05/relator-comissao-reforma-cpc-rebate-manifesto-oab-sp>, acesso em: 11.04.2015.

¹⁴³ Além do apontado déficit democrático, os sete pontos prévia para o pensamento da reforma apontados pela OAB seriam: 1) Ausência da vontade política para criar um judiciário eficiente; 2) Falta de investimento de recursos orçamentários para o aparelhamento da Justiça; 3) Falta de informatização completa dos órgãos jurisdicionais e administrativos do PJ; 4) Falta de capacitação, motivação e remuneração do pessoal da Justiça; 5) Número relativamente baixo de juízes; 6) Falta de capacitação específica dos nossos magistrados para administrar cartórios e secretarias; e, 7) Ausência de padronização da rotina administrativo-cartorária. Cfr.: “Direitos Conquistados: OAB-SP faz manifesto contra projeto do novo CPC”. *Conjur* de 3.11.2010. Disponível em: <www.conjur.com.br/2010-nov-03/oab-sp-faz-manifesto-projeto-codigo-processo-processo-civil>, acesso em 11.04.2015.



Observa-se que o CPC de 2015 não é um código democrático, e como refletido abaixo, além de não democrático, ou ao menos dele se deveria dizer que é oriundo de um modelo complexo e que não traduz a efetiva vontade da população, mas ele também é formalmente inconstitucional.

b) A inconstitucionalidade formal do CPC de 2015

Muito já foi dito antecipadamente sobre o fato de o projeto ter sido alterado em uma casa legislativa e não ter retornado para a outra, razão pela qual o presente tópico será relativamente mais reduzido.

A Câmara dos Deputados faz questão de frisar, em seu regimento interno que é a mesma desde 1826, em termos históricos¹⁴⁴, não importando que tenhamos tido inúmeras Constituições (1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967, 1969 e 1988). As práticas, usos e costumes vão se arraigando a tal ponto que muitas vezes se atrevem a sobrepor o comando do texto constitucional.

Como parece intuitivo, esta segunda parte do ensaio, nestas linhas críticas ao novo CPC de 2015, se dedica a enfrentar o problema da notória inconstitucionalidade formal da Lei 13.105/2015.

E isto porque houve violação ao postulado do bicameralismo, vale dizer, o projeto iniciado no Senado Federal foi profundamente alterado na Câmara dos Deputados, e, sendo devolvido ao Senado, este o alterou novamente, mas não o encaminhou de volta para a Câmara, como determina o art. 65 da CF/88.

Segundo o artigo 65 da CF/88, o “projeto de lei aprovado por uma casa será revisto pela outra, em um só turno de discussão e votação, e enviado à sanção ou promulgação, se a Casa

¹⁴⁴ Eis a interessante redação do art. 279 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados: “Art. 279. A Mesa, na designação da legislatura pelo respectivo número de ordem, tomará por base a que se iniciou em 1826, de modo a ser mantida a continuidade histórica da instituição parlamentar do Brasil”. Cfr.: BRASIL. Regimento Interno da Câmara dos Deputados. Brasília: Edições Câmara/Centro de Documentação e Informação, 2015. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/regimento-interno-da-camara-dos-deputados>>, acesso em 11.04.15.



revisora o aprovar, ou arquivado, se o rejeitar”, e acrescenta em seu parágrafo único: “Sendo o projeto emendado, voltará à Casa iniciadora”.

A lógica é a de que as duas casas estejam em sintonia. Uma emenda ao projeto representa, em perspectiva, um novo projeto, e por isso deve ser devolvido para a outra casa legislativa, sempre que ocorrer alteração.

Uma das casas, a Câmara dos Deputados, representa o povo, por meio de representantes eleitos pelo sistema proporcional (art. 45 da CF/88). A outra representa os Estados e o Distrito Federal, por meio de representantes eleitos segundo o princípio majoritário (art. 46 da CF/88).

Não fosse a nossa maneira de contemporizar as coisas, ou a nossa “matreirice”, diria J.J. Calmomm de Passos, este Código de Processo Civil de 2015 haveria de ser declarado formalmente inconstitucional, por desrespeito ao espírito da Constituição e ao seu processo legislativo.

No entanto, como todos sabemos, o Supremo Tribunal Federal tem um entendimento curioso, notório e fragorosamente inconstitucional sobre o tema. Fazemos de nosso bicameralismo é um “verdadeiro” “*mise en scène*”, pois adotamos um bicameralismo do tipo igualitário entre representantes do povo (Deputados) e representantes dos Estados e do Distrito Federal (Senadores), quando essa pretensão igualitária não condiz com a realidade.

Mais do que isso, as regras do procedimento legislativo presentes nos regimentos internos das Câmaras Alta (Senado Federal) e Baixa (Câmara dos Deputados), no que se refere a alteração de projetos de lei na casa revisora, são claros em prever a possibilidade, apenas, da alteração que retifique eventual incorreção de linguagem, e “desde que não altere o sentido da proposição”.¹⁴⁵

¹⁴⁵ Aliás, o próprio regimento comum do Congresso Nacional traz essa previsão de “acomodação” legislativa em seus artigos 135 e 136: “Art. 135. A retificação de incorreções de linguagem, feita pela Câmara revisora, desde que não altere o sentido da proposição, não constitui emenda que exija sua volta à Câmara iniciadora. Art. 136. Emendado o projeto pela Câmara revisora, esta o devolverá à Câmara iniciadora, acompanhado das emendas, com cópia ou publicação dos documentos, votos e discursos que instruíram a sua tramitação.” Cfr. BRASIL. Regimento Comum do Congresso Nacional. Brasília: Edições Câmara/Centro de Documentação e Informação, 2015. Disponível



A observação percuciente de André Ramos Tavares e de Bruno Dantas, questionando se o bicameralismo brasileiro só vale no papel, pois em tese, numa proposição legislativa que tramite nas duas casas, como regra, se houver “alteração, deve retornar à outra para novo exame, tantas vezes quantas necessárias”.¹⁴⁶

Observa-se que duas questões expõe a complexidade de nosso processo legislativo, vale dizer, no caso de aprovação de emendas “estritamente de redação” por uma das casas implicaria a devolução para a outra casa legislativa para análise, pois qualquer mudança (mesmo que meramente redacional) significa alterar o texto original, mas por uma “antiga interpretação da mesa do senado e da Comissão de Constituição, Justiça e Redação” da Câmara dos Deputados, apenas as alterações que impliquem “emendas de mérito” teriam o condão de reabrir o processo legislativo, e essa modelagem foi chancelada pelo STF em inúmeras oportunidades.¹⁴⁷

A controvérsia semântica é uma ficção jurídica das mais notáveis, pois considera-se que uma alteração (de redação) não é uma alteração (de mérito), embora o texto constitucional não faça essa distinção quase subliminar e de “Metempsicose jurídica”, pelo qual um artigo sai de seu corpo e ingressa em outra realidade. Claro caso de “ativismo legislativo”, resguardados todos os problemas existentes com o termo “ativismo judicial”.

Entre tantos exemplos possíveis, observemos o caso julgado pelo STF na ADI 2182, na qual se discutia a inconstitucionalidade formal da Lei de Improbidade Administrativa, a Lei Federal 8429/1992, e cujo pano de fundo é exatamente o mesmo: afronta ao postulado do bicameralismo, em razão do projeto de lei ser alterado em uma casa sem que retornasse para a apreciação da outra.

Há, durante a discussão do pedido de Medida Cautelar na ADI 2182, uma interessantíssima observação do então Ministro Nelson Jobim, fazendo um aparte no voto do

em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/regimento-interno-da-camara-dos-deputados>>, acesso em 11.04.15.

¹⁴⁶ DANTAS, Bruno; TAVARES, André Ramos. *Bicameralismo só vale no papel?* Folha de São Paulo, caderno opinião, de 02.06.2013.

¹⁴⁷ DANTAS, Bruno; TAVARES, André Ramos. *Bicameralismo só vale no papel?* Folha de São Paulo, caderno opinião, de 02.06.2013.



Ministro Marco Aurélio, que defendia a inconstitucionalidade formal da lei, por ter havido alteração em uma casa sem que tivesse posteriormente retornado para a outra. Segue a transcrição do diálogo para que busquemos uma breve reflexão.

Disse o Ministro Marco Aurélio: “O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – O que não me parece possível, Senhor Presidente, é conferir-se ao artigo 65 da Constituição Federal interpretação que conduza à aprovação de um projeto apenas por uma das Casas. O alcance, pelo menos sob minha ótica, do artigo 65 é esse, a mens legis do artigo 65 é o duplo crivo considerada a integralidade do projeto, porque, caso contrário, no cenário jurídico, que restou aprovada só por uma das Casas e não por ambas as Casas. Pode ser até que, potencializando-se o pragmatismo, seja isso o que ocorra quanto à quase totalidade dos projetos.”¹⁴⁸

Aparteou-o o Ministro Nelson Jobim: “O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM – Para que isso se modifique, precisamos ir para o Senado, sermos eleitos, e alterarmos o processo legislativo e não através de uma interpretação que vem sendo produzida há mais de cem anos. V.Exa. está pretendendo exatamente mudar uma regra de cem anos de vigência, através de uma interpretação num fim de tarde, num fim de sessão.”¹⁴⁹

Supõe-se que o Supremo Tribunal seja o guardião da Constituição, e mesmo que a tarde seja chuvosa, amena e silenciosa, deve caber ao Tribunal maior, se for o caso, alterar práticas inconstitucionais de outra instituição, ainda que seculares e arraigadas em palavras pomposas como tradição e costume. Costumes e tradições inconstitucionais, são normas inconstitucionais, e chega a ser um truísmo com o qual a Suprema Corte não deveria transigir ou tergiversar.

Assim sendo, percebe-se a inconstitucionalidade formal que viola o bicameralismo, tornando-o, o mais das vezes, em unicameralismo de ocasião, em que na maioria das vezes prevalecerá a vontade de uma apenas das duas Casas.

¹⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2182/DF, Rel. Min. Maurício Corrêa. Ementário 2144-2, p. 23-24 do acórdão digital.

¹⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2182/DF, Rel. Min. Maurício Corrêa. Ementário 2144-2, p. 23-24 do acórdão digital.



3. Considerações finais: Estranhos frutos.

O presente ensaio apresenta apenas uma tentativa de debate crítico sobre o novo CPC de 2015, e neste sentido, espera-se que estas sejam linhas provisórias, jamais definitivas. Para recordar Honoré de Balzac, e parece necessário fazê-lo, “existe, em todos os sentimentos humanos, uma flor primitiva gerada por um nobre entusiasmo que sempre acaba enfraquecendo até que a felicidade já não passe de uma lembrança e a glória, de uma mentira”.¹⁵⁰

Descreveu-se poeticamente o CPC de 2015, seu discurso legitimador e seu processo de elaboração e construção, mesmo sem o saber. Com o discurso de que é democrático, acaba sendo uma “armadilha”¹⁵¹, e poderíamos mesmo falar em uma “teoria das armadilhas processuais”, embora este não seja nem o momento, e nem o local adequado.

O “novo” CPC de 2015, no entanto, parece ter sido urdido de maneira dedicada e espirituosa por cada um de seus específicos elaboradores, nos mais variados momentos de sua construção. A impressão que transparece é a de que cada um dos envolvidos esteve comprometido de maneira leal e honesta com sua própria obra de arte, com felicidade e entusiasmo, vislumbrando a possível solução dos problemas processuais.

Contudo, processo é poder¹⁵², representativo da estrutura óssea da sociedade democrática¹⁵³, e por isso mesmo a participação popular, em suas linhas mestras, deveria ter sido feita por meio de consulta direta, e não através de mecanismos outros que não são capazes de lhes fazer as vezes.

Além disso, a luta intestina por fazer prevalecer versões distintas, luta pelo poder, acabou por fazer do CPC projetado uma espécie de santo graal que iria redimir todos os

¹⁵⁰ BALZAC, Honoré. *A obra-prima ignorada*. Trad. Dorothée de Bruchard e Rejane Janowitz Porto Alegre: L&PM, 2012, p. 6.

¹⁵¹ Num dos sentidos empregados pelo dicionário priberam: cilada, embuste e logro. Disponível em: <www.priberam.pt/dlpo/>, acesso em: 14.04.2015.

¹⁵² Vide parágrafo e narrativa contidas na nota nº 47, supra.

¹⁵³ Vide parágrafo e narrativa contidas na nota nº 46, supra.



pecados, de todos os credos e sentidos de justiça. Decorrente da ambição por fazer do projeto um projétil, destinado a representar a bala de prata que derrotaria, com um só tiro, todos os nossos males. Poucos foram os que ingressaram, de fato, na sala de máquinas do novo CPC de 2015 (*engine room of the 2015 civil procedure code*), talvez porque poucos são os que ingressam na sala de máquinas da Constituição (*engine room of the Constitution*).

Houve uma promessa de que a vontade prevalecente seria a da casa iniciadora, o Senado. Esquecemos de respeitar o art. 65, da CF/88, rememorando um enredo que pretendia obnubilar as visões sobre o texto, e sobre o processo legislativo. Assim como Calmon de Passos foi enredado e abandonou o júri, desiludido, juristas de escol foram enredados de que a vontade prevalecente seria a da casa do povo, a Câmara. Cumpriu-se a promessa. O CPC projetado da Câmara se transformou no Quintela, e foi “justiçado”.¹⁵⁴

A metáfora aqui acaba sendo também outra. Como observado a partir de um primeiro prisma da narrativa rodrigueana, o “novo” CPC, sobre o qual se lutou com unhas e dentes, acaba por representar o “Cadelão” do ordenamento jurídico, assim como o STF parece ser “Cadelão” do Direito Constitucional. Representam objetos de vontades que precisam ser saciadas.

Também faz recordar a letra da canção imortalizada na voz de Billie Holiday (1915-1959), “*strange fruit*”¹⁵⁵, que fala sobre o hediondo crime motivado por racismo, contra afrodescendentes, afirmando que as árvores do sul produzem uma estranha fruta, com sangue nas folhas e sangue nas raízes, com corpos negros balançando nas árvores.

No Brasil de 2015, a nosso turno, nossa árvore da democracia também produz frutos estranhos. Códigos, sem participação popular substancial, pendurados pelos álamos, como na canção acima, para os corvos arrancarem e saciarem a sua fome.

¹⁵⁴ Vide parágrafo e narrativa contidas na nota nº 122, supra.

¹⁵⁵ Composta inicialmente como um poema por Abel Meeropol (um professor judeu do colégio do Bronx), que o publicou sob o pseudônimo de Lewis Allan, e que foi interpretada por quase uma centena de artistas, e mais notoriamente por Billie Holiday, sobre o triste e famoso caso dos negros covardemente mortos, linchados, enforcados, pendurados pelos pescoços nas árvores do Sul dos E.U.A.: “As árvores do Sul estão carregadas com um estranho fruto, sangue nas folhas e sangue na raiz, Um corpo negro balançando na brisa sulista. Um estranho fruto pendurado nos álamos”.



Referências

ABUJAMRA, Antônio. *Narrativa Oral. Programa Provoações nº568 com o filósofo Renato Janine Ribeiro*, bloco 3, em maio de 2012. Disponível em: <<http://youtu.be/kvPOy5fzoqs>>, acesso em: 22.04.2015.

ALCAIDE, Benjamín Lezama. El ensayista como rebelde. Em: *El ensayo en nuestra América. Para una reconceptualización. Colección "El ensayo iberoamericano"*, tomo I. México: UNAM, 1993.

ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. *Da Codificação: A crônica de um conceito*, Livraria do Advogado, 1997.

ARGUELHES, Diego Werneck; HARTMANN, Ivar A. *Pedido de vista é poder de veto*. Opinião, Folha de São Paulo de 15.04.2015.

ARNOLD, Thurman W. The Role of Substantive Law and Procedure in the Legal Process. *Harvard Law Review*, vol. XLV, n. 4, feb., 1932.

ARRUDA ALVIM, José Manoel de. Democratização da justiça: STF rumo para flexibilização da jurisprudência defensiva. *Conjur* de 15.10.2012. Disponível em: <www.conjur.com.br/2012-out-15/arruda-alvim-supremo-rumo-flexibilizacao-jurisprudencia-defensiva>, acesso em: 11.04.2015.

BALZAC, Honoré. *A obra-prima ignorada*. Trad. Dorothée de Bruchard e Rejane Janowitz Porto Alegre: L&PM, 2012.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O Poder Judiciário e a efetividade da nova Constituição. *Revista Forense*, n. 304, 1988.

_____. Juízo de Admissibilidade no Sistema dos Recursos Cíveis. *Revista de Direito*, Volume 19, 1976. Disponível em: <<http://download.rj.gov.br/documentos/10112/1233166/DLFE-55106.pdf/REVISTA1976.pdf>>, acesso em 13.04.2015.



BARRET, John Q. Bennett Boskey's Book, Some Joys of Lawyering. Edição do autor, 2008. Disponível em: <<http://thejacksonlist.com/wp-content/uploads/2014/02/20080515-Jackson-List-Boskey.pdf>>, acesso em 19.04.2015.

BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. Dez anos da Constituição de 1988 (Foi bom pra você também?). *Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro*, n. 52, 1999.

BATOR, Paul. The Judicial Universe of Judge Richard Posner. 52 *University of Chicago Law Review* 1146, 1985.

BÄCKER, Carsten. Regras, princípios e derrotabilidade. trad. de Tiago Lopes Mosci *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte, pp. 55-82, V. 102, 2011.

BENVINDO, Juliano Zainden. "O Grande Jurista". *Crítica Constitucional* de 18.02.2014. Disponível em: <www.criticaconstitucional.com/o-grande-jurista>, Acesso em: 12.04.15.

BERCOVICI, Gilberto. A Constituição Invertida: A Suprema Corte Americana no combate à ampliação da democracia. Lua Nova, São Paulo, n. 89, p. 107-134, 2013.

BONAVIDES, Paulo. Do País Constitucional ao país neocolonial: A derrubada da constituição pelo Golpe de Estado institucional. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2182/DF, Rel. Min. Maurício Corrêa. Ementário 2144-2, p. 23-24 do acórdão digital.

_____. Senado Federal. *Anteprojeto elaborado pela Comissão de Revisão do CPC* instituída em outubro de 2009 pelo Ato n. 379 do Presidente José Sarney. Brasília: Senado Federal, 2009.

_____. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado do Novo CPC (PLS Nº 166/10). Brasília: Senado Federal, 2011.



_____. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei Substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei do Senado nº 166, de 2010 (nº 8.046, de 2010, naquela Casa). Brasília. Câmara dos Deputados. 2014.

_____. Senado Federal. Alteração do Senado ao Substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei nº 8.046-A de 2010 do Senado Federal (PLS Nº 166/10 na Casa de origem), “Código de Processo Civil”. Brasília: Senado Federal, 2014.

_____. Presidência da República (Planalto). Lei Federal n. 13.105, de 16 de março de 2015. Brasília-Brasil, 2015.

_____. Sugestões ao Projeto do CPC apresentadas pelo Presidente do STF Cezar Peluso. Brasília. 2012. Disponível em: <s.conjur.com.br/dl/propostas-ministro-cezar-peluso-cpc.pdf>, acesso em 11.04.2015.

_____. Projeto de Lei 2.963/2011, apresentado pelo Deputado Miro Teixeira. Disponível em: <www.camara.gov.br>, acesso em: 11.04.2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC n. 95.009/SP, Rel. Min. Eros Grau, julgado em 06.11.2008.

_____. Tribunal Superior Eleitoral: *Estatísticas eleitorais 2014*. Disponível em: <www.tse.jus.br/eleicoes/estatisticas/estatisticas-eleitorais-2014-eleitorado>, acesso em 11.04.2015.

_____. Ministério da Justiça. Debate Público – *Código de Processo Civil: Relatório Final*. Brasília: Secretaria de Assuntos Legislativos, 2011.

_____. IBGE. População. *Nota técnica*. Disponível em: <www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/notatecnica.html>, acesso em 11.04.2015.

BRINKS, Daniel; BLASS, Abby. Beyond the Façade: Institutional Engineering and Potemkin Courts in Latin America, 1975-2009. Longhorn 2014 APSA Papers, 2014.

BRITTO, Carlos Ayres. O Decreto 8.243 e a sociedade civil. Estadão, Caderno Opinião, de 22.02.2015.



BRYAN, Amanda C. Principled Agents or Legal Rasputins? Influence, Ideology, and the Cert. Pool on the U. S. Supreme Court. Presented at the Annual Meeting of the Southern Political Science Association, 2012.

CALMON DE PASSOS, J.J. Reforma do Poder Judiciário. Em: CALMON DE PASSOS, J.J. *Ensaios e Artigos*, v. I. Salvador: Juspodivm, 2014.

_____. Revisitando o direito, o poder, a justiça e o processo: Reflexões de um jurista que trafega na contramão. Salvador: Juspodivm, 2012.

_____. Visão crítica dos 20 anos da Constituição cidadão. São Paulo: LTR, 2009.

_____. Há um novo moderno processo civil brasileiro? Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, n. 18, jun-ago./2009.

_____. Prefácio. Em: DIDIER JR., Fredie. Recurso de Terceiro: juízo de admissibilidade. 2ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2005.

_____. *Diálogo e Alteridade*. Palestra proferida em 11.10.2008 na Associação Juízes para a Democracia. Disponível em: <<http://youtu.be/qe9rriKcWDs>>, acesso em 10.04.2015.

_____. *Depoimentos Magistrais*. Direito do Estado. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/depoimentos-magistrais/j-j-calmon-de-passos>>, acesso em 10.04.2015.

_____. Instrumentalidade do Processo e Devido Processo Legal. *Revista de Processo* nº 102, 2001.

_____. *Direito, Poder, Justiça e Processo*: Julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. Tutela Jurisdicional das Liberdades. *Revista de Processo* nº 90, abr./1998.

_____. Cidadania Tutelada. *Revista de Processo* nº. 72, out./1993.

CARVER, Terrell; PIKALO, Jernej. Political Language and Metaphor: interpreting and changing the world. New York, Routledge, 2008.



CASTANHEIRA NEVES, A. O Instituto dos <<Assentos>> e a função jurídica dos Supremos Tribunais. Coimbra: Almedina, 2014.

COSTA MACHADO, Antônio Cláudio. Mudança Consensual: Novo projeto corrige propostas de alteração do CPC. *Conjur* de 08.02.2012. Disponível em: <www.conjur.com.br/2012-fev-08/projeto-reforma-cpc-abandona-erros-proposta-votacao>, acesso em: 11.04.2015.

CORDERO, Jorge A. Sánchez (Coord.). Legal Culture and legal transplants. Washington, D.C.: International Academy of Comparative Law, 2010.

CRÍTICA CONSTITUCIONAL. Esclarecimentos de Crítica Constitucional em relação às acusações de Reinaldo Azevedo. *Crítica Constitucional* de 24.02.2014. Disponível em: <www.criticaconstitucional.com/esclarecimentos-de-critica-constitucional-em-relacao-as-acusacoes-de-reinaldo-azevedo>, Acesso em: 12.04.15.

CUNHA FROTA, Pablo Malheiros. Derrotabilidade das normas jurídicas e sua aplicabilidade: o diálogo principiológico entre o direito contratual civil e o direito contratual administrativo. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, n. 52, p. 81-99, 2010.

DAHL, Robert A. How Democratic Is the American Constitution? 2ª ed. New Haven: Yale University Press, 2003.

DIAS DE SOUZA, Marcelo Alves. Os “assentos” (I). *Tribuna do Norte*, em 10.11.2013. Disponível em: <tribunadonorte.com.br/noticia/os-assentos-i/266143>, acesso em: 02.04.2015.

DIDIER JR, Fredie. Eficácia do novo CPC antes do término do período de vacância da lei. *Revista de Processo* nº 236, 2014.

_____. *Palestra de Abertura*. Simpósio – O Novo CPC – Aspectos Gerais do Novo CPC, nos dias 15 e 16 de setembro de 2014. Disponível em: <http://youtu.be/Ng300_o1J5w>, acesso em 12.04.2015.

_____. Editorial 51, de 20.10.2008. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-51/>>, acesso em: 15.04.2015.



_____. O Mundo torna a começar. Discurso de paranínia. Disponível em: <[http://www.frediedidier.com.br/wp-content/uploads/2008/03/discurso de paranínia o mundo tornou a comecar.pdf](http://www.frediedidier.com.br/wp-content/uploads/2008/03/discurso_de_paraninia_o_mundo_tornou_a_comecar.pdf)>, acesso em: 15.04.2015.

DORF, Michael C. The Supreme Court, 1997 Term - Foreword: The Limits of Socratic Deliberation. Harvard Law Review vol. 112, 1998.

DWORKIN, Ronald. In Praise of Legal Theory. 29 *Ariz. St. Law Journal*, 353, 1997.

_____. Philosophy & Monica Lewinsky. *The New York Review of Books*. Vol. XLVII, n. 4, Mar.-2000.

_____. *Posner's Charges: What I Actually Said*. Disponível em: <<http://gongfa.com/dewojinbosina.htm>>, acesso em: 11.04.15.

ELY, John Hart. The Supreme Court, 1977 Term - Foreword: On Discovering Fundamental Values, Harvard Law Review vol. 92, 1978.

FALCÃO, Joaquim; HARTMANN, Ivar A.; CHAVES, Vitor P. Supremo em números. III Relatório Supremo em Números: O Supremo e o Tempo. Rio de Janeiro: FGV Rio, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. Poderes Selvagens: A crise da democracia italiana. São Paulo: Saraiva, 2014.

FERREIRA NETO, Osly da Silva. Os assentos no Direito português e as súmulas no Direito brasileiro: efetividade, segurança e imobilidade. Anais do VII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI, Salvador, 2008.

_____. Os assentos no Direito português e as súmulas no Direito brasileiro: efetividade, segurança e imobilidade. Revista Evocati nº 32, 2008.

FORTAS, Abe. *Concerning Dissent and Civil Disobedience*. New York: The New American Library, 1968.

GARGARELLA, Roberto. Latin American Constitutionalism: Social Rights and the “Engine Room” of the Constitution. *Notre Dame J. Int’L & Comp. L.*, vol. 4, 2014.



_____. Latin American Constitutionalism (1810-2010): The Engine Room of the Constitution. New York: Oxford University Press, 2013.

_____. *Crisis de la Representación Política*. México D.F: Fontamara, 1997.

_____. Em nome da constituição: O legado federalista dois séculos depois. Em: BORON, Atilio A. *Filosofia política moderna. De Hobbes a Marx*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2006. Disponível em:

<http://biblioteca.clacso.edu.ar/ar/libros/secret/filopolmpt/08_gargarella.pdf>, acesso em 10.04.2015.

_____. La Justicia frente al Gobierno: Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial. Quito: Ed. Corte Constitucional para el período de Transición, 2011.

GIBSON, J. C. Impact of legal culture and legal transplants on the evolution of the Australian legal system. Em: CORDERO, Jorge A. Sánchez (Coord.). *Legal Culture and legal transplants*. Washington, D.C.: International Academy of Comparative Law, 2010.

GINSBURG, Ruth. Transcript of Interview of U.S Supreme Court Associate Justice Ruth Bader Ginsburg. Interviewed by Professor Deborah Jones Merrit & Professor Wendy Webster Williams. *Interview of Justice Ginsburg*. Ohio State Law Journal, v. 70, 2009.

GODOY, Arnaldo Sampaio Moraes de. Notas em torno do processo penal no nacional – socialismo alemão: Gleichstung e Führerprinzip. Intertemas. *Revista do Curso de Mestrado em Direito*. Presidente Prudente, 2000.

GUEDES, Jefferson Carús. *Direito Processual de Grupos Sociais no Brasil: uma versão revista e atualizada das primeiras linhas*, Brasília: *versão do autor*, 2015 (*mimeo*).

_____. *Direito Processual Social Atual: entre o Ativismo Judicial e o Garantismo Processual*. *Revista Brasileira de Direito Processual* (Impresso), v. 82, p. 45-79, 2013.

_____; ROCHA, E. P. *Derechos Fundamentales y Proceso Civil en el Brasil: algunas técnicas procesales compensatorias de desigualdades sociales y la protección judicial de los*



derechos fundamentales. Universidad Complutense de Madrid. España. *Anuario de Derechos Humanos*. Nueva Época, v. 11, p. 451-492, 2010.

_____. Direito Processual Social no Brasil: As Primeiras Linhas. *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, n. 2, p. 55-91, enero-junio, 2006,

_____. Direito Processual Social no Brasil: as primeiras linhas. *Revista de Processo*, v. 142, p. 137-167, 2006.

GULDBERG, Horacio Cerutti. Hipotesis para una teoria del ensayo. Em: *El ensayo en nuestra América. Para una reconceptualización. Colección "El ensayo iberoamericano"*, tomo I. México: UNAM, 1993.

HART, H.L.A. The Ascription of Responsibility and Rights. Em: *Proceedings of the Aristotelian Society, New Series*, vol. 49, p. 171-194, 1949.

HEIRBAUT, D.; GERKENS, J. F. In the shadow of France. Legal acculturation and transplants in the southern Netherlands/Belgium. Em: CORDERO, Jorge A. Sánchez (Coord.). *Legal Culture and legal transplants*. Washington, D.C.: International Academy of Comparative Law, 2010.

HERRERA FLORES, Joaquín. A proposito de la fundamentacion de los derechos humanos y de la interpretacion de los derechos fundamentales. *Revista de Estudios Políticos (Nuova Epoca)*, n. 45, mayo-junio, 1985.

_____. *Los Derechos Humanos desde la escuela de Budapest*. Madrid: Tecnos, 1989.

_____. Utopia, Fundamentalismo y espíritu utópico. Em: *El ensayo en nuestra América. Para una reconceptualización. Colección "El ensayo iberoamericano"*, tomo I. México: UNAM, 1993.

_____. Presupuestos básicos para educar en Derechos Humanos. El "Diamante ético". Em: Suplementon, p. 16-20, de *Andalucía Educativa*, Año III, n. 16, septiembre de 1999.



_____. Hacia una visión compleja de los derechos humanos. Em: HERRERA FLORES, Joaquín. *El vuelo de Anteo. Derechos humanos y crítica de la razón liberal*. Bilbao: Desclée de Brouwer, 2000.

_____. La riqueza humana como criterio de valor. *Crítica jurídica - Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho* n. 21, 2002.

_____. Los derechos humanos en el contexto de la globalización: tres precisiones conceptuales. Em: La globalización y los derechos humanos. *IV Jornadas Internacionales de Derechos Humanos*, Sevilla, 2003.

_____. Direitos humanos, interculturalidade e racionalidade de resistência. Trad. Carol Proner. Em: WOLKMER, Antonio Carlos. (Org.). *Direitos Humanos e Filosofia jurídica na América Latina*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. Tres mecanismos de funcionamiento del Patriarcalismo: Política, Derecho y Espacio Social Ampliado. Em: HERRERA FLORES, Joaquín. *De "habitaciones propias" y otros espacios negados. Una teoría crítica de las opresiones patriarcales*. Bilbao: Instituto de Derechos Humanos, Universidad de Deusto, 2005.

_____. *La verdad de una teoría crítica*. Seis decisiones iniciales y seis paradojas de los Derechos humanos. Sevilla: Universidad Pablo de Olavide, 2005.

_____. La Construcción de las Garantías. Hacia una Concepción Antipatriarcal de la Libertad y la Igualdad. *Revista Estudos Legislativos da Assembléia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul*. Ano 2, n. 2, dez.-2006. Porto Alegre: CORAG, 2006.

_____. *O nome do riso*. Um breve tratado sobre arte e dignidade. Trad. Nilo Kaway. Florianópolis: CESUSC/Bernúncia, 2007.

_____. Neoconservadurismo <<versus>> derechos humanos: la construcción de la dignidad. A propósito del debate sobre la <<seguridad humana>>. Em: *De los derechos y la seguridad humana, de tod@s o de nadie*. N. 5. Bilbao: PTM mundubat, 2007.



_____. Entrevista: A reinvenção dos Direitos Humanos. *Constituição & Democracia*, UnB-SindjusDF, junho de 2008.

_____. *La reinención de los derechos humanos*. Colección ensayando. Andalucía: Atrapasueños, 2008.

_____. La Complejidad de los derechos humanos. Bases teóricas para una redefinición contextualizada. *Revista Internacional de Direito e Cidadania*, n. 1, p. 103-, junho/2008.

_____. 16 Premisas de una teoría crítica del derecho. Em: PRONER, Carol; CORREAS, Oscar (Cord.). *Teoria crítica dos direitos humanos: in memoriam Joaquín Herrera Flores*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

_____. Diez bases para la producción contemporánea de los derechos: el caso de los pueblos indígenas en aislamiento autónomo. Crítica y Emancipación - *Revista Latinoamericana de ciencias sociales*. Clacso. Año n. 7, p. 159-176, primer semestre 2012.

_____. La democracia en processo participativo: principios, fundamentos y requisitos. Aula de Derechos Humanos "José Carlos Mariategui" de la UPO, p. 87-115. Em: La pedagogía de la decisión: Aportaciones teóricas y prácticas a la construcción de las Democracias Participativas. *Construyendo ciudadanía* - 10. Sevilla: CIMAS, s/d, mimeo.

_____. *Los Derechos humanos: una visión crítica*. s/d. Mimeo.

HUSA, Jaakko. Legal families. Elgar Encyclopedia of Comparative Law, pp. 382-393, Jan. M. Smits ed., Cheltenham: Northampton, 2006.

KRAMER, Larry. Constitucionalismo popular y controle de constitucionalidad. Trad. Paola Bergallo. Madrid: Marcial Pons, 2011.

_____. We The Court. *Harvard Law Review*, vol. 115, 2001.

LANDA, Josu. El Ensaio: Um Juego de Espejos. Notas sobre la invención de Montaigne. Em: El ensayo en nuestra América. *Para una reconceptualización*. Colección "El ensayo iberoamericano", tomo I. México: UNAM, 1993.



LUDWIG, Roberto José. *A norma de direito fundamental associada: direito, moral, política e razão em Robert Alexy*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2014.

MACEDO JR, Ronaldo Porto. *Carl Schmitt e a fundamentação do direito*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MÁLISHEV, Mijail. *Ensayo: el origen y la esencia del género*. Em: *El ensayo en nuestra América. Para una reconceptualización. Colección "El ensayo iberoamericano"*, tomo I. México: UNAM, 1993.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIÉRO, Daniel. *O projeto do CPC: crítica e propostas*. São Paulo: RT, 2010.

_____. *Falta de Perspectiva: Novo CPC esquece da equidade perante as decisões judiciais*. *Conjur* de 11.11.2010. Disponível em: <www.conjur.com.br/2010-nov-11/cpc-esquece-equidade-decisoes-judiciais>, acesso em: 11.04.2015.

MORAIS, Fausto dos Santos. *Hermenêutica e pretensão de correção: uma revisão crítica da aplicação do princípio da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal*. 2013, 346f. Tese (Doutorado) - UNISINOS. São Leopoldo, abril de 2013.

MOTTIER, Véronique. *Metaphors, mini-narratives and Foucauldian discourse theory*. Em: CARVER, Terrell; PIKALO, Jernej. *Political Language and Metaphor: interpreting and changing the world*. New York, Routledge, 2008.

MUÑOZ, Francisco A.; HERRERA FLORES, Joaquín; RUEDA, Beatriz Molina; FERNÁNDEZ, Sebastián Sánchez. *Investigación de la paz y los derechos humanos desde Andalucía*. Andalucía: Editorial Universidad de Granada, 2005.

NELSON, William E.; RISHIKOF, Harvey; MESSINGER, Scott; JO, Michael. *The liberal tradition of the Supreme Court Clerkship: Its Rise, Fall and Reincarnation?* *Vanderbilt Law Review*, vol. 62, 2009.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. 1. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.



NIETZSCHE, Friedrich. *The portable Nietzsche*. Reprint of the 1954 ed. elected, translated and notes by Walter Kaufmann. New York: The Viking Press, 1988.

NOGUEIRA, Octaciano. *A Constituinte de 1946: Getúlio, o sujeito oculto*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____; SEVERO, Alípio. *Democracia sem Democratas*. Brasília: Letraviva, 2004.

_____; SEVERO, Alípio. *Democracia dos Autocratas*. Brasília: Edições Dédalo, 2003.

NUNES PEREIRA, Ruitemberg. *A Circulação Global dos Precedentes: Esboço de uma teoria das transposições jurisprudenciais em matéria de Direitos Humanos*. 2014. 634 f. Tese (Doutorado em Direito) — Centro Universitário de Brasília - UniCEUB, Brasília, 2014.

_____. *Interações transjudiciais e transjudicialismo: sobre a linguagem irônica no direito internacional*. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 9, n 4, 2012.

OLIVEIRA, Fabiana Luci de. *Processo decisório no Supremo Tribunal Federal: coalizões e “panelinhas”*. *Revista de Sociologia e Política*, v. 20, n. 44, 2012.

PAIM, Antonio. *Momentos decisivos da história do Brasil*. 2ª ed. Revista e Ampliada. Campinas: CEDET, 2014.

PARISE, Agustín. *Legal transplants and codification: exploring the north american sources of civil code of argentina (1871)*. Em: CORDERO, Jorge A. Sánchez (Coord.). *Legal Culture and legal transplants*. Washington, D.C.: International Academy of Comparative Law, 2010.

PEPPERS, Todd C. *O Leakers and legal briefers: the modern Supreme Court Law Clerk*. *Charleston Law Review*, vol. VII, 2012.

_____; ZORN, Christopher. *Law Clerk Influence on Supreme Court Decision Making: An Empirical Assessment*. *DePaul Law Review*, vol. 58, 2008.

_____; GILES, Michael W.; TAINER-PARKINS, Bridget. *Inside Judicial Chambers: How Federal District Court Judges Select and Use Their Law Clerks*. *Albany Law Review*, vol. 71, 2008.



PORTER, Eleanor. Pollyanna. São Paulo: Scipione, 2001.

POSNER, Richard. *Problemas de filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. Tribute to Ronald Dworkin and a Note on Pragmatic Adjudication. 63 *N.Y.U. Ann. Sur. Am Law* 9, 2007.

_____. The Supreme Court, 2004 Term - Foreword: A Political Court. *Harvard Law Review* vol. 119, 2005.

_____. No Thanks, We Already Have Our Own Laws: The Court Should Never View a Foreign Legal Decision as a Precedent In Any Way. Disponível em: <http://www.legalaffairs.org/issues/July-August-2004/feature_posner_julaug04.msp>, acesso em: 06.10.2014.

_____. Conceptions of Legal 'Theory': A response to Ronald Dworkin. 29. *Ariz. St. Law Journal*, 379, 1997.

_____. An Affair of State: An Exchange. *The New York Review of Books*. Vol. XLVII, n. 7, Mar.-2000.

_____. Dworkin, Polemics and the Clinton Impeachment Controversy. 94 *Nw. U. Law Review*, 1023, 2000.

RESNIK, Judith. Precluding Appeals, *Cornell Law Review*, vol. 70, 1985.

RODRIGUES, Nelson. Otto Lara Resende ou, Bonitinha, mas ordinária. 3ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2012.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Dogmática e crítica da jurisprudência (ou da vocação da doutrina em nosso tempo). *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 99, n. 891, p. 65-106, jan. 2010. Disponível em <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/OtavioLuiz.pdf>, acesso em: 21.04.2015.

ROVER, Tadeu. Qualidade de Vida: Comissão da OAB propõe atualização na Lei de Processo Eletrônico. *Conjur* de 17.04.2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-abr-17/comissao-oab-propoe-atualizacao-lei-processo-eletronico>>, acesso em 18.04.2015.



SCHAUER, Frederick. Is Defeasibility na Essential Property of Law? Em: FERRER, J.; RATTI, C (Org.). *Law and Defeasibility*. Oxford University Press, 2010.

_____. On the Supposed Defeasibility of Legal Rules. *Current Legal Problems. MDA, Freeman*, vol. 48, 1998, p. 223-240;

_____. Exceptions. *University of Chicago Law Review*, vol. 58, 1991.

SILVA, Christine Oliveira Peter da. *Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais*. 2013. 274 f. Tese (Doutorado em Direito) — Universidade de Brasília, Brasília, 2013.

SODRÉ, Nelson Werneck. *História Militar do Brasil*. 2ª edição. São Paulo: Editora Popular, 2010.

_____. *A Farsa do Neoliberalismo*. 6ª edição. Rio de Janeiro: Graphia, 1999.

STRECK, Lenio. [Entrevista]. Previsibilidade e Segurança: “Fundamentação de decisões vai diminuir drasticamente número de ações”. *Conjur* de 30.05.2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mai-30/entrevista-lenio-luiz-streck-jurista-professor>>, acesso em 30.05.2015.

_____. *Lições de Crítica Hermenêutica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

_____. Azdak, Humpty Dumpty e os Embargos Declaratórios. Em: *Compreender Direito: Desvelando as obviedades do discurso jurídico*, volume 1, 2ª edição, revista. São Paulo: RT, 2014.

_____. Grande Avanço: Por que agora dá para apostar no projeto do novo CPC! *Conjur* de 21.10.2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-out-21/lenio-streck-agora-apostar-projeto-cpc>>, acesso em 15.04.2015.

_____. Senso Incomum: Novo CPC terá mecanismos para combater decisionismos e arbitrariedades? *Conjur* de 18.12.2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-dez->



18/senso-incomum-cpc-mecanismos-combater-decisionismos-arbitrariedades>, acesso em: 15.04.2015.

_____. Senso Incomum: Ponderação de normas no novo CPC? É o caos. Presidente Dilma, por favor, veta! *Conjur* de 08.01.2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jan-08/senso-incomum-ponderacao-normas-cpc-caos-dilma-favor-veta>>, acesso em: 15.04.2015.

_____. Ganhos Para o Brasil: O passado ilumina o futuro – eis o novo CPC! Sanciona, presidenta! *Conjur* de 25.02.2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-fev-25/passado-ilumina-futuro-eis-cpc-sanciona-presidenta>>, acesso em: 15.04.2015.

_____. Dogmática jurídica, senso comum e reforma processual penal: o problema das mixagens teóricas. *Pensar*, Fortaleza, v. 16, n. 2, p. 626-660, jul./dez. 2011.

_____. As Recepções Teóricas Inadequadas em Terrae Brasilis. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 10, n. 10, p. 2-37, jul./dez. 2011.

_____. Poder aos Juízes: A juristocracia do novo Código de Processo Civil. *Conjur* de 18.09.2012. Disponível em: <www.conjur.com.br/2012-set-18/lenio-streck-juristocracia-projeto-codigo-processo-civil>, acesso em: 11.04.2015.

_____. Entrevista. *Revista do Tribunal de Constas do Estado de Minas Gerais*. V. 81, n. 4, ano XXIX, Out./Dez.-2011.

_____. Entrevista: Direito Sumular. Carta Forense de 01.12.2008. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/entrevistas/direito-sumular/3120>>, acesso em: 21.04.2015.

SUNSTEIN, Cass R. Deve o formalismo ser defendido empiricamente? Em RODRIGUEZ, José Rodrigo (org.). *A justificação do formalismo jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____; HASTIE, Reid. Garbage in, Garbage Out? Some Micro Sources of Macro Errors. *Journal of Institutional Economics*, 2014.



SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. Formação e ponto de inflexão: entre palavras e verdades. Em: PRONER, Carol; CORREAS, Oscar (Cord.). *Teoria crítica dos direitos humanos: in memoriam Joaquín Herrera Flores*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

TELLES JUNIOR, Goffredo da Silva. Lineamentos de uma democracia autêntica para o Brasil. *Revista da Faculdade de Direito da USP*, v. 58, 1963.

_____. Pronunciamento. *Revista da Faculdade de Direito da USP*, v. 63, 1968.

_____. Carta aos brasileiros. *Revista da Faculdade de Direito da USP*, v. 72, 1977.

_____. Uma estória para a história. *Revista da Faculdade de Direito da USP*, v. 95, 2000.

TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

TRIPATHI, P. Foreign precedents and constitutional law. *Columbia Law Review*, v. 57, n. 3, 1957.

TUSHNET, Mark; LYNCH, Timothy. The Project of the Harvard Forewords: A social and intellectual inquiry. *Constitutional Commentaty*, vol. 11, 1994.

VARELLA, Marcelo Dias. *Internacionalização do Direito: direito internacional, globalização e complexidade*. Brasília: UniCEUB, 2013.

VELLOSO, Adolfo Alvarado. Reflexiones Criticas Acerca del Proyecto de Reforma al Código de Procedimiento Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba. *Obra en Homenaje al Bicentenario de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, 1991.

VILLELA, José Guilherme. Recurso extraordinário. *Revista de Informação Legislativa*, ano 23, n. 89, jan.-mar., 1986.

WALDRON, J. Foreign Law and the Modern *Ius Gentium*, 119 *Harvard Law Review*. 129, 2005.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. Debate democrático: Um código de processo civil com DNA democrático. *Conjur* de 02.10.2012. Disponível em:



www.conjur.com.br/2012-out-02/codigo-processo-civil-possui-dna-democratico>, acesso em: 11.04.2015.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Reforma do CPC: Críticas ao novo projeto de CPC são senso comum. *Conjur* de 27.06.2011. Disponível em: www.conjur.com.br/2011-jun-27/criticas-projeto-cpc-sao-injustas-refletem-mero-senso-comum>, acesso em: 11.04.2015.

_____. Críticas ao CPC: Críticas ao novo CPC são meras ‘frases de efeito’. *Conjur* de 13.12.2011. Disponível em: www.conjur.com.br/2011-dez-13/criticas-cpc-nao-podem-limitar-afirmacoes-bombasticas>, acesso em: 11.04.2015.

WASBY, Stephen L.; SWANSON, Rick A. Good Stewards: Law Clerk Influence in State High Courts. *The Justice System Journal*, vol. 20, n. 1, 2008.

WEINSTEIN, Jack B. After fifty years of the Federal Rules of Civil Procedure: Are the Barriers to Justice being raised? *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 137, 1989.

WHITEHOUSE, Sheldon. Speech: Opening Address. *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 162, n. 7, jun./2014.

YOO, John; DELAHUNTY, Robert J. Against Foreign Law. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, Volume 29, Number 1, 2005.

ZAGREBELSKY, Gustavo. Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política. Trad. Manuel Martinez Neira. Madrid: Trotta, 2008.



Civil Procedure Review
AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

O julgamento antecipado parcial do mérito no novo Código de Processo Civil brasileiro *

(The partial summary judgment on the merits in the new Brazilian Code of Civil
Procedure)

Thiago Ferreira Siqueira

Ph.D candidate at the University of São Paulo, Brazil. Masters degree from the Federal
University of Espírito Santo, Brazil.

Resumo: o presente estudo objetiva analisar o art. 356 do Novo Código de Processo Civil, que consagra, no direito brasileiro, o chamado julgamento antecipado parcial do mérito.

Abstract: this article aims to analyze art. 356 of the New Code of Civil Procedure, which establishes, in Brazilian law, the so-called “partial summary judgment on the merits”.

Palavras-chave: Pretensão. Julgamento. Cumulação. Fragmentação. Decisão interlocutória.

Key words: Pretension. Trial. Cumulation. Fragmentation. Interlocutory decision.

* O presente estudo foi anteriormente publicado em: *Revista de Processo*, vol. 229. São Paulo: RT, mar-2014 (“A fragmentação do julgamento do mérito no Novo Código de Processo Civil”). Na ocasião, entretanto, tratamos do assunto à luz da versão do projeto de Novo CPC que ainda tramitava na Câmara dos Deputados. Considerando, portanto, as diferenças significativas daquela versão do Código para a que acabou sendo aprovada em 16/03/2015, entendemos ser oportuno republicar o artigo, devidamente atualizado.



1 Introdução: o art. 356 do Novo Código de Processo Civil

Insero no capítulo ali destinado ao “*juízo conforme o estado do processo*”, o art. 356 do Novo Código de Processo Civil (CPC/15) cuida do chamado “*juízo antecipado parcial do mérito*”.

No que diz respeito ao diploma hoje vigente (CPC/73), o assunto, como é cediço, foi - e ainda é - motivo de infindável controvérsia doutrinária, especialmente a partir do advento da Lei nº 10.444/2002, que acrescentou um § 6º ao art. 273. A discussão gira em torno da resposta à seguinte pergunta: é possível que o julgamento de cada um dos pedidos porventura cumulados em um só processo seja feito em etapas distintas do mesmo procedimento?

O Novo Código, como deixa claro o art. 356, optou pela resposta positiva. Na verdade, foi além e buscou regulamentar, em seus parágrafos e em outros dispositivos, aquela hipótese, da qual o atual sistema não trata de forma tão explícita.

O que se prevê, assim, é que o julgamento do mérito de um processo seja feito de forma fragmentada, por etapas, conforme cada um dos pedidos de que é formado comporta apreciação.

Busca, o presente estudo, além de avaliar a conveniência da regra, analisar cada um dos requisitos e hipóteses que ensejam sua aplicação, e suas consequências em outros campos do sistema processual.

Antes, porém, para que se possa melhor compreender os problemas hoje apontados pela doutrina e a medida da inovação, é importante analisá-la no contexto maior procedimento, além de entender o estado da questão em relação ao diploma vigente.

2 O mérito e seu julgamento na estrutura do processo civil de conhecimento

Apesar das enormes controvérsias que no passado envolveram o termo, hoje se encontra razoavelmente assentado na doutrina brasileira¹⁻² que o *meritum causae* (ou, ainda, o objeto do

¹ Sobre o assunto, ver, por todos, na doutrina brasileira: DINAMARCO, Cândido Rangel. *O conceito de mérito em processo civil*, in: “Fundamentos do processo civil moderno”, t. I. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, *passim*.

² É essa, ainda, a lição de renomados autores, que trataram do tema nas doutrinas espanhola, italiana e alemã, respectivamente: GUASP, Jaime. *La pretensión procesal*. Madrid: Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1952, *passim*, esp. p. 28-40; LIEBMAN, Enrico Tullio. *O despacho saneador e o julgamento do mérito*. In: “Revista Forense Comemorativa – 100 anos”, t. 5. Coord: José Carlos Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2006, n. 6-9, p. 30-38; SCHWAB, Karl Heinz. *El objeto litigioso en el proceso Civil*. Buenos Aires: EJE, 1968, *passim*, esp. p. 5.



processo³⁻⁴) no direito processual civil deve significar nada além do que a pretensão trazida à apreciação jurisdicional em busca de satisfação⁵⁻⁶.

Dessa forma, superada a noção de lide constante até mesmo da exposição de motivos do Código de 1973⁷, tem-se atualmente a consciência de que é sobre as pretensões efetivamente veiculadas nos pedidos formulados pelo autor – ou mesmo pelo réu ou por terceiros – que recai, em última análise, a atividade a ser desempenhada no ambiente do processo.

Dizer que as pretensões formam o objeto do processo significa dizer que é em torno delas que gravitará toda a atividade processual, que se destinará, no procedimento cognitivo, a julgá-las, para conceder, ou não, ao autor provimento capaz de dar acesso ao bem da vida desejado. Também na atividade executiva é no pedido que se consubstancia o mérito, que, entretanto, não é levado a julgamento, mas apenas à efetivação⁸.

Dessa forma, se é certo que a jurisdição tem variados objetivos, não menos verdade é que o alcance de cada um deles se dá na medida em que as pretensões que lhe são apresentadas são julgadas

³ Diferentemente da doutrina brasileira, os autores alemães dedicaram-se enormemente ao estudo do objeto do processo (*streitgegenstand*), que desempenha papel central na ciência processual daquele país. O conceito, todavia, exprime a mesma ideia daquilo que chamamos de *meritum causae*, como ensina Dinamarco (*O conceito de mérito...*, p. 305-306).

⁴ Há quem prefira falar em *objeto litigioso*, em vez de objeto do processo. O assunto, contudo, ao menos na doutrina alemã, é um só: é que a tradução do vocábulo *streitgegenstand* autoriza as duas expressões. Por todos, conferir: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. II. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 180, nota 1.

⁵ Importante, aqui, pontuar que não se está tratando da chamada *pretensão de direito civil* de que fala o art. 189 do Código Civil – pretensão como situação jurídica subjetiva vantajosa -, mas da *pretensão processual*, como estado de espírito caracterizado pela aspiração a um dado bem jurídico e exteriorizado em atos destinados a obtê-lo.

⁶ Deixemos claro, porém, existir controvérsia doutrinária a respeito do papel que a causa de pedir desempenharia em relação ao objeto do processo.

⁷ “O projeto só usa a palavra ‘lide’ para designar o mérito da causa. Lide é, consoante a lição de Carnelutti, o conflito de interesses qualificado pela pretensão de um dos litigantes e pela resistência do outro. O julgamento desse conflito de pretensões, mediante o qual o juiz, acolhendo ou rejeitando o pedido, dá razão a uma das partes e nega-a a outra, constitui uma sentença definitiva de mérito. A lide é, portanto, o objeto principal do processo e nela se exprimem as aspirações em conflito de ambos os litigantes” (BUZAID, Alfredo. *Exposição de motivos do projeto do Código de Processo Civil*. In: “Revista Forense Comemorativa – 100 anos”, t. 5. Coord: José Carlos Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2006, item 6, p. 37).

⁸ As mesmas considerações são válidas, ainda, para o processo cautelar, em que o *meritum causae* é representado pelo pedido de providência assecuratória, amparado nos clássicos requisitos do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris* (nesse sentido: THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo cautelar*. 24ª ed. São Paulo: LEUD, 2008, n. 48-a, p. 58). O mesmo pode ser dito em relação aos recursos, cujo mérito consubstancia-se no pedido de reforma ou anulação da decisão, apoiado nos *errores in iudicando* ou *in procedendo* (DINAMARCO, Cândido Rangel. *O conceito de mérito...*, p. 332-334).



(e efetivadas). Trata-se de consequência de sua inércia, que mantem o juiz adstrito aos limites da demanda.

Pode-se dizer, ademais, que o procedimento cognitivo é todo voltado e estruturado para o julgamento do mérito: inicia com a apresentação de uma ou mais pretensões pelo autor, seguida de posterior resistência ou mesmo pedidos do réu (fase postulatória); analisa-se a viabilidade do julgamento e são tomadas medidas necessárias para que possa ele ocorrer (fase de saneamento); são coletados elementos de que o juiz necessita para avaliar os fundamentos que sustentam cada um dos pedidos e correspondentes defesas (fase instrutória/probatória); por fim, julga-se a causa (fase decisória)⁹.

Da mesma forma, o CPC/73 prevê possibilidades de que esse esquema procedimental seja abreviado, conforme comporte o *meritum causae* apreciação antes de percorrida todas as suas etapas. É o caso, por exemplo, do julgamento antecipado da lide (art. 330), da improcedência liminar (art. 285-A) ou mesmo do indeferimento da petição inicial como decorrência da prescrição ou decadência (art. 295, IV c/c art. 269, IV)¹⁰.

Na mesma linha, o Código prevê, na fase “do julgamento conforme o estado do processo”, que a verificação da inviabilidade (art. 267) ou desnecessidade (art. 269, II, III ou V) do julgamento do mérito deva levar à extinção do processo (art. 329).

O que fica muito claro, nesse quadro, é que o procedimento cognitivo existe para (e enquanto for necessário e possível) o julgamento do mérito. É essa, aliás, a lição deixada por Jaime Guasp, no sentido de que a pretensão é responsável pelo nascimento, manutenção e conclusão do processo¹¹.

⁹ Nesse sentido, com considerações semelhantes, é o pensamento de Jaime Guasp: “¿Cual será, pues, el núcleo objetivo central de un proceso, el ente de realidade ideal al que se reconduzcan las distintas actividades de los diversos sujetos procesales? No hay más que un posible elemento objetivo básico del proceso: la reclamación que una parte dirige frente a otra y ante el Juez. En torno a esta reclamación giran todas y cada una de las vicisitudes procesales. La iniciación del proceso, la instrucción del mismo (por ejemplo, la prueba en el proceso de cognición o la realización de los bienes en el proceso de ejecución) y la decisión, sobre todo (ya que en la decisión del Juez nadie dejará de ver el acto culminante de todo el proceso) tienen una sola y exclusiva referencia: la reclamación de la parte” (*La pretensión procesal*, p. 37).

¹⁰ Ressalte-se que todas essas possibilidades estão previstas no CPC/15. Em relação ao julgamento antecipado do mérito, o art. 355 repetiu o mesmo regramento do atual art. 330, corrigindo, entretanto, falhas terminológicas hoje apontadas pela doutrina. Quanto à improcedência liminar, o novel art. 332 ampliou sobremaneira as hipóteses em que pode ocorrer, incluindo, em seu § 1º, o reconhecimento da prescrição ou da decadência, que passa a se submeter ao mesmo regime em termos de recorribilidade.

¹¹ *La pretensión procesal*, p. 54.



Não é de se estranhar, em tal contexto, que o diploma vigente tenha arrolado sob a rubrica “*da extinção do processo*” hipóteses em que o mérito é ou não “resolvido” (arts. 269 e 267, respectivamente). Não por outro motivo, ainda, a redação original do Código associou o conceito de sentença ao término do feito (art. 162, § 1º).

Por trás de tais opções legislativas está a ideia de que, proferida sentença e julgado o mérito (art. 269, I ou IV) – ou, ainda, sendo este julgamento desnecessário ou inviável (arts. 269, II, III e V, e art. 267, respectivamente) -, não haveria razão para o prosseguimento do feito, que, então, seria extinto.

3 A fragmentação do *meritum causae* e de seu julgamento

O legislador de 1973, todavia, parece não ter considerado, em tais dispositivos, que variadas são as possibilidades em que um só processo pode comportar, em sua dimensão objetiva, não apenas uma, mas duas ou mais pretensões, de modo que o mérito da causa seja formado por uma pluralidade destas.

Basta que pensemos, por exemplo, nas diversas modalidades de cumulação de pedidos trazidas – de forma deficiente, é certo – pelos artigos 288 e ss. do Código de Processo Civil. Ou, ainda, na reconvenção (art. 315 e ss.), ou em algumas espécies de intervenção de terceiros como a denunciação da lide (CPC/73, art. 70 e ss.) e a oposição (CPC/73, art. 56 e ss.).

Nessas e em várias outras hipóteses - em que, como alcunhou Cândido Dinamarco, o objeto do processo é *composto*¹² - é perfeitamente possível pensar que o mérito da causa possa comportar divisão em partes autônomas, tantas quantas sejam as pretensões que lhe dão substância.

Há, ainda, a possibilidade de que, não obstante haja pedido único a ser julgado, seja divisível o bem da vida que pretenda o autor, comportando, da mesma forma, fragmentação o mérito da causa. Ou, na feliz expressão do professor das Arcadas, seja *decomponível* o objeto do processo¹³.

Se somada tal possibilidade – de por vezes ser divisível o *meritum causae* – à constatação, acima mencionada, de que o sistema processual prevê fases distintas em que pode ser julgado o mérito, o questionamento é quase intuitivo: e se, nos casos em que há mais de um pedido a ser julgado, cada pretensão puder ser examinada em um momento procedimental distinto?

¹² *Capítulos de sentença*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 64.

¹³ *Capítulos de sentença*, p. 70.



Imaginemos, por exemplo, que, havendo o autor formulado dois pedidos em cumulação simples, o réu limite sua defesa a um deles, deixando o outro incontroverso. Pode o magistrado julgar antecipadamente uma das pretensões, mas não a outra?

Da mesma forma, imaginando que, proposta demanda com pedido simples, o réu tenha oferecido contestação e, ao mesmo tempo, reconvenção. O autor, quando intimado para responder a esta, não se manifesta. Poderia o juiz julgar antecipadamente apenas a reconvenção?

É, então, justamente nessas e em várias outras situações que pode ocorrer o que chamamos de *fragmentação do julgamento do mérito*. Trata-se, por outras palavras, de possibilitar que o julgamento dos diversos pedidos porventura cumulados em um só processo se dê em momentos distintos do mesmo procedimento, na medida em que cada um deles se encontre “maduro” para tanto.

Nesses casos, havendo julgamento de apenas parcela do mérito, não há, por óbvio, que se falar em *extinção do processo*¹⁴, que deve prosseguir para a análise das demais pretensões. Ademais, não haveria, por tal razão, ao menos conforme a opção da redação original do CPC/73, prolação de *sentença*, mas de simples *decisão interlocutória*.

Por essas e outras razões que veremos a seguir, a doutrina sempre manifestou certo receio com a possibilidade, que, de fato, oferece maiores dificuldades exegéticas e operacionais no sistema hoje vigente.

Não por outro motivo, o CPC/15, ao lado de prever explicitamente a figura do julgamento antecipado parcial, cuidou de retirar dos arts. 485 e 487 – que tratam das hipóteses em que há ou não resolução do mérito, constantes hoje nos arts. 267 e 269 – qualquer referência à extinção do processo. Tais dispositivos, aliás, não mais se situam no título relativo à “*formação, suspensão e extinção do processo*”, mas naquele que trata “*da sentença e da coisa julgada*”.

Antes, porém, de adentrar na análise do tema no Novo Código de Processo Civil, é importante que entendamos o estado da questão no sistema que temos atualmente, especialmente para que possamos verificar se o diploma é capaz de suplantar as dificuldades hoje existentes.

¹⁴ Indevido é, ainda, como ensina Dinamarco, falar em *extinção parcial* do processo: “O processo é sempre um só e unitário, ainda quando contiver pedidos cumulados [...] ou mesmo uma pluralidade de sujeitos em um dos pólos da relação jurídica processual. Litisconsórcio é, por definição, a coexistência de mais de um autor ou mais de um réu, em um só e mesmo processo; cúmulo de demandas ou de ações como dizem alguns, é a aglutinação de mais de uma pretensão em um só processo, em busca de instrução unificada e sentença única. [...] Tudo se passa, como se vê, no âmbito de um só processo; e as reduções objetivas ou subjetivas impostas a este não importam sua extinção, sequer parcial” (*Vocabulário do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 146-147).



4 O estado da questão no Código de Processo Civil de 1973

Como adiantado, a doutrina que escreveu à luz do CPC/73 sempre apontou uma série de dificuldades para que pudesse ser realizado, em momentos distintos, o julgamento dos diversos pedidos porventura cumulados num só processo.

Alguns autores de renome chegam a afirmar que existe, em nosso ordenamento jurídico, uma norma geral que impossibilitaria tal cisão do julgamento do mérito. É o caso, por exemplo, de Athos Gusmão Carneiro, que fala no *princípio da unidade da sentença*.¹⁵ Ou, ainda, de Cândido Dinamarco, que faz alusão ao *princípio da concentração da decisão*¹⁶⁻¹⁷.

A verdade, entretanto, é que não há, no Código hoje vigente, qualquer norma expressa que permita ou proíba a cisão na apreciação do mérito. E, assim sendo, trata-se de questão que apenas comporta solução a partir de uma análise sistemática. Somente deste modo poderemos ver se o diploma comporta ou não a fragmentação do julgamento.

4.1 O Código de 1973 em sua redação original

¹⁵ *Da Antecipação de Tutela*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 47.

¹⁶ “Tal é o princípio da concentração da decisão, de que fala Liebman e que só comporta as exceções que a lei estabelecer; e a lei brasileira não formula as exceções que se vêem na italiana (condenações com reserva, provisionali etc.). Aqui, a conclusão pela procedência ou improcedência vem exclusivamente na parte decisória da sentença e a solução de todas as questões de mérito, em sua motivação (art. 458, incs. II-III).” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Ação Rescisória Contra Decisão Interlocutória*. In: “Nova Era do Processo Civil”. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 285).

¹⁷ Ao que nos parece, porém, nenhum dos dois autores explica de forma satisfatória qual seria a fonte normativa de tais princípios: enquanto Athos Gusmão se mantém em completo silêncio, Dinamarco invoca as lições de Liebman. O fato, todavia, é que diferentemente do que se passa com nosso Código de Processo Civil, o diploma processual italiano tem norma expressa nesse sentido, o que justifica o pensamento de Liebman. Trata-se do ali está contido no art. 277, que, afirma que o colegiado, ao julgar o mérito, “*deve decidir todas as demandas propostas e as exceções a elas relativas, definindo o julgamento*”. Vale dizer, aliás, que o próprio art. 277 do *Codice* deixa claro não tratar-se de norma absoluta, permitindo que o colégio limite a decisão a algumas demandas, se verificar que para elas não seja necessário instrução ulterior. Nesse sentido, é, inclusive, o que expõe o próprio Liebman ao escrever sobre o assunto (*Manual de direito processual civil*, vol. II. Tocantins: Intellectus, 2003. p. 222 e 229 - é exatamente esse o trecho a que se refere Dinamarco no texto a que acabamos de nos referir), assim como Carnelutti (*Instituciones del proceso civil*, v. II. Buenos Aires: EJE, 1959. n. 480, p. 131). Curioso notar que, em conhecido estudo, Chiovenda apontava, em relação ao direito justinianeu, a possibilidade de formação de diversas coisas julgadas num mesmo processo (*Cosa juzgada y preclusión*. In: “*Ensayos de derecho procesal civil*”, t. III. Buenos Aires: EJE, 1949. p. 241).



Como já afirmamos, nosso Código de Processo Civil parece ter buscado associar o julgamento do mérito com a extinção do processo, o que fica muito claro da leitura de seus arts. 267 e 269.

Mais evidente, ainda, era o que se passava – ao menos até o advento da Lei nº 11.232/2005 - com o conceito legal de sentença: o § 1º do art. 162 dispunha que apenas poderia ser assim chamado o ato do juiz que “*põe termo ao processo*”.

No que diz respeito a este último aspecto, aliás, a opção foi muito além de questões meramente terminológicas, sendo, na verdade, reflexo do sistema recursal arquitetado pelo legislador: considerando que o recurso de apelação, da maneira como projetado, ocasionaria a remessa dos autos ao tribunal de justiça, apenas poderia ser manejado contra o ato do juiz que colocasse fim ao procedimento em primeiro grau de jurisdição (sentença). Todos os outros pronunciamentos, sem o condão de extinguir o processo (decisões interlocutórias), deveriam ser impugnados pela via do agravo, que “subiria” por instrumento ou ficaria retido nos autos.

Nesse quadro, a doutrina sempre se mostrou relutante em aceitar que o juiz pudesse julgar antecipadamente parte do mérito, determinando o prosseguimento do feito para a análise do restante dos pedidos. Na maioria das vezes, a opinião é fundamentada na circunstância de que eventual recurso de apelação a ser manejado contra essa decisão poderia causar tumultos na marcha do processo. É, por exemplo, o que pensava José Frederico Marques:

“Formado o processo cumulativo, não pode o juiz decidir antecipadamente um ou alguns dos litígios e deixar os demais para a sentença a ser proferida a final. Todos os litígios devem ser julgados numa só sentença (sentença antecipada sobre a lide *ou* sentença em audiência), uma vez que não se pode suspender o curso do procedimento em havendo apelação, com efeito suspensivo, para aguardar o julgamento do recurso. E como seria absurdo, *contra ius e contra legem*, entender-se que aí caberia o agravo de instrumento, - o princípio da economia processual (que é um dos inspiradores do art. 330) impede aquela suspensão do processo cumulativo, e, conseqüentemente, julgamento antecipado de apenas uma ou algumas das lides contidas em *simultaneous processos*.”¹⁸

Partiam os autores, assim, da premissa de que tal pronunciamento seria uma sentença, relutantes em aceitar que simples decisão interlocutória pudesse versar a respeito do *meritum causae*.

¹⁸ MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*, vol. 2. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 165. Exatamente no mesmo sentido: SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*, vol. 2. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 274. Tratando especificamente da impossibilidade de julgamento antecipado da ação declaratória incidental, ver, ainda: MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *Julgamento antecipado*. In: “Teses, estudos e pareceres de processo civil”, vol. 3. São Paulo: RT, 2007. p. 242.



Havia, é certo, razão para tanto. Não apenas a tradição havia consagrado a sentença como sendo o ato culminante do processo, responsável pelo julgamento da causa, como o próprio Código dava mostras dessa importância e de sua proeminência em relação às decisões interlocutórias.

Assim, por exemplo, são poucas as menções que o Código de Processo Civil faz às decisões interlocutórias. Na verdade, a expressão, seja no plural ou singular, aparece apenas seis vezes no texto que hoje vige.

As primeiras referências encontram-se no artigo 162 - caput e § 2º-, que, como sabemos, procura definir os pronunciamentos do juiz. Depois disso, o termo aparece unicamente no Título X do Livro I, que se destina ao trato dos recursos: art. 522 (cabimento do agravo), art. 523, § 3º (obrigatoriedade do agravo retido oral na audiência de instrução e julgamento), art. 539, parágrafo único (agravo na causa de competência originária do STJ a que se refere o inciso II, alínea b do mesmo artigo) e art. 542, § 3º (regime de retenção dos recursos excepcionais quando interpostos contra decisões interlocutórias).

Importante notar que nenhum desses dispositivos faz qualquer referência à resolução do mérito ou suas consequências.

Por outro lado, a palavra sentença aparece, do Livro I ao Livro V, em nada menos que 216 oportunidades. Há, inclusive, uma parte do Código que destina-se exclusivamente ao trato de seus requisitos e efeitos (Livro I, Título VIII, Capítulo VIII, Seção I).

Em diversas das vezes que aparece, a figura da sentença está ligada ao julgamento da causa. É o caso, por exemplo, do art. 330 (o juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo *sentença*), do art. 459 (o juiz proferirá a *sentença*, acolhendo ou rejeitando, no todo ou em parte, o pedido formulado pelo autor), ou, ainda, do art. 460 (é defeso ao juiz proferir *sentença*, a favor do autor, de natureza diversa da pedida), dentre outros.

Do mesmo modo, o capítulo do Código destinado à disciplina da coisa julgada refere-se diversas vezes à sentença, como em seus art. 467, que conceitua o instituto e os arts. 468, 469 e 472, que cuidam de seus limites objetivos e subjetivos. Ademais, o art. 485 afirma que é a *sentença de mérito* que pode ser objeto de ação rescisória.

Chama atenção, ainda, o que se prevê em dispositivos ligados à atividade executiva. Assim, por exemplo, no rol dos títulos executivos judiciais (art. 475-N), fala-se em *sentença* proferida no processo



civil que reconheça a existência de obrigação (inc. I), ou, ainda, em *sentença* homologatória de conciliação ou de transação (inc. III). Aliás, é da liquidação e do cumprimento de *sentença* que tratam os artigos 475-A a 475-R.

É, porém, no tratamento dado aos recursos de apelação e de agravo - cabíveis respectivamente contra sentenças (art. 513) e decisões interlocutórias (art. 522) - que se mostra maior a disparidade de tratamento. Neles, a diferença é muito mais que meramente semântica.

A começar, por exemplo, pelo *prazo* em que cada um deles deve ser interposto: 15 dias para a apelação (art. 508) e 10 dias para o agravo (art. 522). É, ainda, apenas para o julgamento da apelação que se prevê a presença de um *desembargador revisor* (art. 551) e a possibilidade de *sustentação oral* (art. 554). Aliás, os embargos infringentes têm seu cabimento expressamente previsto contra acórdão que, *em grau de apelação*, houver reformado a *sentença de mérito* (art. 530).

Mais expressivo é, ainda, o fato de que a apelação, como regra, é dotada de *efeito suspensivo* (art. 520), ao contrário do que ocorre com o recurso de agravo (art. 497). Ou, ainda, a circunstância de que o *recurso extraordinário, ou o recurso especial, quando interpostos contra decisão interlocutória ficará retido nos autos* (art. 542, § 3º).

O que fica claro, com tudo isso, é que nosso diploma processual deu importância muito maior às sentenças que às decisões interlocutórias, justamente pelo fato de que a matéria a ser por elas tratada seria de maior relevo. Ao que parece, assim, não esteve realmente no pensamento do legislador de 1973 que pudesse ser fragmentado o julgamento do mérito¹⁹.

¹⁹ É o que conclui Daniel Mitidiero, a partir das mesmas considerações: “Para o Código Buzaid (1973-1994), somente no quando da sentença poderia o juiz apreciar o mérito da causa. Certo poderia ocorrer uma sentença terminativa do feito; agora, jamais, poderia haver uma decisão interlocutória que enfrentasse o mérito da causa. Vale dizer: a oportunidade para o exame do mérito, no Código Buzaid (1973-1994), era tão-somente no quando da sentença. Observe-se: as ‘questões incidentes’ apenas preparavam a apreciação do mérito. Isto é: nosso legislador pressupunha que uma decisão interlocutória jamais poderia enfrentar o mérito da causa porque vocacionada para deslindar questões processuais, concernentes à regularidade e à marcha do processo. [...] Essa contingência explica, segundo pensamos, tanto o regime jurídico a que se submetem os agravos como as apelações. [...] É evidente a pressuposição do legislador nesse particular. Apenas as apelações poderiam levar adiante a apreciação do mérito da causa e, por isso, teriam essas um regime jurídico mais minucioso, inspirando maior atenção e cuidado.” (*Direito fundamental ao julgamento definitivo da parcela incontroversa: uma proposta de compreensão do art. 273, § 6º, na perspectiva do direito fundamental a um processo sem dilações indevidas (art. 5º LXXVII, CF/88)*). In: RePro nº 149. São Paulo: RT, 2007. p. 114-115).



4.1.1 Algumas incoerências do sistema

Uma análise mais atenta de nossa doutrina, porém, revela que diversos autores admitiam que o juiz, em determinadas situações, emitisse pronunciamentos parciais sobre o objeto do processo, caracterizando, destarte, verdadeiras *decisões interlocutórias de mérito*.

Assim, por exemplo, diferentemente do que se passa com o julgamento antecipado do mérito (art. 330), a opinião manifestamente dominante é no sentido de que os atos autocompositivos – art. 269, II, III e V – podem, sim, ser parciais, devendo o juiz homologá-los desde logo e determinar o prosseguimento do feito²⁰.

Também admitem os autores, sem maiores problemas, a ocorrência de decisões interlocutórias de mérito quando se der o indeferimento parcial da petição inicial por ter-se operado a prescrição ou decadência quanto a um dos pedidos cumulados, ou quanto a um dos litisconsortes.²¹

A prescrição ou a decadência podem, ainda, provocar decisões interlocutórias de mérito quando derem causa ao indeferimento liminar da reconvenção. Aqui, novamente, não vê maiores dificuldades a doutrina²².

O que fica claro, segundo pensamos, é que o mesmo sistema processual que supostamente negaria a possibilidade de fracionamento no julgamento do mérito convive com decisões que, prolatadas sem que se encerre o procedimento, têm como conteúdo um dos incisos do art. 269. Dessa forma, queiramos ou não, vez ou outra aparecem, em um dado processo, decisões interlocutórias de

²⁰ DINAMARCO, Cândido. *Instituições de direito processual civil*, vol. III. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 264; FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Extinção do processo e mérito da causa*. In: “Saneamento do processo (estudos em homenagem ao prof. Galeno Lacerda)”. Coord.: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1989. p. 21; MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. 27ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 96; NERY JUNIOR, Nelson & NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 10ª ed. São Paulo: RT, 2008, p. 516; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de direito processual civil*, vol. 2. 2ª ed. São Paulo: RT, 2003. p. 350. Em sentido contrário, no tocante ao reconhecimento do pedido: FURNACIARI JÚNIOR, Clito. *Reconhecimento Jurídico do Pedido*. São Paulo: RT, 1977. p. 61-62.

²¹ Nesse sentido, admitindo expressamente o indeferimento parcial da inicial: DINAMARCO, Cândido Rangel, *Instituições...*, vol. III, p. 391; MOREIRA, José Carlos Barbosa, *O novo processo civil...*, p. 25-26; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos...*, vol. 2, p. 152; THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*, vol. I. 51ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 360

²² FURNACIARI, Clito. *Da Reconvenção no direito processual civil brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1983. p. 170; MOREIRA, José Carlos Barbosa, *O novo processo civil...*, p. 46; PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao código de processo civil*, vol. III. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 354-355 RODRIGUES, Marcelo Abelha, *Elementos...*, vol. 2 p. 289, nota 11; SANTOS, Moacyr Amaral, *Primeiras linhas...*, vol. 2., p. 241; THEODORO JÚNIOR, *Curso...*, vol. I, p. 401.



mérito. Trata-se, como bem coloca Flávio Yarshell, de “uma possibilidade concreta que decorre do sistema e, em certa medida, de suas próprias imperfeições e incoerências.”²³

4.2 O § 6º do art. 273 do CPC

Era esse o estágio das discussões doutrinárias quando, por meio da Lei nº 10.444/2002, inseriu-se um § 6º no art. 273 do Código, dispondo que “a tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso”.

Como é cediço, o art. 273 é o dispositivo que generaliza, para o procedimento comum, a possibilidade de antecipação de tutela, antes apenas prevista para alguns procedimentos especiais encartados no Código e em leis extravagantes.

Por tal razão, parte da doutrina entendeu que o novo parágrafo visava abrir mais uma possibilidade, ao lado daquelas já previstas nos dois incisos do *caput* do art. 273, para a antecipação – *provisória* - dos efeitos da tutela²⁴. Outros, todavia, defendiam que a disposição trazia inovação de maior monta, passando a permitir, em nosso sistema processual, que haja cisão no julgamento – *definitivo* - do mérito²⁵.

²³ *Ação rescisória: juízos rescindente e rescisório*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 187, nota 6.

²⁴ Nesse sentido: BEDAQUE, José Roberto dos Santos, *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumarias e de urgência*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 361, nota 118, e p. 362-363; CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 47; DINAMARCO, Cândido Rangel, *A reforma da reforma*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 95-96; VAZ, Paulo Afonso Brum. *Tutela antecipada fundada da técnica da ausência de controvérsia sobre o Pedido (§ 6 do art. 273 do CPC)*. In: RePro nº 131. São Paulo: RT, 2006. p. 137-138; ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação de tutela*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 113-114.

²⁵ É o que defenderem: ALVIM, Eduardo Arruda. *O perfil da decisão calcada no § 6º do art. 273 do CPC – hipótese de julgamento antecipado parcial da lide*. In: Revista Forense, vol. 398. Rio de Janeiro: Forense, 2008; ARAÚJO, José Henrique Mouta. *Tutela antecipada do pedido incontroverso: estamos preparados para a nova sistemática processual?* In: RePro nº 116. São Paulo: RT, 2004. p. 213; BUENO, Cássio Scarpinella. *Tutela antecipada*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 51-62; CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*, vol. I. 19ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009. p. 447; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *O § 6º do art. 273: tutela antecipada parcial ou julgamento antecipado parcial da lide?* In: Revista Dialética de Direito Processual, nº 1. São Paulo: 2003; DALL’ALBA, Felipe Camilo. *Julgamento antecipado ou antecipação dos efeitos da tutela do pedido incontroverso?* In: RePro nº 128. São Paulo: RT, 2005. p. 220-221; DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*, vol. 2. 5ª ed. Bahia: JusPodivm, 2010. p. 527; MITIDIERO, Daniel, *Direito fundamental...*, p. 111-112; PASSOS, José Joaquim Calmon de, *Comentários...*, vol. III, p. 71-72; RODRIGUES, Marcelo Abelha, *Elementos...*, vol. 2, p. 221-223 e p. 359, nota 3; SOUZA, Wilson Alves de. *Tutela antecipada em caso de controvérsia parcial – breves comentários à proposta do Poder Executivo de alteração do § 1º do Art. 273 do Código de Processo Civil*. In: “A segunda etapa da reforma processual civil”, coord. por Fredie Didier Jr. e Luiz Guilherme Marinoni. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 49-63; THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo cautelar*. 24ª ed. São Paulo: LEUD, 2008. p. 458; YARSHELL, Flávio Luiz, *Ação Rescisória...*, p. 197.



Em relação àquele primeiro grupo de autores, que extraíam do dispositivo mais uma possibilidade de antecipação da tutela, apegam-se especialmente à literalidade da lei: por estar o novo § 6º inserido no contexto do art. 273, deve ter a mesma natureza jurídica do que ali é tratado, conclusão que se reforçaria pela presença da cláusula “*também*”.

Dessa forma, entendem que, ainda que a decisão tenha por base a *incontrovérsia*, por opção do legislador, não se trataria de verdadeiro julgamento definitivo do mérito. Estaria, destarte, submetido ao regime da *provisoriamente*, assim como à necessidade de *requerimento da parte* (§ 4º e *caput* do art. 273, respectivamente)²⁶.

Interessante notar que alguns desses autores chegam a lamentar a opção do legislador, como é o caso de Teori Zavascki, para quem “talvez a melhor solução tivesse sido a da cisão no julgamento do mérito”²⁷.

Mais expressivas, ainda, são as palavras de Dinamarco, que, logo após afirmar que a impossibilidade do julgamento antecipado parcial seria “somente um dogma estabelecido no direito positivo, que bem valia a pena desmistificar”, deseja que os tribunais adotem a posição “mais otimista” – que atribui a Marinoni – e permitam “aquelas cisões no julgamento da causa”.²⁸

Segundo entendemos, porém, pedindo vênias aos que pensam em contrário, não se sustenta o argumento topológico, e a razão para tanto está na origem do dispositivo, atribuída, como se sabe, à sugestão de Luiz Guilherme Marinoni²⁹.

²⁶ A grande diferença para as outras hipóteses de antecipação dos efeitos da tutela estaria, porém, na maior facilidade de concessão nesta modalidade. Isso, porque entende, a maior parte desses autores, que não estaria proibido seu deferimento quando houvesse o risco de irreversibilidade (§ 2º). É o caso de: DINAMARCO, Cândido Rangel, *A reforma...*, p. 96-97; ZAVASCKI, Teori Albino, *Antecipação de tutela*, p. 114. Em sentido contrário, entendendo ser necessário o preenchimento do requisito do § 2º: BEDAQUE, José Roberto dos Santos, *Tutela cautelar e tutela antecipada...*, p. 361, nota 118.

²⁷ *Antecipação de tutela*, p. 113

²⁸ *A reforma da reforma*, p. 96.

²⁹ É o que não deixa dúvidas a exposição de motivos do Anteprojeto nº 13, que deu origem à Lei nº 10.444, que, no entanto, numerava o dispositivo como § 1º do art. 273: “É acrescentado, como § 1º, dispositivo sugerido por Luiz Guilherme Marinoni, que explicita a possibilidade de o juiz, nos casos em que uma parte dos pedidos ou do pedido se torne incontroversa, conceder desde logo a esse respeito a tutela antecipada. Esta sugestão apresenta-se consentânea com as preocupações de eficiência do “novo” processo civil” (CARNEIRO, Athos Gusmão; TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Anteprojeto de Lei (nº 13)*. Disponível em: http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/33350/Anteprojeto_lei_13.pdf?sequence=1. Consultado em: 03.03.2013).



Partindo da premissa de seria “*injusto obrigar o autor a esperar a realização de um direito que não se mostra mais controvertido*”, Marinoni defendia, em obra publicada anos antes da promulgação da Lei nº 10.444/2002, a possibilidade do “*juízo antecipado de um dos pedidos cumulados*”. Se na redação original do Código não havia previsão legal para tanto, o professor paranaense afirmava que, *por meio da técnica da antecipação de tutela* – mais especificamente do inciso II do art. 273 do CPC –, era permitido verdadeiro *juízo definitivo da parcela incontroversa do mérito*³⁰.

Estranhamente, o mesmo Marinoni, em edição mais recente da obra, publicada após o advento da Lei nº 10.444, parece ter mudado de opinião: passou a defender que, por ter sido o dispositivo inserido dentro do art. 273, sua aplicação, mesmo que fundada em cognição exauriente, caracterizaria hipótese de antecipação efeitos da tutela, revogável ou modificável, portanto³¹. Chega a afirmar, assim, que “somente não há coisa julgada material em razão de uma questão de política legislativa”.

A explicação para tal mudança, porém, não convence: quando advogava que a hipótese tratava-se de verdadeira resolução do mérito, definitiva, fazia-o com base justamente no inciso II do art. 273. Note-se que, à época, já constava, naquele artigo, o § 4º, cuja redação é a mesma desde 1994. Ora, se antes defendia, com base no inciso II, verdadeira exceção ao que constava no § 4º, por que deveria o novo parágrafo submeter-se àquele regime? Deve-se considerar, inclusive, que o § 6º fala não em “*verossimilhança*” – como o *caput* –, mas sim em “*incontroversia*”.

³⁰ É o que se vê, dentre outros, do seguinte trecho: “Se é possível a realização antecipada de um direito que se afigure apenas provável, seria uma gritante contradição não admitir a antecipação, mediante cognição exauriente, do juízo de um dos pedidos cumulados. [...] Se o direito provável pode não admitir a protelação, o direito incontroverso, por razões óbvias, não deve ter a sua tutela postergada. É lícito, assim, retirar do art. 273, II, do CPC, a possibilidade da tutela antecipatória mediante juízo antecipado de um dos pedidos cumulados, ou mesmo através do juízo antecipado parcial do pedido [...]. A tutela antecipada, nos casos ora estudados, não precisa ser confirmada pela sentença e conserva a sua eficácia mesmo após a extinção do processo. O processo prossegue, após a tutela antecipatória, apenas para averiguar a existência do direito que não foi definido” (*Tutela antecipatória, juízo antecipado e execução imediata da sentença*. 3ª ed. São Paulo: RT, 1999. p. 162-164).

³¹ O seguinte trecho é bem expressivo: “A tutela antecipatória, no caso do juízo antecipado de um dos pedidos cumulados, antecipa o momento do juízo do pedido. Antecipa-se o momento do juízo, mas não se julga com base em probabilidade ou cognição sumária. [...]. Sendo assim, é óbvio que esta tutela antecipatória é fundada em cognição exauriente, e não em cognição sumária. Se o juízo ocorre quando não faltam provas para a elucidação da matéria fática, não há juízo de probabilidade, mas sim juízo capaz de permitir a declaração da existência do direito. No presente caso, em que é aplicável o § 6º do art. 273, somente não há coisa julgada material em razão de uma questão de política legislativa. Em outros termos, tendo permanecido inalterado o art. 273 quanto ao aspecto da possibilidade de revogação e modificação da tutela (art. 273, § 4º), esta pode ser revogada ou modificada ao final, muito embora somente possa ser concedida com base em cognição exauriente” (*Tutela antecipatória e juízo antecipado: parte incontroversa da demanda*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2002. p. 146).



Importante, aqui, insistir que, segundo entendia o autor, a cisão no julgamento do mérito seria possível por meio da utilização do instrumental da “tutela antecipatória [que] nesse caso estará antecipando o momento do julgamento do pedido”. E é isso, segundo nos parece, o que explica a inserção do § 6º no art. 273, que, a rigor, não seria a localização mais adequada para um dispositivo cuja hipótese de incidência é a *incontrovérsia*.

Nunca é demais lembrar que a ideia de cognição sumária sempre esteve por trás da figura da antecipação de tutela (art. 273): seja fundada na *urgência* (inciso I) ou no *abuso de direito de defesa* (inciso II), o requisito, imprescindível, é que o juiz, amparado em “*prova inequívoca*”, se convença da “*verossimilhança da alegação*” (*caput*).

Aliás, caso o espírito do julgador já esteja convencido da razão de uma das partes, não se justifica a antecipação da tutela, visto que pode, desde logo, julgar a causa. É justamente por não contar o juiz com a certeza, que a antecipação submete-se ao regime da provisoriedade (§ 4º), não podendo ser concedida quando houver o risco de irreversibilidade dos seus efeitos (§ 2º).

Diferentemente de seu *caput*, todavia, o § 6º do art. 273 ampara-se na *incontrovérsia*, que, como veremos, pressupõe *cognição exauriente*, fundada em *juízo de certeza*.

Por tal motivo, a razão parece estar com a doutrina majoritária, que entende que, com base no dispositivo, o juiz estaria autorizado a julgar, de modo definitivo, a parcela do objeto do processo que se mostre incontroversa. Se antes o sistema processual não possibilitava essa cisão na apreciação do mérito, a permissão teria sido dada justamente pelo § 6º do art. 273.

O dispositivo, assim, não teria trazido mais uma hipótese para a antecipação provisória dos efeitos da tutela, mas a possibilidade de o juiz proferir *julgamento antecipado de parte do mérito*. Se sua confusa localização autoriza ambas as posições, parece-nos ser esta a interpretação que melhor se coaduna, como entendeu Calmon de Passos, com o ideal de “*efetividade da tutela*”³².

Para que se possa aplicar o dispositivo, entretanto, é necessário superar as dificuldades acima mencionadas, decorrentes da associação que faz o Código do julgamento do mérito com a prolação de sentença e a extinção do processo. Para tanto, seria necessário adaptar alguns os institutos diretamente ligados à definição legal de sentença – e de sua ligação com a extinção do processo. É, aliás, o que, como veremos, procura fazer o Novo Código de Processo Civil, que passamos a analisar.

³² *Comentários...*, vol. III, p. 72. Na mesma linha, Daniel Mitidiero afirma que é essa a interpretação que melhor se amolda à garantia da *razoável duração do processo* (*Direito fundamental...*, p. 111-112).



5 O “julgamento antecipado parcial do mérito” no Novo Código de Processo Civil

Indo muito além da maneira – confusa e deficiente, como vimos - com a qual o diploma hoje vigente disciplina o assunto, o CPC/15, além de optar claramente pela possibilidade de fragmentação no julgamento do mérito, buscou regulamentar com minúcias o instituto, cuidando não apenas dos requisitos necessários à sua incidência, como de diversas das consequências que provoca em outros campos do sistema processual.

Passemos, então, à exegese do art. 356 do CPC/15, que, se não é o único dispositivo a tratar do assunto – que, como veremos, mereceu atenção em alguns outros espalhados pelo Código -, é certamente o que reúne a maior parte das normas a ele concernentes. Antes de prosseguir, porém, vejamos a redação que recebeu na versão final do Código:

Art. 356. O juiz decidirá parcialmente o mérito quando um ou mais dos pedidos formulados ou parcela deles:

I - mostrar-se incontroverso;

II - estiver em condições de imediato julgamento, nos termos do art. 355.

§ 1º A decisão que julgar parcialmente o mérito poderá reconhecer a existência de obrigação líquida ou ilíquida.

§ 2º A parte poderá liquidar ou executar, desde logo, a obrigação reconhecida na decisão que julgar parcialmente o mérito, independentemente de caução, ainda que haja recurso contra essa interposto.

§ 3º Na hipótese do § 2º, se houver trânsito em julgado da decisão, a execução será definitiva.

§ 4º A liquidação e o cumprimento da decisão que julgar parcialmente o mérito poderão ser processados em autos suplementares, a requerimento da parte ou a critério do juiz.

§ 5º A decisão proferida com base neste artigo é impugnável por agravo de instrumento.

5.1 Natureza jurídica: resolução do mérito (*caput* - “o juiz decidirá parcialmente o mérito”)

Se, como vimos, a redação do atual § 6º do art. 273 provoca controvérsia na doutrina sobre a natureza jurídica do que ali se prevê, o art. 356 acima transcrito não deixa dúvidas: trata-se de verdadeira *resolução do mérito*, e não de mera antecipação dos efeitos da tutela. Tal julgamento, porém, tem a particularidade de não abranger todo o objeto do processo, mas apenas uma ou algumas das pretensões (ou, ainda, parcela de uma delas) das quais é este formado.



Obviamente, para que possa ser caracterizada como *de mérito*, a decisão a ser proferida deve se enquadrar num dos incisos do art. 487, que, no CPC/15, trata das hipóteses que se encontram no atual art. 269. Vale lembrar, aliás, que, no CPC/15, referido dispositivo – assim como o art. 485, equivalente ao vigente art. 267 – não mais se situa no capítulo relativo à “*extinção do processo*”, mas naquele que cuida “*da sentença e da coisa julgada*”.

É bem verdade que de verdadeiro *juízo* apenas podemos falar nas hipóteses dos incisos I e II do art. 487, únicas em que há heterocomposição do conflito. Quanto às demais, encerram situações em que há simples homologação de ato autocompositivo praticado pelas partes.

Considerando, aliás, que já se aceitava de forma relativamente tranquila a homologação de atos autocompositivos ainda quando parciais, foi certamente nas hipóteses de autêntico julgamento que se pensou ao instituir todo o regramento contido no art. 356. Tal conclusão é reforçada, ainda, pela redação do parágrafo único do art. 354 – cujo *caput* equivale ao atual art. 329 -, que cuida justamente da possibilidade da decisão com esteio nos arts. 485 ou 487, II e III “*dizer respeito a apenas parcela do processo*”.

O fato, porém, é que, na linha do que faz o Código hoje vigente, o CPC/15 equiparou completamente os atos autocompositivos às verdadeiras decisões de mérito. Com exceção de suas origens, auto e heterocomposição em tudo se equivalem: são aptas ficar imunizadas pela autoridade da coisa julgada material, produzem efeitos extraprocessuais e podem tornar adequada a tutela executiva.

Justamente por isso é que, segundo nos parece, convém aplicar às homologações parciais o mesmo regime jurídico previsto para o julgamento antecipado parcial, especialmente no que diz respeito à sua recorribilidade e, mais ainda, efetivação.

É isto, assim, o que devemos entender por “*juízo antecipado parcial do mérito*”, expressão que dá nome à Seção do Código formada pelo art. 356: trata-se de decisão que caracteriza resolução do mérito (art. 487), sem, entretanto, abranger a totalidade do objeto do processo, mas apenas parte das pretensões que lhe dão forma, relegando a análise do restante para etapas posteriores do procedimento.

Importante, por fim, deixar claro que, por julgamento parcial, não se deve entender a resolução gradual das várias questões – de fato e de direito – que se colocam como antecedente lógico para a



apreciação de uma única pretensão. Na verdade, o que o art. 356 do CPC/15 possibilita é que o julgamento de cada um dos pedidos cumulados num mesmo processo se dê em momentos distintos.

Não basta, destarte, que a incontrovérsia recaia sobre apenas uma ou algumas das questões necessárias ao julgamento de um dos pedidos, se ainda não é possível afirmar sua procedência ou improcedência. Assim, por exemplo, não deve o juiz simplesmente afastar uma alegação do réu de prescrição, se ainda há questões a serem elucidadas antes da apreciação do pedido a que ela se refere. Ou, ainda, não se deve afirmar a existência de um fato não contestado pelo réu – incontroverso, portanto – caso seja necessária a realização de atividade instrutória quanto a outro fato subjacente à mesma pretensão.

Por outras palavras, é necessário que, efetivamente, se possa julgar, em juízo de certeza, um dos pedidos, para declarar sua procedência ou improcedência.

É certo que a redação do dispositivo permite o julgamento antecipado de apenas uma *parcela* do pedido. Ainda assim, porém, é necessário que, sobre tal parcela, se possa proferir efetivo julgamento. O que é divisível nestes casos é o próprio bem da vida disputado em juízo, cabendo o julgamento antecipado em relação ao montante que já se pode atribuir ao autor ou ao réu.

5.2 Requisitos para a incidência do dispositivo

5.2.1 Requisitos: objeto do processo divisível (*caput* - “quando um ou mais dos pedidos formulados ou parcela deles”)

Obviamente, apenas pode-se cogitar de resolução parcial do mérito quando comportar ele próprio, o *meritum causae*, divisão.

Como já exposto, isso ocorrerá, na maior parte das vezes, por ser o mérito da causa formado por mais de uma pretensão. Lembremos, aqui, antes de qualquer coisa, da possibilidade de o autor cumular diversos pedidos em sua inicial, “*ainda que entre eles não haja conexão*” (CPC/15, art. 327).

Não apenas, porém, as clássicas modalidades de cumulação de pedido podem levar à cindibilidade do *meritum causae*: como é cediço, também o litisconsórcio, desde que não unitário, pode redundar na existência de cúmulo objetivo. Há casos, ademais, em que inobstante haja pedido único formulado em face dos colitigantes (ou, ainda, por eles), é possível julgá-lo de forma distinta em relação



a cada um dos litisconsortes, podendo, assim, se enquadrar perfeitamente na hipótese de pretensão divisível³³.

Fenômeno parecido se passa, ainda, quando o autor deduzir uma pluralidade de causas de pedir como sustentáculo de uma só pretensão. Nesses casos, é de se considerar que cada *causae petendi* individualiza, em última análise, demanda distinta³⁴, a merecer, portanto, julgamento próprio. Tudo se passa, nesses casos, como se um mesmo pedido houvesse sido deduzido tantas vezes quantos sejam os fundamentos suficientes a acolhê-lo.

Também o réu pode provocar a ampliação objetiva do processo quando apresenta reconvenção (CPC/15, art. 343). É de se ressaltar, aliás, que o Código retirou, da disciplina desta, a regra contida no art. 318 do CPC/73, que determina seu julgamento em conjunto com a demanda originária.

Já dentre as modalidades de intervenção de terceiros³⁵⁻³⁶, destaca-se, inicialmente, a denunciação da lide (CPC/15, art. 125): ao permitir que o denunciante exercite seu direito de regresso

³³ Segundo dá a entender Dinamarco, o litisconsórcio simples levaria, sempre, a uma pluralidade de pedidos: “Em casos assim [de litisconsórcio não unitário] o que se tem é uma pluralidade jurídica de demandas, também unidas só formalmente; cada um dos litisconsortes é parte legítima apenas com referência àquela porção do objeto do processo que lhe diz respeito, e, conseqüentemente, entende-se que seu petitum se reduz a essa parcela. Trata-se, efetivamente, de um cúmulo de demandas, não só subjetivo mas também objetivo, na medida em que à pluralidade de sujeitos corresponde uma soma de pedidos, todos eles amalgamados no complexo objeto que esse processo tem” (*Litisconsórcio*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 86). Barbosa Moreira, porém, partindo do exemplo do litisconsórcio formado entre credores ou devedores solidários, demonstra que há casos em que, não obstante sejam únicos o pedido e a causa de pedir, podem ser distintas as sortes dos coligantes: “[...] a unitariedade do litisconsórcio sem dúvida pressupõe a unicidade do pedido e da causa petendi, porém não se configura necessariamente todas as vezes que uma e outra ocorrem. Na ação proposta por vários credores solidários ou contra vários devedores solidários, haja embora um único pedido e uma causa petendi única, o litisconsórcio, ativo o passivo, não é unitário” (*Litisconsórcio unitário*. Rio de Janeiro: Forense, 1972. p. 124-125, nota nº 21).

³⁴ “Tem aceitação geral na doutrina brasileira o esquema segundo o qual as ações se identificam ou se individualizam por três elementos: partes, pedido e causa de pedir. [...] De semelhante concepção deveria naturalmente derivar, sem grande esforço de raciocínio, a consciência nítida de que, quando alguém pleiteia em juízo certa providência jurisdicional, baseando-se em dois ou mais fatos ou conjunto de fatos, cada qual suficiente por si para justificar o acolhimento do pedido, está propondo, em cumulação, tantas ações quantas são as *causae petendi* invocadas”. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Julgamento colegiado e pluralidade de causas de pedir*. In: “Temas de Direito Processual Civil: Terceira Série”. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 131)

³⁵ No que tange à assistência (CPC/15, arts. 119 a 124), seja ela simples ou litisconsorcial, não é capaz, como é cediço, de provocar a ampliação no objeto do processo. As mesmas considerações valem, ainda, para a intervenção do *amicus curiae*, regulada no art. 138 do CPC/15.

³⁶ A oposição, por sua vez, muito embora tenha sido deslocada, no Novo Código, para o título que cuida dos procedimentos especiais, continua a ser, claramente, modalidade de intervenção de terceiros. E isso, porque, desde que oferecida “até ser proferida a sentença” (art. 682), “será apensada aos autos e tramitará simultaneamente à ação originária, sendo ambas julgadas pela mesma sentença” (art. 685). Justamente, porém,



em processo já instaurado, há nítida ampliação de sua dimensão objetiva, que passa a contar, além do pedido inicial, com aquele outro, a ele subordinado logicamente.

Considerações análogas valem, ainda, para o chamamento ao processo (CPC/15, art. 130): ao oportunizar àquele que fora inicialmente demandado que traga ao feito os demais corresponsáveis pelo débito, acaba por ampliar o objeto do processo, que passa a ser formado, em conjunto com o pedido inicial, pela pretensão daquele que eventualmente satisfizer a dívida em face dos demais devedores. Ademais, em relação ao pedido inicial, é formado um litisconsórcio simples entre os devedores solidários, sendo perfeitamente possível pensar, em tais casos, na fragmentação do julgamento do mérito.³⁷

Há, por fim, situações em que, mesmo que haja sido formulado apenas um pedido, seja divisível o bem da vida – ou o conjunto deles - pretendido, comportando, da mesma forma, divisão o mérito da causa. Nesses casos, poderíamos dizer, com apoio nas já mencionadas lições de Dinamarco, que o objeto do processo é simples, mas *decomponível*.

Assim é que, sempre que o pedido recaia sobre certa quantidade de bens *fungíveis* (CC, art. 85) – por exemplo, o dinheiro -, pode-se pensar na fragmentação do objeto da causa. O mesmo se passa quando o bem da vida postulado for único, mas *divisível* física e juridicamente (CC, art. 87 e 88).

Mais à frente, na etapa final do presente estudo, analisaremos, com base nestes casos de divisibilidade objetiva do processo, algumas das possibilidades que podem levar ao julgamento antecipado parcial.

em virtude da clareza desta última regra, que determina seu julgamento conjunto com a demanda inicial, parece-nos inviável cogitar do julgamento antecipado parcial da oposição.

³⁷ Como é cediço, é polêmica na doutrina a determinação dos efeitos que tal modalidade interventiva causa sobre os aspectos subjetivos e objetivos da relação processual. Entendem alguns, com esteio na ideia de que cabe única e exclusivamente ao credor escolher contra qual dos devedores solidários demandará, que o chamamento ao processo veicula unicamente pedido regressivo dos primitivos réus em face daqueles eventualmente chamados (nesse sentido: NERY JUNIOR, Nelson & NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código...*, p. 297-298; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos...*, vol. 2, p. 303-304). Outros, porém, defendem que o chamamento ao processo ocasiona unicamente uma ampliação subjetiva do processo, tornando réus aqueles corresponsáveis que o autor optara por deixar de fora do processo (nesse sentido: CÂMARA, Alexandre Freitas, *Lições...*, vol. I, p. 195; DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*, vol. 1. 12ª ed. Bahia: JusPodivm, 2010. p. 391; JORGE, Flávio Cheim. *Chamamento ao processo*. 2ª ed. São Paulo: RT, 1999. p. 41-51). A nosso ver, porém, a razão parece estar com Cândido Dinamarco, para quem o chamador tanto amplia o objeto do processo, quanto altera sua estrutura subjetiva (*Instituições...*, vol. II, p. 409-410).



5.2.2 Requisitos: *incontroversia parcial* (inciso I – “mostrar-se incontroverso”)

Segundo o que diz o inciso I do art. 356, o julgamento antecipado parcial pode ocorrer quando um ou mais dos pedidos formulados ou parcela deles “mostrar-se incontroverso”. De tal disposição deve-se extrair, obviamente, que também há necessidade de que, ao lado disso, parte das pretensões cumuladas mostre-se *controversa*.

Controverter o pedido, como se sabe, é se opor à causa de pedir, ou seja, àquele fato ou conjunto de fatos que, por se encaixar na previsão de uma dada norma jurídica, é capaz de dar ao autor acesso ao bem jurídico pretendido³⁸.

Em resumo, é justamente contra *fato constitutivo e/ou fundamentos jurídicos* (causa de pedir em seus aspectos remoto e próximo, respectivamente) que se voltará o réu no intuito de controverter o pedido do autor, donde surgem *questões de fato e de direito* a serem dirimidas como pressupostos lógicos do julgamento de mérito.

Pode, para tanto, limitar-se a negar a existência dos fatos constitutivos do direito do autor. Assim, estará tornando controvertidos aqueles fatos (causa de pedir remota) e, em consequência, o pedido. Cabe alertar, ademais, que, por vezes, mesmo os fatos não refutados tornar-se-ão controvertidos, caso sobre eles não recaia a presunção de veracidade nos termos dos arts. 341 e 345³⁹.

Também ficará controvertido o pedido caso o réu simplesmente negue as consequências jurídicas apontadas na inicial (causa de pedir próxima). Dessa forma, apesar de deixar incontroversos os fatos, também controverte o pedido.

³⁸ Nesse sentido, Cleanto Siqueira ensina que “é errôneo pensar que o réu, na defesa de mérito, dirigindo-se contra o pedido, ataca-o frontalmente; ao contrário, direciona o seu insurgimento para as bases de sustentação do pedido, fazendo ruir a pretensão a partir do enfrentamento e da demonstração da fragilidade dos argumentos (razões de fato e de direito) trazidos pelo autor. [...] O estudo da defesa de mérito deve ser feito a partir da causa de pedir remota e próxima [...]” (*A defesa no processo civil: as exceções substanciais no processo de conhecimento*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 273).

³⁹ Tratam-se dos artigos que, no CPC/15, disciplinam respectivamente o ônus da impugnação especificada e o efeito material da revelia, com suas exceções. Interessante notar que, enquanto o art. 341 é substancialmente idêntico ao atual art. 302, o art. 345 acrescenta, se comparado ao art. 320 hoje vigente, mais dois casos – já há muito apontados pela doutrina - em que a revelia não produz seus efeitos: “Art. 345. A revelia não produz o efeito mencionado no art. 344 se: [...] IV - as alegações de fato formuladas pelo autor forem inverossímeis ou estiverem em contradição com prova constante dos autos.” Não se entende, porém, a razão pela qual (ao contrário da hipótese de “contradição com a prova dos autos”) a *inverossimilhança* das alegações de fato do autor não está elencada no art. 341 como exceção ao ônus da impugnação específica, que, em última instância, decorre, tal qual a revelia, do ônus de afirmar – e de negar – a que estão sujeitas as partes (nesse sentido: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Causa de pedir e ônus de afirmar*. In: “Fundamentos do processo civil moderno”, t. I. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 572-573).



Ainda no intuito de opor-se às consequências jurídicas afirmadas pelo autor, o réu pode, ao invés de simplesmente negá-las, alegar a ocorrência de fatos com eficácia extintiva, impeditiva ou modificativa do direito pretendido. Nesse caso, interessante notar, mesmo que o requerido se abstenha de negar os acontecimentos narrados na inicial, acabará por refutar a causa de pedir próxima⁴⁰ no que fica, inegavelmente, controvertido o pedido. É o que se chama de defesa de mérito indireta, manejável por meio das clássicas exceções substanciais.

Temos, aí, as três possibilidades em que o réu controverte o pedido: (i) nega os fatos constitutivos do direito do autor; (ii) nega diretamente as consequências jurídicas que busca ele extrair; ou (iii) acrescenta outros fatos, extintivos, impeditivos ou modificativos daquele direito, no que acaba, indiretamente, negando as consequências jurídicas. Tais técnicas podem, como é cediço, ser utilizadas conjuntamente, sem esquecer, ademais, da possibilidade de alguma objeção de ordem processual.

Importante perceber, porém, que, conquanto essas hipóteses representem controvérsia ao pedido do autor, nem todas terão sempre o condão de impedir o seu julgamento imediato. Quanto à primeira delas, é certo que torna inviável a análise imediata do *meritum causae*, justamente pela necessidade de se desenvolver atividade probatória no intuito de elucidar as *questões de fato* que eventualmente surgiram.

Já quando apenas são suscitadas *questões de direito*, contudo, nenhum impedimento haverá para que se proceda à resolução do mérito: cabe ao juiz simplesmente extrair as consequências jurídicas dos fatos narrados na inicial, para então julgar o pedido procedente ou improcedente. Não por outro motivo também é possível, nessas situações, proferir-se *julgamento antecipado* (CPC/15, art. 355, I), razão pela qual, para fins do que agora analisamos, também podem ser caracterizadas como de incontrovérsia.

Situação interessante ocorre, por fim, na última daquelas hipóteses: imaginando que o réu não negue os fatos afirmados pelo autor, mas alegue algum outro impeditivo, modificativo ou extintivo – se, por exemplo, ao invés de negar a existência de certa dívida, apenas suscite sua prescrição –, será o autor chamado a apresentar réplica (CPC/15, art. 350).

Nesse caso, se o autor não negar aqueles fatos, ficarão incontroversos e, assim sendo, não demandarão qualquer atividade instrutória (CPC/15, art. 374, III). Interessantemente assim,

⁴⁰ Nesse sentido ver, por todos: SIQUEIRA, Cleanto Guimarães. *A defesa no processo civil...*, p. 121.



controverte-se o pedido por meio de fatos, mas estes fatos, mesmo, não se encontram controvertidos, o que autoriza o julgamento. Caso contrário, negando o autor aquelas alegações, suportará o requerido o ônus provar sua veracidade.

O que fica claro, em última análise, é que é justamente a existência de *questões de fato* o que impede o julgamento – antecipado – do *meritum causae*, exatamente pela necessidade de que sejam produzidas provas a fim de dirimi-las. Vale lembrar que, em regra, as afirmações de direito não dependem de prova.

É essa a conclusão a se chega pela leitura do art. 355, I⁴¹, de onde se extrai, ainda, que tais questões fáticas, para que possam obstar a análise do mérito, necessitam ser *atuais*. Isto é, ainda que tenha surgido controvérsia sobre matéria de fato, a partir do momento em que as provas dos autos forem suficientes para elucidá-la, também está autorizado o julgamento antecipado parcial. Desta última hipótese, todavia, trata o art. 356, II, que será analisado na sequência⁴².

Pelo que se vê, assim, podemos dizer que fica *incontroverso o pedido*, para fins do art. 356, quando seu julgamento não dependa da análise de qualquer questão de fato que ainda dependa de produção de provas, seja porque: (i) não surgem questões de fato, vez o réu não apresentou qualquer defesa relativa ao pedido; (ii) o réu se limitou a negar diretamente os fundamentos jurídicos do autor; e (iii) o réu apresentou apenas defesa de mérito indireta, não refutada pelo autor.

Além disso, também podemos dizer ser *incontroverso o pedido* quando, por fim, (IV) independentemente de ter surgido qualquer controvérsia fática ou jurídica, alguma das partes ou ambas adotem comportamentos autocompositivos.

Como alertado, porém, em qualquer desses casos a incontrovérsia deve ser meramente *parcial*, isto é, deve dizer respeito a “*um ou mais dos pedidos formulados ou parcela deles*”, mas não ao aos outros. Assim é que, alguma daquelas quatro situações acima elencadas deve atingir apenas um, alguns, ou parte de um dos pedidos cumulados, mas não todos.

⁴¹ Art. 355. O juiz julgará antecipadamente o pedido, proferindo sentença com resolução de mérito, quando: I - não houver necessidade de produção de *outras provas*;

⁴² Na versão anterior deste estudo, havíamos afirmado, neste ponto, que, a partir do momento em que as provas fossem suficientes para elucidar as questões fáticas surgidas, estaria configurada a incontrovérsia, razão pela qual também de tal situação trataria o inciso I do então art. 362 (atual art. 356, I do CPC/15), e que, por isso, a previsão do inciso II seria “*verdadeiramente desnecessária*”. Ainda que continuemos a pensar que, desde quando as provas dos autos sejam capazes de resolver as questões de fato, verifica-se, para estes fins a incontrovérsia, parece-nos que o inciso II do art. 356 foi criado justamente para tratar de tal hipótese, razão pela qual revemos, no particular, nosso entendimento.



Por isso mesmo é que, em se tratando de *cumulação inicial*, a *revelia*, produzindo seus regulares efeitos, não levará a aplicação do analisado art. 356. Nesses casos, em que estaremos falando de *incontrovérsia total*, a hipótese seria de julgamento antecipado do mérito, nos termos do art. 355, II do CPC/15, versão aprimorada do atual art. 330, II. Diferente seria, por outro lado, se o réu, descumprimento o ônus da impugnação específica, deixasse de negar os fatos constitutivos de um dos direitos pleiteados, mas não dos demais.

Por outro lado, sendo a *cumulação ulterior*, a total ausência de contestação daquele contra o qual foi deduzida a pretensão pode levar à *incontrovérsia parcial*, que não atingirá, por óbvio, os pedidos iniciais. Basta que pensemos, por exemplo, na inércia do autor reconvinente, ao ser chamado para responder á reconvenção.

Conclui-se, destarte, que, além dos casos de autocomposição, a *incontrovérsia* de que fala o art. 356, I do CPC/15, se verifica quando para a análise de *todas as questões de fato* (constitutivos, extintivos, impeditivos ou modificativos) que se colocam como pressuposto lógico ao julgamento de alguma (ou parte de uma) das pretensões que formam o objeto do processo (mas não das demais), não seja necessária a produção de qualquer prova.

O que fica claro, nesses casos, é que a partir do momento em que se manifesta a *incontrovérsia* quanto ao pedido, é desnecessária, em relação a ele, a realização de atividade instrutória, uma vez que já conta, o juiz, com todos os elementos de convicção de que necessita para dar um destino à causa. Exaure, então, a cognição quanto àquela pretensão, podendo sobre ela emitir um *juízo de certeza* (cognição *exauriente*).⁴³

5.2.3 Requisitos: condições de julgamento (inciso II – “estiver em condições de imediato julgamento, nos termos do art. 355”)

Nos termos do inciso II, haverá decisão parcial de mérito quando alguns dos pedidos cumulados “estiver em condições de imediato julgamento, nos termos do art. 355”, artigo este que, como já afirmarmos, trata das mesmas hipóteses de julgamento antecipado que estão no art. 330 do CPC/73.

⁴³ Nesse sentido, sobre o § 6º do atual art. 273, dentro outros: BUENO, Cássio Scarpinella. *Tutela antecipada*, p. 54-55; CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições...*, vol. I, p. 447; e DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso...*, vol. 2, p. 530. Em sentido contrário, ver: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar...*, p. 361-362, nota 119.



Analisando o teor dos dois incisos do art. 355, verifica-se, inicialmente, que estaria autorizada a aplicação do art. 356 quando, sobre parcela do objeto do processo, “*não houver necessidade de produzir outras provas*” (inciso I). Trata-se, de situação em que, a despeito de ter havido controvérsia inicial, já não houver necessidade de produção de qualquer *outra prova* além daquelas que constem dos autos sobre um ou alguns dos pedidos cumulados, ou fração deles.

Já o inciso II, relativo aos efeitos da revelia, traduz-se, como vimos, em hipótese de verdadeira incontrovérsia, caso em que incide, na verdade, o art. 356, inciso I, e não o inciso II, ora analisado. É de se lembrar, aliás, que em se tratando de cumulação inicial, a revelia, na maior parte das vezes, leva ao julgamento antecipado de todo o *meritum causae*, e não de apenas parte dos pedidos.

5.3 Consequências para o sistema processual

Na linha do que tentamos demonstrar, a fragmentação do julgamento do mérito, no sistema hoje vigente, apresenta uma série de problemas que decorrem justamente do fato de não ter o legislador de 1973 pensado na possibilidade ao regulamentar os institutos ligados à resolução o mérito. Tais dificuldades, como parece claro, não foram superadas pela simples inserção do § 6º no art. 273, que se limitou a estabelecer os *requisitos* que podem levar a tanto.

Já o CPC/15, como se infere de uma rápida análise do art. 356, buscou não apenas disciplinar as condições necessárias ao julgamento antecipado parcial, mas também procurou *operacionaliza-lo*, regulamentando as *consequências* que causa em outros institutos processuais. É exatamente isso o que passamos a analisar, no intuito de verificar se – e em que medida –, o Novo Código estará apto a superar aquelas dificuldades.

5.3.1 Consequências: correlação entre demanda e decisão (§ 1º - “A decisão que julgar parcialmente o mérito poderá reconhecer a existência de obrigação líquida ou ilíquida”)

Nos termos do § 1º do art. 356, estaria autorizado o juiz, ao julgar parcialmente o mérito, a “*reconhecer a existência de obrigação líquida ou ilíquida*”. Trata-se de regra, como é cediço, ligada ao princípio da correlação entre *petitum* e *decisum*.

A verdade é que a possibilidade de prolação de sentenças ilíquidas, em si mesma, nada tem de inovador. No sistema hoje vigente, como se extrai do parágrafo único do art. 459, estará o juiz



autorizado a tanto desde que o autor haja formulado pedido genérico, nas situações excepcionais contidas nos três incisos do art. 286.

Já no CPC/15, o art. 491 impõe que, em regra, a sentença defina “*desde logo a extensão da obrigação*”, “*ainda que formulado pedido genérico*”. Traz, entretanto, duas exceções: a impossibilidade de determinar, de modo definitivo, o *quantum debeatur* (inciso I); e a demora ou dispêndio excessivo resultantes da realização da prova (inciso II). Não fazendo o texto qualquer diferenciação, parece-nos que as exceções se aplicam não somente aos casos de pedido ilíquido, como também aos que forem determinados.

Questão distinta, que agora nos interessa, é saber se os limites traçados no art. 491 se aplicam ao § 1º do art. 356. Isto é, se a possibilidade de “*reconhecer a existência de obrigação ilíquida*” em sede de julgamento parcial está subordinada à existência de alguma daquelas situações excepcionais acima mencionadas.

Aqui, não nos parece que se deva restringir onde o legislador não pretenda fazê-lo. Seria redundante a previsão do § 1º se ficasse sujeita à regra do art. 491. Além disso, verificando-se incontestância sobre a *existência* da obrigação que forma parte do objeto do processo, pode ser útil que já seja se defina, desde logo, o dever de pagar, retirando-se tal discussão do “procedimento principal”. Ainda que sobre tal parcela seja necessária a realização de liquidação, esta em nada atrapalhará o julgamento do restante do *meritum causae*.

5.3.2 Consequências: execução ou liquidação imediata (§ 2º - A parte poderá liquidar ou executar, desde logo, a obrigação reconhecida na decisão que julgar parcialmente o mérito)

Resultando em verdadeira análise de mérito, o julgamento antecipado parcial pode, ainda, ter a aptidão de tornar adequada a *tutela executiva* para a satisfação do direito nele reconhecido. Isto é, ainda que seja ele veiculado, como veremos, por decisão interlocutória, pode caracterizar *título executivo judicial*, nos termos dos incisos I e II do art. 515 do CPC/15. Não por outra razão, aliás, retirou-se, de tais dispositivos, a referência à *sentença*, hoje contida no art. 475-N.

Considerações análogas valem, ainda, para os casos em que, com esteio no § 1º, seja reconhecida *obrigação ilíquida*, isto é, aquela em que falta a definição do *quantum debeatur*.



Em todos essas situações, assim, a “*parte poderá*” promover a execução ou liquidação “*desde logo*”, disposição da qual se retira duas importantes regras: a primeira delas é a de que em ambos os casos a atividade está sujeita à iniciativa da parte, assim como estaria em se tratando de sentença⁴⁴; a segunda delas é a de que não há, por óbvio, necessidade de se esperar o julgamento dos demais pedidos para que, então, possa ser promovida a atividade satisfativa.

5.3.2.1 *Consequências: a execução provisória e seu regime jurídico (§ 2º - “independentemente de caução, ainda que haja recurso contra essa interposto”)*

Consectário lógico da eficácia imediata da decisão a que se refere o art. 356 é a possibilidade de aparelhar, “*desde logo*”, execução (e liquidação) provisória, ou seja, aquela que se faz quando há “*recurso dela interposto*”.

Causa certa estranheza, porém, a expressão “*independentemente de caução*”, que dá a ideia de que mesmo quando seja provisória a execução, será processada sem aquela garantia. Ocorre que, tal como faz o art. 475-O hoje vigente, o art. 520, IV do CPC/15 exige, dentre os cuidados inerentes a este tipo de execução, a prestação de caução para que possam ser praticados expropriatórios.

Não se justifica, porém, a diferença de tratamento: seja de sentença ou de decisão interlocutória, a execução, caso qualquer dessas decisões esteja sujeita a recurso, ostentará a marca da provisoriedade. E, sendo assim, as garantias que se justificam em uma também devem existir na outra. Ao estabelecer tal distinção, o dispositivo acaba por desvirtuar a ideia, implementada em outros artigos do Código, de igualar os regimes jurídicos a que estão sujeitas ambas as espécie de pronunciamento judicial.

⁴⁴ Os arts. 509, 520 e 523 não deixam dúvidas de que, respectivamente, liquidação, execução provisória e cumprimento definitivo de sentença se fazem, sempre, a requerimento da parte. Este último artigo, aliás, alude expressamente à “*decisão sobre parcela incontroversa*”.



5.3.2.2 *Consequências: execução e liquidação em autos suplementares (§ 4º - “A liquidação e o cumprimento da decisão que julgar parcialmente o mérito poderão ser processados em autos suplementares, a requerimento da parte ou a critério do juiz”)*

Permite o § 4º do art. 356, que a execução ou liquidação sejam processadas em “autos suplementares”. A que, entretanto, estaria se referindo o dispositivo por meio de tal expressão?

Primeiramente, importa deixar claro que não se está falando dos autos suplementares de que trata o § 1º do art. 159 do CPC/73, de formação obrigatória nas Comarcas situadas fora das Capitais dos Estados ou do Distrito Federal. Ao que parece, tal regra – verdadeira *letra morta* nos dias de hoje, como alerta Dinamarco⁴⁵ – foi abolida do novo sistema.

À falta de qualquer outra referência no CPC/15, a expressão, ao que nos parece, significa simplesmente autos *distintos* do principal. Curioso notar, porém, que em duas outras oportunidades relativas à liquidação - de sentença sujeita a recurso (art. 512) e a que se faz simultaneamente à execução (art. 509, § 1º) – o Código utiliza a expressão “autos *apartados*” quando quis se referir à necessidade de formação de um novo instrumento, assim como o faz ao cuidar da execução de alimentos provisórios (art. 531, § 1º).

Mais relevante, porém, que a expressão utilizada pelo Código, é perceber que a formação de novos autos não ocorrerá em todos os casos, ficando “a critério do juiz”. Ou seja, pelo que prevê o § 4º, há a possibilidade de que a liquidação ou efetivação da decisão parcial de mérito se faça *nos mesmos autos* em que tramita o procedimento cognitivo originário, que persiste para o julgamento das pretensões que ainda não se encontravam incontroversas.

Não nos parece ser essa, porém, a medida mais adequada, se levarmos em conta que, a partir do momento em que ocorre a fragmentação na resolução do mérito, forma-se *novo procedimento* para a parcela dos pedidos já julgados. Isto é, tudo o que se seguir a este julgamento – recursos, liquidação, execução, etc. – demandará a prática de *atos processuais distintos*, mas muitas vezes *simultâneos* àqueles que estão sendo desenvolvidos no processo de origem.

E esta característica, a nosso ver, aconselha que sejam formados autos distintos para os procedimentos, sob pena de que tal contingência, meramente burocrática, acabe por causar tumultos no desenvolvimento do próprio processo. Basta que pensemos, por exemplo, que estejam em curso dois

⁴⁵ *Instituições...*, vol. II, p. 500.



prazos simultâneos – um no procedimento cognitivo e outro no de execução – para se ter ideia do imbróglgio que poderia ser criado.

Aliás, é de se perceber que em diversas outras oportunidades nas quais, num mesmo processo, convivem procedimentos autônomos, o CPC/15 determina a formação de autos apartados: assim o faz nos já mencionados arts. 509, § 1º, 512 e 531, § 1º, assim como no § 5º do art. 828, relativo ao incidente que visa apurar a indenização decorrente do averbamento indevido da certidão de admissão da execução.

De toda sorte, ao requerer a liquidação ou a execução, deve a parte apresentar petição acompanhada de cópias das peças que se mostrarem necessárias, em especial da decisão que julgou parcialmente o mérito, da certidão de trânsito em julgado ou de interposição de recurso não dotado de efeito suspensivo, e das procurações outorgadas pelas partes⁴⁶. Deve, ainda, se for o caso, apresentar, na linha do que exige o art. 524 para o cumprimento de sentença, demonstrativo discriminado e atualizado do crédito.

5.3.3 Consequências: coisa julgada parcial e ação rescisória (§ 3º - [...] se houver trânsito em julgado da decisão, a execução será definitiva.)

Considerando que a decisão a ser proferida com base no art. 356 caracteriza-se como sendo de mérito, parece óbvia a possibilidade de que seja imunizada pela autoridade da coisa julgada material. Tal conclusão é reforçada, ainda, pela segunda parte de seu § 3º, que alude expressamente ao trânsito em julgado e à execução definitiva.

O raciocínio é simples: a partir do momento em que não seja mais cabível qualquer recurso contra a decisão que julga parcialmente o mérito, ocorre seu *trânsito em julgado*, isto é, passa ela do estado de *mutável* para o de *imutável*. Estabiliza-se, assim, enquanto ato do procedimento, adquirindo o *status* de *coisa julgada formal*.

O fato, porém, é que, justamente por versar sobre o *meritum causae*, tal julgamento se destina a produzir *efeitos extraprocessuais*, que também, por sua vez, tornam-se imutáveis e indiscutíveis. Há, portanto, *coisa julgada material*, isto é, aquela que projeta sua autoridade para além do processo em

⁴⁶ Valemo-nos, aqui, da relação de documentos que devem ser juntados à petição de cumprimento provisório de sentença, prevista no art. 522.



que se originou. É essa, aliás, a conclusão que se impõe se levarmos em conta que, como visto, o julgamento antecipado parcial pressupõe, já que fundado em incontrovérsia, cognição exauriente.

O que pode causar certa estranheza, num primeiro momento, é o fato de que, nesses casos, a coisa julgada poderá recair sobre decisão interlocutória (ou, é claro, sobre outra que vier a substituí-la em grau de recurso). Quanto a isto, porém, basta levarmos em conta que, como veremos, o sistema do CPC/15 não diferencia sentenças e interlocutórias com base em seu conteúdo, mas, simplesmente, em sua localização na cadeia procedimental.

Dessa forma, se as decisões interlocutórias, por opção do legislador, podem versar matéria de mérito, também são aptas a adquirir aquela especial qualidade. Se analisarmos, aliás, a redação do art. 502, que define a coisa julgada material, bem como do art. 508, que trata de sua eficácia preclusiva, veremos que foi deles retirada a menção à sentença, presente nos arts. 467 e 474 hoje vigentes. Ao que parece, porém, não teve, o legislador, o mesmo cuidado ao tratar dos limites objetivos (art. 504), temporais (art. 505) e subjetivos (art. 506) da *res judicata*.

Consequência da aptidão de ostentar autoridade de coisa julgada é a possibilidade de ser a decisão que julgar parcialmente o mérito alvo de *ação rescisória*. Diferentemente, aliás, do que faz o atual art. 485, o art. 966 do CPC/15 não alude mais à sentença, mas simplesmente à “*decisão de mérito, transitada em julgado*”⁴⁷.

Importante perceber que o trânsito em julgado, nestes casos, não depende de forma alguma do destino a ser dado àquelas pretensões que, por não se encontrarem incontroversas, não foram objeto do julgamento antecipado. Afinal, sendo tais decisões interlocutórias impugnáveis de imediato pela via do agravo, eventual preclusão das vias recursais independe do que esteja ocorrendo com os pedidos ainda não apreciados.

É, destarte, inevitável a formação da chamada *coisa julgada parcial*, isto é, aquela que atinge apenas parcela do objeto do processo. Há, dessa forma, a possibilidade de que, num mesmo processo,

⁴⁷ Como é cediço, apesar da redação do atual art. 485, aceita a doutrina, sem maiores dificuldades, o ajuizamento de ação rescisória contra decisões interlocutórias sobre as quais formou-se coisa julgada material. Nesse sentido, dentre outros: DINAMARCO, Cândido Rangel, *Ação rescisória contra decisão interlocutória*, p. 288-289; NERY JUNIOR, Nelson & NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código...*, p. 784-785; YARSHELL, Flávio Luiz, *Ação rescisória...*, p. 192-193. É este, ainda, o entendimento encontrado na jurisprudência: STJ, 3ª Turma, AgRg no AREsp 203279 / MG, rel. Min. Sidnei Beneti, DJ 11.8.2012; STJ, 1ª Turma, REsp 784799/PR, rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 2.2.2010; STJ, 3ª Turma, REsp 685738/PR, rel. Min. Sidnei Beneti, DJ 3.12.2009; STJ, 3ª Turma, REsp 628464/GO, rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 27.11.2006; STJ, 4ª Turma, REsp 100902/BA, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJ 27.9.2007.



formem-se progressivamente *diversas coisas julgadas*, conforme ocorram os julgamentos de cada um dos pedidos cumulados e subsequentes trânsitos em julgado.

Assemelha-se, tal fenômeno, ao que ocorre nos casos em que, proferida sentença objetivamente complexa, é apresentado recurso apenas parcial, fazendo com que os capítulos não impugnados fiquem acobertados pela coisa julgada. Quanto aos demais, mantido o estado de litispendência, transitarão em julgado em momento posterior, conforme se tornem preclusas as vias recursais.

O fato, porém, é que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça vem se mostrando resistente à possibilidade da formação de coisas julgadas distintas e progressivas num mesmo processo. Na maior parte das vezes, o posicionamento – firmado, ao que parece, no julgamento do EREsp nº 404.777/DF⁴⁸ – fundamenta-se em preocupações de ordem eminentemente pragmática, ligadas especialmente à possibilidade de que uma mesma relação processual dê azo ao ajuizamento de subsequentes ações rescisórias, sujeitas a prazos decadenciais com termos *a quo* diferentes⁴⁹.

Posteriormente, ainda, no ano de 2010, tal entendimento foi cristalizado na Súmula nº 401 daquela Corte Superior, no sentido de que “o prazo decadencial da ação rescisória só se inicia quando não for cabível qualquer recurso do último pronunciamento judicial”⁵⁰.

⁴⁸ Eis a ementa daquele julgado: PROCESSUAL CIVIL - EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL - AÇÃO RESCISÓRIA - PRAZO PARA PROPOSITURA - TERMO INICIAL – TRÂNSITO EM JULGADO DA ÚLTIMA DECISÃO PROFERIDA NOS AUTOS - CPC, ARTS. 162, 163, 267, 269 E 495. - A coisa julgada material é a qualidade conferida por lei à sentença/acórdão que resolve todas as questões suscitadas pondo fim ao processo, extinguindo, pois, a lide. - Sendo a ação una e indivisível, não há que se falar em fracionamento da sentença/acórdão, o que afasta a possibilidade do seu trânsito em julgado parcial. - Consoante o disposto no art. 495 do CPC, o direito de propor a ação rescisória se extingue após o decurso de dois anos contados do trânsito em julgado da última decisão proferida na causa. - Embargos de divergência improvidos. (STJ, Corte Especial, EREsp 404777 / DF, rel. Min. Fontes de Alencar, rel. p. acórdão Min. Francisco Peçanha Martins, DJ 11.4.2005). No mesmo sentido, ainda, na jurisprudência mais recente daquela Corte: STJ, 3ª Turma, AgRg nos EDcl no REsp 1202069 / RJ, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, DJ 15.10.2013; STJ, 3ª Turma, REsp 1004472 / PR, rel. Min. Massami Uyeda, DJ 23.11.2010; STJ, 1ª Seção, AR 1328 / DF, rel. Min. Castro Meira, DJ 1.10.2010.

⁴⁹ Para críticas a tal posicionamento, em relação às sentenças que contem mais de um capítulo de mérito, ver, por todos: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Sentença objetivamente complexa, trânsito em julgado e rescindibilidade*. In: RePro, nº 141. São Paulo: RT, 2006. p. 7-19. Como lembra o autor em tal estudo, aliás, a possibilidade de que uma mesma relação processual leve ao ajuizamento de mais de uma ação rescisória não fica afastada sequer se considerado único seu *dies a quo*.

⁵⁰ Vale ressaltar que referido enunciado visa resolver, ainda, problema distinto, relativo à determinação da data em que se deve considerar transitada em julgada uma decisão quando o recurso dela interposto não é conhecido. A esse respeito ver, por todos: JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2011. p. 77-81. O fato, porém, é que a Súmula nº 401 vem sendo aplicado à questão aqui discutida, como não deixa dúvidas o seguinte trecho de julgado extraído da jurisprudência do STJ: “[...] III - interpretando-se o disposto no artigo 495



Do ponto de vista da técnica processual, porém, não há como afastar tal possibilidade. No que tange às sentenças objetivamente complexas, decorre ela da expressa autorização de que seja interposto recurso meramente *parcial*, como, ainda, da circunstância de que, havendo sucumbência recíproca, cabe a cada uma das partes impugnar, se assim desejar, o capítulo da sentença que lhe for desfavorável, vedada a *reformatio in pejus*.

Já no que concerne ao julgamento antecipado parcial, a formação de coisas julgadas progressivas é consequência do ônus de se recorrer de imediato de tais decisões interlocutórias, encargo que, uma vez descumprido, ocasiona seu trânsito em julgado. E, uma vez verificado tal fenômeno, estará a decisão, *ipso facto*, imunizada pela coisa julgada material.

Se tal constatação parece inescapável em relação aos recursos que não abrangem a totalidade do ato decisório, ainda com maior razão se impõe em relação à fragmentação do julgamento do mérito: aqui, não apenas *materialmente* se pode enxergar uma pluralidade de decisões num mesmo processo (isto é, os vários capítulos de uma mesma sentença), mas sobretudo do ponto de vista *formal*, já que as diversas pretensões serão julgadas por meio de *atos processuais distintos*, praticados em etapas diferentes de um mesmo procedimento.

Não há qualquer dúvida, portanto, de que, julgado antecipadamente parcela do mérito da causa, a respectiva decisão estará apta a ser imunizada pela autoridade da coisa julgada material desde o momento em que contra ela não seja mais cabível qualquer recurso, independentemente do que venha a ocorrer com o restante das pretensões cumuladas.

E, sendo assim, retornando ao que havíamos dito, uma vez preclusas as vias recursais contra a decisão interlocutória de mérito, será cabível, de imediato, o ajuizamento de ação rescisória.

O grande problema, que se coloca, todavia, se refere ao *início do prazo decadencial* para o ajuizamento da ação rescisória, tendo em vista que, nos termos do art. 975 do CPC/15, o direito à rescisão se extinguiria “em 2 (dois) anos contados do trânsito em julgado *da última decisão proferida no processo*”.

do Código de Processo Civil, o termo inicial da contagem do prazo bienal para a propositura da ação rescisória, será o trânsito em julgado da última decisão posta no último recurso eventualmente interposto, momento em que já não cabe qualquer insurgência quanto à decisão rescindenda. Incidência da recente Súmula nº 401/STJ. Observância, na espécie. IV - Não se admite, por consequência, a chamada "coisa julgada por capítulos", uma vez que tal entendimento resultaria em grave tumulto processual, tornando possíveis inúmeras e indetermináveis quantidade de coisas julgadas em um mesmo feito. [...]” (STJ, 3ª Turma, REsp 1004472 / PR, rel. Min. Massami Uyeda, DJ 23.11.2010)



O legislador teria, assim, neste dispositivo, optado por condicionar o início do prazo da ação rescisória ao *término do processo*, ainda que, antes disso, tenha havido o trânsito em julgado referente a uma parcela do *meritum causae*.

Desta forma, ocorrido o julgamento antecipado parcial, e ainda que sobre a respectiva decisão tenha recaído a autoridade de coisa julgada, o início do prazo da ação rescisória contra ela cabível ficará na dependência do encerramento do processo originário. Apenas a partir do momento em que tenha transitado em julgado a *última decisão* naquele proferida, é que começará a correr o prazo bienal para obter a rescisão de *qualquer decisão de mérito* que tenha sido nele prolatada, ainda que, repitamos, sobre alguma delas já se tenha formado coisa julgada em momento anterior.

Tal constatação, todavia, não pode impedir, a nosso ver, que, desde o momento em que ocorra o trânsito em julgado parcial, seja a decisão objeto de ação rescisória, *ainda que* não tenha tido início o prazo decadencial. É de se considerar, neste momento, a possibilidade de que a parte esteja sofrendo os efeitos negativos da decisão transitada em julgado – sujeita, inclusive, a execução definitiva, conforme o art. 356, § 3º -, razão pela qual não lhe pode ser obstado o manejo da ação rescisória pelo simples fato de que pende de julgamento uma parcela do objeto do processo.

Tudo isto demonstra, segundo nos parece, o desacerto da opção do legislador ao prestigiar o entendimento contido na já mencionada Súmula nº 401 do STJ, e condicionar o início do prazo decadencial para a propositura da ação rescisória ao trânsito em julgado da última decisão proferida no processo, na medida em que, nessas situações, pode transcorrer longo lapso temporal entre o julgamento antecipado parcial e aquele relativo às pretensões que ainda se mostravam controversas. E, sendo assim, sujeitar a coisa julgada que primeiro se formar à definitividade de outra decisão, que não se sabe sequer quando virá, acabaria por depor contra a própria finalidade buscada com a técnica prevista no novel art. 356, que é justamente possibilitar julgamento definitivo em relação ao direito que não mais se põe em dúvida.

5.3.4 Consequências: classificação dos pronunciamentos judiciais e recorribilidade (§5º - “A decisão proferida com base neste artigo é impugnável por agravo de instrumento”)

Sem dúvida alguma, a questão mais polêmica dentre a parcela – majoritária – da doutrina que aceita a fragmentação o julgamento do mérito por meio do § 6º do vigente art. 273 diz respeito à



determinação da espécie do pronunciamento judicial a ser proferido nestes casos, e, por conseguinte, do recurso apto a atacar tal decisão.

Se a redação originária do art. 162 do CPC/73 não deixava muita dúvida, o fato é que a modificação empreendida em seu § 1º por meio da Lei nº 11.232/2005 fez com que respeitadas autores divergissem a respeito do critério a ser utilizado na classificação das decisões judiciais de primeiro grau. Entendem alguns que, com a alteração legislativa, passou a ser o *conteúdo* do ato o *discrimen*, razão pela, se enquadrando na hipótese do art. 269, I, o julgamento antecipado parcial se daria por meio de *sentença*⁵¹. Outros, porém, defendem que foi mantido o critério *topológico*, e, sendo assim, por não ter o condão de extinguir o processo – ou a fase de conhecimento –, tal pronunciamento seria *decisão interlocutória*⁵².

Para o que nos interessa, importante entender que ambas as posições apresentam problemas, que decorrem, na verdade, das próprias fragilidades do Código vigente. E isso, pela já alardeada ligação que o atual sistema estabelece entre decisão de mérito, fim do processo e prolação de sentença, estrutura não alterada por qualquer das reformas processuais.

Assim, aqueles que entendem que o julgamento antecipado parcial se faz por meio de decisão interlocutória, têm de buscar superar as claras diferenças que o Código estabelece entre o regime jurídico desta e da sentença, e, mais ainda, entre o dos recursos de apelação e de agravo. Surge, então, como solução, aplicar ao recurso de agravo de instrumento uma série de regras previstas para a apelação, como a possibilidade de sustentação oral e a presença de um desembargador revisor, além do cabimento de embargos infringentes.⁵³

Por outro lado, os que advogam tratar-se de sentença, têm de conviver com a ideia de que o recurso tipicamente cabível, da maneira como o Código o trata, não é processado por instrumento, mas sim nos mesmos autos, o que, no caso do julgamento antecipado parcial, seria verdadeiramente inviável, pela necessidade de se dar prosseguimento ao procedimento em primeiro grau quanto aos

⁵¹ Nesse sentido, dentre outros: MITIDIERO, Daniel, *Direito fundamental...*, p. 112-116; OLIVEIRA, Bruno Silveira de. *A 'interlocutória-faz-de-conta' e o 'recurso ornitorrinco' (ensaio sobre a sentença parcial e sobre o recurso dela cabível)*. In: RePro nº 203. São Paulo: RT, 2012. _____. *Um novo conceito de sentença?* In: RePro nº 149. São Paulo: RT, 2007, p. 120-138; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 6ª ed. São Paulo: RT, 2007, p. 32-34.

⁵² É o que pensam, por exemplo: ALVIM, Eduardo Arruda. *O perfil da decisão...*, p. 57; BUENO, Cássio Scarpinella. *Tutela antecipada*, p. 51-62; CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições...*, vol. I, p. 447; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *O § 6º do art. 273...*, p. 122-123; DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso...*, vol. 2, p. 532-534.

⁵³ Nesse sentido ver, por todos: DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso...*, vol. 2, p. 533-534.



pedidos ainda não analisados. Surgem, então, duas soluções distintas: aceita-se, ainda que se trate de sentença, a utilização do recurso de agravo⁵⁴, ou, então, de apelação a ser processada por instrumento⁵⁵.

Já no sistema do CPC/15, não parece restar qualquer dúvida: o § 5º do art. 356 deixa claro que o recurso cabível no caso de julgamento antecipado parcial é o de *agravo de instrumento*. Da mesma forma, o art. 1015, II arrola a hipótese dentre uma daquelas em que, excepcionalmente, será impugnável de imediato a decisão interlocutória.

Nos termos, ainda, do que dispõe o § 1º do art. 203, “*sentença é o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 485 e 487, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum*”. Adotou-se, mais uma vez, o critério topológico: apenas a decisão com aptidão de encerrar o processo ou um de seus módulos poderá ser chamada de sentença; caso contrário, não importando seu conteúdo, será decisão interlocutória, impugnável, portanto, por meio de recurso de agravo de instrumento.

Considerando, destarte, que o CPC/15 opta pela possibilidade de que seja julgado por decisão interlocutória o *meritum causae*, resta saber se – e em que medida – buscou superar as dificuldades hoje existentes. E, analisando detidamente as disposições atinentes aos recursos de apelação e de agravo de instrumento, o que se vê é que, conquanto tenha o legislador tentado aproximá-los, deixou a descoberto certas áreas.

É certo que o § 5º do art. 1003 iguala o prazo para a interposição de qualquer das espécies recursais, que passa a ser de quinze dias. A exceção fica por conta dos embargos de declaração, que continuam sujeitos ao prazo de cinco dias (art. 1023).

Em outros dispositivos, todavia, verifica-se que se mantiveram diferenças significativas entre o regime jurídico do recurso de apelação, e o do agravo de instrumento cabível contra as decisões interlocutórias de mérito.

É de se considerar, primeiramente, que não há, no art. 937, previsão de *sustentação oral* contra os agravos de instrumento que versem matéria de mérito, ao contrário do que se passa com o recurso de apelação (inciso I), e mesmo com os agravos interpostos contra decisões interlocutórias que tratem de tutelas provisórias (inciso VIII).

⁵⁴ MITIDIERO, Daniel, *Direito fundamental...*, p. 112-116; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades...*, p. 34-36.

⁵⁵ Para a defesa dessa ideia, e correspondentes – e contundentes – críticas às posições contrárias, consultar, por todos: OLIVEIRA, Bruno Silveira de. A ‘*interlocutória-faz-de-conta*’ e o ‘*recurso ornitorrinco*’..., p. 73-96.



Outro dispositivo em que, a nosso ver, deveriam ter sido ressalvados os agravos manejados contra decisões interlocutórias de mérito é o art. 997, que, ao tratar do *recurso adesivo*, admite-o apenas “na apelação, no recurso extraordinário e no recurso especial”. As mesmas considerações valem, *mutatis mutandis*, à *remessa necessária*, que, prevista apenas para sentenças, deveria ser estendida às decisões interlocutórias que ostentem as características descritas no art. 496.

Mais preocupante, porém, segundo nos parece, é a disciplina do *efeito suspensivo* de cada uma das espécies recursais: na linha do regramento hoje vigente, enquanto o recurso de apelação “terá efeito suspensivo” (art. 1012), os agravos de instrumento “não impedem a eficácia da decisão” (art. 995). Considerando, contudo, a possibilidade, expressa no diploma, de que as decisões interlocutórias versem sobre o *meritum causae*, caberia, nesses casos, outorgar-lhes o mesmo regime jurídico dado às sentenças de mérito, que, regra geral, não produzem efeitos imediatos.

Curioso, é, ainda, o que se passa com a técnica de julgamento, criada para substituir os embargos infringentes (art. 942). Nos termos do *caput*, desde que o resultado da apelação seja *não unânime*, o julgamento terá prosseguimento, com a presença de outros julgadores, em número suficiente para garantir a inversão do resultado inicial. Perceba-se que, em relação à apelação, *não se exige* que tenha havido a *reforma da sentença*, aplicando-se, o dispositivo, ainda em caso de desprovimento do recurso.

Já no § 3º, inciso II, deste art. 942, procurou, o CPC/15, estender a aplicação da técnica a julgamento do *agravo de instrumento* interposto contra a decisão “que julgar parcialmente o mérito”. À diferença, todavia, do que ocorre com a apelação, é necessário, para tanto, que tenha havido a *reforma da decisão interlocutória*, diferença de tratamento que, segundo nos parece, não encontra qualquer justificativa.

6 Conveniência e limites da técnica da fragmentação do julgamento do mérito

Realizada essa breve interpretação dos dispositivos atinentes ao julgamento antecipado parcial do mérito no CPC/15, cabe-nos, como derradeira etapa deste estudo, esboçar certas considerações a respeito da *conveniência* da consagração daquela possibilidade, assim como sobre os *limites* de sua aplicação.



Importa, para tanto, frisar que fragmentar o julgamento do mérito equivale, em última instância, a separar, do ponto de vista procedimental, pretensões que estavam sendo processadas conjuntamente. Significa, destarte, uma verdadeira cumulação às avessas, ou, como prefere Cássio Scarpinella, uma “descomulação, total ou parcial, de ações”⁵⁶.

Ocorre que, como é cediço, a possibilidade – por vezes, obrigatoriedade – de se processar em *simultaneous processus* mais de uma demanda, longe de ser mera conveniência, visa atender a certos valores de grande importância: a *economia processual*⁵⁷ e a *harmonia dos julgamentos*⁵⁸. São esses ideais, como se sabe, as justificativas geralmente utilizadas para a cumulação, e que, por conseguinte, acabam sendo de certa forma fragilizados pelo julgamento antecipado parcial.

Que valores, porém, a fragmentação do julgamento do mérito poderia ajudar a efetivar? Aqui, parece-nos óbvio que a técnica visa, sobretudo, acelerar a entrega da tutela jurisdicional. Busca evitar, como expunha Marinoni, que a tutela de um direito que já não se mostre mais controverso tenha de ser postergada pela necessidade de se investigar a existência de outro, sobre o qual ainda paire dúvida.⁵⁹

É imediata, assim, a ligação que se faz com a *garantia da razoável duração do processo* (CF, art. 5º, LXXVIII), e, em última instância, com a do amplo *acesso à justiça* (CF, art. 5º, XXXV), que, como é

⁵⁶ *Tutela antecipada*, p. 53.

⁵⁷ Referimo-nos, aqui, ao conceito clássico de *economia processual*, que “recomenda [...] que se obtenha o máximo resultado na atuação da lei com o mínimo emprego possível de atividades processuais” (SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas...*, vol. 2, p. 68). Nesse sentido tradicional, a economia processual ostenta caráter eminentemente *técnico*, razão pela qual costuma ser enquadrado dentre os chamados *princípios informativos* do processo, que, despidos de maior conteúdo ético, “representam uma aspiração de melhoria do aparelhamento processual” (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, *et alii. Teoria geral do processo*. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 56-57). Mais modernamente, tem-se relacionado a economia processual à ideia de celeridade, dando-lhe conteúdo ideológico, ligado ao direito constitucional (assim, por exemplo: BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*, vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 141-146). Segundo nos parece, porém, a técnica do *simultaneous processus* em nada contribui para efetivar a garantia da razoável duração do processo, causando, na verdade, efeito oposto, conquanto possibilite um maior rendimento das atividades processuais.

⁵⁸ Neste sentido, por todos: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições...*, vol. II, p. 162-163. Cabe salientar, ademais, como lembra Bruno Silveira de Oliveira, que a harmonia de julgamentos é uma exigência, antes de tudo, do ideal de *justiça formal* (*Conexidade e efetividade processual*. São Paulo: RT, 2007. p. 161-170).

⁵⁹ “No estágio em que vive o direito processual, com o realce cada vez maior da importância da efetividade do processo, é praticamente inconcebível que autor tenha que esperar o tempo necessário à instrução de uma das demandas para ter a outra, que desnecessita de instrução dilatatória, devidamente julgada. [...] Assim, se um direito mostrar-se incontrovertido, ou evidenciado, no curso de um processo igualmente destinado a investigar a existência de um outro direito que requer instrução dilatatória, é necessário que este processo seja dotado de uma técnica que, atuando no seu interior, viabilize a pronta tutela do direito que comporta julgamento imediato” (*Tutela antecipatória, julgamento antecipado...*, p. 157).



cediço, não se limita a possibilitar a simples apresentação de demandas ao Poder Judiciário, mas, sobretudo, visa à efetivação de justiça concreta.

Antes de prosseguir, importante entender, ainda, que em cada uma das hipóteses de reunião de ações é distinta a intensidade em que atuam aqueles valores. A busca pela harmonia entre os julgados, por exemplo, é muito mais premente quando a cumulação se dá entre demandas *conexas*, ou seja, aquelas em que há relações lógicas entre seus elementos *concretos* (fáticos). E, dentre essas, é ainda mais necessária quando a conexão se dá entre os *objetos* de cada uma delas, caso em que eventual desacordo poderia levar à incompatibilidade *prática* – e não meramente *teórica* – entre julgados⁶⁰.

Nesse sentido, Bruno Silveira de Oliveira defende, com base em consistente argumentação, que o julgamento antecipado parcial, no sistema hoje vigente, não deva ser realizado quando houver relação de conexão entre as demandas cumuladas. Seria, aliás, justamente para esses casos que se voltaria o § 6º do art. 273, que possibilitaria simples antecipação dos efeitos da tutela. Quanto aos demais casos, inexistindo a conexão, o julgamento antecipado parcial se daria por meio do atual art. 330⁶¹.

A ideia, porém, se é de fato interessante para o CPC/73, não parece ter espaço no sistema do Novo Código: se levarmos em conta a amplitude do brilhante conceito de conexão formulado pelo mesmo autor em outra obra – que, indo além do texto do art. 55 do CPC/15, idêntico ao atual art. 103, englobaria todo tipo de relação lógica entre os elementos concretos (fáticos) das demandas⁶² – veremos que nele se enquadrarão praticamente todas as hipóteses em que é cindível o objeto do processo.

⁶⁰ Assim, por todos: OLIVEIRA, Bruno Silveira. *Conexidade...*, p. 164.

⁶¹ “O dever de julgamento antecipado do capítulo incontroverso encontra seu limite, porém, em outro dever judicial: o de coerência na formação do convencimento e na prolação de atos decisórios sobre a mesma lide. (em outras palavras, encontra seu limite no dever de justiça formal). Para se evitar o advento, em um mesmo processo, de sentenças lógicas ou praticamente incompatíveis, não se deve aplicar a técnica do julgamento antecipado de capítulo incontroverso quanto, entre os vários capítulos cumulados, houver algum tipo de conexão.[...] Se ao invés de julgar antecipada e precipitadamente o capítulo não impugnado, o juiz simplesmente antecipar os efeitos da tutela nele pretendida, concederá à parte, desde logo, o bem da vida a que muito provavelmente tem direito sem contudo, assumir o risco de proferir sentenças incompatíveis. [...] Propomos, nessa linha, que a técnica do art. 273, § 6º, seja compreendida como aquilo que ela realmente é: verdadeira antecipação dos efeitos da tutela, com as características inerentes ao instituto (revogabilidade, provisoriedade, etc” (*Um novo conceito de sentença?*, p. 129-131).

⁶² *Conexidade...*, p. 23-158. O seguinte trecho resume bem o pensamento do autor: “A conexão é a existência de alguma relação lógica entre os elementos objetivos e concretos das demandas: identidade, oposição (contraditoriedade, contrariedade e subcontrariedade) ou subordinação” (p. 135).



Conquanto o art. 327 não exija a presença de *conexão* entre os pedidos para que haja sua cumulação, a verdade é que, salvo na hipótese de cumulação simples⁶³ – em que tal vínculo pode ou não se estabelecer –, em todas as outras modalidades se manifestará alguma das relações lógicas que permitem enxergar a conexão: enquanto a cumulação sucessiva encerra nítida hipótese de prejudicialidade, a eventual redonda em contrariedade. Já na cumulação alternativa, há verdadeira identidade de causas de pedir.

Já dentre as três figuras do litisconsórcio, apenas aquela que se dá por *afinidade* não importa em conexão, visto que as demais dizem respeito justamente à “*conexão pelo objeto ou causa de pedir*” e à “*comunhão de direitos ou obrigações*”⁶⁴.

Quanto à pluralidade de causas de pedir, importam em conexão pela identidade de objeto. A denunciação da lide, por sua vez, é resultado da existência de relação de prejudicialidade entre as demandas. Por fim, o chamamento ao processo leva à formação de um litisconsórcio entre os devedores solidários, subsumindo-se, assim, na hipótese acima tratada.

Não nos parece, porém, que se deva limitar o julgamento antecipado parcial apenas à hipótese de cumulação simples de pedidos, o que reduziria, a quase nada, todos os benefícios que pode trazer ao sistema processual. Para demonstra-lo, passemos a tecer breves comentários a respeito dos efeitos que a técnica provocaria sobre os valores, acima mencionados, que a cumulação de demandas visa proteger.

Em relação à economia processual, não há dúvidas do prejuízo que lhe seria causado em grande parte das hipóteses de fragmentação do julgamento do mérito, especialmente se levada em conta a observação, acima feita, de que dá azo ao surgimento de *novo procedimento*. Não nos parece, porém, que a economia processual, neste sentido eminentemente técnico⁶⁵, deva se colocar como óbice à pronta entrega da tutela jurisdicional em relação a um direito que não se mostre mais controvertido.

A questão, porém, se torna um pouco mais complicada quando levamos em conta a necessidade de se buscar a harmonia de julgamentos.

⁶³ Utilizamos, aqui a classificação das hipóteses de cumulação de pedidos proposta por Barbosa Moreira (*O novo processo...*, p. 14-15).

⁶⁴ Vejamos a redação do art. 113 do CPC/15: Art. 113. Duas ou mais pessoas podem litigar, no mesmo processo, em conjunto, ativa ou passivamente, quando: I - entre elas houver comunhão de direitos ou de obrigações relativamente à lide; II - entre as causas houver conexão pelo pedido ou pela causa de pedir; III - ocorrer afinidade de questões por ponto comum de fato ou de direito.

⁶⁵ Ver nota nº 57, *supra*.



Em relação, primeiramente, aos casos em que inexistente conexão, não se coloca qualquer empecilho à fragmentação do julgamento do mérito, que nenhum prejuízo traria àquele ideal. Ainda que haja *afinidade* de questões entre as demandas inicialmente cumuladas, o risco de interpretações jurídicas dissonantes reduz-se muito se levada em consideração, antes de tudo, a crescente valorização dos precedentes judiciais, traduzida em diversas técnicas a serem implementadas pelo CPC/15.

Aliás, deve ser considerado que a técnica do julgamento antecipado parcial possibilita a separação de pretensões que, inicialmente, eram processadas em conjunto, sob um mesmo procedimento e sob a competência de um só juízo. E isto, a nosso ver, afasta sobremaneira a possibilidade de se verificarem interpretações jurídicas diversas para idênticas questões de direito.

Tal aspecto, inclusive, minimiza em muito o risco de julgamentos contraditórios também em relação às demandas conexas: além do fato de serem elas julgadas em um mesmo juízo⁶⁶, é único, ao menos inicialmente, o procedimento que as carrega, e, sendo assim, é grande a probabilidade de que tenham compartilhado ao menos parte de uma só atividade probatória.

Deve-se recordar, aliás, que a fragmentação do julgamento do mérito apenas é possível se não houver qualquer controvérsia fática quanto ao pedido a ser apreciado. Sendo assim, ainda que subjacente à pretensão julgada antecipadamente haja alguma afirmação de fato comum em relação àquelas ainda controversas, não será esta objeto de ulterior atividade probatória, nos termos do já mencionado art. 374, III do CPC/15.

E isso, em nossa opinião, reduz substancialmente a possibilidade de que, ao ser aprofundada a cognição quanto ao pedido ainda controverso, se descubra que alguma das questões de fato subjacente à pretensão antecipadamente julgada tenha sido equivocadamente apreciada.

Afinal – repitamos - apenas é viável a análise de um pedido a partir do momento em que *todos* os fatos que se colocam como pressupostos lógicos a seu julgamento encontrarem-se incontroversos e, portanto, insuscetíveis de prova. O máximo que se poderia cogitar é que, ao ser realizada a instrução quanto aos fatos sobre os quais tenha se instaurado controvérsia, seja descoberto, *por acidente*, algo relativo à pretensão já julgada.

⁶⁶ Cabe salientar, aqui, que o próprio Bruno Silveira admite que, em certos casos, a reunião de demandas sob um só juízo, mas não em um mesmo procedimento, é técnica que pode ser útil no intuito de harmonizar os ideais de harmonia dos julgamentos e da razoável duração do processo (*Conexidade...*, p. 167-170).



Tal possibilidade, porém, meramente acidental, não deve evitar a utilização daquela técnica: os ganhos, em termos de entrega da tutela jurisdicional em tempo razoável, são grandes se comparados ao diminuto risco de desarmonia entre os julgados.

Alguns exemplos podem nos auxiliar.

Começemos por uma hipótese em que, inobstante seja simples a cumulação, há nítida conexão causal entre as demandas: a vítima de um acidente automobilístico ajuíza, em face do indigitado causador, ação visando (i) a reparação das avarias sofridas em seu veículo, (ii) lucros cessantes pelo período em que deixou de trabalhar, além de (iii) compensação por danos morais. O réu, em sua contestação, conquanto não negue ter sido ele o culpado pelo sinistro, refuta por completo o orçamento apresentado pelo autor para o conserto do carro, e alega que os lucros cessantes estariam sendo cobrados a maior.

Parece-nos claro, aqui, que enquanto (i) a delimitação dos danos emergentes causados no veículo demandará instrução probatória, (ii) o pedido relativo aos lucros cessantes encontra-se parcialmente incontroverso. Já a (iii) pretensão de ressarcimento pelos danos morais encontra-se totalmente apta para julgamento, autorizando a incidência do art. 356.

Note-se que, na situação proposta, o *fato comum* entre as três demandas – justamente o que permite enxergar a relação de conexidade entre elas – encontra-se incontroverso, não sendo, assim, alvo da atividade instrutória que ainda há de se realizar. Quanto a esta, limitar-se-á a averiguar a extensão dos danos causados no veículo e a renda que a vítima deixou de auferir enquanto encontrava-se hospitalizada.

É bem verdade que não está excluída em absoluto a possibilidade de que, ao ser produzida alguma dessas provas, descubra-se algo em relação àquele fato comum. Assim, por exemplo, pode ser que, ao ser periciado o veículo, descubra-se a existência de alguma falha mecânica até então oculta, e que teria sido responsável pelo acidente. Tal hipótese, porém, como pensamos, é meramente acidental, não devendo impedir a pronta entrega da tutela jurisdicional em relação àqueles direitos, não controvertidos total ou parcialmente.

Analisemos outro exemplo, envolvendo a denúncia da lide, que, como já exposto, encerra hipótese de conexão por prejudicialidade: um cidadão, com fulcro no art. 37, § 6º da Constituição Federal, ajuíza demanda em face da União pretendendo sua condenação ao ressarcimento de danos



que, por ação de agente desta, lhe teriam sido causados. A Fazenda Pública, uma vez citada, conquanto se abstenha de refutar o pedido do autor - por entender que estaria configurada hipótese de responsabilidade objetiva, sem a incidência de qualquer excludente -, denuncia da lide o funcionário causador do dano, para que possa exercer, em *simultaneous processus*, seu direito de regresso. O agente, por sua vez, ao ser trazido ao processo, limita-se a afirmar que não agiu com culpa.

Note que, neste caso, não se coloca qualquer dúvida quanto à demanda originária, de forma que toda a atividade instrutória que se desenvolverá no processo girará em torno do direito de regresso do estado em face de seu funcionário. Por que, então, fazer o autor esperar para ter seu direito reconhecido, se a controvérsia não lhe diz respeito?

É por isso, aliás, que parte da doutrina entende ser incabível o manejo de da denunciação da lide em casos tais, justamente no intuito de evitar que a discussão quanto à culpa do agente imiscua-se em demanda que, de início, resolvia-se com base na responsabilidade objetiva⁶⁷. Neste sentido, inclusive, a jurisprudência mais recente do Superior Tribunal de Justiça, se não afirma peremptoriamente a inviabilidade da intervenção, vem chancelando decisões que a indeferem⁶⁸.

A nosso ver, porém, toda a problemática pode ser resolvida a partir da cisão no julgamento do mérito: incontroverso o direito do autor, o juiz profere decisão interlocutória julgando procedente seu pedido. Prossegue, então, o feito, apenas para apreciar a denunciação da lide. Ganha-se, com isso, em *celeridade* - já que o autor pode, desde logo, ter acesso à indenização a que faz jus – sem tanto sacrificar a *economia processual* – uma vez que o mesmo processo será aproveitado para averiguar a existência do direito regressivo.

Passemos, por fim, à situação que redundava em conexão objetiva, hipótese na qual, como dissemos, deve ser maior a atenção com o ideal de harmonia de julgamentos: formado um litisconsórcio passivo entre devedores solidários – seja porque o autor assim propôs sua demanda, seja porque o

⁶⁷ É este o entendimento majoritário entre os autores que escrevem sobre o Direito Administrativo, como, por exemplo: MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 14ª ed. São Paulo: RT, 1989. p. 560-561; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 1031-1032. Dentre os processualistas, porém, com a exceção de Vicente Greco Filho (*Da intervenção de terceiros*. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 93), prevalece a tese da admissibilidade: BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. I. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 260-261; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições...*, vol. II, p. 400-401; THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso...*, vol. I, p. 135-136.

⁶⁸ STJ, 2ª Turma, REsp 1187456 / RJ, rel. Min. Castro Meira, DJ 11.12.2010; STJ, 1ª Turma, REsp 1089955 / RJ, rel. Min. Denise Arruda, DJ 24.11.2009; STJ, 2ª Turma, REsp 955352 / RN, rel. Min. Eliana Calmon, DJ 18.6.2009; STJ, 1ª Turma, REsp 891998 / RS, rel. Min. Luiz Fux, DJ 11.2.2008.



primitivo réu fez uso do chamamento ao processo -, um dos colitigantes, ao apresentar contestação, alega alguma exceção pessoal a que alude o art. 281 do Código Civil⁶⁹.

O demandante, instado a apresentar réplica, nada diz a respeito daquela defesa pessoal, deixando incontroversos os fatos a ela subjacentes. Nesse caso, parece claro que se possa afirmar, desde logo, a improcedência do pedido em relação a este específico codevedor, independente do que ocorra em relação aos demais.

Imaginemos, por exemplo, que os demais réus afirmem a inexistência da dívida, o que demandará a realização de atividade probatória. Neste caso, não importando se ao final seja o autor vitorioso ou sucumbente, nenhuma incompatibilidade haverá em relação ao que já houver sido decidido, antecipadamente, quanto àquele devedor. Por isso, aliás, não se afigura correto postergar o julgamento em relação a este, obrigando-o injustamente a permanecer ligado a um processo que nada lhe trará de útil.

Por tudo isso, destarte, não pensamos que deva ser excluída, *a priori*, a possibilidade de fragmentação no julgamento do mérito ainda que a cumulação se dê entre demandas conexas. Não se está a afirmar, é certo, que tal técnica seja sempre benéfica em situações tais. Caberá, assim, à prática judiciária demonstrar, concretamente, quais serão as situações nas quais o art. 356 é capaz de trazer benefícios ao atingimento dos escopos do processo.

7 Conclusão

Analisada a fragmentação do julgamento do mérito, da maneira como prevista no Novo Código de Processo Civil, a impressão é a de que o legislador preocupou-se não apenas em tomar clara posição em relação à controvérsia doutrinária hoje existente, mas, sobretudo, em garantir que possa ser a técnica operacionalizada sem prejuízos. Se, é certo, as opções não são imunes a críticas e, mais ainda, vislumbra-se áreas a descoberto, a verdade é que o sistema é, quanto ao assunto, em muito superior àquele que hoje temos.

⁶⁹ Basta que pensemos, por exemplo, na hipótese de renúncia da solidariedade em relação a um dos devedores, ou, ainda, que deduza esta exceção de compensação. Neste sentido: GOMES, Orlando. *Obrigações*. 17^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 87.



Supera-se, assim, a crença, certa para o Código vigente, de que, ao mesmo em que o legislador estimula a cumulação de demandas, prejudica aquele que dela lança mão justamente por ter associado, em tantos dispositivos, a resolução do mérito à extinção do processo.

Evidentemente, porém, só a dinâmica do dia-a-dia dos processos, com suas inúmeras e imprevisíveis possibilidades, mostrará se a opção foi ou não acertada e, ainda, a necessidade de que se façam aperfeiçoamentos.