



Civil Procedure Review
AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

Civil Procedure Review



Civil Procedure Review
AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

Civil Procedure Review

2018

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br



www.editorajuspodivm.com.br

Rua Território Rio Branco, 87 – Pituba – CEP: 41830-530 – Salvador – Bahia

Tel: (71) 3045.9051

• Contato: <https://www.editorajuspodivm.com.br/sac>

Copyright: Edições JusPODIVM

Todos os direitos desta edição reservados à Edições JusPODIVM.

É terminantemente proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio ou processo, sem a expressa autorização do autor e da Edições JusPODIVM. A violação dos direitos autorais caracteriza crime descrito na legislação em vigor, sem prejuízo das sanções civis cabíveis.



Civil Procedure Review

AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

About the Authors

1

Alejo Joaquín Giles

Lawyer, National University of La Plata (Argentina). LL.M. in Evidential Legal Reasoning, Girona University (Spain). Editor of the Journal of Public Interest, Faculty of Legal and Social Sciences of the National University of La Plata.

2

Valentina Capasso

Currently enrolled in a Joint PhD in Civil Procedure at Università degli Studi di Napoli Federico II and Université Jean Moulin Lyon 3, she graduated *summa cum laude* at Università degli Studi di Napoli Federico II, by discussing a thesis in Civil Procedure about *La saisine pour avis de la Cour de cassation*, in a comparative perspective between Italy and France. Her research focuses on Supreme Courts, precedents, economic analysis of process, arbitration and construction disputes. This article is the product of a visiting research period carried out at Equipe Louis Josserand of the Ecole doctorale de Droit ED492 (Lyon), funded by Università degli Studi di Napoli Federico II's *Programma di scambi internazionali con Università e Istituti di Ricerca Stranieri per a Mobilità di breve durata di Docenti, Studiosi e Ricercatori*.

3

Marco Crepaldi

Marco Crepaldi is a ph.d. candidate at the Joint International Doctoral (Ph.D.) Degree in Law, Science, and Technology, coordinated by the University of Bologna, CIRSFID in cooperation with the University of Turin, Universitat Autònoma de Barcelona, Tilburg University, Mykolas Romeris University, The University of Luxembourg. He studies the intersection of distributed ledger technologies and the law.

4

Maria Paulo Rebelo

PhD Candidate at Bahia Federal University (UFBA). Auditor of Justice (Judge).

5

Luiz Carlos de Assis Junior

Ph.D Candidate at Law School of Federal University of Bahia. Master in Law from the Law School of Federal University of Bahia. Professor of Civil Procedure at Faculty of Southern Bahia (FASB).



Civil Procedure Review
AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

Summary

• 1

Litigio de Interés Público y dificultades probatorias: ¿un esquema de incentivos para la búsqueda de la verdad?	11
(Public Law Litigation and difficult proof: An incentive scheme to find the truth?)	11

Alejo Joaquín Giles

Presentación	12
I. Introducción: aportes del Análisis Económico del Derecho al estudio de los sistemas probatorios.....	12
II. Litigio de interés público y dificultades probatorias.....	16
III. Los sistemas probatorios y su esquema de incentivos: ¿cómo lograr que propendan al conocimiento de la verdad de los hechos?.....	21
Conclusiones.....	29
Bibliografía	30

• 2

Supreme Courts' jurisprudence as a dispute avoidance mechanism?.....	33
---	-----------

Valentina Capasso

I. Convergent solutions, divergent outcomes	35
II. Brief notes on economic analysis of law: rational choice, bounded heuristics and cognitive bias	36
III. ADR mechanisms as preconditions to litigation	38
IV. Appeals selection: general remarks	40
V. First appeal.....	43
VI. Further appeal to the Supreme Court	46

VII. Stare decisis or nomoflatchia preventiva?	50
VIII. Conclusions	53
References.....	54

• **3**

**Distributed ledgers, EOP, and debt recovery mechanisms:
a new technology for civil procedure 59**

Marco Crepaldi

1. Introduction	60
2. A brief introduction to blockchains and distributed ledgers	62
3. Domestic and cross-border debt recovery in the EU: a primer.....	64
4. Toward an automated debt recovery procedure	66
5. Conclusion and discussion	67
Bibliography	67

• **4**

**Manifestações da vontade das partes no processo civil português
Demonstrations of parties' autonomy within Portuguese civil procedure 71**

Maria Paulo Rebelo

1. Dever de gestão processual e adequação formal	72
1.1. Prorrogação de prazo.....	77
2. Princípio do dispositivo <i>em sentido amplo</i>	77
2.1. Competência convencional	78
2.2. Suspensão da Instância	79
2.3. Confissão, desistência e transação.....	81
2.4. Modificação consensual do pedido ou causa de pedir	84
2.5. Convenções probatórias	85
3. Princípio da cooperação.....	87
3.1. Programação de diligências.....	90
3.2. Nomeação de perito.....	92
3.3. Inquirições.....	92
4. Conclusão.....	94
Referências.....	96

• 5

A Reclamação Constitucional e a Superação de Decisão Declaratória de Constitucionalidade (The Constitutional Complaint and the Overruling of Declaratory Judgment of Constitutionality)..... 99

Luiz Carlos de Assis Junior

1. Introdução.....	101
2. O controle concentrado de constitucionalidade e a decisão declaratória de constitucionalidade.....	102
3. A reclamação constitucional: origem e cabimento.....	107
4. A Reclamação como instrumento de revisão da decisão declaratória de constitucionalidade em controle concentrado.....	110
4.1. Cláusula <i>rebus sic stantibus</i> na decisão declaratória de constitucionalidade.....	110
4.2. O julgamento da reclamação 4374/PE.....	111
4.3. A reclamação como meio de revisão da decisão declaratória de constitucionalidade em controle concentrado de constitucionalidade.....	114
5. Conclusões.....	120
6. Referências.....	121



Civil Procedure Review
AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

1

Litigio de Interés Público y dificultades probatorias: ¿un esquema de incentivos para la búsqueda de la verdad?

[Public Law Litigation and difficult proof: An incentive scheme to find the truth?]

Alejo Joaquín Giles

Lawyer, National University of La Plata (Argentina). LL.M. in Evidential Legal Reasoning, Girona University (Spain). Editor of the Journal of Public Interest, Faculty of Legal and Social Sciences of the National University of La Plata.

Resumen: Este artículo aborda el problema de las dificultades probatorias en el Litigio de Interés Público desde la perspectiva del Análisis Económico del Derecho. Propone estudiar los incentivos que generan nuestros sistemas probatorios sobre la conducta de las partes y su propensión al logro de la determinación verdadera de los hechos como objetivo institucional propio de ese tipo de casos.

Palabras clave: Litigio de Interés Público; Análisis Económico del Derecho; Prueba difícil; Incentivos.

Abstract: This paper addresses the problem of the difficult proof in the Public Law Litigation from the perspective of the Law & Economics. It is proposed to study the

incentives that our evidentiary systems generate on the conduct of the parties and their propensity to achieve the true determination of the facts as an institutional objective proper to that type of cases.

Keywords: Public Law Litigation; Law & Economics; Difficult proof; Incentive.

Sumario: Presentación. I. Introducción: aportes del Análisis Económico del Derecho al estudio de los sistemas probatorios. II. Litigio de interés público y dificultades probatorias. III. Los sistemas probatorios y su esquema de incentivos: ¿cómo lograr que propendan al conocimiento de la verdad de los hechos? Conclusiones. Bibliografía.

PRESENTACIÓN

El Litigio de Interés Público puede ser conceptualizado como una práctica que busca la ampliación del goce de los derechos a través de su mecanismo de tutela, el sistema judicial. Esa práctica se traduce, al final del camino, en distintos tipos de pretensiones y casos judiciales.

Entre las características comunes a ese tipo de litigios hay una que acaparará nuestra atención: sus dificultades probatorias. Al menos tres factores, en su interacción, la configuran: el carácter complejo de los hechos a conocer; los obstáculos que suelen presentarse para acceder a la evidencia relevante; y los sistemas probatorios continentales, que pese a brindar limitadas herramientas para obtener elementos de prueba, suelen establecer una regla de distribución del riesgo probatorio según la cual corresponde a cada una de las partes probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que favorezcan su pretensión, defensa o excepción.

Ese panorama incordia la persecución de uno de los objetivos fundamentales del sistema de justicia: la resolución de conflictos sobre la base de una determinación verdadera de los hechos en disputa. Aceptada esa premisa, sobre la que profundizaré en el desarrollo de este trabajo, se abre ante nosotros un interrogante que vale la pena abordar: ¿cómo superar las dificultades probatorias que se presentan en estos casos?

Desde la perspectiva del Análisis Económico del Derecho, propondré poner el foco en los incentivos que generan nuestros sistemas probatorios sobre la conducta de las partes y la propensión de ese esquema al logro de la determinación verdadera de los hechos como objetivo institucional. Sugeriré, en particular, estudiar especialmente dos componentes de esos sistemas: las reglas sobre el acceso a la evidencia y las referidas a la carga de la prueba.

I. INTRODUCCIÓN: APORTES DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO AL ESTUDIO DE LOS SISTEMAS PROBATORIOS

El Análisis Económico del Derecho (AED) estudia el derecho a través de la economía, que le provee de una teoría científica capaz de explicar y predecir el efecto

de las normas sobre el comportamiento humano. Para eso cuenta con sólidos métodos empíricos (como la estadística), una teoría general sobre el modo en que las personas toman sus decisiones en contextos de escasez (la teoría de la elección racional) y otras teorías matemáticas (como la teoría de los precios o la de los juegos), todas desarrolladas en el ámbito de la microeconomía (Cooter y Ulen, 2000, p. 3, 9 y 16).

Esas herramientas ayudan a entender cómo las personas reaccionan a los incentivos emanados del sistema jurídico y también a realizar proyecciones sobre el potencial impacto de ciertas reformas sobre esas conductas (Posner, 1975, p. 759 y 763; Stordeur, 2011, p. 19 y 20). Desde la óptica de la teoría económica, todo el sistema jurídico puede ser observado como un sistema de organización social basado en incentivos (Stordeur, 2011, p. 17).

La génesis del AED puede ubicarse en los Estados Unidos de América (EUA) a partir de una serie de trabajos que extendieron la aplicación de los principios y métodos de la teoría de los precios a las ciencias sociales en general.¹

Su gran virtud probablemente radique en que, como un conocimiento técnico basado en teorías empíricamente comprobadas (o que aspiran a estarlo), permite identificar -con precisión y altas probabilidades de éxito- las estrategias necesarias para alcanzar los objetivos perseguidos por los sistemas jurídicos. Como tal, no se ocupa en principio de definir cuáles son esos objetivos a alcanzar, sino que aporta criterios para elegir qué caminos seguir para lograrlos.² Si, por ejemplo, los derechos constitucionales buscan proteger espacios mínimos de libertad y autodeterminación de las personas, y el proceso busca tutelar esos derechos cuando no sean respetados, la teoría económica permite identificar aquellos modelos de organización institucional más aptos para que el sistema legal alcance esos propósitos.

Eduardo Stordeur (2011) identifica cuatro elementos centrales de la economía aplicada a la conducta humana en general y al derecho en especial. Ese esquema nos ayudará a comprender en qué consiste el enfoque del AED y en qué puede ayudarnos para responder nuestra pregunta inicial. Veamos.

(a) La teoría económica referida a la conducta humana suele partir de una suposición: que las personas toman decisiones con la finalidad de maximizar su utilidad, de satisfacer la mayor cantidad de sus preferencias (cualesquiera que sean).

1. Por una síntesis de los antecedentes inmediatos del AED puede consultarse Stordeur, 2011, p. 13 y ss. En *The Economic Approach to Law*, Posner (1975, p. 769) explica que el sello de la nueva etapa del AED se dio rondando los años 60 con la aplicación de las teorías y de los métodos empíricos de la economía a los institutos centrales del sistema jurídico.
2. Michele Taruffo (2009, p. 195), refiriéndose a la relación entre proceso e ideología, ha sostenido que “la técnica sirve para fabricar el instrumento procesal, mientras que la ideología determina los objetivos que el proceso debería seguir”. Papayannis (2009, p. 30-32) plantea que sólo los estudios *positivos* del AED evalúan el modo menos costoso de lograr ciertos objetivos. Los estudios *normativos*, en cambio, buscarían proponer reformas que maximicen la eficiencia). Ya veremos el lugar que ocupa la eficiencia en el AED.

Como explica Posner (1975, p. 761), se asume que los operadores jurídicos actúan como maximizadores racionales de sus satisfacciones. Eso los lleva a escoger, entre las alternativas disponibles, la que les permita alcanzar sus objetivos a menores costos.

Pero, ¿somos realmente tan racionales las personas? Pues los avances de la ciencia, especialmente de la psicología cognitiva, han aportado evidencias para sostener, aunque nos pese, que no (o al menos que no tanto).³ Se ha mostrado, por ejemplo, que bajo ciertas circunstancias elegimos alternativas de conducta que no son las que mejor satisfacen nuestros intereses porque preferimos que se satisfagan los de otras personas. Hay quienes dicen, incluso, que en ese actuar solidario hay un interés en sí mismo que compite con otros. También se ha mostrado que solemos actuar sin conocer cabalmente las posibles consecuencias de nuestros actos o que, aun conociéndolas, podemos fallar al predecir qué beneficios y perjuicios pueden acarrearlos, por lo que difícilmente pueda sostenerse como un dato empírico que las alternativas elegidas siempre son fruto de precisos estudios de costo-beneficio.

Lo destacado pone en entredicho los alcances que en un principio se le dio al supuesto de racionalidad instrumental, y por derivación relativiza el aval que la teoría de la elección racional puede darle a las conclusiones obtenidas con su método. Se debe asumir que la racionalidad es limitada y que puede tener fallas que disminuyen el grado de aval que sus conclusiones pueden brindar.

Stordeur (2011, p. 23-24) sostiene que en torno a este tema hay que considerar además dos elementos analíticos importantes para comprender el aporte del AED. Uno es su individualismo metodológico: se examinan y explican los cambios sociales de grupos apelando al examen de las decisiones o acciones individuales y no colectivas. El otro es el análisis en términos marginales: se enfoca en analizar el modo en el cual un pequeño cambio en una variable afecta a otra variable conservándose intactas las demás.

(b) Asumido con los reparos mencionados que las personas son -o suelen actuar como- buscadoras racionales de utilidad, pasa a tener importancia el *costo o precio* de elección, es decir la relación de valor que existe entre diversas alternativas disponibles. Las personas, según se asume, tenderán a tomar en cuenta los costos implícitos en el sistema legal, realizando las conductas que menores costos irroguen. Eso nos permite dar cuenta que, desde la óptica de la teoría económica, las normas jurídicas son observadas como dispositivos que asignan precios a las diferentes opciones de conductas, generando en las personas incentivos relativos a su realización u omisión. Las normas, entonces, tienen una estructura de incentivos y ese es, precisamente,

3. En *Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics*, Russel B. Korobkin y Thomas S. Ulen (2000) desarrollan una crítica acabada a la asunción de racionalidad como presupuesto del AED, mostrando numerosas fallas de la teoría y proponiendo principios de solución. Concluyen que si bien las reglas jurídicas crean incentivos o desincentivos para que las personas se sujeten al sistema jurídico al actuar, es necesario repensar las suposiciones conductuales de la teoría de la elección racional, al menos en la forma en que esa teoría ha sido tradicionalmente entendida en las escuelas de derecho (Korobkin y Ulen, 2000, p. 1143).

uno de los principales objetos de estudio del AED, el que, además, nos servirá en esta ocasión para reflexionar sobre los sistemas probatorios en el Litigio de Interés Público.

La aplicabilidad de la noción de precio al sistema jurídico depende de diversos factores. Uno que nos interesa especialmente tiene que ver con la probabilidad de que ese precio efectivamente sea “cobrado”, lo cual depende en buena medida del funcionamiento del sistema de justicia. Si es sabido que ciertas conductas, aunque penadas, no son castigadas por los tribunales, entonces podrían no representar realmente un costo a ser considerado por las personas al momento de decidir realizar o no esa conducta. El costo esperado, entonces, puede definirse por la relación directa entre el costo asignado por la norma y la probabilidad de que ese costo sea asumido realmente (Cooter y Ulen, 2000, p. 4).

(c) Cuando dado determinado estado distributivo las personas no tienen incentivos para cambiar sus decisiones se dice que existe *equilibrio*. Los cambios en los precios, producidos por ejemplo a raíz de cambios en las reglas legales, pueden producir desequilibrios llevando a las personas a modificar sus conductas y establecer con ellas nuevos equilibrios (Stordeur, 2011, p. 28). Un estado de equilibrio dado es objeto de descripción por la teoría económica y puede ser más o menos deseable de acuerdo a los objetivos que se hubieran fijado.

(d) Uno de los criterios más utilizados para analizar cuán deseable es un estado de equilibrio es la *eficiencia*. Sin embargo, no es para nada pacífico en la teoría económica la definición sobre el contenido de ese concepto ni si ese es -o debiera ser- el único criterio aplicable para definir cuán deseable es un equilibrio. Se ha señalado, por caso, que la economía también puede predecir los efectos de las conductas sobre otros importantes valores, como la distribución de los bienes (Cooter y Ulen, 2000, p. 4).

Si bien no me haré eco de ese debate es bueno mencionar que usualmente se utiliza la expresión en un sentido distributivo, más precisamente en el propuesto por Vilfredo Pareto, según el cual un estado de cosas es superior a otro si a consecuencia del cambio distributivo al menos una persona está mejor y ninguna está peor desde la perspectiva de sus propias preferencias (Stordeur, 2011, p. 30).⁴ Entender de ese modo las situaciones óptimas, dicen las críticas, es compatible con la más extrema desigualdad y contrasta con cualquier teoría de la justicia distributiva (Papayannis, 2009, p. 39, 40 y 46).

Pero más allá de ese debate, lo que cabe tener en cuenta es que la teoría económica, como conocimiento técnico, aspira a identificar los mejores caminos para que determinadas instituciones alcancen ciertos objetivos valiosos, cualesquiera que sean.

4. Una descripción sobre las principales aristas del debate sobre las concepciones posibles de la *eficiencia* puede consultarse en Cooter y Ulen (2000, p. 4), Stordeur (2011, pp. 29-37) y especialmente en Papayannis (2009, pp. 37-86). El último autor explica y describe cuatro nociones de eficiencia usuales, algunos de ellos incompatibles entre sí: la eficiencia productiva, la optimalidad y superioridad paretiana, el criterio Kaldor-Hicks y la maximización de la riqueza social.

Los aportes de la economía al derecho, su teoría de la acción y sus métodos empíricos, son especialmente útiles para analizar los sistemas probatorios que, así como los sistemas procesales en general, contienen esquemas de incentivos. Las reglas procesales que regulan la prueba en los procesos generan en las partes incentivos para realizar ciertas conductas y dejar de realizar otras. Y si eso es así, ¿por qué no recurrir al acervo conceptual de la economía para explicar esos incentivos, predecir sus consecuencias y ajustarlos si fuera necesario?

Muchos juristas y economistas han trabajado y trabajan sobre esa intersección disciplinaria, analizando diversos aspectos de los sistemas procesales.

En *An Economic Approach to the Law of Evidence*, Richard A. Posner (1999) ha presentado uno de los primeros análisis económicos englobadores de las normas que regulan el proceso judicial en su faceta probatoria. Allí propone dos modelos económicos para la prueba, el *search model* y el *cost-minimization model*, que le dan un elevado grado de importancia al aumento del grado de precisión en la determinación de los hechos. Con base en esos modelos, Posner examina la estructura básica y las reglas estructurales del sistema probatorio (como la de la carga de la prueba) y, en particular, de las previsiones de las *Federal Rules of Evidence* estadounidenses (como el juicio de relevancia).

Otros autores como Cooter y Ulen (2000) también han presentado sus enfoques económicas del proceso judicial. Estudian los motivos para demandar, el modo en que los costos afectan la demandabilidad, el efecto del incremento del número de abogados en ese dato, etcétera. Steven Shavell (2016), por su parte, postula en *Fundamentos del análisis económico del Derecho* una teoría general de la litigación donde analiza, entre otros puntos, la relación entre la ganancia privada y el beneficio social de litigar. Sostiene que el Estado debería remediar el desequilibrio entre el nivel de litigación determinado privadamente y el socialmente óptimo (Shavell, 2016, p. 443).

Esa referencia, que no es para nada exhaustiva, sirve para tener una referencia sobre del tipo de análisis que pueden hacerse del proceso sirviéndonos de la teoría económica.

II. LITIGIO DE INTERÉS PÚBLICO Y DIFICULTADES PROBATORIAS

El Litigio de Interés Público (LIP) puede ser caracterizado como una práctica que busca la ampliación en el goce de los derechos y la participación ciudadana a través del Derecho, alterando el *statu quo* político, social o económico que impide su reconocimiento (Ucín, 2017, p. 248).

Esa manera de concebir la función del Derecho se traduce, al final del camino, en distintos tipos de pretensiones y casos judiciales. Éstos pueden, por ejemplo, perseguir la derogación o inaplicación, de modo concentrado o difuso, de normas contrarias a la constitución o a los tratados internacionales (dependiendo del sistema de control

constitucional adoptado en cada país). O cuestionar el grado de adecuación entre las políticas implementadas por las reparticiones estatales y el contenido de los derechos (civiles, sociales, ambientales). O cuestionar conductas de personas o entes privados, por entenderlas violatorias de esos mismos derechos. Esas clases de pretensiones, incluso, podrían confluír, dependiendo del conflicto abordado.

Entre las características comunes a ese tipo de litigios hay una que acapara nuestra atención: sus dificultades probatorias.⁵ Al menos tres factores, en su interacción, la configuran.

Por un lado, el carácter complejo de los hechos que suelen ser invocados como presupuestos de las pretensiones articuladas en tales casos. Según la definición de Michele Taruffo (2011, p. 143-159), son complejos aquellos hechos que desafían la representación tradicional de la noción de hecho como evento simple, concreto y precisamente situado en determinadas coordenadas espacio-temporales. El profesor de Pavía denomina de ese modo, entonces, a aquellos hechos que están compuestos por distintas partes (o eventos) y/o se extienden en el tiempo o, según su dimensión subjetiva, a aquellos que se extienden más allá de las partes procesales, afectando a un colectivo de personas.

Por otro lado, los obstáculos que los actores suelen tener para acceder al conjunto de evidencias necesario para fundar sus pretensiones, que muchas veces están en poder de la parte demandada o su producción es muy costosa. La disparidad marcada, inherente a los casos que analizamos, se traduce en una distribución desigual del *poder de probar* entre las partes que incide directamente en las probabilidades de éxito de sus pretensiones en el contexto procesal. Eso no es menor. Como apunta Ronald Allen (2016, p. 30), la búsqueda de la verdad sólo puede ocurrir si hay fácil acceso a las pruebas.

El panorama se completa si consideramos, a la par, el modo en que se distribuyen los recursos jurídicos, y la influencia que un buen o un mal patrocinio puede tener sobre (entre tantos otros aspectos de la estrategia procesal) la calidad del acervo probatorio que se le termina ofreciendo al juez para que decida.⁶

Por último, los sistemas probatorios continentales, que pese a brindar limitadas herramientas para obtener elementos de prueba, suelen establecer una regla de distribución del riesgo probatorio según la cual corresponde a cada una de las partes probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que favorezcan su pretensión, defensa o excepción. Sobre este factor pondremos el foco en el apartado final del presente trabajo.

5. Por una caracterización de la noción de “dificultades probatorias” y sus distintos supuestos, véase Hunter (2015, p. 212-223). Aquí sigo el esquema de dificultades presentado en esa obra.
6. Sobre distintos tipos de servicios jurídicos y su grado de especialización en los EUA, véase Galanter, 1974, p. 114-122.

Pero ¿por qué ese panorama plagado de dificultades sería un problema para el sistema de justicia? Pues porque hay buenos motivos para sostener que la verdad en este tipo de procesos es un valor especialmente relevante que *debe ser perseguido*.⁷

Se han presentado persuasivos argumentos que postulan ese objetivo para el proceso en general. Se afirma, por un lado, que la aplicación correcta del derecho requiere de modo inescindible de la determinación verdadera de los hechos y, por otro, que lejos de interesar sólo sólo a las partes, como suele afirmarse, lo primero resulta crucial para toda la sociedad en un Estado de Derecho.⁸

Ahora bien, en paralelo a esa postura general, respecto del Litigio de Interés Público pueden presentarse una serie de argumentos adicionales que justifican de un modo más vigoroso considerar a la verdad como un objetivo institucional del proceso. Ellos son por lo menos cuatro.

Uno: el fortalecimiento del proceso judicial como ámbito institucional de tutela de los derechos fundamentales. La expansión del contenido de los derechos ha generado un flujo de demandas hacia el Poder Judicial para que éste se expida sobre sus alcances en casos concretos. Sin embargo, con ese fenómeno han surgido relevantes críticas referidas a la legitimidad de las decisiones adoptadas por el órgano que menos credenciales democráticas tiene.

Luigi Ferrajoli (2013) ha propuesto una respuesta a los cuestionamientos generales sobre la legitimidad de las decisiones judiciales que puede ser aplicada a los casos que nos ocupan. Sostiene que, a diferencia de la Administración Pública que cumple funciones de gobierno, el Poder Judicial cumple una función de garantía que se legitima por su carácter tendencialmente cognitivo⁹ y por su papel de garante de los derechos fundamentales frente a la vulneración producida -o al menos no resuelta- por las demás funciones estatales.

Desde esa perspectiva, la verdad importa no sólo porque sea presupuesto de la correcta aplicación del derecho sino porque su determinación abreva a la legitimidad las decisiones del Poder Judicial respecto a las políticas públicas. Adviértase que en un contexto donde esa legitimidad es puesta en cuestión (con razones por demás atendibles), la posibilidad de que se terminen convalidando o invalidando políticas públicas -adoptadas por reparticiones especializadas en eso y legitimadas por el

7. Aquí utilizo la expresión *deber* como una «norma técnica» (en el sentido propuesto por Georg Henrik von Wright) y no como una prescripción en sentido estricto. Es decir, *debe ser perseguido si queremos* que el sistema judicial logre ciertos objetivos considerados valiosos.

8. Sobre la averiguación de la verdad como objetivo institucional del proceso en general me remito a lo sostenido en Ferrer (2007, p. 29 y ss.) y Taruffo (2011, p. 56 y ss.).

9. Precisamente una de las críticas más relevantes de la intervención del Poder Judicial en casos de interés público es de carácter epistémica: se le señala una fuerte debilidad para conocer las consecuencias de sus eventuales decisiones en conflictos que suelen ser policéntricos, usando el término acuñado por Lon Fuller (1978, p. 394) en *The forms and limits of adjudication*.

voto popular- sobre la base de la incertidumbre no hace más que incrementar los motivos que desaconsejan que los tribunales se involucren en los casos de interés público. Fortalecer las raíces empíricas de esa intervención es, entonces, fortalecer la justificación de la intervención misma.

Owen Fiss se ha ocupado del problema de la legitimidad de los jueces para emprender reformas estructurales (uno de los propósitos del Litigio de Interés Público, en la definición que se adopta en este trabajo).

En una democracia, afirma Fiss (2007, p. 84), la legitimidad de una institución dentro del sistema estatal no depende del consentimiento de las personas a la misma “sino, más bien, de su competencia para cumplir una función social dentro de ese sistema”. Bajo tal óptica, los jueces se encuentran legitimados para ejercer la reforma estructural en el marco de un proceso porque detentan la competencia de dar significado y aplicar los valores contenidos en la Constitución. Y esa competencia, sostiene el autor, se fundamenta a la vez en la independencia que los jueces deben ejercer, en el diálogo que éstos emprenden dentro del proceso -a través del cual conocen los intereses implicados en el conflicto- y en la justificación de las decisiones que finalmente adopten (sobre las características de ese diálogo, véase Fiss, 2007, p. 33-34).¹⁰

Para ser fructífero, agregó retomando lo dicho antes, el diálogo que emprenden los jueces en el proceso necesita servirse de garantías epistémicas que aseguren una correlación lo más estrecha posible entre los hechos que se presentan como fundamento de los derechos invocados en el proceso y la realidad (al menos aquel fragmento que los seres humanos somos capaces de conocer), de modo de disminuir el riesgo de error en la adjudicación constitucional o, en otras palabras, el peligro de inaplicar la Constitución pretendiendo estarla aplicando.

Dos: la remoción de barreras al acceso a la justicia. Uno de los factores que suele desalentar el inicio de acciones judiciales en defensa de los derechos fundamentales es la falta de acceso a la información y a la evidencia relevantes para dar forma y sustentar las respectivas pretensiones (véase Stordeur, 2011, p. 380). Un sistema probatorio capaz de remover dichos obstáculos permitiría también que las violaciones a los derechos fundamentales lleguen a los tribunales en condiciones de ser conocidas y decididas, y no queden impunes.

Tres: la ampliación del efecto disuasivo. Otra de las metas que un sistema probatorio dirigido a establecer la verdad permitiría lograr es el fortalecimiento del

10. La postura que presenta Owen Fiss sobre la legitimidad de los jueces en el litigio estructural está enmarcada en -y debe ser leída como parte de- su teoría sobre la función del derecho y de los jueces en la sociedad. Sobre el punto, véase Fiss, 2007, cap. I (“Las formas de la justicia”). En la mirada de Fiss (2007, p. 17), “la función de los jueces no consiste en resolver conflictos sino en dar significado y expresión concretos a los valores públicos contenidos en el derecho”. Cuando esos valores son amenazados por organizaciones burocráticas, surge el modelo de litigio que el autor denomina de “reforma estructural”, en el cual los jueces son llamados a reformularlas de modo acorde con el texto constitucional.

efecto disuasivo de las normas constitucionales sobre las conductas que las vulneran. El nivel de disuasión de las normas sobre las conductas de las personas depende -en el marco de la limitada racionalidad humana- del costo esperado de realizar la conducta que haya sido prohibida. Y ese costo esperado depende, a su vez, del producto del costo asignado por la norma con la probabilidad de que ese costo sea “cobrado” por el sistema de justicia.

La impunidad, en esa óptica, es la negación de la capacidad del derecho de disuadir a las personas de realizar las conductas prohibidas, lo que si bien es disvalioso para cualquier derecho, lo es en especial para el fragmento del Derecho que se explora en el Litigio de Interés Público: los derechos fundamentales, pilares básicos del acuerdo democrático. La baja capacidad de disuasión también puede conllevar elevados costos sociales en la medida en que esas conductas prohibidas produzcan afectaciones a los derechos de otras personas y un resultado ineficiente para el sistema de justicia, que terminará canalizando las pretensiones de esas personas y absorberá los costos administrativos que eso conlleva (Posner, 1999).

Cuatro: la información pública. Además de lo anterior, un sistema probatorio dirigido a establecer la verdad de los hechos podría tener, según como sea diseñado, un efecto indirecto valioso, en la medida en que coloque en cabeza de las autoridades estatales incentivos para producir información sobre sus políticas y ponerlas a disposición de la ciudadanía.

En el próximo apartado veremos cómo el diseño del sistema probatorio podría contribuir a lograr o frustrar esos objetivos.

Pero antes de eso no puede dejar de advertirse que lo que se acaba de decir colisiona contra uno de los presupuestos que generalmente subyace al estudio y regulación del proceso civil: que los intereses que se dirimen en su seno son siempre privados y encabezados por los sujetos procesales que fungen de partes en un proceso dado. Sobre esa plataforma, se ha considerado moralmente aceptable que la decisión final adoptada en el proceso dependa no sólo de quien tenga la razón en el conflicto sino también de la conducta procesal de las partes. Después de todo, se afirma, en nuestro derecho cada quien es responsable de los efectos que sus conductas u omisiones producen sobre sus propios intereses.

En el tipo de casos que estamos abordando, sin embargo, aquel presupuesto es falso. La práctica del Litigio de Interés Público es, en sí misma, la evidencia de una transformación de la función real que cumple el proceso civil en nuestras latitudes: la herramienta otrora utilizada sólo para resolver cuestiones contractuales, de derechos reales y problemas de familia, cada vez más se utiliza para perseguir la vigencia de los derechos constitucionales a favor de sujetos colectivos. Y en ese nuevo marco funcional, el presupuesto mencionado ha perdido apoyo empírico y, por ende, necesita ser reformulado. La función de la verdad en el proceso es, como se intentó justificar antes, uno de esos aspectos que no pueden ser pensados del mismo modo para el litigio privado que para el público.

De ser compartido lo dicho hasta aquí, estamos de acuerdo en cierta definición sobre los objetivos institucionales del sistema probatorio en los casos de interés público: es valioso que permita alcanzar la verdad de los hechos. Eso es importante para lo que sigue pues le da un contenido concreto al concepto de *eficiencia* utilizado en el análisis económico para saber cuán deseable u óptimo es un estado de equilibrio en un sistema dado. Si aceptamos que además de la celeridad y la economía, generalmente asociados con ese concepto, la verdad es un valor relevante para el proceso, y en especial para el proceso encargado de dirimir el interés público, entonces nuestro análisis sobre cuán deseable es un estado de equilibrio dado y cómo mejorarlo debería cambiar sustantivamente en comparación con el tipo de análisis que suele presentarse sobre estos temas.

III. LOS SISTEMAS PROBATORIOS Y SU ESQUEMA DE INCENTIVOS: ¿CÓMO LOGRAR QUE PROPENDAN AL CONOCIMIENTO DE LA VERDAD DE LOS HECHOS?

Ahora bien, si la verdad en el proceso es un objetivo valioso para el LIP, ¿cómo diseñar los sistemas probatorios de modo que propendan a su logro?

El Análisis Económico del Derecho puede ayudar a responder a esa pregunta en tanto, como se dijo, se nutre de un acervo conceptual relevante para predecir las conductas que las partes adoptarán en el proceso bajo una regulación dada y, a la vez, evaluar cuán deseable es el estado de equilibrio generado por esa regulación para el logro de ciertos objetivos valiosos.

En esta aproximación propondré, desde esa perspectiva, poner el foco en los incentivos que generan nuestros sistemas probatorios sobre la conducta de las partes y la propensión de ese esquema al logro de la determinación verdadera de los hechos como objetivo institucional.

En particular, me detendré especialmente en dos componentes del sistema probatorio que entiendo decisivos para la conformación dicho esquema, las reglas sobre el acceso a la evidencia y las referidas a la carga de la prueba. Destacaré los equilibrios que las regulaciones estándares de los mismos tienden a generar en las conductas de las partes y los efectos que, hipotéticamente, podrían producir algunas reformas a esas regulaciones sobre dichos equilibrios.

Esos componentes tienen una influencia decisiva en el esquema de incentivos sobre la conducta de las partes en torno a la prueba de los hechos. En otras palabras, son de los que más contribuyen a decirles a las partes cómo deben (o les conviene) comportarse en materia probatoria. Por ende, son de los que más nos interesan en este trabajo.¹¹ Si bien a los fines analíticos es útil abordarlos por separado, no se puede

11. El sistema probatorio tiene más componentes relevantes para determinar su propensión al logro de la verdad como objetivo institucional, por ejemplo las reglas de definición del *thema probandum*,

perder de vista que al formar parte de un mismo sistema, cualquier modificación en uno de ellos puede influir en el otro y en los resultados que el sistema como un todo tiende a producir.

Comencemos, pues, con aquella tarea.

III. 1. Acceso a la evidencia. Los sistemas procesales continentales no suelen establecer mecanismos de acceso a la evidencia de modo previo al juicio (Taruffo, 2008, p. 117-118). Generalmente diseñan un esquema con tres grandes etapas: en la primera se delimita el *thema decidendum* (como fruto de los actos constitutivos de la litis, la demanda y su contestación); en la segunda se prueban los hechos controvertidos por las partes (produciendo los medios de prueba que no hubieran sido incorporados como documentación al comienzo); y en la tercera se prepara y dicta la sentencia. Luego podrá venir una etapa de revisión de esa decisión ante los tribunales superiores y, una vez firme, una etapa destinada a ejecutarla si la misma si no fuera cumplida voluntariamente. La información que en el momento inicial no estaba en poder de las partes puede ser producida en la segunda etapa, con la litis ya definida: testimonios, confesiones, pericias, informes o documentos en poder de terceros o de las contrapartes.¹²

En ese esquema, como se dijo, no se prevé un mecanismo procesal que les permita a las partes hacerse de la evidencia que no está en sus manos o a su alcance antes de la promoción de la demanda, en especial de aquella que está en las manos o al alcance de la que será su contraparte. Por ende, las futuras demandadas no tienen incentivo alguno para mostrarle a su contraria toda la información relevante que posean o esté a su alcance (durante el juicio, según veremos, eso se conserva en buena medida igual).

Lo que acaba de afirmarse es matizado en la reciente reforma procesal civil de la República Federativa de Brasil, que data del año 2015. Los artículos 381 a 383 del nuevo CPC brasileiro regulan la producción de prueba anticipada y prescriben que ella es admisible no sólo cuando existiera el riesgo de que se vuelva imposible producir la prueba en juicio (como suelen prescribir los ordenamientos procesales del *civil law*),¹³ sino también cuando “a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito” (art. 381. II) y cuando

las referidas a la actividad oficiosa del juez o las que establecen el estándar de prueba aplicable para tener por ciertos los hechos objeto de controversia. Sin embargo, los que más influyen en los incentivos sobre las partes son los que abordaremos a continuación.

12. En este último supuesto, el de los documentos en poder de una de las partes, la falta de respuesta al pedido de que sea acompañado puede ser sancionada con una presunción en contra. Por ejemplo, el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina prescribe: “Cuando por otros elementos de juicio resultare manifiestamente verosímil su existencia y contenido, la negativa a presentarlo, constituirá una presunción en su contra.” (Artículo 388.)
13. El ejemplo típico es el del testigo que tiene una elevada edad o una enfermedad que hacen suponer que podría no llegar con vida a la etapa probatoria. O, más vinculado a lo que nos ocupa, un daño

“o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação.” (art. 381. III). Una regulación del estilo podría modificar en parte lo que diremos a continuación sobre los incentivos y el acceso a la evidencia.¹⁴

En el contexto general que acabo de describir, matizado en el ordenamiento recién mencionado, las dificultades probatorias tienden a trasladarse al seno del proceso. O bien, cuando son más intensas, pueden incluso desalentar a las personas de litigar por sus derechos (por derechos que, en esos supuesto, no estarían pudiendo probar que detentan). Los problemas de asimetría de la información, apunta Stordeur (2011, p. 380), suelen tener incidencia negativa en la propensión a litigar.

Aún en los casos donde las dificultades no tuvieran la intensidad suficiente para desalentar del todo a los actores racionales de litigar (o, por caso, cuando éstos fueran desmedidamente optimistas y litigaran de todos modos), esos sujetos se encontrarán generalmente con un problema mayúsculo: nuestros sistemas procesales les exigirán que definan los hechos que afirman como verdaderos sin antes saber si irán a contar con las evidencias suficientes para corroborarlos en la etapa probatoria o, incluso, sin conocer todos aquellos que podrían resultar relevantes. Es decir, les pedirán que actúen a ciegas, definiendo una estrategia procesal incompleta por falta de conocimiento del cuadro fáctico relevante o que podría perecer si los medios de prueba que creían capaces de traer al proceso no eran tales o, existiendo, no contenían la información que estaban necesitando.

Los intentos por solucionar ese problema suelen concentrarse en las reglas de distribución del *onus probandi*. El problema con esos mecanismos, como veremos en breve, es que están fundamentalmente destinados a regular la incertidumbre sobre los hechos dándola por sentada, sin problematizarla ni, en un principio, enfocarse en resolverla. Por ende, si lo que nos interesa es gestar sistemas probatorios que permitan echar luz sobre los hechos, deberíamos enfocarnos más en crear mecanismos que disipen la incertidumbre y menos en las pautas de decisión una vez que ella no tiene remedio.

El *discovery* es, en torno a este problema, la referencia obligada dentro del derecho comparado, en particular de los sistemas procesales del *common law*. Si en nuestros sistemas procesales el estado de equilibrio previo al inicio el juicio es aquel según el cual cada una de las partes carece de incentivos para mostrarle a la otra la información relevante de que disponga (o, del reverso, tienen incentivos para ocultar la información de que dispongan), los sistemas procesales donde existe el mencionado mecanismo tienden a lo contrario: las lleva a “descubrir” todo lo que tienen.¹⁵

ambiental que sólo podría ser captado con precisión en lo inmediato a su producción (los vuelcos en un curso de agua, por caso).

14. Pasado un tiempo de su puesta en marcha, sería interesante conocer los cambios que el mecanismo de la prueba anticipada así diseñado hubiera producido en el efectivo acceso a la evidencia y en los incentivos de las partes por poner a disposición todas las pruebas a las que tengan alcance.
15. Esa afirmación tiene matices según se trate del sistema norteamericano de descubrimiento (que alcanza a todas las evidencias) o el inglés (que está restringido a los documentos y elementos de prueba tangibles).

Los comparatistas enseñan que esa herramienta de descubrimiento es uno de los rasgos distintivos más importante de los sistemas procesales del *common law* en relación con los del *civil law* (Taruffo, 2008, p. 118). Funciona básicamente del siguiente modo.¹⁶ Las partes comienzan el proceso con una breve descripción de sus pretensiones y los hechos en que se apoyan, sin necesidad de especificarlos detalladamente y sin proponer pruebas. Las pruebas se descubren en la etapa que se inicia, llamada *pre-trial* y ocupada en mayor medida por el mecanismo que venimos refiriendo. Éste tiene como función permitirles conocer a las partes qué evidencias tiene su contraria. Las obliga a revelarles (o descubrirles) a sus contrapartes los medios de prueba con que cuentan. Mientras en el proceso inglés el sistema se limita a documentos y elementos de prueba tangibles, en el proceso norteamericano incluye la posibilidad de descubrir todos los medios de prueba relevantes acerca del asunto en disputa (Taruffo, 2008, p. 119). Dada la baja carga postulatoria de los escritos de inicio del proceso, el desarrollo del *discovery* se usa también para que las partes vayan definiendo cuáles son exactamente los hechos relevantes para sostener sus pretensiones y para ir delimitando las pretensiones mismas si eso se mostrara necesario.¹⁷

Las consecuencias de negarse a cumplir una orden de llevar a cabo o permitir el descubrimiento de una prueba son sumamente gravosas. Las *Federal Rules of Civil Procedure* de los EUA prescriben que esa negativa habilita a los tribunales a dictar todas aquellas órdenes que consideren justas, y entre ellas: considerar probados los hechos que buscaban acreditarse; prohibirle a la parte renuente la articulación de ciertas defensas o la presentación de ciertas evidencias; suspender todos los procedimientos posteriores hasta que la orden sea acatada, desestimar el requerimiento o dictar una sentencia en rebeldía contra esa parte; considerar como un desacato al tribunal la negativa en cuestión; aplicar una sanción económica a la parte renuente o a sus abogados.¹⁸

Morigerando las dificultades para acceder a la evidencia, y reduciendo de ese modo la asimetría de información entre las partes, los sistemas que cuentan con herramientas de descubrimiento permiten solucionar buena parte de los problemas que se apuntaron antes: el desaliento en el inicio de litigios y la disparidad táctica de la parte sobre la que en principio recaen las dificultades probatorias. Eso, a la vez, disipa

16. Me apoyo en la descripción sobre su funcionamiento que se hace en Sereni (1958, p. 70-86), Hazard y Taruffo (1993, p. 114-121) y Taruffo (2008, p. 118-120). También puede consultarse, para la justicia federal norteamericana, el Título V de las *Federal Rules of Civil Procedure*, donde el instituto está regulado, en especial la Regla 26 (b).

17. Con eso en vista, Taruffo (2008, p. 120) plantea la siguiente definición: “La *discovery* es, pues, un mecanismo jurídico por medio del cual las partes identifican los hechos y descubren y verifican los medios de prueba por anticipado. Tomando como base esta revelación y el descubrimiento formal o informal de las pruebas, las partes seleccionan los medios de prueba que consideran realmente relevantes y que presentarán en juicio.”

18. Véase la Regla 37 (b) (1) (A) de las *Federal Rules of Civil Procedure*.

otros tipos de costos que es bueno sopesar: económicos (los que deberán afrontar las partes para costear mecanismos alternativos de acceso a la evidencia) e intitucionales (los de tener un sistema de justicia que no garantiza una alta probabilidad de alcanzar resultados correctos) (Allen, 2016, p. 31).

Dichos mecanismos, sin embargo, no están exentos de críticas. Desde la perspectiva económica se destacan los elevados costos en tiempo y dinero que pueden hacer mermar el aprovechamiento de las posibilidades que los mismos brindan.¹⁹ Robert G. Bone (2012) explica que en los EUA las críticas a un descubrimiento amplio (instituido a nivel federal con la reforma de 1938 a las FRCP) comenzaron a surgir en los años 70. Sus defensores, destaca el autor, sostienen que, al reducir la asimetría de información, el sistema mejora la cantidad y calidad de los acuerdos y los resultados de los juicios (en tanto también disminuye el riesgo de error en la determinación de los hechos), así como los incentivos para litigar y para cumplir con el derecho sustantivo. Los detractores, en cambio, señalan los elevados costos que el descubrimiento genera, en particular cuando se hace un uso excesivo (más allá del punto en que el beneficio marginal es igual al costo marginal) o abusivo (dirigido -no a obtener información sino- a obtener una ventaja estratégica con la amenaza de imposición de costos) de la herramienta.²⁰

La experiencia de los sistemas comparados, los beneficios y los perjuicios que en ellos se detectan, resultan cruciales al momento de diseñar e implementar mecanismos de descubrimiento, oportunidad para buscar aplacar lo más posible los efectos indeseados y fortalecer los deseados.

Ahora bien, todo lo que acabo de decir tiene dos propósitos. Uno, mostrar los incentivos que generan nuestros sistemas procesales al omitir regular mecanismos de acceso a la evidencia, en especial en conflictos donde suelen presentarse dificultades probatorias. Otro, destacar algo que el auditorio ya sabe: que eso no es una fatalidad y que puede resolverse a nivel legislativo, alterando dicho esquema hacia uno más virtuoso.

Si coincidimos al afirmar que la verdad de los hechos debe ser un objetivo perseguido por los sistemas de justicia (especialmente) en los casos de interés público, podemos sostener que nuestros sistemas procesales deberían comenzar a prestar mayor atención a la preparación de los casos, y en particular a los mecanismos que permiten acceder a las evidencias relevantes, modificando la estructura de incentivos

19. Sobre los costos del *discovery* y sus beneficios asociados véase Allen (2016, p. 30-31) y, especialmente, Bone (2012).

20. Una investigación del *Federal Judicial Center* publicada en 1997 (Willging, et. al., 1997), citada por Bone (2012, ap. 3), muestra que el *discovery* irrogó la mitad del total de costos en el 85% de los casos analizados, mientras que en el 5% de los procesos más costosos, el descubrimiento llegó a explicar el 90% de los costos. Uno de los hallazgos de la investigación indica que los altos costos en el *discovery* fueron más propensos en los casos más complejos, controvertidos o con intereses más importantes en juego (Willging, et. al., 1997, p. 2), todo lo cual invitaría al abuso estratégico de la herramienta.

que tiende al ocultamiento de la información. Con eso disminuiríamos en la puerta de acceso al proceso la brecha de poder entre la parte que tiene un acceso irrestricto a toda la evidencia y aquella que depende de la primera para acceder a los elementos de prueba.

Claro que el *discovery* es una entre un amplio abanico de posibilidades, tan amplio como amplia sea nuestra capacidad creativa. Algunas, incluso, ya están reguladas en algunos países, como las acciones autónomas con el objeto de acceder a la información pública, que obligan al Estado brindarla con amplitud.²¹

III. 2. Carga de la prueba. Las reglas de la carga de la prueba cumplen una doble función: son reglas de juicio y son reglas de distribución del riesgo probatorio. Según su enunciación corriente, a cada parte le corresponde la carga de probar los hechos que sirven de presupuesto a la norma que prescribe el efecto jurídico perseguido por ella, cualquiera que sea su posición procesal.²²

Como reglas de juicio, regulan el modo en que deberían decidir los jueces ante situaciones de incertidumbre, cuando un hecho no estuviera lo suficientemente probado.²³ En ese sentido (denominado objetivo por la doctrina continental, en especial por Rosemberg), tienen como función principal superar el *non liquet*, indicando a los jueces cómo deben decidir respecto a los hechos cuya concurrencia no estuviera suficientemente sustentada en evidencias, cuando «no está claro» el conjunto de elementos fácticos alegados para sustentar una pretensión (Prütting, 2010, p. 462).²⁴

Como reglas de distribución del riesgo probatorio, señalan quien pierde cuando un hecho no se encuentra probado y, por lo tanto, quien tiene interés (y quien *en principio* no) en probarlo.²⁵ Mientras la función anterior se manifiesta en el momento final del proceso, el de la decisión sobre los hechos probados, ésta lo hace antes, en el

21. En Argentina puede citarse la Ley nº 27.275, que regula con amplitud el Derecho de Acceso a la Información Pública y establece diversas vías de reclamo de la información cuando es denegada, lo que incluye la vía judicial (véase el Capítulo III de la norma, y en especial su artículo 14).

22. Véase, por ejemplo, Echandía, 1970, p. 490.

23. Ante la incertidumbre, explica Taruffo (2008, p. 146), se tratan los hechos *como si* se hubiera probado su inexistencia. Para el proceso el hecho no probado no existe, aunque existiera.

24. Taruffo (2008, p. 146) lo explica así: “[S]i no se ha probado un hecho principal el tribunal no puede decidir mediante la aplicación de la norma sustantiva a los hechos en litigio, a falta de la condición fáctica necesaria para la aplicación apropiada de una regla así. Por consiguiente, el tribunal necesita aplicar un criterio jurídico diferente para resolver el caso: ese criterio jurídico es el principio de la «carga de la prueba».”

25. Digo que «*en principio* no» porque si lo pensamos desde una perspectiva estrictamente táctica nos vemos llamados a precisar la afirmación. Es difícil decir que una parte, por más que no tenga la carga de probar un hecho, no tenga interés en absoluto en producir evidencia en torno a él. Si dispusiera de pruebas que pudieran demostrar que ese hecho es falso, y eso dejase huérfana de sustento a la pretensión de su contraria, claro que estaría interesada en aportarlas, digan lo que digan las reglas de la carga de la prueba. De hecho cualquier litigante diligente lo haría. Lo que definitivamente no le interesa es que se produzcan pruebas que afirmen la veracidad de ese hecho.

momento de producir el conjunto de evidencias ofrecidas por las partes, estableciendo cierto esquema de incentivos sobre su conducta probatoria.

Ese esquema de incentivos es el que nos interesa aquí. Como vimos, promueve que las partes sólo aporten aquellas evidencias que estén dirigidas a probar sus defensas o, en todo caso, la falsedad de los hechos en que se basan las defensas de la contraria.

Ante la gravedad del incumplimiento de esa carga, el tener por no probado (y *como si fuera falso*) un hecho porque la parte interesada no aportó la prueba suficiente, la doctrina ha puesto el ojo en las situaciones de marcada disparidad entre las partes en el acceso a los elementos probatorios. Se ha observado que aplicar la regla así delineada podría llevarnos a resultados sumamente injustos en los cuales el contenido de las sentencias no haga otra cosa que consolidar las desventajas iniciales en el acceso a la evidencia, aún en los supuestos en los cuales el hecho afirmado por la parte que no dispone de la evidencia para sustentarlo sea verdadero.

Ronald Allen (2014, p. 202-203) señala que la función de las reglas de la carga de la prueba cambia radicalmente entre un sistema con mecanismo de descubrimiento previo al juicio y un sistema que no lo tiene. En un sistema con mecanismo de descubrimiento, afirma, esas reglas no deberían resultar importantes. La única situación en la que lo serían, sostiene, es cuando no hubiera disponible, para ninguna de las partes, evidencia suficiente sobre los hechos relevantes del caso; en esos supuestos perderá quien tenga la carga de producirla. En contraste, en los sistemas sin esos mecanismos tales reglas se vuelven críticamente importantes.

En los sistemas sin mecanismos de descubrimiento, como es común en los continentales, las reglas de la carga de la prueba son los únicos dispositivos que podrían, eventualmente, morigerar el reflejo de aquella disparidad sobre el resultado final del proceso, la sentencia.

Es posible identificar, desde el plano conceptual, dos tipos de posturas para resolver este problema. Una indica que para este tipo de procesos se debería redistribuir el *onus probandi*, depositando la carga de la prueba en la parte que esté en mejores condiciones de probar. Lo que deberá probar esa parte es la falsedad de la proposición afirmada por su contraria, pero si se mantiene el estado de incertidumbre la misma será tenida como verdadera, al contrario de lo que sucedería con la aplicación de la regla estándar. Otra postura indica que la regla sobre el *onus probandi* debe sostenerse pero que conviene colocar un deber de colaboración sobre la parte mejor posicionada, de modo que si no aporta la evidencia de que dispone eso pueda utilizarse como un indicio a favor de la verdad de los hechos que hubieran sido probados por las evidencias no aportadas. No se le pide que sea ella la que supere el estado de incertidumbre, sino que aporte las evidencias que tenga.²⁶

26. Por una descripción de esas posiciones y de sus consecuencias en el sistema probatorio véase Giannini, 2010 y 2016.

Entre ambas alternativas, la segunda tiene más posibilidades de ser conciliada con el objetivo institucional de averiguación de la verdad.²⁷ La simple inversión de la carga de la prueba puede llevar a situaciones igual de injustas y alejadas de la verdad que su asignación estándar: muchas veces un hecho es falso pero la prueba de su falsedad es tan difícil como la prueba de su hipotética veracidad; y muchas veces la falsedad de un hecho (lo sea o no) no llega a quedar demostrada por más que la parte interesada despliegue sus máximos esfuerzos probatorios para lograrlo. Al fin de cuentas, es bien diferente estar en mejores condiciones de aportar ciertas pruebas que estar en condiciones de probar la verdad o falsedad de ciertos hechos.

La opción alternativa, que establece deberes de colaboración, morigerará estas críticas. La parte sobre la que recae debe aportar las evidencias de que dispone, pero eso no le implica que deba probar la falsedad del hecho alegado por su contraparte, ni que más allá de ese aporte deba hacer esfuerzos que no están a su alcance. Si bien ambas posturas suponen la incertidumbre, la primera es propensa a la adopción de decisiones contraepistémicas, mientras que la segunda promueve la ampliación del acervo probatorio sin llegar a ese extremo.

Es decir, ante la ausencia de un mecanismo de descubrimiento que permita un acceso cabal a todas las pruebas disponibles, la introducción de deberes de colaboración podría servir a mejorar el conocimiento de los hechos. Si se considera a la verdad como un objetivo valioso, el punto óptimo en un sistema probatorio será aquel en el cual ambas partes tengan incentivos para aportar todas las evidencias de que dispongan, prescindiendo de adoptar como posición procesal la mera negación de los hechos alegados por la parte actora; y, a la vez, habrán de evitarse aquellas opciones que tiendan a permitir que los jueces tengan por probados hechos sobre los cuales no existieran indicios lo suficientemente aptos para sustentar la concurrencia de los mismos.

Ahora bien, para que la potencialidad de una regla de ese tipo se explote del todo resulta fundamental lograr que sea suficientemente conocida por las partes desde el primer momento del juicio. Sólo de ese modo logrará modificar el esquema de incentivos sobre el que las partes efectivamente actúan y, a través suyo, el grado de información que éstas estarán dispuestas (o incentivadas) a incorporar al debate. Lo cual, a su vez, contribuye a solucionar la tensión entre el interés privado de las partes de no aportar la evidencia que pueda perjudicarlas con el interés social de alcanzar la verdad en los LIP y obtener información valiosa para toda la ciudadanía.

Una opción alternativa, aplicable a nivel legislativo para resolver ciertos casos, es la introducción de presunciones *iuris tantum*. Esas presunciones juegan un papel muy relevante en la definición de la carga de la prueba.²⁸ Son normas según las cuales

27. En ese sentido, véase Giannini, 2010 y 2016.

28. No así las llamadas *iure et de iure* ni las *hominis*. Las presunciones *iure et de iure* son reglas de derecho sustantivo según las cuales, probado un hecho base, el hecho presumido debe ser considerado

probado un hecho base (HB) debe ser considerado probado otro hecho, el presunto (HP), a menos que se pruebe que este último es falso (o, ante de eso, que lo es el hecho base); constituyen lo que la doctrina ha llamado una «verdad provisional». Entonces, la parte que *a priori* tendría la carga de probar el HP, fundamento de su pretensión, pasa a tener la carga de probar el HB. Mientras que la parte que *a priori* no tendría la carga de probar el HP, pasa a tener la carga de probar su falsedad (es decir no-HP) si, y sólo si, antes se hubiera probado el HB. En otras palabras, la existencia de una norma estableciendo una presunción *iuris tantum* tiene, a nivel probatorio, dos efectos: modifica el hecho a probar por la parte actora (en vez de probar el HP le basta con probar el HB) y traslada la carga de la prueba a la parte demandada (que tiene que probar no-HP o, antes de eso, no-HB).

CONCLUSIONES

1. El Litigio de Interés Público tiene una serie de obstáculos epistémicos que son característicos de los casos que suelen plantearse a través de esa práctica y que se terminan de configurar con el diseño de los sistemas procesales continentales.

2. El Análisis Económico del Derecho da herramientas y promueve el análisis de las estructuras de incentivos que configuran nuestros sistemas legales y su propensión al logro de determinados objetivos. En los casos de LIP nuestros sistemas probatorios deberían estar configurados de modo de que propicien la producción del mayor caudal de información relevante, por lo menos por cuatro motivos: para fortalecer la legitimidad de la función judicial, para mejorar el acceso a la justicia, para ampliar el efecto disuasivo de las normas y para promover la producción de mayor cantidad de información pública.

3. Las reglas sobre el acceso a la evidencia y las referidas a la carga de la prueba tienen una influencia decisiva en el esquema de incentivos del sistema probatorio sobre la conducta de las partes en torno a la prueba de los hechos. Por eso, vale la pena estudiarlos bajo ese foco.

4. Los sistemas procesales continentales no suelen establecer mecanismos de acceso a la evidencia de modo previo al juicio que les permita a las partes hacerse de la evidencia que no está en sus manos o a su alcance antes de eso, en especial de aquella que está en las manos o al alcance de la que será su contraparte. En ese contexto, las dificultades probatorias tienden a trasladarse al seno del proceso. Los intentos por solucionar ese problema suelen concentrarse en las reglas de distribución del *onus*

verdadero. Al no dar lugar a refutaciones, tampoco da lugar al problema de la carga de la prueba. Las presunciones *hominis*, por su parte, consisten en un razonamiento por el cual los jueces sostienen que en virtud de ciertos hechos probados puede inferirse otro hecho, el presunto. Por el momento en que aparecen (el de la decisión) y por su naturaleza (un razonamiento y no una norma) tampoco inciden sobre las reglas que distribuyen la carga de la prueba.

probandi, que están fundamentalmente destinados a regular la incertidumbre sobre los hechos dándola por sentada.

Sin embargo, si coincidimos al afirmar que la verdad de los hechos debe ser un objetivo perseguido por los sistemas de justicia (especialmente) en los casos de interés público, deberíamos tender a que nuestros sistemas procesales presten mayor atención a la preparación de los casos, y en particular a los mecanismos que permiten acceder a las evidencias relevantes, modificando la estructura de incentivos que tiende al ocultamiento de la información.

5. Las reglas de la carga de la prueba, por su parte, cumplen una doble función: son reglas de juicio y son reglas de distribución del riesgo probatorio. Como reglas de distribución, señalan quien pierde cuando un hecho no se encuentra probado y, por lo tanto, quien tiene interés (y quien *en principio* no) en probarlo. En su configuración estándar, promueve que las partes sólo aporten aquellas evidencias que estén dirigidas a probar sus defensas o, en todo caso, la falsedad de los hechos en que se basan las defensas de la contraria.

Es recomendable, sin embargo, introducir deberes de colaboración que alteren esa estructura para los casos, como los de LIP, en los que existen dificultades probatorias. El punto óptimo será aquel según el cual ambas partes tengan incentivos para aportar todas las evidencias de que dispongan, prescindiendo de adoptar como posición procesal la mera negación de los hechos alegados por la parte actora.

BIBLIOGRAFÍA

- ALLEN, Ronald (2014), “Burdens of proof”, en *Law, Probability and Risk* (2014) 13, Oxford University Press, pp. 195-219.
- _____ (2016), “Los peligros en la investigación en derecho comparado”, en Ferrer Beltrán y Vázquez [coeds.], *Debatiendo con Taruffo*, Marcial Pons.
- BONE, Robert G. (2012), “Discovery”, en Sanchirico [Ed.], *Procedural Law and Economics*, Edward Elgar.
- COOTER, Robert D. y ULEN, Thomas S. (2000), *Law and economics*, Addison Wesley Longman, third edition.
- ECHANDÍA, Hernando Devis (1970), *Teoría General de la Prueba Judicial*, Tomo I, Buenos Aires: Zavalía.
- FERRAJOLI, Luigi (2013), *Las fuentes de legitimidad de la jurisdicción*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM e Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, traducción de Miguel Carbonell
- FERRER BELTRÁN, Jordi (2007), *La valoración racional de la prueba*, Marcial Pons.
- FISS, Owen (2007), *El derecho como razón pública*, Marcial Pons, traducción de Esteban Restrepo Saldarriaga.
- FULLER, Lon L. (1978), “The forms and limits of adjudication”, en *Harvard Law Review*, vol. 92, num. 2, pp. 353-409.
- GALANTER, Marc (1974), “Why the ‘Haves’ Come out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change”, en *Law & Society Review*, Vol. 9, No. 1, pp. 95-160.

- GIANNINI, Leandro J. (2010), "Principio de colaboración y carga dinámica de la prueba (una distinción necesaria)", en *Diario La Ley* 2010-F-1136.
- _____ (2016), "Principio de colaboración y 'carga dinámica de la prueba' en el Código Civil y Comercial", en *Diario La Ley*, 2016-F.
- HAZARD, Geoffrey C. y TARUFFO, Michele (1993), *American Civil Procedure. An Introduction*, Yale University Press.
- KOROBKIN, Russel B. y ULEN, Thomas S. (2000), "Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics", en *California Law Review*, Vol. 88, Issue 4, pp. 1050-1144.
- PAPAYANNIS, Diego M. (2009), *Fundamentos económicos de la responsabilidad extracontractual*, Ad-Hoc: Buenos Aires.
- POSNER, Richard A. (1975), "The Economic Approach to Law", en *Texas Law Review*, Vol. 53, pp. 757-782.
- _____ (1999), "An Economic Approach to the Law of Evidence", en *Stanford Law Review*, Vol. 51, pp. 1477-1546.
- SERENI, Ángel Piero (1958), *El proceso civil en los Estados Unidos*, Editorial EJE: Buenos Aires, traducción de Santiago Sentís Melendo.
- SHAVELL, Steven (2016), *Fundamentos del análisis económico del Derecho*, Editorial Universitaria Ramón Areces: Madrid, traducción de Yanna G. Franco.
- STORDEUR, Eduardo (2011), *Análisis Económico del Derecho. Una Introducción*, Abeledo Perrot: Buenos Aires.
- TARUFFO, Michele (2008), *La prueba*, Marcial Pons.
- _____ (2009), *Páginas sobre la justicia civil*, Marcial Pons: Madrid – Barcelona.
- _____ (2011), *La prueba de los hechos*. Trotta, cuarta edición.
- VERBIC, Francisco (2014), "Un nuevo proceso para conflictos de interés público", *Revista La Ley*, 12/11/2014, AR/DOC/3251/2014.
- UCIN, María Carlota (2011), *La tutela de los derechos sociales. El proceso colectivo como alternativa procesal*, Librería Editora Platense.
- _____ (2017), "Litigio de interés público", en *Economía - Revista en Cultura de la Legalidad*, número 12, Universidad Carlos III de Madrid: Madrid, pp. 246-255.
- WILLIGING, Thomas E., SHAPARD, John, STIENSTRA, Donna, MILETICH, Dean (1997), *Discovery and disclosure practice, problemas and proposals for change: a case-based national survey of Counsel in Closed Federal Civil Cases*, Federal Judicial Center.



Supreme Courts' jurisprudence as a dispute avoidance mechanism?

Valentina Capasso

Currently enrolled in a Joint PhD in Civil Procedure at Università degli Studi di Napoli Federico II and Université Jean Moulin Lyon 3, she graduated *summa cum laude* at Università degli Studi di Napoli Federico II, by discussing a thesis in Civil Procedure about *La saisine pour avis de la Cour de cassation*, in a comparative perspective between Italy and France. Her research focuses on Supreme Courts, precedents, economic analysis of process, arbitration and construction disputes.

This article is the product of a visiting research period carried out at Equipe Louis Josserand of the Ecole doctorale de Droit ED492 (Lyon), funded by Università degli Studi di Napoli Federico II's Programma di scambi internazionali con Università e Istituti di Ricerca Stranieri per a Mobilità di breve durata di Docenti, Studiosi e Ricercatori.

Abstract: Starting from a comparative and economic perspective, this article aims to assess the efficiency of recent reforms of civil procedure, especially focusing on Italian and French experiences.

On the one hand, it underlines that convergences in European Countries regulatory actions in the field should not be overestimated: even equal reforms may end up with different outcomes, because of differences in the starting backgrounds (whether economical or cultural).

On the other hand, it casts doubts about the effectiveness of regulations imposing ADR mechanisms as a pre-condition to legal proceedings or providing for appeals selection: as Positive Law and Economics shows, mandatory mediation or conciliation

is unlikely to overcome parties cognitive bias, while side effects brought by skimming mechanisms may undermine their benefits.

Rather, starting from the assumption that parties estimates of the process outcome strongly affect their choice between settlement and litigation, it is suggested that Supreme Courts jurisprudence plays a fundamental role in determining incoming flows, and that its inconsistency increases demand inflation.

Keywords: Alternative Dispute Resolution mechanisms – Economic analysis of process – *Nomofilachia* – *Stare decisis* – Supreme Courts

Abbreviations

Cons. Stato – Italian *Consiglio di Stato*

c.p.c. – Italian *Codice di procedura civile*

CPC – French *Code de procédure civile*

c.p.p. – Italian *Codice di procedura penale*

CPP – French *Code de procédure pénale*

CPR – United Kingdom Civil Procedure Rules

COJ – French *Code de l'organisation judiciaire*

ECHR – European Convention on Human Rights

FRCP – United States Federal Rules of Civil Procedure

Loi J21 – French *Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle*

ord. giud. – Italian *Ordinamento giudiziario* (R.D. 30 gennaio 1941, n. 12)

SC - Supreme Court

SDER – *Service de documentation, des études et du rapport* (at French *Cour de cassation*)

UKSC Rules – United Kingdom Supreme Court Rules

ZPO – German *Zivilprozessordnung*

Contents

I. Convergent solutions, divergent outcomes

II. Brief notes on economic analysis of law: rational choice, bounded heuristics and cognitive bias

III. ADR mechanisms as preconditions to litigation

IV. Appeals selection: general remarks

V. First appeal

VI. Further appeal to the Supreme Court

VII. *Stare decisis* or *nomofilachia preventiva*?

VIII. Conclusions

I. CONVERGENT SOLUTIONS, DIVERGENT OUTCOMES

Convergences have long been pointed out in the regulatory actions taken by European (and not only) countries in order to contain costs and (more often) length of legal proceedings¹.

Limiting the field of investigation to Italy and France, the tendency – in both cases – is to focus on ADR mechanisms to divert the demand (upstream) and on so-called filters to appeals in order to expel proceedings started from the judicial circuit (downstream). Notwithstanding the fact the second has so far adopted a globally *less defensive* approach, Italian proceedings may take twice or three times as much as French ones². It is therefore not surprising that, according to World Bank's ranking in terms of enforcing contracts, France and Italy occupy the 15th and 108th place respectively, despite their global positioning in not so wide apart (respectively, 31st and 46th place)³.

The question thus arises as to the reasons of such a gap, but the answer is equally natural: there is no “one-fits-all solution”, so that regulations successfully taken abroad *must work* in Italy too.

Such a conclusion appears even more valid with reference to the phenomenon at stake, which is affected by a large number of intertwined variables, whose different starting consistency and interaction can explain outcomes deviations, even when following similar reforms.

In spite of these considerations, however, justice is perceived to be in crisis in *both* Countries; and their common basic model of Court of Cassation could arguably be the key to understand why.

1. Suffice here to mention the papers collected in A.A.S. Zuckerman (ed.), *Civil Justice in Crisis*, (Oxford: Oxford University Press, 1999).

2. See, for Italy, Corte Suprema di Cassazione - Ufficio di Statistica, *La cassazione civile. Annuario statistico 2017*, 10 gennaio 2018, p. 44 http://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/ANNUARIO_CIVILE_2017.pdf, and Ministero della giustizia, https://giustizia.it/giustizia/it/mg_1_14_1.page?facetNode_1=0_10_37&contentId=SST1263302&previousPage=mg_1_14; for France, Cour de Cassation, *Rapport annuel 2017*, https://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_2017_8791/livre_4_activite_cour_8816/i_activite_jurisdictionnelle_8817/bis_donnees_statistiques_8840/1_activite_generale_8841/delai_contentieux_39620.html and Ministère de la Justice, *Les chiffres-clés de la Justice 2018*, p. 11, http://www.justice.gouv.fr/art_pix/justice-chiffres-cles-2018.pdf, last accessed on 01.11.2018.

3. Source: <http://www.doingbusiness.org/en/rankings>, last accessed on 01.11.2018.

In particular, while a review of the measures so far introduced (or suggested to be introduced) under the economic analysis of the process casts doubts about their efficacy, it is suggested that one of the main causes of justice demand inflation is SCs' inability to fulfil a nomophylactic function.

II. BRIEF NOTES ON ECONOMIC ANALYSIS OF LAW: RATIONAL CHOICE, BOUNDED HEURISTICS AND COGNITIVE BIAS

The analysis of the effectiveness of legislative interventions aimed at reducing the demand flow cannot overlook a brief introduction to the mechanisms governing parties choices according to the Positive Law And Economics.

In principle⁴, the decision-making process behind the determination of a subject to become a plaintiff (P) in judgment, can be expressed with the elementary equation:

$$\text{probability of winning} \times \text{monetary value of the judgement} - \text{costs} = \text{reservation price P}$$

Specularly, the defendant (D), who has to decide whether to resist or not in Court, will calculate:

$$\text{probability of losing} \times \text{monetary value of the judgement} + \text{costs} = \text{reservation price D}$$

where reservation price P indicates, at the same time, what the plaintiff expects to gain from a judgment in his/her favour, but also the minimum sum that s/he would be willing to accept in order to settle the case; while reservation price D represents the value of the hypothetical unsuccessfulness for the defendant and, therefore, the maximum amount s/he would be willing to offer so that the plaintiff would give up the action⁵. Assuming that the transaction costs are null, it is therefore apparent that a transaction will only be possible⁶ if

$$\text{reservation price D} - \text{reservation price P} > 0$$

The difference between the two reservation prices is called settlement surplus, while the range of distribution possibilities is indicated as settlement range⁷.

Since the monetary value of the judgement is mostly given (as it depends on the value of the claim), and starting from the assumption that parties are able to assess their *chances* at trial, it would seem logical to infer that «[a]nything that reduces the plaintiff's minimum offer or increases the defendant's maximum offer, such as an

4. But see S. Shavell, *SUIT VERSUS SETTLEMENT WHEN PARTIES SEEK NONMONETARY JUDGMENTS*, *The Journal of Legal Studies*, p. 2 (1993), for cases in which the *petitum* is other than a sum of money.
5. R.A. Posner, *AN ECONOMIC APPROACH TO LEGAL PROCEDURE AND JUDICIAL ADMINISTRATION*, *The Journal of Legal Studies*, pp. 417 et seq (1973); R.G. Bone, *CIVIL PROCEDURE: THE ECONOMICS OF CIVIL PROCEDURE*, pp. 34 e 74 (New York: Thomson West, 2003).
6. R.A. Posner, *supra* note 5, p. 417.
7. R.G. Bone, *supra* note 5, p. 74.

increase in the parties' litigation expenditures relative to their settlement costs, will reduce the likelihood of litigation»⁸.

In short, rising litigation costs would seem to be the easier and – arguably – most effective way to push the parties towards an out-of-court settlement. But, apart from the fact that any excessive increase of Court fees and sanctions would contrast with the right to access to justice, the result might not be so obvious.

In fact, the mathematical formulas, however correct, can nothing when inputs are flawed; so, they must be supplemented by taking into consideration the biases and cognitive limits that can affect parties' behaviour⁹. More specifically, the effects of a cost variation may be voided by any event or information that modifies parties' estimate of their probability of winning/losing; and it is pretty sure that «trials will occur when one or both parties miscalculate [their] likely outcome»¹⁰.

Assuming the absence of information asymmetries, this happens when the parties, misinterpreting the information at their disposal, assume divergent expectations about the likely outcome of the trial. Such an estimate can be flawed by default – so-called mutual pessimism – so that parties will be more induced to the transaction, but also by excess – so-called mutual optimism¹¹ –, in which case the settlement surplus is reduced, if not totally erased¹², and so the chances of settling. It seems useful right away to note that divergent expectations are not necessarily due to the real merit of the claim, but rather to the state of the jurisprudence with respect to the specific question.

Furthermore, even if the parties are able to make reliable estimates as to the outcome of the proceedings, it is necessary to take account of the so-called hard bargaining (or strategic bargaining)¹³, which – it is presumed – will be all the more incentivized, the greater the amount of the settlement range. Such a phenomenon is nothing but the translation of the prisoner's dilemma into the field of settlement agreements¹⁴: in short, if both parties were collaborative during the negotiations, the surplus settlement would be allocated in an efficient manner (that is, through a division in equal parts), with maximum gain for the plaintiff and minimum loss for the defendant. On the other hand, if only one of the litigants adopted an aggressive strategy, it would be able to grab a larger share of the surplus: however, since parties do not know their opponent attitude, they will probably both adopt

8. R.A. Posner, *supra* note 5, p. 418.

9. R.G. Bone, *supra* note 5, pp. 103 et seq.

10. R. Korobkin - C. Guthrie, PSYCHOLOGICAL BARRIERS TO LITIGATION SETTLEMENT: AN EXPERIMENTAL APPROACH, Michigan Law Review, p. 109 (1994).

11. Bone R.G., *supra* note 5, p. 85.

12. Bone R.G., *supra* note 5, pp. 87 et seq.

13. R. Korobkin - C. Guthrie, *supra* note 10, pp. 114 et seq.

14. Bone R.G., *supra* note 5, pp. 79 et seq.

aggressive strategies, ending up agreeing on an inefficient allocation of the total amount at stake.

Finally, it should be emphasized that the reasoning synthesized by the two equations is not carried out one-off by the parties, but repeated whenever – following an event of the procedure – they face the alternative whether to keep on or settle. So, if it is true that the new information arising from discovery during the process may lead their expectation come close together, it should also be noted that, as the proceedings go on and the parties sustain the related expenses, the amount already paid will not be included in the new equation: it is the so-called sunk-cost fallacy, a phenomenon that makes a person «continue an endeavor once an investment in money, effort, or time has been made»¹⁵, «often incur[ring] further losses (‘throw good money after bad’) or tak[ing] great risks in order to recover those losses».¹⁶

The consequence is that, paradoxically, if process costs are diluted during its course, the more the proceedings go on... the more it becomes convenient, for the parties, to keep on in turn. This means that, once the system has failed to divert parties from litigation, it is very unlikely that they chose to stop it without exhausting all possible appeals, because, on the one hand, costs will be re-calculated at any stage and, on the other hand, those incurred in the previous phases – if recoverable, as they usually are – will be added to the expected value of the new degree. It is thus possible to understand why even the new mechanisms of «overdeterrence»¹⁷ hardly fulfil their function and even (arguably) *worthless causes* can come up to the SC.

III. ADR MECHANISMS AS PRECONDITIONS TO LITIGATION

The list of distortions is far from being exhausted¹⁸; however, the ones mentioned so far seem enough to carry out an evaluation of the legislatures imposing ADR mechanisms as preconditions to litigation.

Apart from assisted negotiation – introduced in Italy in 2014¹⁹, drawing inspiration, but not enough, from French *procédure participative de négociation assistée par*

15. H.R. Arkes - C. Blumer, *THE PSYCHOLOGY OF SUNK COST*, *Organizational Behavior And Human Decision Processes*, p. 124 (1985); Bone R.G., *supra* note 5, pp. 36 et seq e 91 et seq.

16. S. Issacharoff - G. Loewenstein, *SECOND THOUGHTS ABOUT SUMMARY JUDGMENT*, *The Yale Law Journal*, p. 113 (1990).

17. F. Auletta, *L'IBRIDAZIONE DELL'«AGIRE IN GIUDIZIO»: «TUTELA DEI PROPRI DIRITTI», «AUTONOMA INIZIATIVA [...] DI INTERESSE GENERALE» E PRINCIPI COSTITUZIONALI DI EQUILIBRIO DEL BILANCIO E DI SUSSIDIARIETÀ*, *Giurisprudenza costituzionale*, pp. 1557 et seq (2016).

18. See R. Korobkin - C. Guthrie, *supra* note 10, pp. 107 et seq; R.H. Mnookin, *WHY NEGOTIATIONS FAIL: AN EXPLORATION OF BARRIERS TO THE RESOLUTION OF CONFLICT*, *Ohio State Journal On Dispute Resolution*, p. 235 (1993).

19. Artt. 2 et seq, d.l. 12 settembre 2014, n. 132 (converted by con l. 10 novembre 2014, n. 162); see, *ex multis*, F.P. Luiso, *LA NEGOZIAZIONE ASSISTITA*, *Nuove leggi civili commentate*, pp. 649 et seq (2015);

*avocat*²⁰ – the reference is to mediation, firstly introduced in Italy in 2010²¹ and declined in three forms: voluntary, delegated and mandatory. The latter, although declared unconstitutional (due to an excess of delegation²², but with a judgement that seemed suggesting a certain opposition to the Council as to the use of the mechanism for deflationary purposes²³) was reintroduced in 2013; so, in the cases referred to in art. 5, d.l. 28/2010, a mediation attempt is a precondition for taking legal action, and the inadmissibility due to non-compliance can also be detected by the Court on its own motion.

The same is provided, in France, by art. 4 *Loi J21*, with only reference to cases of «*saisine du tribunal d'instance par déclaration au greffe*», ie for disputes whose value do not exceed € 4,000; in any other cases²⁴, since 2015, any plaintiff before a civil jurisdiction must give account, since the application, of the «*diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable du litige*», unless s/he is able to justify his/her non-compliance because of the urgency or the particular subject at stake²⁵. Such a provision recalls the one envisaged by paragraph 3(c)(d) of the UK Practice Direction – Pre-Action Conduct And Protocols, but, differently from this latter, its violation does not bring any penalty: pursuant to art. 127 CPC, in fact, non compliance only permits the Court to suggest «*une mesure de conciliation ou de médiation*».

However, since any precondition (even when mandatory) cannot bar, but only postpone the starting of a trial, it is unlikely to significantly affect the choice between transaction and litigation.

D. Dalfino, LA PROCEDURA DI NEGOZIAZIONE ASSISTITA DA UNO O PIÙ AVVOCATI, TRA *COLLABORATIVE LAW* E *PROCÉDURE PARTECIPATIVE*, *Foro italiano*, pp. 43 et seq (2015).

20. See C. Silvestri, LA CIRCOLAZIONE NELLO SPAZIO GIUDIZIARIO EUROPEO DEGLI ACCORDI DI NEGOZIAZIONE ASSISTITA IN MATERIA DI SEPARAZIONE DEI CONIUGI, CESSAZIONE DEGLI EFFETTI CIVILI DEL MATRIMONIO, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, pp. 1 et seq (2016); Id., L'ESPERIENZA FRANCESE DELLA « ELASTICITÀ » DEL PROCESSO CIVILE. UN ESEMPIO PER IL LEGISLATORE ITALIANO, *ivi*, pp. 741 et seq (2018).
21. D.lgs. 4 marzo 2010, n. 28; see, among others, M.A. Lupoi, ANCORA SUI RAPPORTI TRA MEDIAZIONE E PROCESSO CIVILE, DOPO LE ULTIME RIFORME, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, pp. 13 et seq (2016); C. Consolo, LA IMPROCRASTINABILE RADICALE RIFORMA DELLA LEGGE-PINTO, LA NUOVA MEDIAZIONE EX D.LGS. N. 28 DEL 2010 E L'ESIGENZA DEL DIALOGO CON IL CONSIGLIO D'EUROPA SUL RAPPORTO FRA REPUBBLICA ITALIANA E ART. 6 CEDU, *Corriere giuridico*, pp. 430 et seq (2010).
22. C. Cost., 6 dicembre 2012, n. 272, *Foro italiano*, pp. 1091 et seq (2013), annotated by R. Romboli; Società, pp. 71 et seq (2013), annotated by F.P. Luiso, L'ECCESSO DI DELEGA DELLA MEDIAZIONE OBBLIGATORIA E LE INCOSTITUZIONALITÀ CONSEQUENZIALI; *Corriere giuridico*, pp. 257 et seq (2013), annotated by I. Pagni, GLI SPAZI E IL RUOLO DELLA MEDIAZIONE DOPO LA SENTENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE 6 DICEMBRE 2012, N. 272.
23. F.P. Luiso, *supra* note 22, p. 80.
24. In addition, art. 7 *Loi J21* introduced an experimental mandatory mediation in family matters, in some jurisdictions.
25. Artt. 56 e 58 CPC, as modified by *Décret n° 2015-282 du 11 mars 2015*.

Of course, it takes away from the parties the *chance* to evaluate the suitability to start negotiations – and to profit from the *jeux de signal* and *jeux de filtrage*²⁶ – and, by postponing the moment of the (always possible) judicial decision, it increases the cost (of time) of the process (which equates to the damage deriving from the unavailability of the amount at stake), making it less attractive; moreover, it is possible that, following the mediator’s proposal, the parties recalculate their *chances* of success²⁷. On the other hand, however, negotiation and mediation usually bring costs too, and the predictive effect of the conciliatory proposal depends on the calculability of the jurisprudence. In addition, and above all, the same cognitive errors that can spoil the (free) choice between the two alternatives may still affect parties’ behaviour when one of the options is (temporarily) unavailable.

Italian art. 13, par. 1, d.l. 28/2010 would seem sharper, since it sets forth – similarly to Rule 68 (d) FRCP – that, when the content of the judgment is exactly the same as the one of the proposal refused by the winning party, this latter cannot recover the expenses s/he incurred after the proposal; furthermore, s/he has to reimburse those incurred by the respondent during the same period, and has to pay an additional sum to the State budget. Such a proviso, indeed, directly affects the costs estimate and, consequently, the rational evaluation of its suitability.

Yet, even in this case, the theory mismatches the practice, that cannot disregard the subjective side of the assessment: as it has been demonstrated with reference to the aforementioned Rule 68 (d), the mechanism tends to increase the settlement rate only when the parties exclusively disagree about the *quantum*, while explaining the opposite effect if the different evaluations concern the *an* and / or the *chances* of success²⁸.

And it is precisely with reference to this last element that the role of appeals is at stake.

IV. APPEALS SELECTION: GENERAL REMARKS

Italy and France share a traditional vision of the process, taken as a whole, as articulated in three degrees: the first judgement may be followed by up to two appeals (the first one historically posed as *novum iudicium*, while the second – to the Court of Cassation – limited to legitimacy). However, the current nightmare of the «reasonable time»²⁹ (art. 6, § 1, ECHR) makes it easy to understand the appeal exercised by foreign

26. See N. Chappe, *LES ENSEIGNEMENTS DE L’ANALYSE ÉCONOMIQUE EN MATIÈRE DE RÉOLUTION AMIABLE DES LITIGES*, *Négociations*, p. 79 (2008); R. Deloche, *TRANSACTION, JUGEMENT ET THÉORIE DES JEUX. ÉVALUATION ET APPLICATION*, *Revue économique*, pp. 977 et seq (2001).

27. N. Chappe, *ECONOMIE ET RÉOLUTION DES LITIGES*, pp. 26-27 (Paris : Economica, 2005).

28. K.E. Spier, *PRETRIAL BARGAINING AND THE DESIGN OF FEE-SHIFTING RULES*, *RAND Journal of Economics*, pp. 197 et seq (1994); v. anche R. Deloche, *supra* note 26, pp. 980 et seq.

29. Recalling G. Verde, *IL PROCESSO SOTTO L’INCUBO DELLA RAGIONEVOLE DURATA*, *Rivista di diritto processuale*, pp. 505 et seq (2011)’s expression.

models – the British system in the first place – which, on the contrary, strongly limit access to appeal degrees.

Anyway, in spite of the long-standing convergences reported in this field as well, any attempt to transplant foreign institutions seems intended to fail, when not coupled with a correct understanding of the original cultural background and with the compatibility assessment of the Country of destination³⁰.

Indeed, concerning the United Kingdom, it should not be forgotten that the principle of proportionality in the use of judicial resources permeates the process from the first degree³¹ while, with reference to the permission to appeal before the SC, the need for efficiency³² is entwined with the traditional deference that appeal judges show to the judgment of the lower courts³³, both in fact³⁴ and in law³⁵. This is apparent from the wording of the UKSC Practice Direction 3.3.3, which states that «[p]ermission to appeal is granted for applications that, in the opinion of the Appeal Panel, raise an arguable point of law of general public importance which ought to be considered by the SC at that time, *bearing in mind that the matter will already have been the subject of judicial decision and may have already been reviewed on appeal*»³⁶.

These consideration may be extended to Germany, where a filter of access to *Revision* is historically rooted, since it existed since the adoption of the ZPO, in 1879; while, when the Parliament decided to establish a barrier to the first appeal, it simultaneously proceeded – *ad instar* of the British system – to reaffirm the centrality of the first degree judgment³⁷.

Apart from these comparative remarks, it should be added, from an economic point of view, that the establishment of an appeals selection mechanism needs to deal with a number of factors. First of all, the idea that, in appellate proceedings, the public interest³⁸ must prevail over the parties', neglects the (social) function of

30. G. Verde, *QUESTIONE GIUSTIZIA*, p. 13 (Torino: Giappichelli, 2013).

31. See CPR 1.1(2)(e). See R. Caponi, *IL PRINCIPIO DI PROPORZIONALITÀ NELLA GIUSTIZIA CIVILE: PRIME NOTE SISTEMATICHE*, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, pp. 389 et seq (2011); J. Sorabji, *ENGLISH CIVIL JUSTICE AFTER THE WOOLF AND JACKSON REFORMS: A CRITICAL ANALYSIS*, pp. 161 et seq (Cambridge: Cambridge University Press, 2014); A. Panzarola, *IL PRINCIPIO DI PROPORZIONALITÀ TRA UTILITARISMO ANGLOSASSONE E CODICI PROCESSUALI ATTUALI*, *Rivista di diritto processuale*, pp. 1459 et seq (2016).

32. See UKSC *Rules* 2(2) e 2(3).

33. S. Dalla Bontà, *CONTRIBUTO ALLO STUDIO DEL FILTRO IN APPELLO*, pp. 17 et seq (Trento: Editoriale Scientifica, 2015).

34. *Smith New Court Securities v. Scrimgeour Vickers* [1996] UKHL 3.

35. *Piglowska v. Piglowski* [1999] UKHL 27.

36. Emphasis added.

37. S. Dalla Bontà, *supra* note 33, pp. 47 et seq.

38. Whether, in general, the efficient distribution of the judicial system scarce resources or, with specific reference to the last degree, the protection of the *ius constitutionis*.

reduction of the «costs of legal error», which constitutes (not the only, but) one of the necessary purposes of the appeal degree³⁹. From this perspective, indeed, the «astuzia» of counting on individual interest – the one of the losing party – in order to achieve, at a higher level, the implementation of the objective law, on which Calamandrei relied⁴⁰, appears to be the happy intuition of the *economic* concept of «effect» or «equilibrium of separation», according to which the most efficient method to check on the correctness of a judgement is to leave to the parties the task of appealing it, if necessary⁴¹.

With more specific reference to intermediate degrees, then, it has been emphasized their ability to perform a dual function for the benefit of the higher Courts: the first – temporary – occurs when a new *échelon juridictionnel* is introduced *ex novo*, because it allows «*un transfert mécanique de charges des juridictions supérieures vers les nouvelles juridictions*», correspondingly relieved of a part of the litigation⁴²; the second – standing – relies on their skimming function with respect to the upper step⁴³. And these considerations should be kept in mind not only before any proposal – whether deemed iconoclastic⁴⁴ or not – to suppress the appeal degree *tout court*, but also before any suggestion to simply limit it. In fact, filter mechanisms risk to *de facto* take away the appeal degree, while failing to achieve the time and cost savings that would result from a *de iure* abolition.

As for the skimming criterion, it has been pointed out that «[s]creening costs will be lower if the criteria are easier to apply by the parties and by the judge»⁴⁵: this would mean, instead of a discretionary parameter (such as the one required by Italian art. 348-*bis* c.p.c.⁴⁶), it would be preferable to limit access according to the value of the dispute; but this solution too is not totally efficient, since «[t]he minimum-amount-in-controversy approach is the equivalent of an infinite filing fee for cases below the minimum and a zero filing fee for cases above it»⁴⁷. This is consistent with the German Illustrative Report accompanying the bill introducing the filter to appeal,

39. R.A. Posner, *ECONOMIC ANALYSIS OF LAW*3, p. 550 (Boston: Wolters Kluwer, 1986); S. Shavell, *THE APPEALS PROCESS AS A MEANS OF ERROR CORRECTION*, *Journal of Legal Studies*, pp. 379 et seq (1995).

40. P. Calamandrei, *LA CASSAZIONE CIVILE*, II, in *Id.*, *OPERE GIURIDICHE*, VII, p. 137 (Napoli: Morano, 1979).

41. S. Shavell, *supra* note 39, pp. 384 et seq; B. Szego, *L'INEFFICIENZA DEGLI APPELLI CIVILI IN ITALIA: REGOLE PROCESSUALI O ALTRO?*, *Mercato concorrenza regole*, p. 285 (2008).

42. J.-M. Belorgey, *LA SITUATION GÉNÉRALE DU TEMPS DES PROCÉDURES DEVANT LES JURIDICTIONS*, in Coulon J.M. - Frison-Roche M.A., *LE TEMPS DANS LA PROCÉDURE*, p. 7 (Paris : Dalloz, 1996).

43. A. Proto Pisani, *IL RICORSO PER CASSAZIONE IN ITALIA*, *Foro italiano*, pp. 188 et seq (2015).

44. M. Cappelletti, *PARERE ICONOCLASTICO SULLA RIFORMA DEL PROCESSO CIVILE ITALIANO*, *Giurisprudenza italiana*, pp. 81 et seq (1969); *Id.*, *DOPPIO GRADO DI GIURISDIZIONE: PARERE ICONOCLASTICO N° 2, O RAZIONALIZZAZIONE DELL'ICONOCLASTIA?*, *ivi*, pp. 1 et seq (1978).

45. M. Barendrecht - K. Bolt - M. de Hoon, *APPEAL PROCEDURES: EVALUATION AND REFORM*, p. 23 (Tilburg: TILEC Discussion Paper DP 2006-031, 2006).

46. See *infra*, paragraph 5.

47. R.A. Posner, *supra* note 39, p. 547.

which highlighted how unreasonable would have been to invariably prevent access to the appeal when the value at stake was below a given amount⁴⁸.

Finally, whatever the chosen criterion, «[I]eave for appeal leads to cost savings only if the number of cases in which appeal is not allowed is sufficiently high to compensate for the extra screening costs»⁴⁹.

If these warnings may be kept in mind while evaluating the efficiency of the selection mechanisms of all kind of appeals, it seems appropriate to analyse the first appeal and the appeal to the Court of cassation separately.

V. FIRST APPEAL

The French legal landscape has so far been lacking real skimming mechanisms: this is certainly true with reference to the civil appeal⁵⁰, although some Authors⁵¹ have deemed to find a sort of filter in the *radiation du rôle* (ex art. 526 CPC), ordered by the Appellate Court when the unsuccessful party has not complied with the first judgement, unless it appears that «*l'exécution serait de nature à entraîner des conséquences manifestement excessives ou que l'appelant est dans l'impossibilité d'exécuter la décision*».

There is no doubt that such a proviso – which inverts the ordinary rule of the suspensive effect of the appeal⁵² – explains a deterrent effect of unmeritorious appeals, that could have otherwise been proposed to mere dilatory purposes; but, apart from the different consequences linked to the striking out of the appeal – given the possibility of *réinscription de l'affaire au rôle* – and to the refusal of grant a *real* permission to appeal, the discretion granted to the judge in the assessment of circumstances that prevent the *radiation* appears qualitatively and quantitatively different from the one that is inherent in the appraisal of the reasonable probability of reversing the first judgement (as required by Italian art. 348-*bis* c.p.c.)⁵³.

48. S. Dalla Bontà, *supra* note 33, p. 49, note 5.

49. M. Barendrecht - K. Bolt - M. de Hoon, *supra* note 45, p. 23.

50. See S. Maffei, L'APPELLO NEL DIRITTO FRANCESE E BELGA, in Cecchella C. (dir.), IL NUOVO APPELLO CIVILE, pp. 345-346 (Bologna: Zanichelli, 2017); S. Dalla Bontà, *supra* note 33, pp. 30 et seq. By contrast, in criminal procedure, art. 186-1 CPP provide for a *non-admission* mechanism, which is applied by Court of appeal's *chambre de l'instruction*.

51. F. Ferrand, L'ÉVOLUTION RÉCENTE DE L'APPEL CIVIL EN DROIT FRANÇAIS, Zeitschrift für Zivilprozess International, p. 59 (2009) ; S. Dalla Bontà, *supra* note 33, p. 36.

52. R. Perrot, LES EFFETS DE L'APPEL EN DROIT FRANÇAIS, in J. van Compernelle - A. Saletti (dir.), LE DOUBLE DEGRÉ DE JURIDICTION, pp. 278 et seq (Bruxelles : Bruylant, 2010). But Ministère de la Justice, *Chantiers de la Justice. Les axes de la réforme*, p. 7 (2018), http://www.justice.gouv.fr/art_pix/dp_chantiers_justice_20180308.pdf, announced its intention to «*reconna[ître] le caractère exécutoire de la décision de première instance pour que les décisions de justice s'exécutent rapidement*».

53. The same is true, *mutatis mutandis*, with reference to art.1009-1 CPC, regulating the *radiation du rôle* in *Cour de cassation* proceedings, when the appeal judgement is not complied with: see

In addition, if it is true that the extreme consequences to which *radiation* can lead (the *pérention de l'instance*⁵⁴, if compliance does not take place within 2 years⁵⁵) risk to undermine the right of defense of the losing parties belonging to the weaker classes⁵⁶, it has also been correctly underlined⁵⁷ that provisional execution is granted at the risk and peril of the party requesting it, as it can be inferred from the fact that art. 517 CPC allows the judge to grant the enforceability upon condition of a guarantee «*suffisante pour répondre de toutes restitutions ou réparations*»⁵⁸. Moreover, Appellate Courts interpretation of the exemption conditions from *radiation* must take into account the jurisprudence of the European Court of Human Rights, in the same way the *Cour de cassation* (before which the *radiation du rôle* has been introduced since 1999) does.

On the other hand, if – as already mentioned – a link must be identified between the conception of the first instance proceedings and the selection of appeals, in the sense that this latter is only admissible (or, in any case, desirable) if the first degree is assigned a central role, one of the reasons behind a past (but unsuccessful) proposal to repeal the suspensive effect of the appeal precisely relied on the fear that otherwise parties would continue to consider the first degree as an «*étape préparatoire, où l'on se met en jambe, sans grande conséquence*», since «*la véritable instance [à] prend[re] au sérieux [aurait été] celle qui se déroulera devant la cour*»⁵⁹.

However, as seen, the suspensive effect stands, so as the opening of the appeal proceedings to the *nova* (art. 563 CPC), who survived the *décret* n°2017-891 du 6 mai 2017, which has instead tightened the devolutive effect of the appeal by modifying art. 561 CPC.

The situation is very different in Italy, and in both respects; but, while the introduction of the provisional enforceability of the first judgement⁶⁰ effectively had positive reverberations (albeit temporary) on the incoming flow, this has not been the case for the ban on the *nova*⁶¹.

G. Canivet, L'ORGANISATION INTERNE DE LA COUR DE CASSATION FAVORISE-T-ELLE L'ÉLABORATION DE SA JURISPRUDENCE?, in N. Molfessis (dir.), LA COUR DE CASSATION ET L'ÉLABORATION DU DROIT, p. 14 (Paris : Economica, 2004).

54. Art. 383, par. 2, CPC.

55. Art. 386 CPC.

56. See, *ex multis*, P. Galliere, LA JUSTICE VICTIME DE LA CHASSE AUX APPELS DILATOIRES, Gazette du Palais, pp. 6 et seq (3 déc. 2005).

57. C. Hugon, LA RADIATION DU RÔLE SANCTIONNANT L'INEXÉCUTION D'UNE DÉCISION JUDICIAIRE : UN NOUVEAU MIROIR AUX ALOUETTES ?, Recueil Dalloz, pp. 1640 et seq (2006).

58. A. Moreau, L'EXÉCUTION PROVISOIRE, UN AVANTAGE DANGEREUX POUR LE CRÉANCIER POURSUIVANT, Recueil Dalloz, p. 524 (2006).

59. R. Perrot, *supra* note 52, pp. 279.

60. Art. 283 c.p.c., as modified by l. 26 novembre 1990, n. 353.

61. B. Szego, *supra* note 41, pp. 297 et seq.

Art. 348-*bis*, par. 1, c.p.c., by contrast, firstly introduced – in the civil process⁶² – the so called *inammissibilità meritale* (ie, based on the merits of the case), by allowing the Appellate Court to declare the appeal non-admissible if it does not have a reasonable probability of success.

Such a mechanism is aimed to expel the undeserving appeals from the queue, so as to allow the Courts of Appeal to dedicate their (scarce) resources to cases in which a reform of the first judgement is more likely⁶³; but it may give rise to perplexities to the extent that it ends up ensuring a rapid definition precisely to (probably) hopeless appeals.

In fact, although such a perspective seems to underestimate the need to protect the unfairly appealed party by stabilizing the judgement's effects, the expectations in the filter could be downsized, if only one consider the parallel between this mechanism and the planning rule known – in the field of the economics applied to engineering – as «shortest operation next»⁶⁴, according to which the operations to be performed are processed in increasing order of duration; in this way, the total working time remains the same, but the individual waiting times are minimized. However, even the studies in the field warn that such a criterion should be used in combination with others⁶⁵, both because it does not necessarily lead to an optimal result, and in order to avoid incurring the so-called starvation, that occurs when «several threads that consist entirely of short jobs and that together present a load large enough to use up the available processors may prevent a long job from ever being run»⁶⁶.

Translating the concept in the field of litigation, the risk is that a generalized application without any corrective measure will end up by the contingencies of unfounded appeals paradoxically leading to an increased waiting time of the meritorious ones.

The point can be illustrated with a trivial example: given two appeals only, where A, proposed first, requires three hearings to be decided, while B (probably unfounded) needs only one hearing, the total time to exhaust both – whatever the order of treatment – will be 4 hearings.

However, following the chronological order, one would graphically have the situation for which

62. But such a category has long been known in criminal procedure: see art. 606, par. 3, c.p.p.

63. M. Pacilli, *L'ABUSO DELL'APPELLO, passim* (Bologna: Bononia University Press, 2015).

64. R.E. Stein, *RE-ENGINEERING THE MANUFACTURING SYSTEM: APPLYING THE THEORY OF CONSTRAINTS*, p. 27 (New York: Palgrave Macmillan, 2003).

65. S.C. Cimorelli – G.Chandler, *CONTROL OF PRODUCTION AND MATERIALS*, in R. Crowson (ed.), *FACTORY OPERATIONS: PLANNING AND INSTRUCTIONAL METHODS*, p. 216 (Boca Raton: Taylor & Francis, 2005).

66. J.H. Saltzer - M.F. Kaashoek, *PRINCIPLES OF COMPUTER SYSTEM DESIGN: AN INTRODUCTION*, p. 355 (Burlington: Morgan Kaufmann, 2009).

Hearing 1	Hearing 2	Hearing 3	Hearing 4
A	A	A	B

so, A would be decided after 3 hearings; B after 4 hearings, with a total waiting time of $3 + 4 = 7$ hearings. The average duration of the proceedings would then be $7/2 = 3.5$ hearings.

Vice versa, by implementing the filter, the order would be

Hearing 1	Hearing 2	Hearing 3	Hearing 4
B	A	A	A

with the consequence that A would be decided after 4 hearings; B after 1 hearing, with a total waiting time of $1 + 4 = 5$ hearings and an average duration of $5/2 = 2.5$ hearings.

In the first case, A's waiting time does not increase, while B suffers a delay of 3 hearings; in the second, it is only A who has to wait for a hearing more than necessary; and these data, together with those related to the average duration in the two cases, should clearly point to the solution that adopts the filter. However, this kind of reasoning in numerical terms only appears possible if the two appeals are both considered worthy of the same use of public resources; by contrast, if, as it is argued, the skimming mechanism rest on a judgment of (dis)value expressed by the law in relation to abusive appeals, it appears contradictory that their removal is accomplished at *the others* expenses.

In truth, the problem is softened by the applicability, even on appeal, of the decision model set forth by art. 281-*sexies* c.p.c.⁶⁷, that *theoretically* (ie: provided that the judge has full knowledge of the file since the first hearing) allows, since 2011, a quick definition of the causes with a clear outcome (whether affirming or vacating the previous judgement); but then, there would be all the appeals that cannot be exhausted in a single hearing to be postponed, regardless of their seniority and of the merit of the arguments. And with respect to them, as long as the hearing schedule is organized according to the parallel work method⁶⁸, there seem to be no possible alternatives.

VI. FURTHER APPEAL TO THE SUPREME COURT

Contrary to appeal, the *Cour de cassation* has historically known mechanisms for the selection of appeals⁶⁹, albeit always more or less unsuccessful: suffice here to say that the *chambre des requêtes*⁷⁰, although established – in 1790 – to

67. Art. 350, last par., c.p.c..

68. On the suitability of sequential work, see D. Coviello - A. Ichino - N. Persico, TIME ALLOCATION AND TASK JUGGLING, *American Economic Review*, pp. 609 et seq (2014).

69. V. G. Canivet, *supra* note 53, pp. 3 et seq e 13 et seq.

70. For further information, see SDER, LA CHAMBRE DES REQUÊTES (CRÉATION, ÉVOLUTION, SUPPRESSION), (2016), https://www.courdecassation.fr/IMG/54_SDER_Chambre_requetes_1116.pdf, last accessed on 01.11.2018.

regulate the flood of appeals by checking in advance their (sole) admissibility, often ended up carrying out a thorough examination of the merit of the grievance⁷¹. The consequence was that any appeal that overcame the first (expensive) screening was then subject to the new (double) review of the *Chambre* in charge of the decision.

If the foregoing makes clear the reasons of suppression of the *chambre des requêtes* in 1947, it should be noted that the mechanism has to some extent been taken over by the so-called *non-admission des pourvois*⁷², which entrusts to a 3-judges panel (*formation restreinte*) the task of declaring the inadmissibility of the «*pourvois irrecevables ou non fondés sur un moyen sérieux de cassation*». With a corrective, however: the *formation restreinte*, in fact, is endowed with the power of «*statu[er] lorsque la solution du pourvoi s'impos[ait]*» (art. 131-6 COJ⁷³). This may explain the – initial – limited success of the mechanism, that led to an average one-month reduction of the definition time during 2002-2003; but the time savings have progressively decreased, to settle down, from 2007 onwards, around -0.2 / -0.5 months⁷⁴, probably because, even this time,

[c]ontrairement à une idée parfois répandue, la procédure de non-admission n'est pas un mécanisme de filtrage des pourvois qui priverait les parties du droit d'accéder à une formation juridictionnelle. Elle n'est pas, non plus, un mécanisme d'examen sommaire et rapide des dossiers. En réalité, l'instruction d'une affaire, qui se solde par une décision de non-admission, ne diffère pas de celle d'une affaire achevée par un arrêt motivé⁷⁵.

In the light of these very humble results – which confirm that a selection mechanism is only suitable if applicable to a large portion of the total claims – it is difficult to agree with the recent proposal by the *Cour de cassation*, which, in advancing the introduction of a *filtrage des pourvois*, has put forth the idea of entrusting the skimming to a restricted panel set up within the same *Chambre* at whose hearing the appeals bypassing the filter should be remitted.

In fact, despite the editors of the *étude d'impact* seem to be well aware of the drifts of the *chambre des requêtes* (as they were in 2017, when the SDER stressed

71. A. Lacabarats, LE MOYEN SÉRIEUX, gennaio 2010, in www.courdecassation.fr; S. Sonelli, L'ACCESSO ALLA CORTE SUPREMA E L'AMBITO DEL SUO SINDACATO, p. 148 (Torino: Giappichelli, 2001).

72. Introduced by *Loi organique n° 2001-539 du 25 juin 2001*.

73. After the repealing of art. 131-6 COJ by *Ordonnance n°2006-673 du 8 juin 2006*, see, nowadays, art. 1004 CPC.

74. J.-M. Sommer - B. Munoz-Perez, DIX ANS DE NON-ADMISSION DEVANT LES CHAMBRES CIVILES DE LA COUR DE CASSATION (2002-2012), p. 28 (2014), https://www.courdecassation.fr/IMG///10ansdeNAdevant_leschambrescivilesCC_140307.pdf last accessed on 01.11.2018.

75. V. Vigneau, LE RÉGIME DE LA NON-ADMISSION DES POURVOIS DEVANT LA COUR DE CASSATION, Recueil Dalloz, p. 103 (2010).

that «*la procédure dite de “non-admission” n’est pas un mode de filtrage*»⁷⁶), they inexplicably connect the risk of a *déjà-vu* only to the hypothetical constitution of a special chamber⁷⁷. Quite the opposite, it is apparent that the danger of a double check arises *whenever* the skimming formation is not also the one judging on the appeals that overcome the screening: and this, according to the same Commission’s estimates, would occur in little less than half of the cases.

Indeed, the Commission identifies a «*socle minimum*» of appeals that would be predictably intercepted (54.5% of the total) by the filter, by simply adding data related to those presently given up by the *plaideur* following the denial of the benefit of the *aide juridictionnelle* (already linked to an estimate on the *presentation of moyens de cassation sérieux*)⁷⁸ to the number of the current rulings of inadmissibility and manifest groundlessness pronounced with *rejet non spécialement motivé*, of inadmissibility *tout court* and rejection «*spécialement motivé [mais] qui ne donnent pas lieu à publication parce qu’elles ne présentent pas d’intérêt normatif*».

Of course, the calculation should ideally include even those cases in which the *illégalité* and *irrégularité*, which are currently remedied, would not been corrected once the filter have raised the threshold of the required offensivity for the sanction of the defect; but the data should not be overestimated, provided that

*en usant du deuxième critère (intérêt pour l’unification de la jurisprudence), les formations ad hoc seront attentives à permettre à la Cour de sanctionner le plus grand nombre d’illégalités et d’irrégularités affectant les décisions qui leur sont soumises.*⁷⁹

This confirms the feeling that the filter risks ending up into a mere burden of work⁸⁰, without producing significant consequences regarding the quantity and type of appeals finally decided⁸¹.

76. SDER, *Rapport de la commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation*, p. 262 (2017). https://www.courdecassation.fr/institution_1/reforme_cour_7109/reflexion_reforme_8630/commission_reflexion_8182/reflexion_reforme_36784.html, last accessed on 01.11.2018.

77. Commission de mise en oeuvre de la réforme de la Cour de cassation, *Volet « filtrage des pourvois »*. *Projet d’étude d’impact*, p. 19 (2018), https://www.courdecassation.fr/institution_1/reforme_cour_7109/mise_oeuvre_propositions_reforme_8181/reforme_traitement_pourvois_8640/impact_reforme_39002.html.

78. Art. 7, par. 3, *loi n° 91-647 du 10 juillet 1991*.

79. Commission de mise en oeuvre de la réforme de la Cour de cassation, *supra* note 77, pp. 21-22.

80. As noted with respect to German *Revision* too: see P. Gottwald, CIVIL JUSTICE REFORM: ACCESS, COST, AND EXPEDITION. THE GERMAN PERSPECTIVE, in A.A.S. Zuckerman (ed.), *supra* note 1, p. 210.

81. Indeed, the same happened elsewhere: see, for the Taiwan Supreme Court, T. Eisenberg - K.-C. Huang, THE EFFECT OF RULES SHIFTING SUPREME COURT JURISDICTION FROM MANDATORY TO DISCRETIONARY—AN EMPIRICAL LESSON FROM TAIWAN, *International Review of Law and Economics*, pp. 4 et seq (2012); for the Dutch *Hoge Raad*, E. Mak, CASE SELECTION IN THE SUPREME COURT OF THE NETHERLANDS - INSPIRED BY COMMON LAW SUPREME COURTS?, *European Journal of Current Legal Issues* (2015), <http://webjcli.org/article/view/419/532>, last accessed on 01.11.2018.

On the other hand, if the proposal effectiveness is doubtful, it certainly – and despite the strong oppositions of the doctrine – does not contrast with any expressed constitutional limit.

The same conclusion would seem impossible with reference to Italy, where the art. 111, par. 7, Cost. – which entrenches the *right* to appeal to the *Corte di cassazione* (the access to which has to be granted «sempre») – is seen as a sort of handicap affecting the system's efficiency. Whether this view is shared or not, however, the constitutional proviso would seem to prevent the introduction of “filters” to the SC degree. And yet, this happened in 2009, with the introduction of a new hypothesis of *inammissibilità meritale*: according to art. 360-bis, n. 1, c.p.c., the appeal is not allowed when the appealed judgment is consistent with *Corte di cassazione's* jurisprudence and the advanced grounds does not offer any reason to confirm or reverse it.

Now, even if one acknowledges the interpretation that legitimises a filter – but not necessarily *the one* referred to in art. 360-bis, n. 1, c.p.c.⁸² – by virtue of a balance with the principle of equality (art. 3 Cost.)⁸³, the mechanism in itself appears to be economically inefficient.

In fact, it is possible to recall many of the considerations already carried out with reference to French Court's proposal and to the *chambre des requêtes*: whether the *Sezione filtro* is called to check if the appeal is affected by procedural defects (art. 375, par. 1, nn. 1 e 5, c.p.c.) or *inammissibilità meritale* (art. 360-bis, n. 1, c.p.c.), such an assessment does not deprive the *Sezione semplice* of the power to consider otherwise with reference to survived appeals. Thus, instead of being subject to an one-off review, all the appeals that go beyond the filter – and they seem to be many more than those estimated by the *Cour de cassation*⁸⁴ – are double-checked.

In addition, and given the already pointed out diseconomy of complicated parameters, perplexities are likely to increase if one considers that compliance with jurisprudence is often set as the parameter of the *non-admissions* of the *Cour de cassation* (in spite of the absence of any regulatory provision allowing the Court to do so); and that it certainly constituted the reason behind more than one rejection (resulting from a merit screening, presumably the same carried out by the *Sezione filtro*) of the Italian SC, even before the introduction of art. 360-bis, n. 1, c.p.c.

From this point of view, the express provision of the filter – with the simultaneous charge for the *Sezione filtro* – may even appear as an *involution*: if a hypothesis, for

82. In this sense, if correctly understood, A. Proto Pisani, ANCORA A PROPOSITO DI CASSAZIONE CIVILE E NOMOFILACHIA, *Foro italiano*, p. 265 (2018).

83. Lastly, A. Proto Pisani, TRE NOTE SUI «PRECEDENTI» NELLA EVOLUZIONE DELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE, NELLA GIURISPRUDENZA DI UNA CORTE DI CASSAZIONE NECESSARIAMENTE RISTRUTTURATA E NELLA INTERPRETAZIONE DELLE NORME PROCESSUALI, *Foro italiano*, pp. 286 et seq (2017).

84. In 2017, only 16% of total judgement ended up with a declaration of inadmissibility: see Corte Suprema di Cassazione. Ufficio di Statistica, *La cassazione civile. Annuario statistico 2017*, cit., 15.

example, of “classical” inadmissibility, albeit escaped to the first screening, may be detected by the *Sezione semplice* without much effort⁸⁵, a much higher degree of commitment is required when it comes to deny⁸⁶ the discrepancy of the appealed judgement with a «jurisprudence» which must first be *identified*.

VII. STARE DECISIS OR NOMOFILACHIA PREVENTIVA?

From a different point of view, someone saw the consecration of a «*temperato stare decisis* in art. 360-*bis*, n. 1, c.p.c.⁸⁷. In fact, the introduction of the rule, if possible – materially and juridically⁸⁸ – would likely prove to be an efficient choice: neglecting for a moment the common law systems, where the principle, for its longevity, does not allow comparisons between a *before* and an *after*, it is useful to think of a Country until recently unrelated to this tradition: Brazil.

Here, the *súmula* – already known since 1960s as *persuasive* «one-sentence-pronouncement of the judgments of the Court that states succinctly its interpretation of rules and of the Constitution»⁸⁹ resulting from administrative proceedings⁹⁰ – has become binding from 2004⁹¹, moreover barring the appeal against consistent decisions. The difference with the Italian filter is striking, both with regard to the clarity of the selection criterion and to the *truly* skimming effect. By contrast, the other Brazilian proviso that subordinates the admissibility of the appeals to the *requisito da repercussão geral* did not have – as it was to be expected – significant effects⁹².

-
85. And without the “waste” of a double ruling, as in the cases of a *prima facie* order of conflict admissibility before Italian Corte costituzionale, when followed by a (certainly not precluded) judgement of inadmissibility.
86. And this happened: see, for instance, Cass., Sez. trib., 18 novembre 2015, n. 23586, Repertorio Foro italiano, voce Cassazione civile, p. 1140 (2015).
87. C. Consolo, DAL FILTRO IN CASSAZIONE AD UN TEMPERATO “*STARE DECISIS*”: LA PRIMA ORDINANZA SULL’ART. 360-BIS, *Corriere giuridico*, pp. 1405 et seq (2010).
88. For a positive assessment, see F.P. Luiso, SULLA RIFORMA DEL GIUDIZIO DI CASSAZIONE – IL VINCOLO DELLE SEZIONI SEMPLICI AL PRECEDENTE DELLE SEZIONI UNITE, *Giurisprudenza italiana*, pp. 817 et seq (2003).
89. M.A. Jardim de Santa Cruz Oliveira, REFORMING THE BRAZILIAN SUPREME FEDERAL COURT: A COMPARATIVE APPROACH, *Washington University Global Studies Law Review*, pp. 99 et seq (2006).
90. Because precedent selection does not take place in the exercise of jurisdictional activity, but *a posteriori*: see A.S. Bruno, BRINGING UNIFORMITY TO BRAZILIAN COURT DECISIONS: LOOKING AT THE AMERICAN PRECEDENT AND AT ITALIAN LIVING LAW, *Electronic Journal Of Comparative Law*, p. 3 (2007), <http://www.ejcl.org/114/art114-3.pdf>, last accessed on 01.11.2018. The mechanism is similar to *zhidao anli* (*guidance cases o arrêts directeurs*) introduced by Chinese SC since 2010: see W.J. Guo, CASES AS A NEW SOURCE OF LAW IN CHINA?: KEY FEATURES OF AND REFLECTIONS ON CHINA’S CASE GUIDANCE SYSTEM, *China Law and Society Review*, pp. 61 et seq (2016).
91. *Emenda Constitucional* nº 45, de 8 de dezembro de 2004.
92. M.A. Jardim de Santa Cruz Oliveira - N. Garoupa, *STARE DECISIS AND CERTIORARI ARRIVE TO BRAZIL: A COMPARATIVE LAW AND ECONOMICS APPROACH*, *Emory International Law Review*, p. 597 (2012).

Following the recent reaffirmation and expansion of the binding effect of precedent⁹³, it has been suggested that it may be equated to a positive externality⁹⁴, due to its suitability to increase the predictability of judicial decisions, thus allowing the parties a better estimate of the outcome of the process⁹⁵, which – as seen – is primordial in the evaluation of the opportunity to litigate or settle.

From this point of view, the same nomophylactic function of the Italian SC – but deemed as belonging to the French one too, in spite of the absence of a legal provision similar to art. 65 ord. giud.⁹⁶ – may be seen (not only as the procedural projection of the principle of equality, but also) as a possible solution to the problem of the *encombrement* of the Courts.

This does not change the assessment of either the technique chosen by the Italian *conditores*, nor the path proposed by the *Cour de cassation*, since the *economic function of nomofilachia* should not arguably be pursued through a – however set – *a posteriori* remedy, but rather through mechanisms designed to grant (at least to some extent) jurisprudence's consistency.

With respect to this aim, if the legislator can little affect judicial behaviour, *s/* he can act upstream, by granting the quality (also in the meaning of clarity) of laws. In this framework one can think, in Italy, to the advisory function (or, better, to the *jurisdictio preventiva*)⁹⁷ carried out by the *Consiglio di Stato*, whose opinions, like SC's judgement, may improve law's clarity, by giving an *ex ante* interpretation that, in turn, smoothes Court's task⁹⁸.

Failing such mechanisms, another abstractly effective solution is to anticipate as much as possible the interpretative intervention of the SCs: here the reference is obviously to the *saisine pour avis (du Conseil d'Etat and) de la Cour de cassation*⁹⁹,

93. Artt. 926-927 *Código de Processo Civil*, Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015.

94. J.Jr. Borges Teixeira, REDUZINDO OS CUSTOS: OS PRECEDENTES JUDICIAIS COMO UMA EXTERNALIDADE POSITIVA DO LITÍGIO, *Civil Procedure Review*, pp. 127 et seq (2018).

95. G.A. Baggenstoss, O SISTEMA DE PRECEDENTE NO CPC/2015: A CALCULABILIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS PÁTRIAS COMO SEGURANÇA JURÍDICA DEFENDIDA PELA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO, *Economic Analysis of Law Review*, pp. 299 et seq (2017); R.A. Posner, *supra* note 39, p. 511.

96. Stemming from art. 111-1 COJ: see L. Cadiet, L'ORGANISATION INTERNE DE LA COUR DE CASSATION FAVORISE-T-ELLE L'ÉLABORATION DE SA JURISPRUDENCE?, in N. Molfessis (dir.), *supra* note 53, p. 41.

97. The expression is used by Cons. Stato, sez. II, 11 giugno 1997, n. 1366, Consiglio di Stato, p. 1698 (1998); Cons. Stato, Sez. II, 09 aprile 1997, n. 129, *ivi*, 152 (1998).

98. L. Carbone, I PARERI DEL CONSIGLIO DI STATO SULLA RIFORMA MADIA: VERSO UN'EVOLEZIONE DELLE FUNZIONI CONSULTIVE?, p. 67 (2017). https://www.giustizia-amministrativa.it/documents/20142/147937/nsiga_4385155.docx/b7cf4f21-dc68-8969-acbe-49c68fc3f25d?version=, last accessed on 01.11.2018.

99. See, *ex multis*, H.M. Darnanville, LA SAISINE POUR AVIS DU CONSEIL D'ÉTAT ET DE LA COUR DE CASSATION, *Actualité Juridique Droit Administratif*, pp. 416 et seq (2001); R. Libchaber, LA SAISINE POUR AVIS, UNE PROCÉDURE SINGULIÈRE DANS LE PAYSAGE JURISPRUDENTIEL (AVIS C. CASS. 22 NOV. 2002; AVIS CE 6 DÉC. 2002), *Revue trimestrielle de droit civil*, pp. 157 et seq (2003); F. Zenati, LA SAISINE POUR AVIS DE LA COUR DE CASSATION (LOI N° 91-491 DU 15 MAI 1991 ET DÉCRET N° 92-228 DU 12 MARS 1992), *Recueil*

which allows any Court of merit to stay the proceedings pending before it, in order to request a *non-binding* opinion from the Court on the interpretation of a provision laying down a «*question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges*» (art. 441-1, par. 1, COJ). The mechanism – which is obviously based on the persuasiveness of the opinion, rather than on its authority – has proven effective¹⁰⁰, but it was underused¹⁰¹ (either because of the strict limits in which it is admitted, or due to the natural reluctance of lower judges to dismiss – symbolically if not juridically – the power to resolve the dispute). In any case, however, it has contributed to the Court’s awareness of the need for «*convaincre les juridictions [du fond] de la justesse [de ses] positions*»¹⁰² so that they can adopt them because *persuaded*.

By contrast, perplexities arise when an obligation to comply with precedents is imposed *ab externo*, as Italian legislator *seems* to have done with art. 374, par. 3, c.p.c., albeit only referred to the *Sezioni semplici* within the SC: putting aside any theoretical discussion regarding the exact scope of the *stare decisis* in the various common law systems – and without mentioning the fact that such a rule postulates a hierarchical organization of the Courts, which is alien to our legal system – it should first be remembered that, in common law models, there was the judges themselves to self-impose the obligation to follow previous decisions, (among other things) to protect legal certainty. This consideration, on the one hand, explains that such a self-restraint is held surmountable – at least by the higher Courts – when other needs so justify, and, on the other hand, induces to downsize the value of a *single* precedent.

Taking as reference point the US system – paradoxically *closer* than the British one to the continental model, as to the cogency of the principle of *stare decisis* –, it was emphasized that, when it comes to Courts of equal order, it is the subsequent judge that creates the precedent, by adhering to a previous *ratio decidendi*; furthermore, a true and proper norm – in the manner of Italian «*principio di diritto*»¹⁰³, which, alien to the fact as it is, is more similar to an *arrêt de règlement*¹⁰⁴ – can only be defined when a *plurality of judges* choose to comply with a precedent¹⁰⁵. So far, nothing different than

Dalloz, pp. 249 et seq (1992); C. Silvestri, LA SAISINE POUR AVIS DELLA COUR DE CASSATION, Rivista di diritto civile, pp. 495 et seq (1998).

100. C. Pelletier, QUINZE ANS APRÈS : L’EFFICACITÉ DES AVIS DE LA COUR DE CASSATION, in AA.VV., LIBRES PROPOS SUR LES SOURCES DU DROIT – MÉLANGES EN L’HONNEUR DE PHILIPPE JESTAZ, pp. 429 et seq (Paris: Dalloz, 2006).

101. This is probably the reason why the SDER had taken to issue *avis spontanés*, thus interpreting new texts of law before any *saisine* of the Court; the practice - arisen *praeter legem* - is however nowadays abandoned, given the strong perplexities raised by the doctrine as to its legitimacy: see N. Molfessis, LES AVIS SPONTANÉS DE LA COUR DE CASSATION, Recueil Dalloz, pp. 37 et seq (2007).

102. G. Canivet, *supra* note 53, p. 19.

103. Art. 384, par. 1, c.p.c.

104. Prohibited in France by art. 5 CC.

105. W.M. Landes - R.A. Posner, LEGAL PRECEDENT: A THEORETICAL AND EMPIRICAL ANALYSIS, Journal of Law and Economics, p. 250 (1976).

the Franco-Italian precedent, which is nothing but persuasive, whether horizontal¹⁰⁶ or vertical; and, as judicial behaviour studies show, the choice of the precedent to follow depends on the second judge's personal beliefs¹⁰⁷ and expected reaction of the legal community¹⁰⁸. This confirms both the opportunity, for the higher Courts, to *convince*, before doing it the hard way (ie by cassation) and Picardi's intuition about judges' legitimisation, which nowadays stems from their prestige and mutual interaction¹⁰⁹.

But, whatever the legal system of reference, the *practical* situation is the same with reference to higher jurisdiction's precedents: the lower judge, when deciding, is *physically free* to conform or not; s/he only risks seeing his/her own dissident judgment vacated from the higher Court.

It seems, then, that the real incentive to follow precedents – either persuasive or binding – lies in the degree of *certainty of the sanction*, or, in other words, in the estimate of the probability that the judgement will be overturned¹¹⁰. And if this assessment may appear problematic when «[t]he appellate judge cannot correct all [the] “mistakes” [...] because the appellate court's jurisdiction is discretionary and many appeals are not heard»¹¹¹, it could be much less aleatory in systems where, unlike in the common law, the exhaustion of all degrees of appeal is the norm.

Provided that one could count on a uniform jurisprudence of the higher Courts.

VIII. CONCLUSIONS

If this is true, it is arguably possible to reassess – theoretically, as it still seems to clash with Italian constitutional principles¹¹² – the idea of the “obligation” for the *Sezioni semplici* to follow the *dictum* of the *Sezioni unite* (art. 374, paragraph 3 °, cpc), and thus to understand the paradox of providing for «*un vincolo per così dire in*

106. B. Cavallone, SULLA CITAZIONE DEI «PRECEDENTI» NEGLI SCRITTI FORENSI, Rivista di diritto processuale, pp. 150 et seq (2018); L. Cadiet, *supra* note 96, p. 47.

107. A. Niblett - A.H. Yoon, JUDICIAL DISHARMONY: A STUDY OF DISSENT, International Review of Law and Economics, pp. 60 et seq (2015).

108. S. Harnay - A. Marciano, JUDICIAL CONFORMITY VERSUS DISSIDENCE: AN ECONOMIC ANALYSIS OF JUDICIAL PRECEDENT, International Review of Law and Economics, pp. 405 et seq (2004).

109. N. Picardi, LA GIURISDIZIONE ALL'ALBA DEL TERZO MILLENNIO, p. 195 (Milano: Giuffrè, 2007)

110. R.A. Posner, THE PROBLEMS OF JURISPRUDENCE, p. 224 (Cambridge: Harvard University Press, 1990); S. Shavell, *supra* note 39, p. 426; T.J. Miceli - M.M. Cosgel, REPUTATION AND JUDICIAL DECISION-MAKING, Journal of Economic Behavior & Organization, pp. 31 et seq (1994).

111. E. Bueno De Mesquita - M. Stephenson, INFORMATIVE PRECEDENT AND INTRAJUDICIAL COMMUNICATION, American Political Science Review, p. 757, (2002).

112. F. Auletta, PROFILI NUOVI DEL PRINCIPIO DI DIRITTO (IL « VINCOLO DELLE SEZIONI SEMPLICI AL PRECEDENTE DELLE SEZIONI UNITE »), in E. Fazzalari (ed.), DIRITTO PROCESSUALE CIVILE E CORTE COSTITUZIONALE, pp. 3 (Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2006), et seq; Id., NOTE INTORNO ALLA PRIMA APPLICAZIONE DEL C.D. «VINCOLO DELLE SEZIONI SEMPLICI AL PRECEDENTE DELLE SEZIONI UNITE», Giustizia civile, pp. 769 et seq (2008); Id., ... IL SOLE E L'ALTRE STELLE: È LA GIURISDIZIONE QUELLA DEL «SISTEMA» DELL'ABF?, Banca, borsa e titoli di credito, pp. 794 et seq (2018).

sensu verticale e un vincolo assoluto in senso orizzontale»¹¹³, which is not imposed on the lower Courts, but operates only within the same *Corte di cassazione*: while in common law systems there is only a handful of supreme judges, who consequently grant a basically coherent jurisprudence (so that the assessment of the lower Court can be based on solid elements), the plethoric formation (and production) of the Italian (and French) SC is a clear source of contrasts, which do not allow similar calculations to the Courts of merit.

Nor, upstream, to the parties: in fact, when the synchronic uncertainty is coupled to a diachronic one (due to the jurisprudence volatility), aggravated by the (too long) time necessary for a case transiting from the first degree to the one of legitimacy (and during which the wrong party could profit on a *temporary* victory, granted by a judge *persuaded* by the “wrong” precedent), it is apparent how parties’ estimate of the probability of winning becomes uncertain, or otherwise distorted: absent any *lato sensu* objective data to draw their valuation from, litigants are left at the mercy of their heuristic fallacies.

So, if it is true that the settlement is always preferable to judgment; that the more parties’ estimates about the likely outcome of the process are closer, the greater the likelihood of an agreement; that these assessments (whether autonomous or caused by a possible conciliatory proposal) cannot rationally be based on other than the ruling of Courts who have the last word; then, the coherence of the SCs *could be* the most effective of dispute avoidance mechanism.

The problem is that, in order to reach such a consistency, revising the code is not enough.

REFERENCES

- H.R. Arkes - C. Blumer, *THE PSYCHOLOGY OF SUNK COST, Organizational Behavior And Human Decision Processes* (1985)
- F. Auletta, *PROFILI NUOVI DEL PRINCIPIO DI DIRITTO (IL « VINCOLO DELLE SEZIONI SEMPLICI AL PRECEDENTE DELLE SEZIONI UNITE »)*, in E. Fazzalari (ed.), *DIRITTO PROCESSUALE CIVILE E CORTE COSTITUZIONALE* (Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2006)
- F. Auletta, *NOTE INTORNO ALLA PRIMA APPLICAZIONE DEL C.D. «VINCOLO DELLE SEZIONI SEMPLICI AL PRECEDENTE DELLE SEZIONI UNITE»*, *Giustizia civile* (2008)
- F. Auletta, *L’IBRIDAZIONE DELL’«AGIRE IN GIUDIZIO»: «TUTELA DEI PROPRI DIRITTI», «AUTONOMA INIZIATIVA [...] DI INTERESSE GENERALE» E PRINCIPI COSTITUZIONALI DI EQUILIBRIO DEL BILANCIO E DI SUSSIDIARIETÀ*, *Giurisprudenza costituzionale* (2016)
- F. Auletta, *... IL SOLE E L’ALTRE STELLE: È LA GIURISDIZIONE QUELLA DEL «SISTEMA» DELL’ABF?*, *Banca, borsa e titoli di credito* (2018)
- G.A. Baggenstoss, *O SISTEMA DE PRECEDENTE NO CPC/2015: A CALCULABILIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS PÁTRIAS COMO SEGURANÇA JURÍDICA DEFENDIDA PELA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO, Economic Analysis of Law Review* (2017)

113. F. Auletta, *NOTE INTORNO ALLA PRIMA APPLICAZIONE*, *supra* note 113, p. 771.

- M. Barendrecht - K. Bolt - M. de Hoon, *APPEAL PROCEDURES: EVALUATION AND REFORM* (Tilburg: TILEC Discussion Paper DP 2006-031, 2006)
- J.-M. Belorgey, *LA SITUATION GÉNÉRALE DU TEMPS DES PROCÉDURES DEVANT LES JURIDICTIONS*, in Coulon J.M. - Frison-Roche M.A., *LE TEMPS DANS LA PROCÉDURE* (Paris : Dalloz, 1996)
- R.G. Bone, *CIVIL PROCEDURE: THE ECONOMICS OF CIVIL PROCEDURE 74* (New York: Thomson West, 2003)
- A.S. Bruno, *BRINGING UNIFORMITY TO BRAZILIAN COURT DECISIONS: LOOKING AT THE AMERICAN PRECEDENT AND AT ITALIAN LIVING LAW*, *Electronic Journal Of Comparative Law* (2007), <http://www.ejcl.org/114/art114-3.pdf>
- E. Bueno De Mesquita - M. Stephenson, *INFORMATIVE PRECEDENT AND INTRAJUDICIAL COMMUNICATION*, *American Political Science Review* (2002)
- J.Jr. Borges Teixeira, *REDUZINDO OS CUSTOS: OS PRECEDENTES JUDICIAIS COMO UMA EXTERNALIDADE POSITIVA DO LITÍGIO*, *Civil Procedure Review* (2018)
- L. Cadiet, *L'ORGANISATION INTERNE DE LA COUR DE CASSATION FAVORISE-T-ELLE L'ÉLABORATION DE SA JURISPRUDENCE?*, in N. Molfessis (dir.), *LA COUR DE CASSATION ET L'ÉLABORATION DU DROIT* (Paris : Economica, 2004)
- P. Calamandrei, *LA CASSAZIONE CIVILE, II*, in Id., *OPERE GIURIDICHE, VII* (Napoli: Morano, 1979).
- G. Canivet, *L'ORGANISATION INTERNE DE LA COUR DE CASSATION FAVORISE-T-ELLE L'ÉLABORATION DE SA JURISPRUDENCE?*, in N. Molfessis (dir.), *LA COUR DE CASSATION ET L'ÉLABORATION DU DROIT* (Paris : Economica, 2004)
- R. Caponi, *IL PRINCIPIO DI PROPORZIONALITÀ NELLA GIUSTIZIA CIVILE: PRIME NOTE SISTEMATICHE*, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* (2011)
- M. Cappelletti, *PARERE ICONOCLASTICO SULLA RIFORMA DEL PROCESSO CIVILE ITALIANO*, *Giurisprudenza italiana* (1969)
- M. Cappelletti, *DOPPIO GRADO DI GIURISDIZIONE: PARERE ICONOCLASTICO N° 2, O RAZIONALIZZAZIONE DELL'ICONOCLASTIA?*, *Giurisprudenza italiana* (1978)
- L. Carbone, *I PARERI DEL CONSIGLIO DI STATO SULLA RIFORMA MADIA: VERSO UN'EVOLUZIONE DELLE FUNZIONI CONSULTIVE?*, p (2017), https://www.giustizia-amministrativa.it/documents/20142/147937/nsiga_4385155.docx/b7cf4f21-dc68-8969-acbe-49c68fc3f25d?version=
- B. Cavallone, *SULLA CITAZIONE DEI «PRECEDENTI» NEGLI SCRITTI FORENSI*, *Rivista di diritto processuale* (2018)
- N. Chappe, *ECONOMIE ET RÉOLUTION DES LITIGES* (Paris : Economica, 2005).
- N. Chappe, *LES ENSEIGNEMENTS DE L'ANALYSE ÉCONOMIQUE EN MATIÈRE DE RÉOLUTION AMIABLE DES LITIGES*, *Négociations* (2008)
- S.C. Cimorelli – G.Chandler, *CONTROL OF PRODUCTION AND MATERIALS*, in R. Crowson (ed.), *FACTORY OPERATIONS: PLANNING AND INSTRUCTIONAL METHODS* (Boca Raton: Taylor & Francis, 2005)
- Commission de mise en oeuvre de la réforme de la Cour de cassation, *Volet «filtrage des pourvois». Projet d'étude d'impact* (2018), https://www.courdecassation.fr/institution_1/reforme_cour_7109/mise_oeuvre_propositions_reforme_8181/reforme_traitement_pourvois_8640/impact_reforme_39002.html
- C. Consolo, *LA IMPROCRASTINABILE RADICALE RIFORMA DELLA LEGGE-PINTO, LA NUOVA MEDIAZIONE EX D.LGS. N. 28 DEL 2010 E L'ESIGENZA DEL DIALOGO CON IL CONSIGLIO D'EUROPA SUL RAPPORTO FRA REPUBBLICA ITALIANA E ART. 6 CEDU*, *Corriere giuridico* (2010)
- C. Consolo, *DAL FILTRO IN CASSAZIONE AD UN TEMPERATO "STARE DECISIS": LA PRIMA ORDINANZA SULL'ART. 360-BIS*, *Corriere giuridico* (2010)

- Corte Suprema di Cassazione - Ufficio di Statistica, *La cassazione civile. Annuario statistico 2017*, 10 gennaio 2018, http://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/ANNUARIO_CIVILE_2017.pdf
- Cour de Cassation, *Rapport annuel 2017*, https://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_2017_8791/livre_4_activite_cour_8816/i_activite_jurisdictionnelle_8817/bis_donnees_statistiques_8840/1_activite_generale_8841/delai_contentieux_39620.html
- D. Coviello - A. Ichino - N. Persico, TIME ALLOCATION AND TASK JUGGLING, *American Economic Review* (2014)
- D. Dalfino, LA PROCEDURA DI NEGOZIAZIONE ASSISTITA DA UNO O PIÙ AVVOCATI, TRA *COLLABORATIVE LAW* E *PROCÉDURE PARTECIPATIVE*, *Foro italiano* (2015)
- S. Dalla Bontà, *CONTRIBUTO ALLO STUDIO DEL FILTRO IN APPELLO* (Trento: Editoriale Scientifica, 2015)
- H.M. Darnanville, *LA SAISINE POUR AVIS DU CONSEIL D'ÉTAT ET DE LA COUR DE CASSATION*, *Actualité Juridique Droit Administratif* (2001)
- R. Deloche, *TRANSACTION, JUGEMENT ET THÉORIE DES JEUX. EVALUATION ET APPLICATION*, *Revue économique* (2001)
- Doing Business, <http://www.doingbusiness.org/en/rankings>
- T. Eisenberg - K.-C. Huang, THE EFFECT OF RULES SHIFTING SUPREME COURT JURISDICTION FROM MANDATORY TO DISCRETIONARY—AN EMPIRICAL LESSON FROM TAIWAN, *International Review of Law and Economics* (2012)
- F. Ferrand, L'ÉVOLUTION RÉCENTE DE L'APPEL CIVIL EN DROIT FRANÇAIS, *Zeitschrift für Zivilprozess International* (2009)
- P. Galliere, LA JUSTICE VICTIME DE LA CHASSE AUX APPELS DILATOIRES, *Gazette du Palais* (3 déc. 2005)
- P. Gottwald, CIVIL JUSTICE REFORM: ACCESS, COST, AND EXPEDITION. THE GERMAN PERSPECTIVE, in A.A.S. Zuckerman (ed.), *Civil Justice in Crisis* (Oxford: Oxford University Press, 1999)
- W.J. Guo, CASES AS A NEW SOURCE OF LAW IN CHINA?: KEY FEATURES OF AND REFLECTIONS ON CHINA'S CASE GUIDANCE SYSTEM, *China Law and Society Review* (2016)
- S. Harnay - A. Marciano, JUDICIAL CONFORMITY VERSUS DISSIDENCE: AN ECONOMIC ANALYSIS OF JUDICIAL PRECEDENT, *International Review of Law and Economics* (2004)
- C. Hugon, LA RADIATION DU RÔLE SANCTIONNANT L'INEXÉCUTION D'UNE DÉCISION JUDICIAIRE : UN NOUVEAU MIROIR AUX ALOUETTES ?, *Recueil Dalloz* (2006)
- S. Issacharoff - G. Loewenstein, SECOND THOUGHTS ABOUT SUMMARY JUDGMENT, *The Yale Law Journal* (1990)
- M.A. Jardim de Santa Cruz Oliveira, REFORMING THE BRAZILIAN SUPREME FEDERAL COURT: A COMPARATIVE APPROACH, *Washington University Global Studies Law Review* (2006)
- M.A. Jardim de Santa Cruz Oliveira - N. Garoupa, *STARE DECISIS* AND CERTIORARI ARRIVE TO BRAZIL: A COMPARATIVE LAW AND ECONOMICS APPROACH, *Emory International Law Review* (2012)
- R. Korobkin - C. Guthrie, PSYCHOLOGICAL BARRIERS TO LITIGATION SETTLEMENT: AN EXPERIMENTAL APPROACH, *Michigan Law Review* (1994)
- A. Lacabarats, LE MOYEN SÉRIEUX, gennaio 2010, in www.courdecassation.fr
- W.M. Landes - R.A. Posner, LEGAL PRECEDENT: A THEORETICAL AND EMPIRICAL ANALYSIS, *Journal of Law and Economics* (1976)
- R. Libchaber, LA SAISINE POUR AVIS, UNE PROCÉDURE SINGULIÈRE DANS LE PAYSAGE JURISPRUDENTIEL (AVIS C. CASS. 22 NOV. 2002; AVIS CE 6 DÉC. 2002), *Revue trimestrielle de droit civil* (2003)

- F.P. Luiso, SULLA RIFORMA DEL GIUDIZIO DI CASSAZIONE – IL VINCOLO DELLE SEZIONI SEMPLICI AL PRECEDENTE DELLE SEZIONI UNITE, *Giurisprudenza italiana* (2003)
- F.P. Luiso, L'ECCESSO DI DELEGA DELLA MEDIAZIONE OBBLIGATORIA E LE INCOSTITUZIONALITÀ CONSEQUENZIALI, *Società* (2013)
- F.P. Luiso, LA NEGOZIAZIONE ASSISTITA, *Nuove leggi civili commentate* (2015)
- M.A. Lupoi, ANCORA SUI RAPPORTI TRA MEDIAZIONE E PROCESSO CIVILE, DOPO LE ULTIME RIFORME, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* (2016)
- S. Maffei, L'APPELLO NEL DIRITTO FRANCESE E BELGA, in Cecchella C. (dir.), *IL NUOVO APPELLO CIVILE* (Bologna: Zanichelli, 2017)
- E. Mak, CASE SELECTION IN THE SUPREME COURT OF THE NETHERLANDS - INSPIRED BY COMMON LAW SUPREME COURTS?, *European Journal of Current Legal Issues* (2015), <http://webjcli.org/article/view/419/532>
- T.J. Miceli - M.M. Cosgel, REPUTATION AND JUDICIAL DECISION-MAKING, *Journal of Economic Behavior & Organization* (1994)
- Ministère de la Justice, *Les chiffres-clés de la Justice 2018*, http://www.justice.gouv.fr/art_pix/justice-chiffres-cles-2018.pdf
- Ministère de la Justice, *Chantiers de la Justice. Les axes de la réforme*, (2018), http://www.justice.gouv.fr/art_pix/dp_chantiers_justice_20180308.pdf
- Ministero della giustizia, https://giustizia.it/giustizia/it/mg_1_14_1.page?facetNode_1=0_10_37&contentId=SST1263302&previousPage=mg_1_14
- R.H. Mnookin, WHY NEGOTIATIONS FAIL: AN EXPLORATION OF BARRIERS TO THE RESOLUTION OF CONFLICT, *Ohio State Journal On Dispute Resolution* (1993)
- N. Molfessis, LES AVIS SPONTANÉS DE LA COUR DE CASSATION, *Recueil Dalloz* (2007)
- A. Moreau, L'EXÉCUTION PROVISOIRE, UN AVANTAGE DANGEREUX POUR LE CRÉANCIER POURSUIVANT, *Recueil Dalloz* (2006)
- A. Niblett - A.H. Yoon, JUDICIAL DISHARMONY: A STUDY OF DISSENT, *International Review of Law and Economics* (2015)
- M. Pacilli, L'ABUSO DELL'APPELLO, *passim* (Bologna: Bononia University Press, 2015)
- I. Pagni, GLI SPAZI E IL RUOLO DELLA MEDIAZIONE DOPO LA SENTENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE 6 DICEMBRE 2012, N. 272, *Corriere giuridico* (2013)
- A. Panzarola, IL PRINCIPIO DI PROPORZIONALITÀ TRA UTILITARISMO ANGLOSASSONE E CODICI PROCESSUALI ATTUALI, *Rivista di diritto processuale* (2016)
- C. Pelletier, QUINZE ANS APRÈS : L'EFFICACITÉ DES AVIS DE LA COUR DE CASSATION, in AA.VV., *LIBRES PROPOS SUR LES SOURCES DU DROIT – MÉLANGES EN L'HONNEUR DE PHILIPPE JESTAZ* (Paris: Dalloz, 2006)
- R. Perrot, LES EFFETS DE L'APPEL EN DROIT FRANÇAIS, in J. van Compernelle - A. Saletti (dir.), *LE DOUBLE DEGRÉ DE JURIDICTION* (Bruxelles : Bruylant, 2010).
- N. Picardi, LA GIURISDIZIONE ALL'ALBA DEL TERZO MILLENNIO (Milano: Giuffrè, 2007)
- R.A. Posner, AN ECONOMIC APPROACH TO LEGAL PROCEDURE AND JUDICIAL ADMINISTRATION, *The Journal of Legal Studies* (1973)
- R.A. Posner, *ECONOMIC ANALYSIS OF LAW*3 (Boston: Wolters Kluwer, 1986)
- R.A. Posner, *THE PROBLEMS OF JURISPRUDENCE* (Cambridge: Harvard University Press, 1990)
- A Proto Pisani, IL RICORSO PER CASSAZIONE IN ITALIA, *Foro italiano* (2015)
- A Proto Pisani, TRE NOTE SUI «PRECEDENTI» NELLA EVOLUZIONE DELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE, NELLA GIURISPRUDENZA DI UNA CORTE DI CASSAZIONE NECESSARIAMENTE RISUTTURATA E NELLA INTERPRETAZIONE DELLE NORME PROCESSUALI, *Foro italiano* (2017)

- A Proto Pisani, ANCORA A PROPOSITO DI CASSAZIONE CIVILE E NOMOFILACHIA, *Foro italiano* (2015)
- J.H. Saltzer - M.F. Kaashoek, PRINCIPLES OF COMPUTER SYSTEM DESIGN: AN INTRODUCTION (Burlington: Morgan Kaufmann, 2009)
- SDER, LA CHAMBRE DES REQUÊTES (CRÉATION, ÉVOLUTION, SUPPRESSION), (2016), https://www.courdecassation.fr/IMG/54_SDER_Chambre_requetes_1116.pdf
- SDER, *Rapport de la commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation* (2017), https://www.courdecassation.fr/institution_1/reforme_cour_7109/reflexion_reforme_8630/commission_reflexion_8182/reflexion_reforme_36784.html
- S. Shavell, SUIT VERSUS SETTLEMENT WHEN PARTIES SEEK NONMONETARY JUDGMENTS, *The Journal of Legal Studies* (1993)
- S. Shavell, THE APPEALS PROCESS AS A MEANS OF ERROR CORRECTION, *Journal of Legal Studies* (1995)
- C. Silvestri, LA SAISINE POUR AVIS DELLA COUR DE CASSATION, *Rivista di diritto civile* (1998)
- C. Silvestri, LA CIRCOLAZIONE NELLO SPAZIO GIUDIZIARIO EUROPEO DEGLI ACCORDI DI NEGOZIAZIONE ASSISTITA IN MATERIA DI SEPARAZIONE DEI CONIUGI, CESSAZIONE DEGLI EFFETTI CIVILI DEL MATRIMONIO, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* (2016)
- C. Silvestri, L'ESPERIENZA FRANCESE DELLA « ELASTICITÀ » DEL PROCESSO CIVILE. UN ESEMPIO PER IL LEGISLATORE ITALIANO, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* (2018)
- J.-M. Sommer - B. Munoz-Perez, DIX ANS DE NON-ADMISSION DEVANT LES CHAMBRES CIVILES DE LA COUR DE CASSATION (2002-2012) (2014), https://www.courdecassation.fr/IMG///10ans/deNAdavantleschambrescivilesCC_140307.pdf
- S. Sonelli, L'ACCESSO ALLA CORTE SUPREMA E L'AMBITO DEL SUO SINDACATO (Torino: Giappichelli, 2001)
- J. Sorabji, ENGLISH CIVIL JUSTICE AFTER THE WOOLF AND JACKSON REFORMS: A CRITICAL ANALYSIS (Cambridge: Cambridge University Press, 2014)
- K.E. Spier, PRETRIAL BARGAINING AND THE DESIGN OF FEE-SHIFTING RULES, *RAND Journal of Economics* (1994)
- R.E. Stein, RE-ENGINEERING THE MANUFACTURING SYSTEM: APPLYING THE THEORY OF CONSTRAINTS (New York: Palgrave Macmillan, 2003)
- B. Szego, L'INEFFICIENZA DEGLI APPELLI CIVILI IN ITALIA: REGOLE PROCESSUALI O ALTRO?, *Mercato concorrenza regole* (2008)
- G. Verde, IL PROCESSO SOTTO L'INCUBO DELLA RAGIONEVOLE DURATA, *Rivista di diritto processuale* (2011)
- G. Verde, QUESTIONE GIUSTIZIA (Torino: Giappichelli, 2013)
- V. Vigneau, LE RÉGIME DE LA NON-ADMISSION DES POURVOIS DEVANT LA COUR DE CASSATION, *Recueil Dalloz* (2010)
- F. Zenati, LA SAISINE POUR AVIS DE LA COUR DE CASSATION (LOI N° 91-491 DU 15 MAI 1991 ET DÉCRET N° 92-228 DU 12 MARS 1992), *Recueil Dalloz* (1992)
- A.A.S. Zuckerman (ed.), *Civil Justice in Crisis* (Oxford: Oxford University Press, 1999)



Civil Procedure Review

AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

3

Distributed ledgers, EOP, and debt recovery mechanisms: a new technology for civil procedure

Marco Crepaldi

Marco Crepaldi is a ph.d. candidate at the Joint International Doctoral (Ph.D.) Degree in Law, Science, and Technology, coordinated by the University of Bologna, CIRSFID in cooperation with the University of Turin, Universitat Autònoma de Barcelona, Tilburg University, Mykolas Romeris University, The University of Luxembourg. He studies the intersection of distributed ledger technologies and the law.

marco.crepaldi2@unibo.it

Abstract: The delay of payments in commercial transactions persists as a pressing problem for small and medium-sized enterprises (SMEs). In the European Union, it increases financial costs, contributes to the lack of liquidity and can even lead to bankruptcy. While the EU took several steps in addressing this issue, results have been lacking so far. This article explores the implementation of a distributed ledger (DL) system based on blockchain technology to improve the standard of evidence for the European order of payment (EOP) and to pave the way to an automated assessment of claims under art. 8 of the Reg. 1896/2006. By leveraging a modular approach and combining the properties of distributed ledgers with smart contracts, such a system could lead to harmonization of redress procedures and move beyond the two models of payment order procedure in member states, and, ultimately, pave the way to an e-justice system at the European level. It is argued that such a system improves the standard of the evidence required for issuing EOP by providing formal control of the evidence submitted to the courts together with the form pursuant to

art. 7 Reg. 1896/2006. Lastly, this is the first step in establishing a system that could (a) reduce inefficiencies (b) reduce the risk of errors (c) reduce the costs of access to the judicial system (d) establish an automatic e-order of payment procedure (e) improve accessibility for SMEs thereby improving their competitiveness and (f) contribute to the establishment of the single market.

Keywords: blockchain; distributed ledger technology; debt recovery; European order of payment; smart contracts; payment procedures.

1. INTRODUCTION

The problem of late payment in B2B transactions has been widely recognized as a pressing issue in the context of the European Union for the establishment of the single market¹. Late payment is a breach of contract whereby the creditor does not have the sum owed by the debtor at her disposal on the due date provided that she has fulfilled his obligations. This scenario has been made financially attractive to debtors in most Member States by low or no interest rates charged on late payments and slow procedure for redress².

In the context of debt recovery, where civil procedure plays a prominent role, several initiatives have been undertaken by the EU³. More precisely, the Regulation (EC) No 805/2004 established a European Enforcement Order (EEO) for uncontested claims, that is, it provided for the abolition of the *exequatur* procedure for uncontested claims judgments for the payment of due sums of money⁴. Improving on the conditions of enforceability only solved part of the problem. Thus, the Commission opted for the creation of a separate instrument: “a specific harmonized procedure for the recovery of debts that are presumed to remain uncontested, namely the European order of payment.” Additionally, the EU regulators intervened on interest rates as a further mechanism to address the late payments issue⁵. Despite these initiatives recent statistics indicate at best, no improvements in the wake of the financial crisis⁶.

1. The European Union has recognized the problem in several occasions, among which there are a recommendation adopted by the Commission on 12 May 1995, an opinion on the Commission’s Green Paper on Public procurement in the European Union: Exploring the way forward by the Economic and Social Committee on 29 May 1997, a action plan for the single market adopted by the Commission on 4 June 1997, a report by the Commission issued on 17 July 1997.
2. See *whereas* n. 12 Directive 7/2011/EU.
3. See Aude Fiorini, “I. facilitating Cross-Border Debt Recovery—the European Payment Order and Small Claims Regulations,” *International and Comparative Law Quarterly* 57, no. 2 (2008), <http://dx.doi.org/10.1017/S0020589308000262>.
4. If these judgments meet a number of conditions, see Study JLS C4/2005/ 03 (n 12) and *ibid*.
5. Directive 2011/7/EU
6. A study from the Asset Based Finance Association found that in 2015, despite the economic recovery, SMEs wait an average of 11 days longer for payment than they were at the peak of the recession.

In particular, heavy administrative and financial burdens still weight on SMEs⁷ as a result of excessive payment periods and – more importantly – late payments. As is known, late payments negatively affect liquidity and complicate the financial management of undertakings. They also affect the competitiveness and profitability of SMEs, especially when the creditor needs to obtain external financing due to late payments. The external evaluation of the Directive 7/2011/EU found that, for each day of reduction in payment delays, European companies save an estimated EUR 158 million in financial costs⁸.

This essay limits its analysis to payments made as remuneration for B2B transactions and does not deal with transactions with consumers (B2C), interests in connection with other payments and payments made as compensation for damages including payments from insurance companies. Furthermore, the European Commission emphasized⁹ that a legal and business environment supportive of timely payments in commercial transactions should be developed and that public authorities have a distinct responsibility in this regard.

While this essay mainly deals with the EOP procedure, its underlying principles could be extended at the member states level with minor modification to fit the domestic legislation¹⁰. The mechanisms for debt recovery are also of paramount importance at the domestic level and drain significant resources from judicial systems. For example, between 2009 and 2012 the number of procedures for payment order was close to double the ordinary procedures in the Italian judicial system¹¹.

In light of these authoritative remarks, this essay explores a technological approach to the late payment problem by leveraging a technological innovation in the field of ICT, namely distributed consensus systems, based on blockchain and distributed ledger (DL) technology. The properties of DL improve the current landscape, as they enable a decentralized formal control of the evidence.

The article develops as follows: section 2 introduces the technological innovation of blockchains and DL; section 3 deals with the European Order of Payment and highlights its characteristics. Section 4 shows how a DL system can be applied to the procedure described in section 3; section 5 concludes.

The report is available here: <http://www.abfa.org.uk/news/Documents/ABFA%20white%20paper%20-%20Payment%20days%20by%20sector.pdf>

7. For a definition of SMEs, see Commission Recommendation of 6 May 2003
8. <http://bookshop.europa.eu/en/ex-post-evaluation-of-late-payment-directive-pbET0415875/> p.59.
9. European Commission, communication of 25th June 2008.
10. In particular for civil law countries see Section 3.
11. For a full statistical analysis of the civil actions divided by type see https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_14_1.page?facetNode_1=0_10&facetNode_2=0_10_37&contentId=SST993953&previusPage=mg_1_14

2. A BRIEF INTRODUCTION TO BLOCKCHAINS AND DISTRIBUTED LEDGERS

There are many definitions of blockchains and distributed ledger technologies¹². For the purpose of this essay, it suffices to focus our attention on the main characteristics of this technological innovation, without delving too much into the technicalities¹³. The rest of this article adopts the term DL as a placeholder for the class of technologies of distributed consensus systems¹⁴.

Primarily, DL enable the storage of data in a distributed fashion without resorting to a central authority (CA) or trusted third party (TTP)¹⁵. DL technologies ensure that participants agree on the order, validity, existence, and authenticity of the data stored in the system¹⁶. The most prominent examples of DL systems are cryptocurrencies, that is, peer-to-peer distributed virtual currencies whose functioning is not based upon a CA or a TTP in contrast to traditional online means of payments¹⁷. It is important to outline how this class of technologies enables participants to agree in a distributed way. This distributed agreement often referred to as consensus is the *raison d'être* of DL.

Many experts in industry, governments, and academia contend that DL technologies can be successfully applied beyond the field of cryptocurrencies. On one hand, governments and companies have issued several reports on the topic exploring the potential of the technology¹⁸. On the other hand, in academia, some regard these

12. The notion of a “modern” blockchain has been proposed by Satoshi Nakamoto, *Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System* (2008). Although the idea of cryptographically linking together data was first proposed in Stuart Haber and W Scott Stornetta, *How to Time-Stamp a Digital Document*, Conference on the Theory and application of Cryptography (Springer, 1990).
13. For a comprehensive introduction of the technological landscape see Arvind Narayanan et al., *Bitcoin and Cryptocurrency Technologies: A Comprehensive Introduction* (Princeton University Press, 2016). And for an outlook of the building blocks of the technology see Arvind Narayanan and Jeremy Clark, “Bitcoin’s Academic Pedigree,” *Queue* 15, no. 4 (2017).
14. Florian Glaser and Luis Bezenberger, “Beyond Cryptocurrencies—a Taxonomy of Decentralized Consensus Systems” (paper presented at the 23rd European Conference on Information Systems (ECIS), Münster, Germany 2015). Xiwei Xu et al., *A Taxonomy of Blockchain-Based Systems for Architecture Design*, Software Architecture (ICSA), 2017 IEEE International Conference on (IEEE, 2017).
15. There are many more nuances that characterized different instantiation of these technologies, for an overview of several implementations see Diego Romano and Giovanni Schmid, “Beyond Bitcoin: A Critical Look at Blockchain-Based Systems,” *Cryptography* 1, no. 2 (2017), <http://dx.doi.org/10.3390/cryptography1020015>. And for an analysis of the components of the data structure see Xiwei Xu et al., *The Blockchain as a Software Connector*, Software Architecture (WICSA), 2016 13th Working IEEE/IFIP Conference on (IEEE, 2016).
16. Victoria Lemieux, *Blockchain and Distributed Ledgers as Trusted Recordkeeping Systems: An Archival Theoretic Evaluation Framework* (2017).
17. For a critical perspective on the topic see Claus Dierksmeier and Peter Seele, “Cryptocurrencies and Business Ethics,” *Journal of Business Ethics* (August 13 2016), <http://dx.doi.org/10.1007/s10551-016-3298-0>.
18. Reeson A. Hanson RT., Staples M., “Distributed Ledgers, Scenarios for the Australian Economy over the Coming Decades,” Canberra (2017). UK Government Chief Scientific Adviser, *Distributed Ledger*

technologies as a blueprint for a new economy¹⁹; while others hold it as an institutional technology.²⁰ Although this new technology is at the top of the Gartner hype cycle²¹, some use-cases seem at hand.

The main properties of a DL information processing system are (a) append-only²² (b) byzantine fault-tolerance²³ (c) resiliency²⁴ (d) tamper-proofness²⁵ (e) security²⁶ (f) immutability²⁷. One can conceptualize a DL system as a distributed notary, albeit with one key difference, namely, the so-called last-mile problem²⁸. Simply put, DL are truth-agnostic. This technology guards against alteration, modification, deletion, and hacking of data but it is not suited for establishing the truthfulness of the data

Technology: Beyond Block Chain, by Ed Vaizey Matthew Hancock (London: Government Office for Science, 2016); Stephen Marshall Vimi Grewal-Carr, *Blockchain, Enigma. Paradox. Opportunity* (London: Deloitte LLP, 2016); Richard Thompson Ainsworth and Andrew Shact, "Blockchain (Distributed Ledger Technology) Solves Vat Fraud," (2016); LD Griggs et al., "Blockchains, Trust and Land Administration: The Return of Historical Provenance," *Property Law Review* 6 (2017). George Samman Sigrid Seibold, *Consensus, Immutable agreement for the Internet of Value* (KPMG LLP, 2016); Committee on Economic and Monetary Affairs, *Draft Report on Virtual Currencies*, by European Parliament, 2016/2007(INI) (European Parliament, 2016).

19. Melanie Swan, *Blockchain: Blueprint for a New Economy* ("O'Reilly Media, Inc.", 2015); Melanie Swan, "Anticipating the Economic Benefits of Blockchain," *Technology Innovation Management Review* 7, no. 10 (2017).
20. Sinclair Davidson, Primavera De Filippi, and Jason Potts, "Blockchains and the Economics Institutions of Capitalism," *Journal of Institutional Economics* (2017); Sinclair Davidson, Primavera De Filippi, and Jason Potts, "Disrupting Governance: The New Institutional Economics of Distributed Ledger Technology," (2016).
21. See <https://www.gartner.com/en/research/methodologies/gartner-hype-cycle> for an overview of the methodology
22. This means that users of the system can only write data to the ledger. In database lingo a DL is a write/read only data structure.
23. That is, the network can tolerate erratic behavior of some of its nodes. In the classic paradigm of distributed computing erratic behavior is defined as nodes exiting and joinin the network randomly or nodes crashing. In DL systems it extends to arbitrary and adversary behavior. For an accessible overview of the matter see Ittai Abraham and Dahlia Malkhi, "The Blockchain Consensus Layer and Bft," *Bulletin of EATCS* 3, no. 123 (2017); Shehar Bano et al., "Consensus in the Age of Blockchains," *arXiv preprint arXiv:1711.03936* (2017). For the first formalization of the Byzantine General Problem see Leslie Lamport, Robert Shostak, and Marshall Pease, "The Byzantine Generals Problem," *ACM Transactions on Programming Languages and Systems (TOPLAS)* 4, no. 3 (1982).
24. The ledgers is replicated across all the nodes participating in the network.
25. Once added to the ledger data is very difficult to modify since the systems links chunks of data together, this means that modifying an entry into the systems entails necessarily re-compute all the entry after it. This mechanism was first described in Haber and Stornetta.
26. This technology is at the foundation of the Bitcoin network which is considered highly reliable by security experts and has not been compromised in 10 years, even if there are billions at stake.
27. More precisely, DL systems are immutable from the user's side while simply hard-to-change for the gatekeepers of the system. See Angela Walch, "Blockchain's Treacherous Vocabulary: One More Challenge for Regulators," (2017).
28. See supra 15.

it stores. In other words, what matters in a DL is the form, not the content. Yet, this technological innovation fits hand to glove the peculiar standard of evidence required for the payment procedure in member states, and, therefore for the indication of evidence²⁹ required by the EOP procedure. The next section outlines the different procedural mechanisms of debt recovery at the member state level upon whose grounds the EOP instrument stands.

3. DOMESTIC AND CROSS-BORDER DEBT RECOVERY IN THE EU: A PRIMER

There are different mechanisms for debt recovery among the member states³⁰: ex parte mechanism, small claims procedures, and payment order procedures.

In the UK, for instance, the summary judgment introduced in 1855 with the Summary Procedure on Bills of Exchange Act, later included in Order n. 14 of the Rules of the Supreme Court in 1937, enables creditors to reach an order of payment without instantiating a judicial procedure *inaudita altera parte*. Conversely, most civil law countries³¹ provide a procedure to allow creditors of a defined sum of money to obtain a court order of payment without prior notification to the debtor. Two models exist: the evidence model and the no-evidence model. The former requires claimants to produce evidence of the claim³². For example, in Italy³³ judges must issue the order if the claimant provides written proof of the right³⁴. On the contrary, the latter model, that is the no-evidence one, requires no evidence of the claim³⁵.

EU regulators struck a compromise between these two models with the EOP. As such, the regulation requires a description of the available evidence. This article suggests an improvement to the EOP model by requiring the evidence to be submitted in a DL system to increase the quality of justice and pave the way to an automatic assessment of EOP claims.

While this article focuses on the EOP procedure, many of the following remarks can be extended at the domestic level. For instance, under Italian law, the so-called

29. Regulation 1896/2006 art. 7(e)

30. E Serverin, CNRS ENS-Cachan, 'Des procédures de traitement judiciaire des demandes de faible importance ou non contestées dans les droits des Etats-Membres de l'Union européenne' (9 July 2001) 6

31. Some examples include: book 7 of the German Z.P.O., arts. 448 and ff. of the Austrian Z.P.O. and arts. from 1405 to 1425 of the French Civil Procedure Code.

32. As in Belgium, France, Greece, Luxembourg and Spain.

33. For an in depth analysis of the Italian procedure see Alberto Ronco, *I Procedimenti Sommari E Speciali. 1: Procedimenti Sommari (633-669 Cpc). Procedimento Per Decreto Ingiuntivo (UTET Giuridica, 2005).*

34. Pursuant to art. 633 of the c.p.c.

35. As in Austria, Germany, Finland, Sweden and Portugal.

“procedimento monitorio” is summarily defined as the procedure by which a claim concerning the payment of a specific amount of money is deferred to a court to obtain a payment order. The law does not require a strict standard for the evidence submitted by the claimant³⁶, in that, evidence necessary for emitting an order of payment would not be considered enough in an ordinary trial. The primary assumption is that the payment orders are issued when there is a high probability that the claim is, and will remain, uncontested.

In the case of commercial transactions, this standard results in the mere allegation of the existence of the right being claimed. Therefore, an invoice (a document solely produced by the creditor) is considered sufficient by the Italian Court of Cassation for the issuance of a court payment order³⁷. Regardless of art. 634 of the Code of Civil Procedure (also, c.p.c.) which requires notary certification of the accounting books³⁸. One can start to see why a DL system to manage this kind of procedures seems a perfect fit.

It follows that the standard of evidence (both at the Italian and European level) is quite peculiar. Under art. 7(e) the description of the evidence in the Regulation n. 1896/2016 concerns “[the] possible types of evidence that are usually produced in support of pecuniary claims³⁹”. Consequently, a document – or no document at all - produced by the creditor is sufficient. Following the previous remarks, this article contends that there is an opportunity to experiment with a DL-based distributed system to assess the claims for the European Order of Payment.

Further, according to the regulation “the examination should not need to be carried out by a judge” and “the examination [of applications for a court order of payment] may take the form of an automated procedure”⁴⁰. Therefore, in this trend towards automation, also shown by recent developments in the digitalization of the justice systems⁴¹, and given the peculiar standard of evidence required for the order of payment procedures, the blueprint for an information system to manage the “possible types of evidence that are usually produced in support of pecuniary claims” is put forward. Primarily, this system can and should be designed to allow judges (and then software agents) to assess formally the document submitted as evidence, and then to manage semi-autonomously the whole procedure, from the creation of the documents presented as evidence to the issuance of the EOP.

36. As exceptions to the common standard for evidences dictated for the ordinary trial by art. 2699 and subsequent of the civil code and arts. 191 and ss. of the c.p.c.

37. See, ex multis Court of Cassation n. 5071 of 2009.

38. Which applies if the claimant is a commercial operator - as defined by art. 2195 of the civil code – and consists in the authentication by a notary of the accounting books of the claimant.

39. Whereas n. 14 Regulation 1896/2016/EU

40. Art. 8 reg. 1896/2006.

41. A slow process started in the Italian legal system with the law n. 59 of 15 March 1997.

4. TOWARD AN AUTOMATED DEBT RECOVERY PROCEDURE

Is it possible to improve the standard of evidence required by the EOP procedure? Which benefits would derive from the adoption of an information system to manage evidence for the EOP? This section explores these issues by exploring the adoption of an EU-level system to manage evidence in the context of the EOP. This article contributes to the literature at the intersection of law and blockchains by showing how the properties of this information systems fit the procedure established by the Regulation 1896/2006.

The proposed architecture is modular, as such different parts should be implemented as the experimentation with the system progresses, and feedback is gathered from stakeholders. Module n. 1 pegs the invoice (or the possible types of evidence that are usually produced in support of pecuniary claims) to a data container in a DL along with the EOP module, the claimants submit the evidence and the form using a web-interface to the competent court. Pegging the evidence as well as the EOP form to a DL enables the whole procedure to benefit from the properties of such systems as described in section 2.

Subsequently, module n. 2 adds smart capabilities and enables the creation of a persistent scripts environment (formerly known as smart contracts)⁴². The evidence becomes the object of a function whose parameters are: due date, amount, recipient, creditor, and location along as the inputs of the EOP form. Persistent scripts, then, enable the trusted execution of the automatic validation of the claim for the EOP as suggested by art. 8 of Reg. 1896/2006. That is, the issuance of the payment order is executed in a transparent, distributed fashion, by the nodes of the network and can be checked by the creditor as well as the debtor. In this scenario, human intervention may be considered superfluous.

This article holds that DL technology is well-suited to enable an e-justice system as it possesses several characteristics that are of paramount importance in this domain. Further, the automatic generation of the order of payments could be added on top of the smart contract module if one aspires to a fully autonomous system of issuance of enforceable orders of payments. Arguably, an automated system for the issuance of EOPs improves cross-border debt recovery, increases efficiency, and contributes to addressing the problem of late-payments in the EU. Lastly, the properties of such systems improve the current paradigm of e-justice systems by enabling the trusted

42. Persistent scripts (also known as smart contracts) are software program that run on a distributed DL system. As such, they share the properties of DL systems as described in section 2. For an overview of smart contracts see Eliza Mik, “Smart Contracts: Terminology, Technical Limitations and Real World Complexity,” *Law, Innovation and Technology* (2017). Also on the topic see Karen EC Levy, “Book-Smart, Not Street-Smart: Blockchain-Based Smart Contracts and the Social Workings of Law,” *Engaging Science, Technology, and Society* 3 (2017). For an outlook of current implementations see Massimo Bartoletti and Livio Pompianu, “An Empirical Analysis of Smart Contracts: Platforms, Applications, and Design Patterns,” arXiv preprint arXiv:1703.06322 (2017).

execution of the specific procedure of the EOP; this could lead to a new paradigm for the civil procedural law, namely, a fully automated, trusted and transparent issuance of an enforceable order of payment.

5. CONCLUSION AND DISCUSSION

The late payment in commercial transactions is a pressing problem in the European Union, especially for SMEs. This short working paper took the first step toward the implementation of a DL system to automate the issuance of EOPs. Such a system arguably has the same properties and functions as the notary authentication pursuant, for example, to art. 634 of the c.p.c., and improves on the standard of evidence required by the regulation.

Additionally, the system improves the transparency and efficiency of the procedure. This, in turn, should lower the costs of legal assistance in the application process and speed up the issuance of EOP. It is also possible that some of the properties of this system (i.e. timestamping and tamper-proofness) could have spill-over effects on other civil procedures. Moreover, this article aims to probe the civil procedure community attitude toward the DL technology and tries to establish a discussion to promote a righteous path for the automation of specific legal procedures. Lawyers and legal experts should lead the project of judicial automation and not be the victims of it. Lastly, taking into account the innovative and experimental nature of the proposed solution, it is desirable that its implementation should be carried out in a regulatory sandbox⁴³.

In light of the recent opening to digitalization and automation of specific procedures made by the EU legislators, the combination of a DL system with persistent scripts functionalities, seems apt to streamline and automate the process of issuance of orders of payments, thereby contributing to addressing the issue of late payment in commercial transactions in the Union as well as, eventually, member states.

Acknowledgments: This paper is an outcome of the Ph.D. research performed inside of the Joint International Doctoral (Ph.D.) Degree in Law, Science, and Technology, coordinated by the University of Bologna, CIRSFID in cooperation with the University of Turin, Universitat Autònoma de Barcelona, Tilburg University, Mykolas Romeris University, The University of Luxembourg.

BIBLIOGRAPHY

- Abraham, Ittai and Dahlia Malkhi. "The Blockchain Consensus Layer and Bft." *Bulletin of EATCS* 3, no. 123 (2017).
- Ainsworth, Richard Thompson and Andrew Shact. "Blockchain (Distributed Ledger Technology) Solves Vat Fraud." (2016).

43. Mark Fenwick, Wulf A Kaal, and Erik PM Vermeulen, "Regulation Tomorrow: What Happens When Technology Is Faster Than the Law?," (2016).

- Bano, Shehar, Alberto Sonnino, Mustafa Al-Bassam, Sarah Azouvi, Patrick McCorry, Sarah Meiklejohn, and George Danezis. "Consensus in the Age of Blockchains." arXiv preprint arXiv:1711.03936 (2017).
- Bartoletti, Massimo and Livio Pompianu. "An Empirical Analysis of Smart Contracts: Platforms, Applications, and Design Patterns." arXiv preprint arXiv:1703.06322 (2017).
- Davidson, Sinclair, Primavera De Filippi, and Jason Potts. "Disrupting Governance: The New Institutional Economics of Distributed Ledger Technology." (2016).
- Davidson, Sinclair, Primavera De Filippi, and Jason Potts. "Blockchains and the Economics Institutions of Capitalism." *Journal of Institutional Economics* (2017).
- Dierksmeier, Claus and Peter Seele. "Cryptocurrencies and Business Ethics." *Journal of Business Ethics* (August 13 2016). <http://dx.doi.org/10.1007/s10551-016-3298-0>.
- Fenwick, Mark, Wulf A Kaal, and Erik PM Vermeulen. "Regulation Tomorrow: What Happens When Technology Is Faster Than the Law?" (2016).
- Fiorini, Aude. "I. facilitating Cross-Border Debt Recovery—the European Payment Order and Small Claims Regulations." *International and Comparative Law Quarterly* 57, no. 2 (2008): 449-65. <http://dx.doi.org/10.1017/S0020589308000262>.
- Glaser, Florian and Luis Bezenberger, "Beyond Cryptocurrencies-a Taxonomy of Decentralized Consensus Systems." 23rd European Conference on Information Systems (ECIS), Münster, Germany, 2015.
- Griggs, LD, Rod Thomas, Rouhshi Low, and James Scheibner. "Blockchains, Trust and Land Administration: The Return of Historical Provenance." *Property Law Review* 6 (2017): 179-94.
- Haber, Stuart and W Scott Stornetta. *How to Time-Stamp a Digital Document*. Conference on the Theory and application of Cryptography: Springer, 1990.
- Hanson RT., Reeson A., Staples M. "Distributed Ledgers, Scenarios for the Australian Economy over the Coming Decades." Canberra (2017).
- Lamport, Leslie, Robert Shostak, and Marshall Pease. "The Byzantine Generals Problem." *ACM Transactions on Programming Languages and Systems (TOPLAS)* 4, no. 3 (1982): 382-401.
- Lemieux, Victoria. *Blockchain and Distributed Ledgers as Trusted Recordkeeping Systems: An Archival Theoretic Evaluation Framework*. 2017.
- Levy, Karen EC. "Book-Smart, Not Street-Smart: Blockchain-Based Smart Contracts and the Social Workings of Law." *Engaging Science, Technology, and Society* 3 (2017): 1-15.
- UK Government Chief Scientific Adviser. *Distributed Ledger Technology: Beyond Block Chain*, by Matthew Hancock, Ed Vaizey, 2016.
- Mik, Eliza. "Smart Contracts: Terminology, Technical Limitations and Real World Complexity." *Law, Innovation and Technology* (2017): 1-32.
- Nakamoto, Satoshi. *Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System*. 2008.
- Narayanan, Arvind, Joseph Bonneau, Edward Felten, Andrew Miller, and Steven Goldfeder. *Bitcoin and Cryptocurrency Technologies: A Comprehensive Introduction*. Princeton University Press, 2016.
- Narayanan, Arvind and Jeremy Clark. "Bitcoin's Academic Pedigree." *Queue* 15, no. 4 (2017): 20.
- Committee on Economic and Monetary Affairs. *Draft Report on Virtual Currencies*, by Parliament, European. 2016/2007(INI), 2016.
- Romano, Diego and Giovanni Schmid. "Beyond Bitcoin: A Critical Look at Blockchain-Based Systems." *Cryptography* 1, no. 2 (2017). <http://dx.doi.org/10.3390/cryptography1020015>.
- Ronco, Alberto. *I Procedimenti Sommari E Speciali. 1: Procedimenti Sommari (633-669 Cpc). Procedimento Per Decreto Ingiuntivo*. UTET Giuridica, 2005.

- Sigrid Seibold, George Samman. Consensus. Immutable agreement for the Internet of Value: KPMG LLP, 2016.
- Swan, Melanie. Blockchain: Blueprint for a New Economy. " O'Reilly Media, Inc.", 2015.
- Swan, Melanie. "Anticipating the Economic Benefits of Blockchain." *Technology Innovation Management Review* 7, no. 10 (2017): 6.
- Vimi Grewal-Carr, Stephen Marshall. Blockchain. Enigma. Paradox. Opportunity. London: Deloitte LLP, 2016.
- Walch, Angela. "Blockchain's Treacherous Vocabulary: One More Challenge for Regulators." (2017).
- Xu, Xiwei, Cesare Pautasso, Liming Zhu, Vincent Gramoli, Alexander Ponomarev, An Binh Tran, and Shiping Chen. The Blockchain as a Software Connector. *Software Architecture (WICSA)*, 2016 13th Working IEEE/IFIP Conference on: IEEE, 2016.
- Xu, Xiwei, Ingo Weber, Mark Staples, Liming Zhu, Jan Bosch, Len Bass, Cesare Pautasso, and Paul Rimba. A Taxonomy of Blockchain-Based Systems for Architecture Design. *Software Architecture (ICSA)*, 2017 IEEE International Conference on: IEEE, 2017.



Manifestações da vontade das partes no processo civil português¹

Demonstrations of parties' autonomy within Portuguese civil procedure

Maria Paulo Rebelo

PhD Candidate at Bahia Federal University (UFBA). Auditor of Justice (Judge).

Resumo: Sem receberem grande atenção pela doutrina portuguesa, as poucas manifestações de autonomia da vontade das partes no processo são feitas com recurso aos princípios da gestão processual e adequação formal, do dispositivo, assim como da cooperação. Este artigo propõe-se a analisar algumas delas.

Abstract: *Without receiving many attention from Portuguese scholars, the few demonstrations of parties' autonomy within the procedure are held by principles such as procedural management, formal adequacy, parties initiative as well as cooperation. This paper aims to analyze some of those demonstrations.*

1. Este *artigo* é resultado do grupo de pesquisa “Transformações nas teorias sobre o processo e o Direito processual”, vinculado à Universidade Federal da Bahia e cadastrado no Diretório Nacional de Grupos de Pesquisa do CNPQ (dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/7958378616800053). Esse grupo é membro fundador da “ProcNet – Rede Internacional de Pesquisa sobre Justiça Civil e Processo contemporâneo” (<http://laprocon.ufes.br/rede-de-pesquisa>).

Palavras-chave: negócios processuais, autonomia da vontade, direito português.

Keywords: *procedural agreements, parties' autonomy, Portuguese law.*

1. DEVER DE GESTÃO PROCESSUAL E ADEQUAÇÃO FORMAL 1.1. PRORROGAÇÃO DE PRAZO 2. PRINCÍPIO DO DISPOSITIVO EM SENTIDO AMPLO 2.1. COMPETÊNCIA CONVENCIONAL 2.2. SUSPENSÃO DA INSTÂNCIA 2.3. CONFISSÃO, DESISTÊNCIA E TRANSAÇÃO 2.4. MODIFICAÇÃO CONSENSUAL DO PEDIDO OU CAUSA DE PEDIR 2.5. CONVENÇÕES PROBATÓRIAS 3. PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO 3.1. PROGRAMAÇÃO DE DILIGÊNCIAS 3.2. NOMEAÇÃO DE PERITO 3.3. INQUIRIÇÕES 4. CONCLUSÃO

1. DEVER DE GESTÃO PROCESSUAL E ADEQUAÇÃO FORMAL

O processo histórico de evolução legislativa para chegarmos aos princípios da gestão e adequação processual ou colaboração processual que temos hoje, foi longo². Hoje plasmado no art.º 6.º do CPC, este poder funcional recebeu um impulso

2. O novo CPC (Lei n.º 41/2013) corresponde, em grande medida, à Proposta Lei n.º 113/XII apresentada pelo Governo à Assembleia Legislativa, com muito poucas alterações (Cfr. Lourenço, José Acácio, “Direitos das partes no processo civil após a reforma do código de processo civil, em 2013: avanço ou retrocesso?”, Revista da Ordem dos Advogados, Ano 73, n.º 2-3, Lisboa, 2013, pág. 481). O Código, que veio revogar o de 1961, continua na linha do reforço de princípios como o do inquisitório, que já desde o código de 1939 ganham grande força no ordenamento processual português - cfr. 266.º -, com o juiz a assumir importante papel na remover obstáculos ao regular andamento da lide, na ordenação do que for necessário ao seguimento daquele e na recusa à prática de atos impertinentes ou dilatatórios (cfr. Remédio Marques, J. P., Acção Declarativa à Luz do Código Revisto, 2ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, pág. 37). Já em 1995/96, porém, o diploma tinha sido objeto de uma profunda revisão, que visou retirar a rigidez do trâmite procedimental da lide por forma a evitar que essas regras pudessem afetar a satisfatividade de direitos e a ampla e plena discussão da matéria de fato. Com ela, intensificaram-se os poderes inquisitoriais do magistrado para que este procurasse assegurar uma igualdade material entre as partes, assim como a verdade real dos fatos. Para o efeito, introduziu-se aquilo a que se chamou *poder de adequação do procedimento* pelo juiz, que ficou plasmado no art.º 265º-A. Nas palavras de Teixeira De Sousa, tratou-se “(...) da primeira tentativa de ruptura com algumas das tradições napoleónicas e liberais do processo civil nacional, em especial quanto ao âmbito da disponibilidade das partes sobre o processo e ao domínio da discussão escrita sobre a oral (...)” (cfr. Teixeira de Sousa, Miguel, “Apreciação de alguns aspectos da ‘revisão do Processo Civil – Projecto’”, Revista da Ordem dos Advogados, Ano 55, n.º 2, Lisboa, 1995, pág. 355). Nesta Reforma assumiu igualmente destaque a promoção de um princípio de cooperação entre sujeitos processuais (art.º 264-A) (cfr. Freitas, José Lebre de. “Revisão do Processo Civil”, Revista da Ordem dos Advogados, Ano 55, n.º 2, Lisboa, 1995, págs. 428-42). Paralelamente, e o mesmo espírito flexibilizador da Reforma, e tendo em conta os processos em massa que assolavam os tribunais, o legislador português decidiu em 2016, pelo Decreto-Lei n.º 108/2006, apostar num procedimento autónomo, a que chamou de experimental (que tinha como objetivos trazer eficiência e rapidez a determinado tipo de processos, mitigando em determinada medida, o formalismo processual patente dos processos ordinários comuns (cfr. Jorge, Nuno Lemos. “Notas sobre o regime processual experimental”, *Novas exigências do processo civil – organização, celeridade e eficácia*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, pág. 177. Para o conseguir, voltou a atribuir às mãos do juiz os poderes de adaptação do procedimento, pelo instituto da *gestão processual*,

significativo com a aprovação do Regime Processual Civil Experimental e impõe ao magistrado uma *diligente e proactiva direção do processo*. O seu objetivo fundamental é mitigar o formalismo processual antecipado pelo legislador³.

A amplitude deste poder-dever manifesta-se nos mais variados casos⁴. E mesmo que muitas vezes possam não ir ao encontro da celeridade processual, as normas

que elevou a dever do juiz, o que lhe conferiu renovado papel na direção e condução do processo. Por esta via, tentou o legislador reforçar o princípio da adequação formal e da limitação dos atos processuais, centrando na figura do magistrado os poderes necessários para impedir a prática de atos inúteis, dinamizar a tramitação da lide, adaptar o procedimento às especificidades da causa e, no fundo, promover a agilização processual. Apesar de ser um dos grandes marcos da adequação processual na legislação portuguesa, não podemos dizer que a legalidade das formas processuais nos termos fixados em lei fosse completamente abandonada e substituída por uma diferente filosofia processual na qual toda a tramitação processual fosse centrada e confiada ao juiz. A tal conclusão se oporia a falta de previsibilidade do processo, da ausência de suficiente normatização disponível e das normais garantias de certeza jurídica (cfr. Faria, Paulo Ramos De, *Regime Processual Civil Experimental. A gestão processual no processo declarativo comum experimental*, Braga, CEJUR, 2009, págs. 14, 34-38). A existência de uma forma legal processual a ser objeto de posterior adaptação pelo magistrado torna-se uma garantia e, simultaneamente, um limite ao exercício do poder funcional de gestão processual. A lógica é de uma espécie de subsidiariedade, que chama o dever de gestão do magistrado sempre e apenas quando uma concreta insuficiência ou ineficácia surge na lide (cfr. Ibáñez, Perfecto Andrés “A profissão do juiz, hoje”, *Julgar*, n.º 1, Lisboa, Janeiro-Abril, 2007, pág. 40; no mesmo sentido, Casanova, J. F. De Salazar, “A Janela de oportunidade do Novo Código de Processo Civil”, *Revista Julgar*, n.º 23, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, pág. 14). Em 2013, o novo CPC decidiu continuar o caminho da flexibilização iniciado pela Reforma e continuado pelo Decreto-Lei n.º 108/2006, sem prejuízo de continuar a fazê-lo pela via e com recurso a ideologias fortemente publicistas e paternalistas do Estado-juiz. Entre outros dispositivos, a figura central é a do art.º 6.º, n.º 1, que consagra o *dever de gestão processual reunindo ambos os poderes de direção e de adequação processual*. Este Código teve como principais preocupações, implementar concretos deveres processuais e poderes de gestão, procurar uma efetiva responsabilização dos agentes no decorrer do processo, por forma a dar vazão aos princípios da verdade material, da cooperação funcional e do primado da substância sob a forma, acentuando a tónica na resolução de questões essenciais relacionadas ao mérito da lide (cfr. Ferreira de Almeida, Francisco, *Direito Processual Civil*, Vol. I, 3ª Ed, Coimbra, Almedina, 2017, pág. 42). Esta atuação dinâmica que é encabeçada pelo juiz, para satisfação das finalidades do processo e garantia de eficiência na tramitação da lide, resultam de conceções pós-liberais que reconhecem a necessidade de trazer eficiência à composição de litígios em massa (cfr. Freitas, José Lebre de, *Intrrodução ao Processo Civil: conceito e princípios gerais à luz do novo código*, 4ª ed, Coimbra, Gestlegal, 2017, pág. 227). Para prosseguir estes objetivos, reforçaram-se o poder de direção do processo, com a ampliação do princípio de adequação formal (art.º 547.º) e o princípio do inquisitório, no papel reconstruído do dever de gestão processual. Por esta via, atribui-se ao magistrado não só poderes de gestão formal, como de gestão material e esclarecimento pessoais resultantes do reforço do inquisitório no art.º 411.º.

3. Ferreira De Almeida, *op cit.*, pág. 82. O seu objetivo fundamental é mitigar um formalismo processual, sempre que o excessivo respeito pela legalidade das formas processuais se revele pouco eficiente. Tendo como parâmetros o valor da causa, a natureza da lide, o número de partes envolvidas, o tempo estimado para a resolução do litígio e a complexidade das questões jurídicas, este instituto prima pela sua aplicação *casuística*.
4. Por exemplo: nas vezes em que o magistrado decide ampliar o prazo para a prática do ato processual; quando promove a *dispensa da enunciação dos temas da prova* ou quando promove *de ofício* pela

que concretizam este poder-dever espalhadas pelo Código podem ter em mente, por exemplo, e simplesmente, a efetivação do direito do contraditório ou mesmo a justa composição do litígio⁵.

Nem toda a doutrina parece concordar com os exatos termos deste poder de gestão processual. Luís Filipe Lameiras⁶, Mariana França Gouveia⁷, Nuno Lemos Jorge⁸ e António José Fialho⁹, parecem, por exemplo, sustentar uma amplitude para este poder funcional significativamente elevada, com prejuízo do princípio da legalidade e valorização de um informalismo procedimental; por oposição a uma posição mais moderada de Paulo Duarte Teixeira¹⁰.

Há quem desdobre este dever de gestão processual em dois poderes-deveres: o de *direção do processo* e o de *adequação processual*¹¹. Outros há que apontem a existência de duas vertentes deste princípio: a da *gestão formal*, relacionada com a agilização do processo, economia processual e eficiência dos atos processuais; e a da *gestão material*, intrinsecamente ligada à justa composição da lide e à prossecução do mérito da demanda¹². Sem prejuízo do mérito que tem esta posição, preferimos¹³

produção de determinado meio de prova, Cfr. Faria, *op cit.*, págs. 21-22; Lourenço, Paula Meira, “Regime Processual civil Experimental: simplificação e gestão processual”, *Regime Processual Civil Experimental – Simplificação e Gestão Processual*, Braga, CEJUR, 2008, págs. 91-93.

5. Ainda assim, esta maior liberdade de atuação que é dada ao juiz, é muitas vezes aparente. Por um lado, há que ter em conta que as normas disciplinadoras do procedimento – i.e., que o processo – são em si mesmo uma garantia para as partes contra a discricionariedade dos tribunais e perante a justiça estatal.
6. Lameiras, Luís Filipe, *Comentário ao Regime Experimental*, Coimbra, Almedina, 2007, pág. 29. Nas palavras do Autor, “(...) na forma do processo prevista no (diploma), abandona-se a legalidade/tipicidade emergente das normas jurídico-processuais para passar a radicar-se numa decisão jurisdicional, sempre única e concreta, reportada só aqueles autos específicos” (cit. pág.31).
7. Gouveia, Mariana França, *Regime Processual Experimental*, Coimbra, Almedina, 2006, págs. 31 ss.
8. Jorge, *op cit*, pág. 185.
9. Fialho, António José, “Simplificação e gestão processual”, *Regime Processual Civil Experimental – Simplificação e Gestão Processual*, Braga, CEJUR, 2008, págs. 59 ss.
10. Sustentando uma posição mais moderada, entendendo que é possível, com prudência, flexibilizar-se a tramitação processual, mas sem pôr em causa a sua essência ou torná-la incompatível com os objetivos para que foi criada, Paulo Duarte Teixeira. O Autor entende que o poder de gestão ficou a meio caminho entre o abandono total ao princípio da forma legal e a instituição de um informalismo procedimental, que basicamente se traduz num alargamento do escopo do princípio da adequação processual (Teixeira, Paulo Duarte “O poder de gestão no processo experimental”, *Regime Processual Civil Experimental – Simplificação e Gestão Processual*, Braga, CEJUR, 2008, págs. 21-22).
11. Xavier, Rita Lobo; Folhadela, Inês; Andrade e Castro, Gonçalo, *Elementos de direito processual civil – Teoria Geral, Princípios, Pressupostos*, Porto, Católica Editora, 2014, pág. 138.
12. Faria, *op cit.*, págs. 20-21; Mesquita, Miguel, “Princípio da gestão processual: o ‘Santo Graal’ do novo processo civil?”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra, Ano 145, N.º 3995, 2015, pág. 83; Ferreira De Almeida, *op cit.*, págs. 82 ss;
13. Acompanhamos assim o posicionamento de Teixeira De Sousa, Miguel, “Apontamentos sobre o princípio da gestão processual no novo Código de Processo Civil”, *Cadernos de Direito Privado*, N.º 43, Braga, 2013, pág. 10; e de Freitas, *Introdução...*, pág. 230.

aqui encarar este dever sob exclusiva ótica formal e desdobrar esta, agora sim, em dois aspetos: um *substancial*¹⁴ e outro *instrumental*¹⁵. Esta lógica bifurcada da gestão processual, requer um juiz capaz de resolver aquilo que Miguel Teixeira de Sousa apelida de *equação processual*: celeridade, eficiência, compromisso com a redução de custos, tempo e complexidade processual, assim como um magistrado focado na prossecução de soluções justas¹⁶. Para o efeito, torna-se necessário exigir deste duas posturas só aparentemente contraditórias: uma *proximidade e interventividade* em relação às partes e à causa; mas também uma *distanciação e cooperação* com aquelas¹⁷.

14. No que diz respeito ao aspeto substancial, de forte influência inglesa. Nomeadamente da *active case management* típico do ordenamento jurídico inglês, caracterizado pelo seu modelo de processo privatizado, no sentido de que às partes cabia o controlo e condução do processo, representando o magistrado um papel subsidiário e passivo na lide processual –, demanda do magistrado uma preocupação em providenciar o andamento célere do processo. Para este efeito, o magistrado possui uma série de atribuições/deveres de condução do processo. Pelo uso deste tipo de ferramentas processuais se garante, assim, a ausência de inércia das partes, naquilo que é uma manifestação clara do modelo publicista e que pode ser resumida na concentração de poderes de direção, correção, sanção e programação nas mãos do magistrado.
15. Já no que respeita ao aspeto instrumental da gestão processual, ele confunde-se com o poder de adequação formal. Fortemente inspirado pela Reforma de 1995/96, os objetivos de permitir um efetivo acesso à justiça e a obtenção de decisões em prazo razoável conduziram ao derrube de uma série de preceitos rígidos, estritamente procedimentais, que poderiam revelar-se um obstáculo à obtenção daqueles. Em detrimento de um sistema perfeito e formal, o legislador escolheu a eficácia da norma processual, ainda por meio da atividade conjunta de partes e magistrado. A iniciativa, essa, devia sobretudo partir da mão do juiz, no incentivo às partes para a adoção de certos atos ou no estímulo à participação ativa destas no processo. A lógica era conceber um procedimento célere, mais eficaz e voltado para a busca da verdade, para o qual também deveria contribuir o juiz. O CPC de 2013 veio dar nova redação ao ex-265.º-A (agora plasmado no art.º 547.º). Nas palavras de Lebre De Freitas, “entre as normas dos art.ºs 265.º, n.º 1 e 265.º-A do CPC de 1961 e as dos art.ºs 6.º, n.º 1 e 547.º do CPC de 2013, são assinaláveis, além da integração da adequação formal no âmbito da gestão processual, uma importante diferença: a adequação formal não tem só lugar quando a tramitação legal não se aadeque (em absoluto) ao caso concreto; deve ter também lugar quando, embora adequada, outra haja que melhor se aadeque” (cfr. *Introdução...*, pág. 232). Para além disso, veio integrá-lo no mais amplo princípio da gestão processual, elevando como critério delimitador da atuação do juiz, o parâmetro do processo equitativo. Não deixa, porém, de ser questionável a adoção desta referência. Para Miguel Teixeira De Sousa, este critério deve ser interpretado à luz do art.º 6.º, n.º 1, e lido numa dupla perspetiva: a equidade deve representar um limite à adequação do processo que impeça a transposição de garantias imperativas deste, mas também deverá servir de norte e critério de decisão do magistrado, que o deverá usar para prosseguir na construção de um processo equitativo (cfr. *Apontamentos...*, pág.12). A instrumentalização do processo à salvaguarda do real acesso à justiça, simplificando-o e agilizando-o, era, assim, implementado. Várias são as manifestações legais típicas que concretizam este instituto, a exemplo: (i) cumulação de pedidos (art.º 37.º, n.º 2 e 555.º, n.º 1), (ii) tramitação adequada pelo juiz quando é este a inquirir as testemunhas (art.º 40.º, n.º 3), (iii) cumulação de providências cautelares (art.º 376.º, n.º 3) etc.
16. Teixeira De Sousa, *Apontamentos...*, pág. 10.
17. Faria, *op cit.*, pág. 33. Reforçando a nova perspetiva com que o princípio deve ser encarado, destaca o autor a lógica cooperativa, sem com isso dizer que tal seja sinónimo de “ajuda à parte”. Por outro lado, dizer ainda que não obstante os atos de adequação formal poderem ser praticados em qualquer momento do processo, o momento típico da sua ocorrência será na fase da gestão processual. Com

Da nossa parte, entendemos que o poder de gestão processual não pode ser colocado de forma tão ampla como tem sido defendido por parte considerável da doutrina, seja por motivos *históricos*¹⁸, *teleológicos*¹⁹ ou *sistemáticos*²⁰.

O que a doutrina portuguesa deixa de abordar e assume grande importância é a possibilidade de as partes *conduzirem* o uso deste poder de adaptação do processo, i.e., que o *consenso das partes* seja uma entre várias modalidades que *instiguem o magistrado à gestão do procedimento* em prol daquelas. Uma das poucas reflexões que vimos prende-se precisamente com os limites à atuação do tribunal, quando tal atuação possa ferir interesses públicos indisponíveis²¹. Ora, tendo em conta que o princípio da *cooperação* procura sobretudo assumir o controlo do processo juntamente com as partes, chamando-as e colocando-as em pé de igualdade consigo, não há motivos para que o uso do dever de gestão processual não seja sempre efetuado em colaboração com estas²². Outra dessas reflexões, prende-se com aquilo que Luís Lameiras abordou, ainda que a propósito do regime processual civil experimental, da *colaboração pró-ativa das partes*²³. Assunto que, definitivamente, carece de mais atenção.

efeito, a adequação tanto pode ocorrer no momento da audiência prévia (art.º 590.º, n.º 1, al. e)), quer no despacho que a substitui, caso seja esse o caso (593.º, n.º 2, al. b); e 597.º, al. d) CPC).

18. Como vimos acima, este poder tem forte influência na *Rule 14 dos princípios de processo civil transnacional* da UNIDROIT que, por sua vez, são reprodução de uma norma americana das *Federal Rules*.
19. Tendo em conta que o objetivo da criação deste dever foi, no contexto do Processo Experimental, combater os atrasos e a morosidade dos tribunais resultado da litigância de massas, não se compreende que o juiz possa casuisticamente, em juízo *ad hoc*, promover essas modificações tendo em conta a existência de um procedimento legal padronizado e eficaz. A ideia não é permitir que os magistrados criem ou construam os seus próprios processos e tramitações procedimentais, mas que adequem, sempre que se justificar, num contexto de litigância em massa.
20. Tendo em conta os poderes já amplos e suficientes que o legislador forneceu ao magistrado para a adaptação processual (sanação de pressupostos, poderes de instrução probatória oficiosa etc), admitir uma amplitude tão ampla também para o poder de gestão processual iria estabelecer um desequilíbrio insustentável entre as partes e o magistrado no processo. Um modelo como este iria reservar às partes uma margem de autonomia circunscrita à limitação e domínio das alegações de fato e do pedido.
21. Assim, e por exemplo, que não obstante requerimento conjunto das partes, não poderá o juiz autorizar a que o julgamento tenha lugar perante tribunal colegial extinto; admitir que uma das partes litigue sem estar acompanhada de mandatário, mesmo que nisso esta tenha consentido; aceitar julgar determinada processo mesmo que reconhecendo-se com incompetência absoluta para o efeito; admitir recurso de decisão irrecurável, ainda que haja acordo das partes, por estar em causa decisão interessante; ou ainda determinar a isenção de custas das partes, como incentivo para transigirem (cfr. Faria, Paulo Ramos; Loureiro, Ana Luísa, *Primeiras Notas ao Novo Código de Processo Civil – Os artigos da reforma*, Vol. I, Coimbra, Almedina, 2013, págs. 44 e 423).
22. Neste sentido, Gouveia, *op cit.*, pág. 44.
23. Sob esta ideia, Lameiras apela a que todos os operadores do processo possam participar ativamente na realização da função processual, nomeadamente em sede da *forma de processo e marcha processual* que se deve abrir à possibilidade de contributo dos seus interessados (cfr. Lameiras, Luís Filipe Brites,

1.1. Prorrogação de prazo

Já desde a Reforma de 1995/1996 que se admitiu esta possibilidade (art.º 147.º). Fora o caso dos articulados (art.º 486.º, n.os 4 e 5, e 504.º), o código era completamente omissivo relativamente à prorrogabilidade dos prazos mediante requerimento devidamente motivado²⁴.

Hoje, a matéria consta do art.º 141.º, n.º 2 que dispõe que “havendo acordo das partes, o prazo é prorrogável por uma vez e por igual período”. Apesar de no art.º nada se dizer, entende a doutrina que por motivos de *segurança e certeza*, esse *acordo motivado* entre as partes deve ser junto em documento avulso sob forma de *requerimento* ou declaração conjunta, não sendo suficiente o silêncio ou ausência de manifestação da parte contrária posterior à prática do ato extemporâneo para lhe dar validade²⁵.

Verificamos, portanto, que ao invés de se ter aproveitado o preceito para conferir um espaço de manobra à autonomia das partes, este foi mascarado sob a forma requerimento e necessidade de autorização do magistrado. A filosofia não foi, portanto, liberal, de autorizar convenções processuais em matéria de prazos, mas antes publicista, já que essa possibilidade foi enxertada no dever de gestão processual e acaba por surgir aos olhos do legislador como uma faculdade que aquele tem de adaptar o processo às exigências da lide em concreto, desde que haja acordo das partes.

2. PRINCÍPIO DO DISPOSITIVO EM SENTIDO AMPLO

Comum a praticamente todos os sistemas processuais de *civil law*, os *princípios do dispositivo* e da *disponibilidade privada limitada*, assumem no processo civil português grande importância²⁶, sendo ambos reflexo do princípio da autonomia privada, típico do direito civil²⁷. Enquanto o princípio do dispositivo garante que são

“A importância da colaboração das partes”, Regime Processual Civil Experimental – Simplificação e Gestão Processual, Braga, CEJUR, 2008, págs. 128-129).

24. Freitas, “Revisão...”, pág. 433.

25. Ferreira de Almeida, *op cit.*, Vol. II, págs. 54-55.

26. São as partes que têm o ónus de impulso inicial do processo (art.º 3.º, n.º 1) e, não obstante caber posteriormente ao juiz diligenciar pelo andamento da lide, outros preceitos há que impõem ónus de impulsos subsequentes, entre os quais o art.º 5.º, n.º 1. A ausência, ininteligibilidade, contradição entre pedidos e causa de pedir ou cumulação incompatível, torna inepto o articulado e nulo o processo (art.º 186.º, n.ºs 1 e 2, als. a), b) e c) do CPC).

27. Destacamos a questão da responsabilidade pela matéria de fato, que muitas vezes costuma estar associada também ao princípio do dispositivo, mas que na realidade traduz-se em algo diferente. Competindo-lhes alegar os fatos principais (art.º 5.º, n.º 1), quer nos articulados iniciais, quer nos supervenientes (art.ºs 141.º, n.º 1, 555.º, n.º 1, al. d), 572.º, al. c), 583.º, n.º 1, 584.º, n.º 1 e 588.º, n.º 1), e sem prejuízo do juiz poder convidar as partes a corrigi-los ou completá-los (art.º 590.º, n.º 2, al. b) e 3, e 591.º, n.º 1.º, al. c), esta circunstância nada respeita a um ato de disposição (cfr. Freitas, *Introdução...*, pág. 169); sob pena de às partes poder ser reconhecido um direito a mentir,

as partes quem determinam os fins de cada ação processual (*autodeterminação processual*)²⁸; o princípio da disponibilidade privada salvaguarda, especialmente em sede de causa de pedir e matéria probatória, o domínio dos fatos a trazer à lide, assim como os correspondentes meios probatórios para os demonstrar (*disponibilidade objetiva*)²⁹.

2.1. Competência convencional

Já no âmbito da Reforma 1995/1996 parte da doutrina propunha o alargamento do escopo do então art.º 99.º, nomeadamente restringindo a exclusão do pacto de jurisdição apenas para lides relacionadas com *o estado das pessoas* e não quando estivesse em causa todo e qualquer direito indisponível³⁰.

Hoje em dia, a matéria vem regulada nos arts.º 94.º e 95.º do CPC/13, que discriminam os termos em que a competência pode ser modificada por acordo das partes quer no plano internacional (art.º 94 – pacto privativo ou atributivo de jurisdição), quer no plano nacional (art.º 95.º - competência convencional ou pactícia; pacto de aforamento, pacto de competência, *pactum de foro prorogando*).

Ainda que de âmbito limitado³¹, assume destaque o art.º 95.º, n.º 3 que torna *vinculativa* a estipulação da nova competência escolhida pelas partes, desde que os requisitos do pacto estejam preenchidos, em particular, a forma exigida pelo mesmo,

o que não é verdade. Apesar de aparentar estar em causa uma espécie de “acordo” entre as partes relativamente aos fatos da causa; ou apesar da ausência de alegação de uns ou do reconhecimento e admissão de outros poder indiretamente parecer revelar uma certa disposição sobre os pedidos da lide, acompanhamos o entendimento de Lebre De Freitas no sentido de que esta mais não é do que a técnica escolhida pelo legislador para autorresponsabilizar as partes relativamente à busca pela verdade e ao material fático que deverão trazer para a causa (*ibidem*, pág. 170). Daí porque o legislador faça associar consequências desfavoráveis à parte que não trouxer esses fatos para o processo, tendo a responsabilidade de os fazer; de onde surge a íntima conexão entre ónus da prova e autorresponsabilização. Ora, apesar das partes não poderem mentir sobre os factos da causa, por não terem um poder de disposição quanto a estes, podem, no entanto, e até ao encerramento da discussão em 1ª instância, admitir por acordo a sua existência (art.º 574.º, n.º 2 e 607.º, n.º 4); que, na verdade, baseia-se na ideia de que sempre que uma parte deixa de contestar determinado fato é por este representar a verdade.

28. Sem prejuízo de se poderem, desde logo, apontar algumas exceções a este, como a do art.º 376.º, n.º 3, que prevê a não adstrição do tribunal à providência cautelar escolhida pela parte; ou o 931.º, n.º 7, o poder do juiz de, por iniciativa própria, fixar um regime provisório quanto a alimentos, do exercício das responsabilidades parentais e utilização da casa de morada da família, em caso de pendência de divórcio.
29. Teixeira de Sousa, “*Apreciação...*”, pág. 357.
30. Teixeira de Sousa, *ibidem*., pág. 372.
31. Porque circunscrito à modificação das regras de competência territorial que não impliquem, nos termos do art.º 104.º, conhecimento oficioso pelo tribunal, encontram-se afastadas à disponibilidade das partes, por razões estritamente de ordem pública, as regras de competência em razão da matéria, hierarquia, valor e forma do processo.

já que tem de ser *reduzida a escrito*³². Por outro lado, dispõe o preceito em análise que a validade do pacto depende da designação das questões ou especificação do fato jurídico que as origina e da indicação clara do tribunal que passará a ganhar competência (art.º 95.º, n.º 2). Precisamente porque o preceito admite, de forma implícita, uma *renúncia antecipada* (porquanto anterior à instauração da demanda) à exceção dilatória de incompetência relativa, na medida em que estende a competência a um foro que, de outro modo, não seria competente, limitam-se as possibilidades de defesa do réu mediante a exigência e condição de submeter o pacto a forma escrita³³.

Por outro lado, considera-se nula a cláusula convencional sobre foro, mediante a qual um dos outorgantes *se obriga a aceitar* o tribunal escolhido pelo outro, ou renuncia expressamente ao foro do seu domicílio³⁴.

2.2. Suspensão da Instância

No âmbito do CPC/61, o n.º 4 do art.º 279.º dispunha que “as partes podem acordar na suspensão da instância por prazo não superior a seis meses”. Sem se fazer qualquer menção ao número de vezes com que as partes poderiam chegar a acordo e pedir a suspensão do processo, a doutrina discutia a questão com pertinência³⁵. Quaisquer requerimentos subsequentes (por acordo das partes) de suspensão da instância teriam que passar pelo crivo jurisprudencial, ao abrigo no 279.º, n.º 4, e, bem assim, pela conformação a um motivo justificante adequado.

Hoje em dia, o regime foi alterado e encontra-se previsto no art.º 272.º, n.º 4. O legislador veio deixar claro que as partes podem, de forma *imotivada e potestativa*, solicitar por várias vezes a suspensão do processo, respeitado que seja o limite temporal. Não obstante esta não ser uma faculdade que caiba apenas às partes³⁶, a

32. Ferreira De Almeida, *op cit.*, Vol. I, pág. 355.

33. Teixeira de Sousa, Miguel, *Estudos sobre o novo processo civil*, Lex, 2ª ed, 1997, págs. 123-125.

34. Varela, Antunes, *Manual de Processo Civil*, 2ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1985, pág. 224, nota 5; *Mutatis mutandis*, vale o mesmo raciocínio para os *compromissos arbitrais* ou *cláusulas compromissórias*, enquanto negócios processuais mediante os quais as partes cometem a árbitros a atividade de composição da lide, removendo-a do foro judicial legal e subsidiariamente competente (art.ºs 280.º do CPC e 1.º, n.º 3 da Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro – Lei da Arbitragem Voluntária). Tal como aqueles, uma vez celebrada por escrito e sem que se verifique qualquer problema de validade, o pacto é válido e vinculativo (cfr. Xavier; Folhadela; Andrade e Castro, *op cit.*, págs. 23-24).

35. Faria, *op cit.*, pág. 44. Já à época tinha uma noção compreensiva deste poder, consagrado para tutelar um interesse atendível dos seus titulares: propiciar um consenso e um acordo quanto ao objeto do processo, o que justificava uma oportunidade concedida pelo legislador e pelo juiz para que as partes se conciliassem extrajudicialmente. Mas quando perguntados sobre o número de vezes que o 279.º, n.º 4 poderia ter aplicação, alguma jurisprudência desenvolveu uma interpretação restritiva da norma, sustentando o seu uso não repetido, sob pena de saírem prejudicados princípios como a celeridade, economia processual e eficiência.

36. Já que nos termos do art.º 269.º, pode também verificar-se por motivos objetivos de existir uma causa prejudicial pendente, ou caso haja motivo justificado, por opção discricionária do magistrado (art.º 272.º, n.º 1).

verdade é que também agora continuou a ser condicionada muito por força do princípio da *concentração* e da *continuidade da audiência*, já que não obstante a suspensão por acordo poder ocorrer mais do que uma vez, tal fica sempre condicionado *ao não adiamento da audiência final já agendada* (269.º e 272.º)³⁷. A razão de ser do limite temporal prende-se com o interesse público indisponível da *celeridade processual* que subjaz ao processo e é refletido em normas como o 272.º, n.º 4, 275.º e 603.º, n.º 4³⁸; motivo pelo qual independentemente da existência de *consenso* entre partes e magistrado, a audiência não pode ser suspensa por mais de 30 dias, salvo circunstâncias excecionais expressamente consignadas em ata (art.º 606.º, n.º 3).

Verificados os pressupostos legais que autorizem a suspensão da instância, o magistrado está *impedido* de a vetar ou de se opor. Qualquer ato judicial praticado por este no sentido de o impedir, será nulo, já que não é ele quem *determina* a suspensão da instância; quem o faz são as partes, quedando-se aquele, passivamente, apenas ao seu reconhecimento³⁹.

Já não assim se houver suspeitas do uso *abusivo deste direito* pelas partes, fundamento este que autoriza o magistrado a reagir contra a prática de atos contrários à boa-fé processual, podendo eventualmente concluir pela também aplicação do instituto da litigância de má fé⁴⁰. Assim, a suspensão da instância ainda que por acordo e potestativa, quando, *de forma reiterada*, for dirigida à prossecução de outros fins que não os visados pela norma, constitui prática sancionável pelo instituto do abuso de direito.

Parte da doutrina tem considerado que o controlo deste direito das partes ainda pode ser feito pelo magistrado ao abrigo do seu poder de *simplificação e agilização processual* para garantia do princípio da *duração razoável do processo*⁴¹.

37. Sobre esta questão, particularmente relevante o posicionamento de Paulo Ramos Faria e Ana Luísa Loureiro, ao justificarem o porquê deste dispositivo ter de ser interpretado de forma ampla para incluir não apenas a proibição do adiamento, "(...) como a declaração de ineficácia da marcação, o reagendamento da audiência final, ou qualquer outra putativa solução processual tendente a impedir a sua realização na data já fixada. Desde o elemento gramatical – adiar compreende qualquer forma de transferência para novo dia –, até ao elemento histórico – dos trabalhos preparatórios (...) resulta claro o propósito de criar uma norma que combata a perturbação do agendamento da audiência final, invertendo o sentido da reforma processual civil do final do século passado, passando pelo argumento teleológico – a norma surge associada ao princípio da inadiabilidade da audiência e à consagração da celeridade processual como um interesse público indisponível –, todos os fatores hermenêuticos convergem nesta conclusão" (Faria; Loureiro, *op cit*, págs. 242-243).

38. *Ibidem*, pág. 45.

39. *Ibidem*, pág. 241.

40. Silva, Paula Costa e, *A litigância de má fé*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, págs. 368 ss; Cordeiro, António Menezes, *Litigância de má fé, abuso do direito de acção e culpa in agendo: estudo de direito civil e de direito processual civil, com exemplo no requerimento infundado da insolvência*; 3ª ed., Coimbra, Almedina, 2014, págs. 127-137, sendo particularmente relevante sobre a distinção entre abuso de direito e litigância de má fé, págs. 146-147.

41. Faria; *op cit*, pág. 242. Diz-se que poderá justificar-se uma adequação processual que o limite quando as partes tenham acordado várias suspensões por curtos períodos de tempo sem apresentar qualquer

De qualquer forma, com vista exclusivamente a *promover a conciliação extrajudicial dos litígios*, as partes não têm que apresentar qualquer tipo de causa justificativa para que o magistrado não se oponha à suspensão convencional, ainda que muitas vezes estes se prendam com a realização de negociações para termo do processo ou a necessidade de obter liquidez financeira para satisfação do crédito do autor⁴².

Uma última nota para acrescentar que esta possibilidade de suspensão a instância por convenção das partes também é possível sempre que estas pretendam *resolver o litígio por mediação*, conforme resulta da aplicação conjugada dos arts.º 272.º, n.º 4 *ex vi* 273.º, n.º 2.

2.3. Confissão, desistência e transação

O autor e o réu reconvinte podem *desistir da instância*; que mais não é do que uma manifestação contrária à propositura da ação, onde a parte declara querer renunciar àquela. Fazem-lho, sem com isso abdicar do direito que reclamam ser titulares (art.º 285.º, n.º 2). Não obstante o *carácter unilateral* do ato, dispõe o art.º 286.º, n.º 1 e o art.º 584.º, n.º 1 que caso a desistência ocorra após a contestação ou réplica, a sua eficácia fica condicionada à aceitação do réu ou autor reconvindo, respetivamente. Até àquele momento, a eficácia do ato é plena e permanece livre, o que reforça a natureza paralela do ato de proposição da ação com o ato de desistência da mesma⁴³.

Também a *desistência do pedido* (autor) e a *confissão do pedido* (réu)⁴⁴ têm natureza jurídica de *negócios jurídico unilaterais*, podendo ser feitas a todo o tempo (art.º 283.º, n.º 1) e, ao contrário da desistência da instância, têm como principal efeito a extinção do direito substantivo que o seu titular pretendia fazer valer no processo⁴⁵. Não obstante carecer de ato jurídico posterior de *homologação* (art.º 290.º, n.º 3) para poder produzir efeito de *coisa julgada* (art.ºs 291.º, n.º 2 e 619.º, n.º 1), extinguir a instância (art.º 277.º, al. d)) e formar título executivo (art.º 703.º,

justificação após inquirição pelo magistrado. Pessoalmente discordo deste entendimento, já que o preceito não exige qualquer tipo de motivação para ser invocado e a limitação do prazo legal parece acautelar de forma suficiente os interesses que esta posição pretende valer.

42. Ferreira De Almeida, *op cit.*, Vol. I, pág. 539.

43. Freitas, *Introdução...*, pág. 161. De qualquer forma, importa distinguir consoante a desistência fique ou não subordinada ao consentimento da outra parte: estas declarações sucessivas não se dirigem à outra parte nem integram, posteriormente, um ato uno; permanecem antes, como duas declarações individuais de vontade que têm a sua autonomia; naturalmente que esta conclusão tem relevância prática, *v.g.* perceber o regime revogatório: admitindo esta teoria, torna-se perfeitamente possível a cada uma das partes revogar unilateralmente da sua declaração, possibilidade esta que estaria excluída se a interpretássemos como convenção consensual.

44. Sobre as discussões em torno da natureza jurídica destes dois institutos (negócios jurídicos processuais, atos de dupla natureza ou simples atos processuais), Freitas, José Lebre de, *A confissão no direito probatório – Um estudo de direito positivo*, 2ª Ed, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, págs. 468-470.

45. Neste sentido, Freitas, *A confissão...*, págs. 486-487.

n.º 1, al. a)), a verdade é que os seus efeitos substantivos decorrem diretamente do ato de confissão ou desistência do pedido, pelo que é um verdadeiro negócio jurídico substantivo que se relaciona ao processo de forma meramente ocasional, já que nada obsta a que fosse praticada extrajudicialmente.

No que respeita à *transação judicial* ou *negócio de autocomposição do litígio*⁴⁶, parece mais uma clara manifestação do princípio da disponibilidade do termo do processo pelas partes. Todavia, tal não é verdade, pois eles são, sim, resultado da *autonomia privada das partes*⁴⁷. Com efeito, a lei diz-nos que apenas no campo da *disponibilidade do direito* objeto do processo podem ser praticados atos confessórios, de desistência ou disposição, conformando esses mesmos direitos ou extinguindo-os (art.º 284.º e 285.º). Ora, os critérios para aferição dessa disponibilidade dos direitos em jogo são feitos, naturalmente, nos termos do direito privado substantivo⁴⁸⁻⁴⁹. Por ser assim, a doutrina não tem hesitado em visualizar este ato como tendo *natureza substantiva*, o que decorre dos art.ºs 1248.º e 125.º do Código Civil. Diferentemente deste negócio de autocomposição, de natureza privatista – ainda que atue diretamente sobre situações jurídicas processuais –, autonomiza-se o próprio *ato que faz valer no processo os efeitos do negócio privado*⁵⁰.

-
46. Nos termos do art.º 1248.º do Código Civil, apresenta-se sob a definição legal de “contrato pelo qual as partes previnem ou terminam um litígio mediante recíprocas concessões”.
47. Cfr. Freitas, *Introdução...*, pág. 165; Ferreira De Almeida, *op cit.*, Vol. I, pág. 618. Em sentido contrário, enquadrando-o como um ato resultante do princípio do dispositivo, Rodrigues, Fernando Pereira, *O Novo Processo Civil – Os Princípios Estruturantes*, Coimbra, Almedina, 2013, pág. 72; Rego, Carlos Lopes do, *Os princípios orientadores da reforma do processo civil em curso: o modelo de ação declarativa*, Julgar, Lisboa, n.16 (Jan.-Abr. 2012), pág. 57.
48. Nos termos das normas do Código Processo Civil, não obstante o regime da indisponibilidade ser claramente uma exceção ao regime geral, existe ainda um conjunto de hipóteses significativas que impedirão a prática destes atos dispositivos e encontram-se, sobretudo, no palco do direito da família. Assim, no que respeita à *investigação da paternidade e maternidade* (exceto quanto aos efeitos patrimoniais resultantes do estado civil dessa decretação), não serão admissíveis quer a desistência do pedido, quer a transação; ao passo que a confissão permanecerá livre, por livre ser a vontade dos pais perfilharem ou declararem a maternidade sobre outrem. No que respeita a *alimentos*, a sua natureza parcialmente indisponível autorizará transações judiciais e confissões do pedido, mas já não desistências deste senão quanto a prestações já vencidas (art.ºs 2006.º, 2012.º e 2008.º, n.º 1 do CC; 936.º, n.º 3 e 994.º, n.º1, al. c) e d) do CPC).
49. João Castro Mendes invoca a este preceito aquilo que parece ser um novo princípio processual que o Autor autonomia e chama de *princípio da submissão aos limites substantivos*. Por via deste princípio, procura o Autor impedir que as partes procurem pela via processual obter efeitos que não conseguiriam fora dele. Assim, a opção pelo julgamento de equidade haveria de respeitar os limites do art.º 4.º, al. b) CC, assim como o impedimento da caducidade pelo reconhecimento do direito o art.º 331.º, n.º 2 CC, a inversão convencional do ónus da prova o art.º 345.º, n.º 1 do CC, a eficácia probatória da confissão o art.º 354.º, al. b) do CC, a limitação da responsabilidade patrimonial a certos bens, o art.º 602.º do CC, os efeitos da revelia o 568.º, al. c), a convenção de arbitragem o art.º 1.º da LAV etc. (*Direito Processual Civil*, Lisboa, AAFDL, 1966, págs. 206-228). No mesmo sentido, Teixeira de Sousa, *Introdução...*, págs. 46-47 e *Estudos ...*, pág. 203; Rodrigues, *op cit.*, pág. 228.
50. Freitas, *Introdução...*, pág. 165.

A possibilidade de desistência e transação *em sede recursal* também tem o seu lugar. Diz a doutrina⁵¹ e jurisprudência⁵², que mesmo após prolação do acórdão do tribunal superior, é possível a prática desses atos, desde que o trânsito em julgado não tenha ainda tomado lugar. Já a *renúncia ao recurso* (ou, extensivamente, a qualquer forma de impugnação da decisão judicial), quando feita de forma antecipada, carece expressamente de consenso e acordo das partes, nos termos do art.º 632.º, n.º 1; daqui se pode inferir, desde logo, que este tipo de renúncia recursal não pode *nunca ser tácita*⁵³. Dizer, ainda, que a doutrina portuguesa também levanta a questão da admissibilidade da renúncia quando a ação respeite a *direitos indisponíveis*, para concluir pela não incompatibilidade entre o objeto indisponível da lide com a renúncia à impugnação⁵⁴.

Relativamente à mesma hipótese no *plano executivo*, poderá verificar-se no momento processual da oposição à execução (arts.º 728.º e 734.º), já que enquanto articulado declarativo que surge no decurso dos termos executivos, se lhe aplicarão as mesmas regras que valem para os institutos na ação declarativa comum. Veja-se, igualmente, que a *desistência (renúncia) da instância ou ao pedido* constituem causas extintivas da ação executiva, nos termos do art.º 848.º, sendo que, se estiverem pendentes embargos do executado, a eficácia daquela ficará pendente da aceitação do embargante (848.º, n.º 2). Já no que respeita à *confissão do pedido* (réu) reconhecido no título executivo é perfeitamente vazia, pelo que perde sentido a admissão da sua possibilidade⁵⁵.

É também discutido por alguma doutrina a possibilidade do autor *desistir do pedido* após prolação de sentença absolutória, ou do réu *confessar o pedido* após prolação de sentença condenatória, ou ainda da *transação* por ambas após prolação

51. Ferreira De Almeida, *op cit.*, Vol. I, pág. 620.

52. “Efectivamente, sendo a desistência do pedido um acto unilateral de auto-composição da lide da iniciativa do autor, que extingue o direito que se pretendia fazer valer, é admissível, em qualquer estado da causa, podendo, portanto, ter lugar já depois de julgada a acção, em 2ª instância, contanto que a decisão não haja ainda transitado em julgado” (ac. do STJ, de 02.02.2010, proc. 3128/07.2TVPRT-A.S1, rel. Cons. Hélder Roque); e STJ, de 4-7-1996, CJ (STJ), Ano IV (1996), Tomo 3, pág. 7, rel. Cons. Fernando Fabião.

53. Pais de Amaral, Jorge Augusto, *Direito Processual Civil*, 13ª Ed, Coimbra, Almedina, 2017, pág. 430.

54. Uma vez que a impugnação de decisões judiciais sobre o estado das pessoas não é dever, tão-pouco obrigatório, não faz sentido concluir de forma diferente. Teixeira de Sousa, *Estudos ...7*, pág. 383; Alberto dos Reis, José, *Código de Processo Civil anotado*, Vol. V, Coimbra, 1952, págs. 280 ss.

55. No que respeita à *transação judicial* em sede executiva, o novo Código trouxe uma nova norma no art.º 806.º, tendo passado a admitir que exequente e executado, por *convenção*, extinguissem a instância mediante compromisso de pagamento a prestações do crédito exequendo. Permitiu ainda, no art.º 810.º, que exequente, executado e credores reclamantes pudessem obter um *acordo global* sobre um plano de pagamentos a ser cumprido entre estes; com a consequente aplicação do art.º 806.º, n.º 1 e 807.º *ex vi* 810.º, n.º 2 e, portanto, com a extinção da execução após comunicação ao agente de execução do *acordo global* negociado; naquilo que é, afinal, uma verdadeira transação para efeitos do art.º 277.º, al. d), (cfr. Ferreira De Almeida, *op cit.*, Vol. I, pág. 621).

de sentença com qualquer conteúdo, desde que, para todas, ainda não tenha havido o trânsito em julgado daquela. Tem-se dito que, salvaguardado o fato de o negócio processual não apresentar teor coincidente com o da sentença judicial, deverá considerar-se existir interesse processual da parte; acaso assim não seja, e acabem por repetir o teor daquela, poderá ainda sustentar-se a conversão desse ato processual de desistência, confissão ou transação numa renúncia à interposição de recurso⁵⁶.

Para além destas hipóteses, cabe ainda uma palavra para a *conciliação judicial*, prevista nos art.ºs 591.º, n.º 1, al. a) e 594.º do CPC. À tradicional proposta de conciliação obrigatória que o ordenamento jurídico processual brasileiro está habituado, o legislador português apresentou aqui a hipótese de as partes, por *requerimento conjunto* e, portanto, consensual, poderem *convocar uma conciliação judicial*, que procure resolver o litígio e pôr termo ao processo com recurso a soluções de equidade. De resto, a natureza jurídica do resultado da conciliação judicial não é isenta de dúvidas: ao passo que no art.º 290.º, n.º 4 fica a ideia de que estamos perante uma *transação judicial* obtida e homologada pelo magistrado, a verdade é que do ponto de vista conceptual, uma transação, como negócio jurídico processual, não é a mesma coisa que uma conciliação, pois nesta, ao contrário daquela, o magistrado assume papel importante na promoção de tentativas de consenso, interferindo no discurso⁵⁷.

2.4. Modificação consensual do pedido ou causa de pedir

O ordenamento jurídico português permite, nos termos dos art.º 264.º do CPC, a *alteração ou ampliação consensual* do pedido e causa de pedir, em qualquer altura do processo, corra ele em 1ª ou 2ª instância, exceto se tal perturbar inconvenientemente a instrução, discussão ou julgamento do mesmo; e no art.º 265.º, a modificação do pedido e causa de pedir na falta de acordo, i.e., de forma *objetiva*: (i) caso haja confissão, aceita pela parte contrária, desde que no prazo de 10 dias a contar desta; (ii) em caso de desenvolvimento ou consequência de pedido primitivo, em qualquer altura até ao encerramento da discussão em 1ª instância; (iii) em caso de modificação simultânea do pedido e causa de pedir, desde que não haja convalidação em diferente relação jurídica controvertida.

O legislador não estabeleceu quaisquer limites quanto à amplitude com que as partes podem fazer deste acordo, pelo que a alteração do pedido e da causa de pedir pode sofrer significativas alterações. Por outro lado, quanto ao momento processual indicado para o efeito, e na falta de disposição em contrário, deverá entender-se poder ser realizada quer nos articulados, quer em requerimentos autónomos subsequentes

56. Teixeira de Sousa, *Estudos ...*, pág. 196. Diferentemente para os casos de *desistência da instância*, o regime parece seguir o da sua admissibilidade nos termos gerais mesmo antes de prolatada a sentença, i.e., ficar na dependência da aceitação do réu; em caso de ausência de contestação do réu nos autos, deverá ter-se por inadmissível sempre que a sentença seja desfavorável ao autor.

57. Xavier; Folhadela; Andrade e Castro, *op cit.*, pág. 34.

e, inclusivamente, podem ser apresentadas em simultâneo ao juiz (pelo autor e réu), como o podem ser de forma sucessiva⁵⁸.

2.5. Convenções probatórias

Já Manuel de Andrade definia convenções probatórias como “*estipulações das partes relativas às provas*: autorizando ou interdizendo certos meios de prova (incluídas as presunções), taxando-lhes o valor, alterando o formalismo processual aplicável, invertendo ou atenuando o ónus probatório”⁵⁹.

Também em matéria de ónus da prova o legislador português decidiu privilegiar a vontade das partes. Fê-lo, todavia, não no contexto processual e sistemática do CPC, mas antes no contexto privado e sistemática do CC⁶⁰. É no art.º 344.º que podemos encontrar a regulamentação da inversão do ónus da prova. O artigo prevê que o ónus probatório possa ser invertido sempre que exista *presunção legal* (n.º 1 e art.º 350.º CC); em casos de *dispensa ou libertação legal*, que presume já estar obtido determinado resultado probatório⁶¹; e sempre que as partes celebrem *convenção sobre provas*.

A razão de ser prende-se com os *interesses de ordem particular* que subjazem às regras de distribuição do ónus probatório, perfeitamente disponíveis e, por isso, passíveis de transação (art.º 345.º⁶²)⁶³. Por via desta convenção, passa o titular do

-
58. Rodrigues, *op cit.*, pág. 136. Com efeito, os dois únicos limites impostos pelo legislador ordinário a esta possibilidade, ainda que haja acordo das partes em sentido contrário: (i) apenas na 1ª e 2ª instância podem ter lugar, pelo que não serão admitidas em sede do Supremo Tribunal de Justiça, exceto quando funcione como tribunal de instância; (ii) alterações que sejam suscetíveis de atrapalhar o andamento do processo, ou de qualquer forma perturbar a instrução, discussão ou julgamento da lide, deverão ter-se por inadmitidas.
59. Andrade, Manuel de, *Noções Elementares do Processo Civil*, Vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 1956, pág. 198.
60. Todavia, nem sempre foi assim. No Código Civil de 1867 as regras do ónus da prova encontravam-se rudimentarmente previstas. Por ser assim, com a entrada em vigor do CPC/39 o legislador optou por regular também nesta sede a matéria, que ficou dividida em dois artigos (519.º e 520.º). Em 61, com a chegada do novo CPC/61, as regras acerca do ónus da prova continuaram a ser reguladas no CC e, simultaneamente – pois a nova legislação nada mudou – no CPC. Foi com o novo CC/66 que apareceram as atuais disposições jusprivatistas sobre ónus de prova, nos art.ºs 342 ss. Pretendia-se, agora, que fosse o CC a regular em termos completos e exaustivos esta disciplina. Atento o objetivo, poucos meses após a sua entrada em vigor, o legislador procedeu a uma alteração ordinária ao CPC/61 retirando-lhe as disposições sobre ónus da prova. O novo CPC/13 não modificou este regime, pelo que a sua regulamentação continua a estar exclusivamente prevista no CC.
61. Dos quais é exemplo a presunção legal de que a posse titulada se presume de boa-fé (art.º 1260.º, n.º 2 CC).
62. “1. É nula a convenção que inverta o ónus da prova, quando se trate de direito indisponível ou a inversão torne excessivamente difícil a uma das partes o exercício do direito. 2. É nula, nas mesmas condições, a convenção que exclua algum meio legal de prova ou admitir um meio de prova diverso dos legais; mas, se as determinações legais quanto à prova tiverem por fundamento razões de ordem pública, a convenção é nula em quaisquer circunstâncias” (cit. art.º 345.º CC).
63. Ferreira De Almeida, *op cit.*, Vol. II, pág. 238.

direito a ficar onerado com a prova da *inocorrência* de um fato impeditivo, assim como o titular do dever com a prova da *inocorrência* do fato constitutivo. Como limite a esta possibilidade, estão as hipóteses de *dificultar de forma excessiva* o exercício do direito pela outra parte. Desta forma, e não obstante a anuência das partes, não pode o presumido pai ser onerado com o ónus do fato negativo de que não é ele o pai do investigante, por estar em causa um direito indisponível⁶⁴.

Não deixa de ser interessante apontar que, apesar do *ordenamento jurídico brasileiro* ser menos publicista e inquisitorial que o português, consagra uma regra de repartição dinâmica do ónus da prova pelo juiz (art.º 373.º, §1 e 2 do CPC/Br), ao contrário daquilo que decorre da lei portuguesa, que não fornece qualquer norma que permita ao magistrado repartir diferentemente aquele ónus^{65/66}.

A possibilidade de *convenção unilateral de inversão do ónus da prova* haverá também por ser admitida, por argumento de maioria de razão. Com efeito, se o legislador vem admitir que *por acordo* a inversão seja válida, não se vislumbram motivos para impedir a inversão por ato unilateral, espontâneo e livre da parte que acabará por ser a única prejudicada com a convenção⁶⁷.

Também em *matéria de provas*, e ao contrário daquilo que é possível ao tribunal, podem as partes convencionar sobre restrições ou alargamentos aos meios de prova disponíveis, não obstante a tipicidade legal destes. Mais uma vez reconhece-se o âmbito das relações jurídicas disponíveis dentro do processo; apesar de se o fazer em dispositivo de direito privado (art.º 345.º, n.º 2)⁶⁸. Tal como em matéria de ónus probatório, também aqui a lei impõe termos de eficácia: os meios de prova não podem

64. Da mesma forma, se estiver em causa um direito de crédito numa relação de consumo (direito disponível), podem as partes convencionar que será do vendedor responsável existência de vícios na coisa vendida, exceto quando aqueles vícios se provem ter sido gerados após a celebração do contrato, por dificultar sobremaneira a prova ao vendedor (cfr. *Ibidem*, pág. 247).

65. Cunha Rodrigues, Maria Gabriela da, “Poderes de iniciativa do juiz em processo civil e ónus da prova”, *Revista do CEJ*, Lisboa, CEJ, 2016, pág. 60.

66. Exemplos de contratos probatórios encontram-se facilmente na prática forense. A convenção de garantia entre as partes, incluída num contrato de compra e venda, é disso exemplo. Por via desta o vendedor vincula-se a prestar reparações ao bem vendido, durante um certo período de tempo, exceto se conseguir demonstrar que esse defeito surgiu em momento posterior ao da venda. Da mesma forma, a cláusula que autoriza um dos outorgantes a resolver um contrato, exceto caso o segundo demonstre a inexistência de motivo legítimo, também traduz uma inversão convencional do ónus da prova (cfr. Faria, Rita Lynce de, *A inversão do ónus da prova no direito civil português*, Lisboa, Lex, 2001, pág. 48).

67. *Ibidem*, pág. 49.

68. Ao contrário do ordenamento jurídico processual brasileiro, onde dos dispositivos probatórios encontram-se regulados no código de processo civil, no ordenamento jurídico português as disposições vêm reguladas pelo Código Civil. Por esta e outras razões, a natureza jurídica destas regras tem sido muito contestada pela doutrina. Posicionamo-nos junto daqueles que atestam uma *natureza substantiva* nos meios de prova, dada a sua intimidade com o direito proclamado, já que a capacidade de fazer prova do direito está condicionada pelos meios de prova existentes, sem

reportar-se a matéria subtraída à disponibilidade das partes (direitos indisponíveis), e delas não pode resultar excessivamente difícil para uma das partes o exercício do direito. Desta forma, convenções que excluam provas testemunhais, ou exijam que certo fato só possa ser provado por escrito, podem ser perfeitamente admissíveis⁶⁹. Por último, dizer também que se por meio destas convenções torna-se possível restringir a certo meio de prova o procedimento probatório dum dado processo, não deixa de ser possível igualmente convencionar-se sobre a criação de *prova diversa da legal*, i.e., de *prova atípica*, o que constitui uma janela aberta, sobretudo, ao mundo digital e eletrónico.

Tal como já alertava Lebre de Freitas nas suas lições, mantém pertinência a questão de saber se se terá sempre por admissível a convenção probatória mediante a qual as partes excluam determinado meio de prova que o juiz possa oficiosamente ordenar, em prol da busca da verdade⁷⁰.

3. PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO

O princípio da cooperação é aquele que impele (todos) os sujeitos processuais a proceder de tal forma que, colocados numa plataforma de boa fé e de confiança recíprocas, procurem otimizar as condições para a obtenção, num prazo razoável, de uma decisão judicial. O princípio dita, portanto, um critério de referência de conduta para os sujeitos, dentro do processo, permitindo que a marcha do processo corra a um ritmo acelerado.

Não obstante a existência de um *princípio de cooperação* registado no CPC português no art.º 7.º, consagrado expressamente com a Reforma de 95/96, ele insere-se num contexto geral e mais amplo de *deveres processuais cooperativos*, partilhado com a boa-fé processual (art.º 8.º⁷¹), com o dever de apresentar documentos (art.º 430.º), com o dever de recíproca correção (art.º 269.º) e com a extensão a terceiros desses mesmos deveres (art.º 417.º, 432.º- 434.º, 436.º- 437.º, 469.º, n.º 1, 497.º); que são inclusivamente reforçados pelos novos arts.º 156.º, n.º 4 e 5 relativamente ao controlo de incumprimento de prazos pelo juiz⁷². Este dever de cooperar não é, porém, imposto apenas às partes, como também ao tribunal⁷³;

os quais aquele se torna inútil (Freitas, Lebre de, *A Acção Declarativa Comum à Luz do Código de Processo Civil de 2013*, 3ª Ed, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, págs. 214-215).

69. No exemplo de Lebre de Freitas, acaso estiver em causa, por exemplo, um contrato de seguro contra incêndio, as partes podem convencionar que a prova testemunhar relativamente ao recheio estará excluída ou, pelo contrário, que relativamente aos bens existentes no local sinistrado apenas prova documental por catálogo se terá por admissível etc. (*A Acção ...*, pág. 224).

70. Freitas, *A Acção ...*, pág. 224, nota 63.

71. “As partes devem agir de boa-fé e observar os deveres de cooperação resultantes do preceituado no artigo anterior” (cit. art.º 8.º).

72. Freitas, *Introdução ...*, págs. 187-188.

73. Remetemos à ideia que Miguel Teixeira de Sousa constrói do princípio da cooperação, consoante o sujeito em causa seja a parte ou o tribunal. Para o primeiro, incluem-se (i) as condutas contrárias

apesar de nem sempre ter sido assim⁷⁴. De qualquer forma, nos dias atuais em que se estendem certos deveres resultantes deste princípio também para o tribunal, já parte da doutrina tem defendido existir no ordenamento português um *modelo social* de processo (do tipo inquisitorial, por oposição ao modelo adversarial/dispositivo)⁷⁵, enquanto outra sustenta a criação de um novo modelo de processo, designado *cooperativo*⁷⁶.

Há quem entenda ser este princípio incapaz de ser aplicado de forma imediata, não se autorizando o juiz a adotar “qualquer conduta interventiva que seja imediatamente justificada pela justa composição do litígio”⁷⁷. Nesta lógica, o princípio da cooperação acaba por ficar desdobrado na concretização de vários deveres, espalhados pelo código, como o de auxílio, consulta, esclarecimento etc. Em sentido contrário, porém, pode-se sustentar que a desnecessidade de materialização do princípio em regras específicas decorre do fato deste poder ser interpretado enquanto cláusula geral

à boa fé processual e passíveis de conformar litigância de má fé (valendo aqui todas as hipóteses típicas previstas no art.º 542.º); (ii) assim como as condutas em matéria probatória, uma vez que todas as pessoas devem prestar colaboração com o tribunal na descoberta da verdade, respondendo ao perguntado, submetendo-se às inspeções necessárias, facultando o pedido e praticando os atos necessários; (iii) e ainda em sede executiva a colaboração na identificação ou localização de bens penhoráveis. No que respeita ao segundo, o Autor esquematiza os deveres em quatro tipos: (i) *esclarecimento* (apesar de também se estender às partes), sobre a matéria de fato ou de direito; (ii) *prevenção*, tipicamente assistencial, como o convite ao aperfeiçoamento dos articulados em caso de irregularidades ou insuficiências na alegação da matéria de fato, a explicitação de pedidos confusos, identificação de alegações lacunosas na causa de pedir, dirigir solicitações de adequação dos pedidos à situação concreta que a lide enfrenta e emitir sugestões quanto à prática de certos atos; (iii) *consulta*, também ele de carácter assistencial, permitindo que as partes se possam pronunciar sobre questões previamente ao juízo final do magistrado e mesmo em matérias de conhecimento oficioso; (iv) *auxílio*, ajudando as partes a ultrapassar certas dificuldades para o exercício dos seus direitos, como por exemplo a que resulta de encontrar determinado documento. Por último, destaca ainda deveres recíprocos em matéria de cooperação, como o de promover consensualmente a marcação de diligências. (cfr. *Estudos ...*, págs. 62-67).

74. A lógica da cooperação, por mais estranho que se pareça, apareceu no ordenamento jurídico português pela mão do regime ditatorial do Estado Novo. O modelo fortemente publicista do processo que então se impunha levou ainda o legislador a consagrar para as partes um “dever de cooperação para averiguação da verdade” (epígrafe do então art.º 524.º CPC/39). A apologia do sacrifício do interesse particular das partes diante do exercício da função pública seguia rumo natural neste regime e era visto como algo visionário, mesmo perante o Código italiano fortemente inspirado pelas ideias de Carnelutti (cfr. Reis, José Alberto dos, *Comentário ao Código de Processo Civil*, Vol. III, Coimbra, Coimbra Editora, 1946, pág. 319; Mendonça, Luís Correia de, “Vírus autoritário e processo civil”, *Revista Julgar*, N.º 1, Lisboa, 2007, pág. 83).
75. Teixeira de Sousa, *Estudos ...*, pág. 62.
76. Baseando-se no posicionamento brasileiro maioritário sobre o tema, particularmente no de Daniel Mitidiero, Didier Jr., Fredie, *Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, págs. 45 ss..
77. Silva, *op cit.*, págs. 591-592; Cunha, António Júlio, *Direito Processual Civil Declarativo*, 2ª Ed, Lisboa, Quid Juris, 2015, pág. 73; Teixeira de Sousa, *Estudos ...*, pág. 68.

passível de discricionariedade judicial e, portanto, dele se poderem extrair normas jurídicas diretamente aplicáveis⁷⁸.

Para compreensão do princípio e instituto, e sem desconsiderar outros posicionamentos da doutrina, como o de Mariana França Gouveia⁷⁹ ou Paula Costa e Silva⁸⁰, seguimos aqui a repartição proposta por Lebre de Freitas, entre *cooperação material*⁸¹ e *cooperação formal*. Em particular no que respeita à *cooperação formal*, esta colhe previsão legal nos art.ºs 7.º, n.º 4 e 151.º e associa-se a um corolário de *dever de auxílio*. A ideia que lhe subjaz prende-se com a promoção de todas as condições para que o tribunal consiga, com eficiência, obter uma decisão ou providência executiva

78. Neste sentido, Didier Jr., *op cit.*, págs. 22 e 50 ss.

79. A Autora apresenta um posicionamento particularmente interessante relativamente a este princípio, porquanto mais circunscrito na sua amplitude. No seu entendimento, não obstante as partes terem o dever de atuar com boa fé no processo, não podem ser forçadas a colaborar com o tribunal ou entre si, por isso poder desembocar na supressão de direitos subjetivos privados em prol “de uma ideia pública de justiça”. Alternativamente, propõe um modelo que tente conciliar os paradigmas liberal e autoritário, assente na figura do juiz colaborante, que se posiciona na lide em igualdade com autor e réu e, em razão dessa posição, assume interesse e preocupação com a lide em detrimento do costumeiro alheamento e desinteresse que se costuma exigir da figura do magistrado. Sem prejuízo deste papel preocupado com o litígio, limita-lhe os poderes de intervenção na delimitação do caso decidindo (cfr. Gouveia, *op cit.*, pág. 103).

80. A autora entende o preceito que demanda um novo paradigma de “comunidade de trabalho” como idealista e utópico, por exigir um tipo ideal de parte que, no limite, se auto-mutilaria processualmente para corrigir não só os seus erros, como os da parte contrária, sob a iluminada presença do juiz, para fazer triunfar a verdade, ignorando ou insinuando que não existe qualquer tipo de incompatibilidade entre o interesse do Estado e o das partes. Nas palavras da Autora, este ideal baseia-se num “homem que, com a maior isenção, possa apresentar a sua versão dos acontecimentos ao tribunal pedindo apenas aquilo que a lei lhe permite e ajudante, tanto o tribunal, como a parte contrária, na recolha de tudo quanto permita chegar ao resultado final justo. A parte que não visa persuadir, mas informar o tribunal, a parte que não age estrategicamente em função do resultado que melhor serve os seus interesses, mas que coopera sistematicamente com o tribunal e a parte contrária” (Silva, *op cit.*, págs. 110 ss.)

81. Quando pensamos, por um lado, na necessidade que o legislador impõe no art.º 417.º, n.º 1, das partes colaborarem para a busca da verdade relativamente ao objeto do processo, contribuindo para a disponibilização de material probatório, acatando as diligências determinadas pela contraparte ou tribunal (como perícia ou inspeção judicial – art.ºs 388 e 390.º do CC e 467.º, 480.º e 574.º, n.º 1 do CPC), prestando depoimentos, facultando documentos, coisas móveis ou imóveis (art.ºs 416.º, 429.º e 430.º); e, por outro, nos poderes que a lei confere ao juiz solicitar informações e esclarecimentos às partes (art.º 7.º, n.º 2), tipicamente posto em prática em sede de audiência prévia (art.º 591.º, n.º 1) ou final (art.º 604.º), que normalmente traz como consequência pedidos de retificação ou aperfeiçoamento dos articulados; pensamos então na vertente material do princípio, que basicamente impõe deveres às partes e poderes ao magistrado. A estes preceitos, há ainda que acrescentar o art.º 417.º, que visa sobretudo o novo meio probatório depoimento de parte (art.º 421.º). O exercício deste dever não deixa de estar limitado, obviamente, pela recusa legítima, caso se verifique uma afetação ilegítima de direitos fundamentais das partes (cfr. Freitas, *Introdução...*, págs. 188-190). Apesar do Autor destacar a significativa mudança que se processou do CPC 1961 para o de 2013 nesta matéria, já que os poderes do juiz deixaram de ser discricionários, para passar a ser uma atividade vinculativa do magistrado. Equacionando a natureza jurídica da colaboração, Lameiras, “A importância...”, pág. 126.

satisfativa do crédito. É a cooperação formal que, procurando *remover os obstáculos* que se levantem no decurso do processo, legitima o tribunal a *convidar* ou *promover oficiosamente as diligências* necessárias (art.º 7.º, n.º 4), como por exemplo a aplicação de *sanção pecuniária compulsória ao executado* em caso de falta de cooperação na indicação de bens à penhora (art.º 750.º, n.º 1). Por outro lado, também a *marcação de diligências por acordo* com os mandatários das partes (art.º 151.º), a necessidade de comunicar imediatamente da existência de impedimentos por parte quer de mandatários, quer de juiz (art.º 155.º, n.ºs 4 e 5), ou do *atraso no início da audiência* (art.º 155.º, n.º 6), são manifestações desta vertente⁸².

Quanto à ideia de *preocupação com o litígio*, que Mariana França Gouveia aborda como sendo competência do magistrado, não deixa de ser francamente questionável, especialmente quando se leva em conta que este, a roçar o limbo da sua imparcialidade, tenha ainda que se preocupar com o litígio além do que o necessário. Como aponta Luís Correia de Mendonça, citando Luigi Ferrajoli, “quanto mais espaço a legislação deixa à ética do juiz, às suas escolhas e à sua responsabilidade moral, tanto mais se reduz a legitimação ético-política do juízo”⁸³. Se o modelo passar a ser do “árbitro/treinador” das duas equipas, não parece que o magistrado possa manter credibilidade suficiente.

3.1. Programação de diligências

Com regime previsto no art.º 151.º, a marcação de diligências pelo magistrado, por acordo entre as partes, representa um exemplo crasso do princípio da colaboração no processo, já para não falar do efeito positivo que poderá ter relativamente à redução do número de adiamentos de audiências⁸⁴.

Apesar da clara semelhança desta situação com a norma prevista no 191.º do CPC brasileiro que autoriza as partes, juntamente com o tribunal, a definir um calendário processual; é possível encontrar uma principal diferença: a *iniciativa*. Enquanto o calendário processual é instituto de gestão que pode partir quer das partes, quer

82. Freitas, *Introdução...*, pág. 192.

83. Ferrajoli, Luigi, “L’Etica della giurisdizione penale”, *Etica e deontologia Giudiziaria*, Napoles, Vivarium, 2003, pág. 40, *apud*, Mendonça, *op cit.*, pág. 96.

84. Já no âmbito do código anterior após Reforma, o artigo (ex. 155.º) era aplaudido pela doutrina. As críticas centravam-se apenas num particular aspeto do seu regime, já que na falta de acordo prévio das partes por mais de três tentativas de datas diferentes, os mandatários ficariam sujeitos automaticamente à primeira das três datas sugeridas. Naturalmente que este aspeto era visto com maus olhos, já que não impedia que mandatários de má-fé dificultassem o acordo propositadamente por saber que essa data inicial não interessaria ao outro. (cfr. Freitas, “Revisão...”, págs. 428-448). No mesmo sentido de enfatizar os benefícios desta norma processual, cfr. Pimenta, Paulo, *Processo Civil Declarativo*, Coimbra, Almedina, 2014, pág. 236. Como relata o Autor, “era habitual serem convocados em bloco e para a mesma data todas as pessoas a serem ouvidas em juízo (v.g. testemunhas e peritos), independentemente do seu número e sem se ter em conta a possível demora de cada inquirição”, o que fazia com que vários sujeitos tivessem que se deslocar várias vezes ao tribunal sem saber quando iriam ser ouvidos, numa clara desorganização de tempo e custos.

do juiz; no ordenamento jurídico português, o instituto da programação carece de iniciativa exclusiva do magistrado, tendo apenas este o poder de o propor ou não. Por outro lado, do ponto de vista da respetiva *natureza jurídica*, ao passo que o calendário processual é juridicamente vinculativo e, por isso, assume a forma de negócio jurídico processual plurilateral, a programação é meramente orientadora da prática dos atos no processo, não assumindo aquela natureza. Nesta lógica de ideias se compreende porque a doutrina tem considerado o 591.º, n.º 1, al. g) como uma emanção do poder-dever do 151.º, n.º 1, no qual o acordo prévio necessário que precederá o despacho de programação apenas é visto como uma forma de *cooperação em sentido formal*, e nada mais⁸⁵.

O artigo estabelece algumas *nuances* ao regime pactuado. Em *primeiro lugar*, no que respeita à *oposição à data proposta pelo juiz*, qualquer dos mandatários apenas o poderá fazer com fundamento na cobertura de outro serviço *judicial* já marcado. Poderão até basear-se noutra necessidade profissional ou pessoal; mas apenas aquele fundamento permitirá concluir que o juiz *não providenciou* pela marcação por acordo prévio (art.º 603.º, n.º 1)⁸⁶. Em *segundo lugar*, sempre que se verificar uma *impossibilidade de diligenciar pelo acordo prévio* (151.º, n.º 2), haverá que distinguir: (i) se a impossibilidade se deve ao facto de ter sido o juiz a não marcar a diligência mediante acordo prévio, altura em que deverão os mandatários das partes comunicar a situação ao tribunal e, caso não o façam, a audiência prosseguirá na data já agendada, sem adiamentos; (ii) caso a impossibilidade resulte de não ter sido possível realizar as diligências prévias para o acordo, e tendo o magistrado feito ciência de que o contacto com os mandatários não pôde ser providenciado (sob pena de a diligência estar ferida de nulidade) deverão estes, ausentes por impedimento de outro serviço judicial, comunicar ao tribunal, no exercício do seu *dever de cooperação* (art.º 7.º, n.º 1), sendo que, caso não o façam, a audiência prosseguirá na data já agendada e sem adiamentos⁸⁷.

Por último, ressaltar um ponto particularmente frágil deste regime: a *alteração da data inicialmente fixada por acordo* deve ser promovida pela parte mediante requerimento fundamentado. Ao tribunal, competirá praticar os atos e contactos necessários para atender ao pedido solicitado, nos termos do princípio da *cooperação* (art.º 7.º, n.º 1), mas ainda porque a falta desse mandatário implicará uma legítima causa de adiamento da audiência 603.º, n.º 1⁸⁸. Este é outro dos pontos que manifestamente representa uma consequência da natureza *não negocial* da *programação*, uma vez que a parte que deixe de poder cumprir com a data que previamente consentiu, “ganha” o direito de *adiar* a audiência, caso o magistrado ou a outra parte com ele discordem; e

85. Ferreira de Almeida, *op cit.*, Vol. II, pág. 197.

86. Faria; Loureiro, *op cit.*, pág. 152.

87. *Ibidem*, pág. 153.

88. *Ibidem* pág. 154.

assim é pois a lógica subjacente não é a da existência de um *pacto vinculante para todas as partes*, mas da *responsabilidade do magistrado*, ao abrigo do dever de cooperação.

3.2. Nomeação de perito

Determina o art.º 467.º, n.º 1 que “a perícia, requerida por qualquer das partes ou determinada oficiosamente pelo juiz, é requisitada pelo tribunal a estabelecimento, laboratório ou serviço oficial apropriado (...)”. Esta norma é, depois, complementada com o n.º 2, que dispõe no seguinte sentido: “as partes são ouvidas sobre a nomeação do perito, podendo sugerir quem deve realizar a diligência; havendo acordo das partes sobre a identidade do perito a designar, deve o juiz nomeá-lo, salvo se fundamentadamente tiver razões para pôr em causa a sua idoneidade ou competência”. Daqui parece resultar que, desde que as partes estejam de acordo e o celebrem, o juiz aparentemente ficará vinculado àquele pacto. Nada se diz, quanto à percepção de uma norma geral e de norma excecional. No entanto, a doutrina é unânime em negar neste dispositivo a relevância da vontade das partes sem que seja impossível (natural ou juridicamente) ou inconveniente (distância do tribunal, existência de perito independente com renome, celeridade na entrega do relatório) a perícia prevista nos termos do n.º 1, *i.e.*, aquela realizada em estabelecimento, laboratório ou serviço oficial⁸⁹. Nesse caso, não sendo hipótese das als. a) ou b) do art.º 468.º, n.º 1, ou nomeia o juiz um perito competente, ou nomeiam as partes por acordo.

Ao contrário da convenção de nomeação de perito prevista no ordenamento jurídico brasileiro, esta nomeação não ganha autonomia, assumindo carácter claramente subsidiário em relação àquele e perdendo grande parte da sua utilidade prática, já que na grande maioria das vezes o perito será designado oficiosamente pelo tribunal por estabelecimento oficial⁹⁰.

3.3. Inquirições

Dispõe o 508.º, em matéria de inquirições de testemunhas, que a falta de alguma delas não é motivo impeditivo da continuação da produção probatória das demais (n.º 2); mas dispõe também sobre o regime jurídico em caso de imprescindibilidade do depoimento daquela (n.º 3): assim, em caso de impossibilidade definitiva, o legislador confere à parte a faculdade de *a substituir*; caso não haja motivo justificado para a sua ausência ou não puder ser encontrada, esta poderá ser substituída;

89. Freitas, José Lebre de; Alexandre, Isabel, *Código de Processo Civil Anotado*, Vol. II, 3ª Ed, Lisboa, Almedina, 2018, pág. 313.

90. Diferentemente na perícia colegial, caso esta tenha sido requerida por qualquer das partes ou pelo próprio magistrado, aquelas podem acordar na nomeação de dois deles, quedando-se a nomeação do terceiro a cargo do juiz. A relativização da norma foi gradual com o passar do tempo: se antes se designava reunião presencial com o juiz para nela se fazer a nomeação, hoje em dia já nem requerimento comum é necessário, passando a ser efetuado nos próprios requerimentos de prova.

por último, se a impossibilidade for temporária, a testemunha tiver mudado de residência, não tenha sido notificada ou por qualquer outro motivo legítimo, pode a parte *requerer adiamento da sua inquirição* por prazo não superior a 30 dias. É nesta última hipótese que ganha relevo o art.º 509.º, como outro caso legal típico onde o consenso entre as partes poderá autorizar uma mudança procedimental, por dispor que, apenas em caso de acordo, um *segundo adiamento* da inquirição da testemunha faltosa pode ser levado a cabo. *A contrario sensu*, não é possível que as partes, por convenção, adiem todas as diligências probatórias com fundamento na falta de uma testemunha⁹¹.

Outra manifestação da autonomia das partes no processo encontra-se no art.º 517.º, que basicamente prevê a possibilidade de as partes, consensualmente, estabelecerem que a testemunha poderá ser inquirida *pelos mandatários judiciais no domicílio profissional de um deles*. O procedimento conclui-se mediante a redação de *ata*, datada e assinada por testemunha e mandatários, que conste a relação dos fatos que a mesma depôs e disse ter assistido⁹². Sem prejuízo deste acordo e da subsequente inquirição, a verdade é que o magistrado pode, *oficiosamente, ordenar a sua renovação*, nomeadamente, no momento do art.º 607.º, n.º 1, caso entenda causar prejuízos à imediação e oralidade o depoimento em ata escrita; conduta que mitiga, em muito, a utilidade da norma consensual.

Por último, também em caso de impossibilidade de comparência por doença ou doença grave encontramos outra manifestação mitigada desta autonomia. Caso a testemunha se encontre impossibilitada de vir comparecer ao tribunal pessoalmente, mas já não de prestar depoimento, a inquirição desta deverá realizar-se no dia, hora e local que o juiz designar (art.º 457.º). Só não será assim caso *as partes, por acordo, “autorizarem”* o magistrado a que o depoimento seja feito por escrito (art.º 518.º), ou mesmo por telefone, ou qualquer outro meio de comunicação direta do tribunal com o depoente (art.º 520.º). Mais uma vez, apesar do acordo das partes assumir aqui algum papel, a sua relevância é escassa, mitigada, ou refém da iniciativa ou autorização do magistrado. Veja-se que entre os requisitos de aplicação do 518.º (impossibilidade de comparecimento da testemunha e acordo das partes), presta-se o da *autorização do juiz*. Porque a exigência do acordo das partes tem uma *ratio* não direcionada à tutela da vontade destas, mas antes à proteção da contraparte – por impedir que a parte contrária à que ofereceu a testemunha seja confrontada com um depoimento que

91. Freitas; Alexandre, *op cit.*, pág. 381.

92. Como ensina Lebre de Freitas, “o acordo das partes evita a ofensa dos princípios da imediação e do contraditório. De outro modo, o entendimento como *discricionário* do poder do juiz de determinar a prestação dos esclarecimentos requeridos pelas partes seria de constitucionalidade duvidosa; por isso, norma semelhante, (embora de previsão mais ampla e com estatuição de mais formalidades) introduzida em 1009 no CPC it é interpretada no sentido de atribuir à parte o *direito* de obter do juiz que a testemunha seja de novo chamada a depor em contraditório, sob pena de inconstitucionalidade (...)” (*A Acção ...*, pág. 291, nota 34).

não tenha como controlar – este último requisito resulta de um *poder discricionário* dado ao juiz⁹³. Já o art.º 520.º, por sua vez, parece apontar no sentido inverso: (i) ao passo que a versão com as alterações resultantes da Reforma de 95 usava a expressão “ouvidas as partes”, o novo Código substituiu-a por “com o acordo das partes”; (ii), em detrimento do termo “autorização” constante do art.º 518.º, aqui o legislador preferiu usar “determinação” do juiz, o que não só aponta no sentido de que este pode ter a iniciativa de propor a comunicação direta, mas também que essa proposta sempre carecerá do acordo das partes.

4. CONCLUSÃO

Já dizia Manuel de Andrade que o processo é uma *coisa das partes*⁹⁴, não obstante a reconhecida baliza do *interesse público*, *v.g.* da prossecução da justiça, que sempre se lhe imporá. De qualquer forma, no ordenamento jurídico português, não há tradição doutrinária, jurisprudencial ou legal de tratar a vontade das partes no processo fora ou além dos princípios do dispositivo, cooperação ou de gestão processual. Amparados numa visão puramente publicista do processo, tem-se vindo cada vez mais a delegar no juiz (e não nas partes, alternativamente), os poderes para promover uma adequação processual ajustada às necessidades da lide, muito provavelmente com receito de abrir uma tendência para a privatização da relação processual. Reconhecer que, enquanto últimas destinatárias da prestação judicial, também as partes podem sentir vontade e ter interesse em contribuir, dentro de certos limites, na condução do seu próprio processo tem, porém, passado despercebido no discurso jurídico português, esquecendo-se este que, não raro, aquelas se encontram em melhores condições para promover adequações formais e acordar em variações de agilização processual, do que o próprio legislador ou mesmo magistrado.

No modelo processual português assistimos claramente a uma forma combinada de articulação do princípio do dispositivo com o do inquisitório, ou de gestão processual. Ao passo que no âmbito da definição do objeto do processo é predominante a primeira, que é respeitada e salvaguardada pela garantia de um processo de nível instrumental (*v.g.*, como visto *supra*, propositura da ação, art.º 3.º, delimitação do pedido, art.º 609.º, apresentação dos fatos principais, art.º 5.º, n.º 1, possibilidade de por termo ao processo por negócio, art.º 283.º ss. etc.); já no âmbito do direito probatório o ordenamento jurídico português é claramente de natureza inquisitória, apesar de, pontualmente, na marcha processual se vislumbrarem espaços de consenso

93. Freitas; Alexandre, *op cit.*, pág. 400.

94. “As partes dispõem do processo, como da relação jurídica material. O processo é coisa ou negócio das partes. É uma luta, um duelo entre as partes, que apenas tem de decorrer segundo certas normas. O juiz arbitra a pugna, controlando a observância dessas normas e assinalando e proclamando o resultado. Donde a inércia, inatividade ou passividade do juiz, em contraste com a atividade das partes. Donde também que a sentença procure e declare a verdade formal (intraprocessual) e não a verdade material (extraprocessual)” (*Noções...*, pág. 371).

e autonomia paralelos obtidos com recurso aos princípios da cooperação e gestão processual.

Com o CPC de 2013 acentuaram-se substancialmente os poderes do juiz, o que causou uma compressão ao princípio do dispositivo, com o princípio do inquisitório a penetrar na conformação do objeto processual, zona até então dominada por aquele. A partir do momento em que as partes definem o objeto do litígio e escolhem submetê-lo ao poder jurisdicional, o decurso do processo *passa a ser domínio quase exclusivo do magistrado e da lei*, com vista a respeitar as exigências de justa composição do litígio, o que não pode ser desviado pela vontade das partes. Reforça-se a confiança no exercício da função jurisdicional pela mão do legislador, naquilo que é já uma tendência publicista e inquisitorial do CPC nos últimos anos. Na verdade, podemos apenas lamentar a tendência para manter e preservar um modelo de “cesarismo judiciário”⁹⁵ e de paternalismo moralista, que afasta a plena assunção do princípio da autorresponsabilidade das partes e, bem assim, restrinja os espaços de autonomia das partes na conformação do seu procedimento. Não obstante as pinceladas de *autonomia* que o legislador deixou ao longo do Código, o motor do processo judicial português não são as partes, mas sim, e de forma bastante explícita, o magistrado.

Num contexto como este, torna-se compreensível que na doutrina portuguesa sejam poucas as vozes que estudem dogmaticamente os “contratos processuais” senão a propósito das suas principais manifestações típicas (confissão, desistência e transação; da inversão convencional do ónus da prova ou da convenção de foro). Passando muito despercebida na literatura jurídica, o conteúdo dos atos de alguma autonomia e consensualidade processual que encontramos no ordenamento jurídico português dividem-se entre os que abordam questões processuais (nomeação de perito, competência convencional, prorrogação de prazo, programação de audiência, matéria inquisitória, suspensão da instância, desistência de recurso etc.) e os que tratam de questões substantivas (inversão consensual do ónus da prova, limitação dos meios de prova, transação etc).

Mas a inexistência de uma cláusula geral de autonomia, semelhante ao 190.º CPC/Br, não pode ser pretexto suficiente para se excluir literatura jurídica sobre a sua possibilidade *de iure condendo*. Mesmo no Brasil, muito antes da consagração do art.º 190.º e 191.º do CPC/15 já parte considerável da doutrina alertava para esta *lacuna na disciplina jurídica e no tratamento doutrinário* da matéria⁹⁶. E tal como ali, do ponto de vista da regulação legal, também não havia preocupação do legislador em fixar

95. Mendonça, *op cit.*, pág. 84.

96. Barbosa Moreira, José Carlos, “Convenções das partes sobre matéria processual”, in *Revista Brasileira de Direito Processual*, Vol. 40, Rio de Janeiro, Uberaba, 1983, págs. 81 ss. Também ainda antes do novo CPC/2015, mas já em período mais recente, Greco, Leonardo, “Os atos de disposição processual – primeiras reflexões”, *Revista Eletrônica de Direito Processual*, 1ª ed, 2007, págs. 8 ss; Nogueira, Pedro Henrique, *Negócios jurídicos processuais: Análise dos provimentos judiciais como atos negociais*, Tese de Doutorado, Salvador, 2011, págs. 109 ss.

uma disciplina completa, uniforme e geral para estas convenções; apresentando-se apenas respostas para questões específicas de pactos típicos.

Fizemos menção a uma série de institutos jurídicos legais que consagram de alguma maneira um espectro de liberdade e autonomia às partes, mas não deixa de ser pertinente perguntar se as partes poderão celebrar outras convenções *além das previstas na lei*. Não obstante a falta de tratamento jurídico português dado à questão, tão-pouco tradição jurídica ou prática forense, senão relativamente à breve pontuação do problema, não deixamos de nos posicionar no sentido da sua *admissibilidade limitada*, já que não parece resultar da interpretação do ordenamento qualquer proibição explícita ou implícita nesse sentido. Naturalmente que serão legítimas preocupações com a *renúncia antecipada de direitos*, como por exemplo o da renúncia a recorrer, por acordo, previamente à leitura da sentença. Mas não me parece que estas sejam restrições suficientes para eliminar a possibilidade de convenções *atípicas*, *maxime* em matéria probatória. O fundamento haverá de se agarrar à lógica cooperativa implementada no nosso ordenamento desde 95/96 e que tem ainda muito para dar, assim como à abertura cada vez maior que o legislador português quis dar aos fenómenos de adequação formal – ainda que para já se encontrem tipicamente centrados nas mãos do juiz.

REFERÊNCIAS

- Alberto dos Reis, José, *Código de Processo Civil anotado*, Vol. V, Coimbra, 1952.
- Andrade, Manuel de, *Noções Elementares do Processo Civil*, Vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 1956.
- Barbosa Moreira, José Carlos, “Convenções das partes sobre matéria processual”, in *Revista Brasileira de Direito Processual*, Vol. 40, Rio de Janeiro, Uberaba, 1983.
- Casanova, J. F. De Salazar, “A Janela de oportunidade do Novo Código de Processo Civil”, *Revista Julgar*, n.º 23, Coimbra, Coimbra Editora, 2014.
- Cordeiro, António Menezes, *Litigância de má fé, abuso do direito de acção e culpa in agendo: estudo de direito civil e de direito processual civil, com exemplo no requerimento infundado da insolvência*; 3ª ed., Coimbra, Almedina, 2014.
- Cunha, António Júlio, *Direito Processual Civil Declarativo*, 2ª Ed, Lisboa, Quid Juris, 2015.
- Cunha Rodrigues, Maria Gabriela da, “Poderes de iniciativa do juiz em processo civil e ónus da prova”, *Revista do CEJ*, Lisboa, CEJ, 2016.
- Didier Jr., Fredie, *Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011.
- Faria, Paulo Ramos De, *Regime Processual Civil Experimental. A gestão processual no processo declarativo comum experimental*, Braga, CEJUR, 2009.
- Faria, Paulo Ramos; Loureiro, Ana Luísa, *Primeiras Notas ao Novo Código de Processo Civil – Os artigos da reforma*, Vol. I, Coimbra, Almedina, 2013.
- Faria, Rita Lynce de, *A inversão do ónus da prova no direito civil português*, Lisboa, Lex, 2001.
- Ferreira de Almeida, Francisco, *Direito Processual Civil*, Vol. I, 3ª Ed, Coimbra, Almedina, 2017.
- Fialho, António José, “Simplificação e gestão processual”, *Regime Processual Civil Experimental – Simplificação e Gestão Processual*, Braga, CEJUR, 2008.

Freitas, José Lebre de

- “Revisão do Processo Civil”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 55, n.º 2, Lisboa, 1995
- *A Acção Declarativa Comum à Luz do Código de Processo Civil de 2013*, 3ª Ed, Coimbra, Coimbra Editora, 2013
- *A confissão no direito probatório – Um estudo de direito positivo*, 2ª Ed, Coimbra, Coimbra Editora, 2013
- *Introdução ao Processo Civil: conceito e princípios gerais à luz do novo código*, 4ª ed, Coimbra, Gestlegal, 2017

Freitas, José Lebre de; Alexandre, Isabel, *Código de Processo Civil Anotado*, Vol. II, 3ª Ed, Lisboa, Almedina, 2018.

Gouveia, Mariana França, *Regime Processual Experimental*, Coimbra, Almedina, 2006.

Greco, Leonardo, “Os atos de disposição processual – primeiras reflexões”, *Revista Eletrónica de Direito Processual*, 1ª ed, 2007.

Ibáñez, Perfecto Andrés, “A profissão do juiz, hoje”, *Julgar*, n.º 1, Lisboa, Janeiro-Abril, 2007.

Jorge, Nuno Lemos, “Notas sobre o regime processual experimental”, *Novas exigências do processo civil – organização, celeridade e eficácia*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007.

Lameiras, Luís Filipe

- *Comentário ao Regime Experimental*, Coimbra, Almedina, 2007.
- “A importância da colaboração das partes”, *Regime Processual Civil Experimental – Simplificação e Gestão Processual*, Braga, CEJUR, 2008.

Lourenço, José Acácio, “Direitos das partes no processo civil após a reforma do código de processo civil, em 2013: avanço ou retrocesso?”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 73, n.º 2-3, Lisboa, 2013.

Lourenço, Paula Meira, “Regime Processual civil Experimental: simplificação e gestão processual”, *Regime Processual Civil Experimental – Simplificação e Gestão Processual*, Braga, CEJUR, 2008.

Mendonça, Luís Correia de, “Vírus autoritário e processo civil”, *Revista Julgar*, N.º 1, Lisboa, 2007.

Mesquita, Miguel, “Princípio da gestão processual: o ‘Santo Graal’ do novo processo civil?”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra, Ano 145, N.º 3995, 2015.

Nogueira, Pedro Henrique, *Negócios jurídicos processuais: Análise dos provimentos judiciais como atos negociais*, Tese de Doutoramento, Salvador, 2011.

Pais de Amaral, Jorge Augusto, *Direito Processual Civil*, 13ª Ed, Coimbra, Almedina, 2017.

Rego, Carlos Lopes do, *Os princípios orientadores da reforma do processo civil em curso: o modelo de acção declarativa*, *Julgar*, Lisboa, n.16 (Jan.-Abr. 2012).

Reis, José Alberto dos, *Comentário ao Código de Processo Civil*, Vol. III, Coimbra, Coimbra Editora, 1946.

Remédio Marques, J. P., *Acção Declarativa à Luz do Código Revisto*, 2ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2009.

Rodrigues, Fernando Pereira, *O Novo Processo Civil – Os Princípios Estruturantes*, Coimbra, Almedina, 2013.

Silva, Paula Costa e, *A litigância de má fé*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008.

Teixeira de Sousa, Miguel

- “Apreciação de alguns aspectos da ‘revisão do Processo Civil – Projecto’”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 55, n.º 2, Lisboa, 1995.
- *Estudos sobre o novo processo civil*, *Lex*, 2ª ed, 1997

- “Apontamentos sobre o princípio da gestão processual no novo Código de Processo Civil”, *Cadernos de Direito Privado*, N.º 43, Braga, 2013
- Teixeira, Paulo Duarte, “O poder de gestão no processo experimental”, *Regime Processual Civil Experimental – Simplificação e Gestão Processual*, Braga, CEJUR, 2008.
- Varela, Antunes, *Manual de Processo Civil*, 2ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1985.
- Xavier, Rita Lobo; Folhadela, Inês; Andrade e Castro, Gonçalo, *Elementos de direito processual civil – Teoria Geral, Princípios, Pressupostos*, Porto, Católica Editora, 2014.



A Reclamação Constitucional e a Superação de Decisão Declaratória de Constitucionalidade

(The Constitutional Complaint and the Overruling of
Declaratory Judgment of Constitutionality)

Luiz Carlos de Assis Junior

Ph.D Candidate at Law School of Federal University of Bahia. Master in Law from the Law School of
Federal University of Bahia. Professor of Civil Procedure at Faculty of Southern Bahia (FASB).

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 O controle concentrado de constitucionalidade e a decisão declaratória de constitucionalidade. 3 A reclamação constitucional: origem e cabimento. 4 A reclamação como instrumento de revisão da decisão declaratória de constitucionalidade em controle concentrado. 4.1 Cláusula *rebus sic stantibus* na decisão declaratória de constitucionalidade. 4.2 O julgamento da reclamação 4374/PE. 4.3 A reclamação como meio de revisão da decisão declaratória de constitucionalidade em controle concentrado de constitucionalidade. 5 Conclusões. 6 Referências.

SUMMARY: 1 Introduction. 2 The concentrated control of constitutionality and the declaratory judgment of constitutionality. 3 The Constitutional Complaint: origin and fit. 4 The complaint as an instrument for reviewing the declaratory judgment

on constitutionality in concentrated control. 4.1 Clause *rebus sic stantibus* in the declaratory judgment on constitutionality. 4.2 The judgment of complaint n. 4374/PE. 4.3 The complaint as a means of overruling the declaratory judgment of constitutionality in concentrated control of constitutionality. 6 Conclusions. 7 References.

RESUMO: O presente artigo investiga o seguinte problema: pode o Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento de reclamação constitucional, superar a decisão declaratória de constitucionalidade proferida em controle concentrado de constitucionalidade? Para isso, o artigo foi dividido em três partes. Primeiro, foram analisados os principais aspectos da decisão declaratória de constitucionalidade no controle concentrado e da coisa julgada que recai sobre ela. A segunda parte tratou da Reclamação com base no Código de Processo Civil de 2015 e na Constituição Federal, especialmente para delimitar seu objeto. Por fim, a partir da análise do julgamento da Reclamação nº 4374, foi demonstrado especificamente que o Supremo Tribunal Federal propôs a realização da superação de decisão declaratória de constitucionalidade no controle concentrado por meio do julgamento de Reclamação constitucional. Verificou-se, porém, que a declaração de inconstitucionalidade da norma no bojo de uma Reclamação continuará tendo efeitos *inter partes*, mesmo que se trate da superação de uma decisão declaratória de constitucionalidade proferida em ação objetiva. A alteração desse cenário para o controle difuso de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal dependeria de uma alteração constitucional para dar eficácia *erga omnes* à decisão no controle difuso de constitucionalidade.

Palavras-chave: Reclamação constitucional; Controle de constitucionalidade; Decisão declaratória de constitucionalidade; Superação e revisão de decisão; Coisa julgada;

ABSTRACT: This article investigates the following problem: can the Supreme Court, at the trial of constitutional complaint, overrule the declaratory judgment of constitutionality handed down in concentrated control of constitutionality? The article is divided into three parts. First, we analyzed the main aspects of the declaratory judgment of constitutionality in the concentrated control and the *res judicata* that falls on her. The second part dealt with the Complaint based on the code of Civil Procedure of 2015 and in the Constitution, especially to delimit your object. Finally, from the analysis of the trial of Complaint nº 4374, was shown specifically that the Supreme Court has proposed the overruling of declaratory judgment of constitutionality through the trial of Complaint constitutional. It was realized that the declaration of unconstitutionality on the belly of a Complaint will continue having effects *inter parties*, even in the case of overruling a declaratory decision of constitutionality handed down in objective action. Changing this setting for the diffuse control of constitutionality by the Supreme Court would depend on a constitutional amendment to give effectiveness *erga omnes* to the decision in the diffuse control of constitutionality.

Key-words: Constitutional complaint; Control of constitutionality; Declaratory judgment of constitutionality; Overruling and revision of decision; *Res judicata*.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende investigar o seguinte problema: pode o Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento de reclamação constitucional, superar a decisão declaratória de constitucionalidade proferida em controle concentrado de constitucionalidade?

O STF é o órgão do poder judiciário brasileiro responsável pela guarda da Constituição e possui competência para realização do controle concentrado (abstrato) de constitucionalidade. Esse controle é feito por meio das ações constitucionais, quais sejam: ADI (ação direta de inconstitucionalidade), ADC (ação direta de constitucionalidade), ADO (ação direta de inconstitucionalidade por omissão) e ADPF (ação por descumprimento de preceito fundamental).

Quando o STF declara a inconstitucionalidade de uma norma no exercício do controle concentrado de constitucionalidade, aquela norma é fulminada do ordenamento jurídico. Contudo, quando a constitucionalidade da norma é declarada, podem surgir problemas em relação aos efeitos da declaração da constitucionalidade no tempo: seria aquela norma eternamente constitucional em função da coisa julgada? Estaria aquela declaração de constitucionalidade sujeita a revisão ou inconstitucionalidade superveniente?

É preciso, então, verificar se a coisa julgada que recai sobre a declaração de constitucionalidade pode ser revisada. Em caso positivo, saber por meio de qual instrumento o STF poderá revisar a declaração de constitucionalidade anteriormente declarada em controle concentrado.

A razão para se revisar uma decisão que declara a constitucionalidade da norma pode ter diferentes origens, tais como ordem social ou mesmo jurídicas. Diante disso, o presente artigo tem por objetivo demonstrar que o Supremo Tribunal Federal admite a superação de decisão declaratória de constitucionalidade proferida em controle concentrado e o faz por meio de reclamação constitucional.

Para o alcance deste objetivo, o artigo será desdobrado em três partes. Primeiro, serão analisados os principais aspectos da decisão declaratória de constitucionalidade no controle concentrado e da coisa julgada que recai sobre ela.

A segunda parte tratará da Reclamação com base no Código de Processo Civil de 2015 e na Constituição Federal, especialmente para delimitar seu objeto.

Por fim, a partir da análise do julgamento da Reclamação nº 4374, será demonstrado especificamente que o Supremo Tribunal Federal poderá realizar a superação de decisão declaratória de constitucionalidade no controle concentrado por meio do julgamento de Reclamação constitucional, embora esta se trate de um tipo de processo subjetivo.

2. O CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE E A DECISÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE

O controle de constitucionalidade das normas é um mecanismo para garantia da higidez de determinado ordenamento jurídico. A Constituição¹ é a referência. Todas as normas jurídicas que compõem determinado ordenamento jurídico encontram fundamento de validade na Constituição daquele ordenamento, razão pela qual a harmonia do sistema deve ser mantida a partir dela.

Desse modo, o controle de constitucionalidade consiste na verificação da compatibilidade de uma lei ou ato normativo com as normas constitucionais². Essa verificação pode resultar na declaração da inconstitucionalidade ou da constitucionalidade da norma³ verificada.

A constitucionalidade ou inconstitucionalidade são conceitos de relação entre a Constituição e a norma, sendo uma relação de caráter normativo e valorativo⁴. Para o exercício dessa valoração, deve haver um órgão⁵ com incumbência de aplicar

1. A Constituição pode ser conceituada material ou formalmente. Em sentido formal, a Constituição “é o documento escrito e solene que positivava as normas jurídicas superiores da comunidade do Estado, elaboradas por um processo constituinte específico” [...] e compreender “todas as normas que forem tidas pelo poder constituinte originário ou de reforma como normas constitucionais, situadas no ápice da hierarquia das normas jurídicas”. Materialmente, a Constituição é um composto de garantias fundamentais das pessoas perante o Poder Público e das pessoas perante seus próprios semelhantes, isto é, a Constituição é “o local para delinear normativamente também aspectos essenciais do contato das pessoas e grupos sociais entre si, e não apenas as suas conexões com os poderes públicos”. A Constituição é constituída, portanto, de normas essenciais do Estado. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 12.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 55-57.
2. BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 7.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 23.
3. Luís Roberto Barroso alerta que embora as leis sejam o exemplo mais típico de objeto de controle de constitucionalidade, também se incluem nessa categoria atos do próprio Executivo – medidas provisórias e certos atos administrativos – e do Judiciário – por exemplo, regimentos internos –, além de atos materialmente administrativos de todos os poderes e também das decisões judiciais que comportam recursos tendo por fundamento a contrariedade à Constituição. A exigência do estudo e sistematização do controle de constitucionalidade de normas decorre da sua maior complexidade. BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 7.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 24
4. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 12.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 1111.
5. Este órgão não é necessariamente jurisdicional. O controle de constitucionalidade conhecido como modelo francês, por exemplo, era realizado exclusivamente por um órgão político. No Brasil, o controle de constitucionalidade é predominantemente jurisdicional, embora haja também controle político realizado nas Casas Legislativas por meio de suas Comissões – especialmente a de Constituição e Justiça – e pelo próprio Poder Executivo por meio do veto ao projeto de lei com fundamento na inconstitucionalidade. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 12.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 1115.

a respectiva consequência (que pode ser, por exemplo, de nulidade) sobre os atos incompatíveis com a Constituição.

Gilmar Mendes e Paulo Branco sintetizam os conceitos de ato constitucional e inconstitucional, afirmando que será constitucional o ato criado em conformidade com a Constituição e por autoridade por ela designada como competente. Será inconstitucional o ato em desconformidade com a Constituição e, assim, incorrerá em sanção de nulidade ou anulabilidade⁶.

Não basta que a norma objeto de referência seja tida por constitucional ou inconstitucional, sendo preciso que, em caso de inconstitucionalidade, haja alguma consequência, sob pena de a Constituição não se mostrar exigível, por exemplo, sua exclusão do sistema.

O controle de constitucionalidade jurisdicional poderá ser incidental⁷ (difuso) ou principal (concentrado). O controle incidental (difuso) de constitucionalidade é realizado como uma questão prejudicial ao julgamento de um caso; aqui, o controle de constitucionalidade não é a questão principal, mas, sim, prejudicial ao julgamento do pedido; trata-se do chamado controle de constitucionalidade difuso exercido por qualquer órgão jurisdicional nos processos subjetivos⁸.

No controle principal (concentrado) de constitucionalidade, a questão constitucional é “suscitada autonomamente em um processo ou ação principal, cujo objeto é a própria inconstitucionalidade da lei”⁹. Esse modelo de controle principal é também conhecido como controle concentrado ou abstrato de constitucionalidade, ou, ainda, modelo austríaco¹⁰.

6. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 12.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 1114.
7. O controle de constitucionalidade incidental é também conhecido como difuso ou modelo americano de controle de constitucionalidade. Este modelo foi alçado ao plano teórico por Alexander Hamilton por meio da publicação do artigo nº 78, em junho de 1788, em que apresentou a favor do controle da atividade legislativa pelo Judiciário, com o intuito de preservar a supremacia constitucional. Judicialmente, o primeiro caso no qual a Suprema Corte afirmou seu poder de exercer o controle de constitucionalidade, negando aplicação a leis que, de acordo com sua interpretação, fossem inconstitucionais, foi em *MARBURY VS. MADISON*, julgado em 1803, sob a presidência do Juiz Marshall. Cf. BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 7.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 25-32; DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. *Curso de processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais*. 4.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. p. 33-45.
8. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 12.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 1115.
9. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 12.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 1115.
10. O modelo austríaco parte da premissa de que apenas um órgão jurisdicional deve ter competência para a guarda da Constituição e sua interpretação e realização do controle de constitucionalidade das leis, que seria o Tribunal Constitucional. Esse sistema foi prefaciado por Geog Jellinek, em

Para o presente trabalho, interessa o controle concentrado de constitucionalidade, cujo controle é realizado por um órgão jurisdicional superior ou Corte Constitucional. No Brasil, esta Corte é o Supremo Tribunal Federal, conforme art. 102 da Constituição Federal da República Federativa do Brasil¹¹.

O marco do controle concentrado de Constitucionalidade no Brasil foi a representação interventiva, criada pela Constituição de 1934, mas a posição de destaque do controle de constitucionalidade no sistema ocorreu a partir de 1965, após a Emenda Constitucional nº 16, que introduziu a ação genérica de inconstitucionalidade¹².

No controle concentrado de constitucionalidade não há um litígio uma demanda concreta a ser solucionada por meio da aplicação do ordenamento jurídico. O objeto da ação é o pronunciamento sobre a própria norma, sobre sua (in)constitucionalidade. Na realização deste controle, a proteção recai sobre o próprio ordenamento jurídico ao afastar ou manter uma norma de acordo com sua compatibilidade com a Constituição. Além disso, “trata-se de um processo objetivo, sem partes, que não se presta à tutela de direitos subjetivos, de situações jurídicas individuais”¹³ e com rol limitado de legitimados para a sua proposição¹⁴.

O controle concentrado de constitucionalidade no Brasil, pelo STF, é fundado especialmente sobre quatro ações¹⁵, a ação direta de inconstitucionalidade, a ação declaratória de constitucionalidade, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

1885, e implementado na Áustria sob influência de Hans Kelsen em 1920, com a Constituição Austríaca de 1920. O sistema austríaco de controle de constitucionalidade era caracterizado por abstração e objetividade, pois, o único objeto da ação seria verificar a constitucionalidade da lei, independentemente de sua aplicação em algum caso concreto, bem como pela restrição do número de legitimados para pedir a instauração do processo de controle de constitucionalidade. Se a lei fosse declarada inconstitucional, seria excluída do sistema legislativo e deixaria de produzir efeitos. DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. *Curso de processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais*. 4.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. p. 46-50

11. Sublinhe-se que, no plano estadual, o Tribunal de Justiça é competente para realizar o controle concentrado de constitucionalidade tendo como paradigma a Constituição do Estado, por meio da instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual (art. 125, §2º, da CF)
12. BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 7.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 191.
13. BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 7.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 192.
14. O rol de legitimados para a propositura de ações objetivas está disposto no artigo 103 da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988.
15. Não está sendo considerada a Representação Interventiva, prevista no art. 36, III, da CF, “porque não é uma forma de controle de constitucionalidade abstrato”, mas tem por objetivo “constatar o eventual desrespeito a requisitos constitucionais que autorizam medidas coercitivas de natureza executiva para restabelecer a normalidade constitucional”. DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. *Curso de processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais*. 4.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. p. 95.

Considerando o objetivo deste trabalho, importa destacar a decisão declaratória de constitucionalidade, que não decorre necessariamente da ação declaratória de constitucionalidade. Trata-se de decisão que pode advir da “controvérsia constitucional”¹⁶ existente em qualquer controle abstrato de normas. Por isso, Gilmar Mendes e Paulo Branco entendem que a Emenda Constitucional n. 3/93, ao inserir a ADC no sistema de controle de constitucionalidade, não inovou. Apesar da tradicional fórmula do ataque à inconstitucionalidade da norma promulgada, o propósito seria, “desde logo, a definição da controvérsia constitucional sobre leis novas”. Em outros termos, tanto se poderia “instaurar o controle abstrato de normas, com o objetivo precípuo de ver declarada a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo [como] postular, expressa ou tacitamente, a declaração de constitucionalidade da norma questionada”.¹⁷ Fala-se, assim, num em natureza dúplice do controle abstrato de normas.

Ainda sobre a natureza dúplice do controle abstrato de normas, Luís Roberto Barroso sublinha que no julgamento da Reclamação 1.880 AgR, esclareceu-se que a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade possuem a mesma natureza, objeto semelhante e caráter dúplice: “a improcedência da ação declaratória da constitucionalidade enseja a declaração da inconstitucionalidade da norma e vice-versa”¹⁸.

Esse raciocínio levou à construção dos efeitos vinculantes da decisão no controle abstrato de constitucionalidade. O efeito vinculante foi inicialmente positivado a partir da Emenda Constitucional 3/93 apenas para decisão proferida em ADC, porém, sendo a ADC uma ADI “com sinal trocado”¹⁹, não haveria razão para se falar em efeito vinculante restrito à decisão na ADC.

Esse entendimento só se consolidou depois da entrada em vigor da Lei 9.868/1999²⁰ e do julgamento da Reclamação 1880 AgR, quando se passou a entender que “todos aqueles que sejam prejudicados por decisão judicial ou administrativa que contrarie

16. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 12.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 1284.

17. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 12.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 1284.

18. BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 7.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 155.

19. XAVIER, Carlos Eduardo Rangel. Reclamação constitucional e precedentes judiciais. Dissertação de mestrado. *Universidade Federal do Paraná - UFPR*, Curitiba, 2015. p. 45. Disponível em <<http://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/39151>>. Acesso em 12.jan.2018.

20. O parágrafo único do artigo 28 da Lei 9.868/99 passou a prescrever expressamente que “A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal”. Inclusive, no julgamento da Reclamação 1880 AgR, esse dispositivo foi julgado constitucional.

decisão do Supremo em ADC ou ADI podem acessar diretamente a Corte por meio de reclamação”²¹. Portanto, o julgamento daquela Reclamação se irradiou e ampliou a legitimidade para sua utilização por qualquer pessoa e em qualquer hipótese de violação da decisão do STF em ADC ou ADI.

Em 2004, a Emenda Constitucional nº 45 confirmou, no texto constitucional, aquela transformação ao alterar a redação do §2º do art. 102 da Constituição, que passou a dispor que “as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante [...]”.

A decisão que declara a inconstitucionalidade ou a constitucionalidade da norma é irrecorrível e, além disso, não rescindível. É o que se extrai do artigo 26 da Lei 9.868/99, ao dispor que “a decisão que declara a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo em ação direta ou em ação declaratória é irrecorrível, ressalvada a interposição de embargos declaratórios, não podendo, igualmente, ser objeto de ação rescisória”.

Se a decisão for declaratória de inconstitucionalidade, a lei estará sendo declarada nula com eficácia *ex tunc*, ressalvada possibilidade de modulação dos seus efeitos, nos termos do art. 27²² da Lei 9.868/99. Essa decisão poderá declarar a nulidade total, parcial, ou parcial sem redução de texto da norma paradigma²³.

Por outro lado, a declaração de constitucionalidade implica justamente na confirmação da constitucionalidade da norma – que nasce com presunção de constitucionalidade – e sua permanência no sistema por decisão judicial transitada em julgado com coisa julgada material.

Eis que surge o problema de se saber se essa mesma norma pode ser acometida de inconstitucionalidade superveniente e por meio de qual instrumento o STF poderá revisar aquela decisão acobertada pela coisa julgada.

Considerando que este trabalho verifica a possibilidade de o STF fazer essa revisão no julgamento de uma Reclamação, na sequência serão estudados os aspectos relevantes da Reclamação para este artigo e, depois, o uso da Reclamação para a revisão da decisão declaratória de constitucionalidade em controle concentrado.

21. XAVIER, Carlos Eduardo Rangel. Reclamação constitucional e precedentes judiciais. Dissertação de mestrado. *Universidade Federal do Paraná - UFPR*, Curitiba, 2015. p. 45. Disponível em <<http://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/39151>>. Acesso em 12.jan.2018.
22. Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.
23. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 12.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 1.406.

3. A RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL: ORIGEM E CABIMENTO

A Reclamação tem origens na jurisprudência do próprio Supremo Tribunal Federal. Em 1952, no julgamento da Reclamação 141²⁴, o Supremo Tribunal Federal consolidou o cabimento deste instrumento processual como meio de garantia do respeito às decisões do STF.

Aquela Reclamação teve um trâmite curioso. Como não havia previsão expressa do instrumento da Reclamação, a parte interpôs recurso extraordinário contra a decisão de juiz de primeiro grau que teria violado coisa julgada de decisão proferida pelo STF em processo no qual o recorrente havia sido parte. Foi negado conhecimento ao Recurso Extraordinário pela Segunda Turma do STF por falta de cabimento.

Não obstante, a própria Turma determinou a redistribuição do Recurso Extraordinário como Reclamação a ser julgada pelo Tribunal Pleno e consignou na ementa da decisão que “a alegação de ofensa de julgado do Supremo Tribunal Federal, pela justiça local, poderá ser examinada e resolvida por via de reclamação”.

Distribuída com o número 141, o julgamento da Reclamação não foi unânime. O Ministro Hahnemann Guimarães apresentou voto divergente no qual externou seu entendimento de que a Reclamação era um remédio estranho ao regime processual então vigente e não possuía forma processual admissível. De fato, não possuía previsão legal.

Entre o não conhecimento com base na falta de forma processual e a admissão da Reclamação com base na teoria dos poderes implícitos, prevaleceu esta última tese a partir do voto do Relator Ministro Rocha Lagoa. Em seu voto, o Ministro Relator consignou que o poder outorgado ao STF para julgar seria vão “se não fora possível fazer prevalecer seus próprios pronunciamentos, acaso desrespeitados pelas justiças locais”.²⁵

O julgamento da Reclamação 141 foi marcado por intenso debate. O Ministro Nelson Hungria entendeu não se tratar de recurso, mas de mera representação para que o STF pudesse fazer cumprir seus julgados e a chamou de “reclamação correccional”, votando pelo seu conhecimento com base na teoria dos poderes implícitos, mas registrou sua falta de previsão tanto na legislação como no Regimento Interno do STF.

Por outro lado, o Ministro Orozimbo Nonato enfatizou a necessidade de se conhecer da Reclamação mesmo que a parte tenha dado o nome de *Recurso Extraordinário*, pois, a denominação não importa. O que importa, explicou o Ministro Orozimbo Nonato, é que havendo uma inobservância de um julgado do STF, a Reclamação deve ser admitida mesmo com denominação diversa.

24. STF. Reclamação 141/SP. Tribunal Pleno. Rel. Min. ROCHA LAGOA. Julgamento 25/01/1952. Publicação DJ 17/04/1952. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/>>. Acesso em 28/12/2017.

25. STF. Reclamação 141/SP. Tribunal Pleno. Rel. Min. ROCHA LAGOA. Julgamento 25/01/1952. Publicação DJ 17/04/1952. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/>>. Acesso em 28/12/2017.

Ao final, apesar das divergências quanto aos aspectos formais, com três votos contrários ao conhecimento da Reclamação, prevaleceu o entendimento de que é cabível a Reclamação com base nos poderes implícitos do STF para adotar providências para o exato e fiel cumprimento de suas decisões. O acórdão restou assim ementado:

– A competência não expressa dos tribunais federais pode ser ampliada por construção constitucional. – Vão seria o poder, outorgado ao Supremo Tribunal Federal de julgar em recurso extraordinário as causas decididas por outros tribunais se lhe não fora possível fazer prevalecer seus próprios pronunciamentos, acaso desatendidas pelas justiças locais. – A criação dum remédio de direito para vindicar o cumprimento fiel de suas sentenças está na vocação do Supremo Tribunal Federal e na amplitude constitucional e natural de seus poderes. – Necessária e legítima é assim a admissão do processo de Reclamação, como o Supremo Tribunal Federal tem feito. – É de ser julgada procedente a Reclamação quando a justiça local deixa de atender a decisão do Supremo Tribunal Federal.²⁶

O julgamento da Reclamação 141 possui valor histórico e marca a origem da Reclamação na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal²⁷. Foi a partir dele que, em 1957, ainda sob a égide da Constituição de 1946, a Reclamação foi incluída no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal “com finalidade de salvaguardar a extensão e os efeitos dos julgados do STF”²⁸.

Permaneceu prevista apenas no Regimento Interno do STF até 1988, quando, então, a Reclamação ganhou *status* constitucional e atualmente está prevista nos artigos 102, I, l), (para o STF) e 105, I, f), (para o STJ) da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Em 1990, a Reclamação passou a ser regulamentada na Lei 8.038/1990, em seus artigos 13 a 18.

26. STF. Reclamação 141/SP. Tribunal Pleno. Rel. Min. ROCHA LAGOA. Julgamento 25/01/1952. Publicação DJ 17/04/1952.

27. A construção constitucional em torno dos poderes implícitos do Supremo Tribunal Federal que amplia os limites do cabimento da Reclamação decorre de argumentação dedutiva, tendo em vista que, se o Supremo Tribunal Federal é competente para o julgamento de causas em última instância (premissa), logo, também deve ter competência para garantir a força de suas próprias decisões (conclusão). Com efeito, seria uma “contradição que alguém afirmasse as premissas e ao mesmo tempo negasse a conclusão”. Não se trata, porém, de verdade ou mentira, mas de uma questão empírica a ser observada em cada ordenamento jurídico. McCormick demonstra que, embora não se possa afirmar que a argumentação dedutiva sustente absolutamente todos os aspectos da justificação legal, aquele tipo de argumentação é recorrentemente utilizado para justificar decisões. MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Trad. Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 62-65.

28. MAGALHÃES, Breno B. Considerações Acerca da Natureza Jurídica da Reclamação Constitucional. *Revista de Processo*, v. 210, p. 399-424, 2012. Disponível em <https://www.academia.edu/2111246/Considera%C3%A7%C3%B5es_Acerca_da_Natureza_Jur%C3%ADdica_da_Reclama%C3%A7%C3%A3o_Constitucional>. Acesso em 28/12/2017.

Em 2015, o Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), por meio do artigo 1.072, IV, revogou os artigos 13 a 18 da Lei 8.038/90. A Reclamação passou, assim, a ser regulada nos artigos 988 a 993 do CPC-2015 e pela Constituição, tendo havido ampliação do seu objeto e da competência para o seu conhecimento e julgamento²⁹.

Além das tradicionais hipóteses de cabimento da Reclamação para preservação de competência e garantia da autoridade das decisões, o artigo 988 do CPC-2015 passou a prever expressamente o cabimento da Reclamação para observância de enunciado de súmula vinculante³⁰ e de decisão do STF em controle concentrado de constitucionalidade³¹. Incluiu, também, o cabimento da Reclamação para garantia da observância de precedentes obrigatórios (art. 927 do CPC-2015) formados a partir do incidente de resolução de demandas repetitivas, do incidente de assunção de competência (art. 988, IV) e do julgamento de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos (art. 988, §5º, II).

A competência para recebimento e julgamento da Reclamação foi ampliada para que possa ser proposta perante qualquer Tribunal.

A competência de todos os Tribunais³² para o recebimento e julgamento de Reclamações é reafirmada no §1º do art. 988 do CPC-2015, ao dispor que “a reclamação pode ser proposta perante qualquer tribunal”. Trata-se de norma que está em consonância com a previsão do art. 988, IV, do CPC-2015, uma vez que o incidente

29. Um dos sustentáculos de todo ordenamento jurídico é a coerência, “no sentido de que as numerosas normas de um sistema jurídico desenvolvido devem fazer sentido quando consideradas em conjunto”. Para o alcance dessa coerência, o sistema pode ser alterado pela inclusão de novas normas, a promulgação de novas leis, o que poderá acarretar também a inclusão de novos princípios. Não que se trate de uma verdade que o respeito à decisão de um Tribunal superior depende da existência da Reclamação, mas, sim, de que as normas de um ordenamento jurídico devem ser respeitadas e há mecanismos para o alcance desse objetivo caso seja necessário utilizá-lo. MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Trad. Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 199-201.

30. Essa hipótese de cabimento da Reclamação foi incluída na Constituição Federal pela Emenda Constitucional nº 45/2004, no artigo 103-A, §3º.

31. Embora o art. 988, III, do CPC-2015 tenha previsto o cabimento da Reclamação para garantir a observância de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade, essa hipótese já era praticada no Supremo Tribunal Federal com base na previsão genérica de cabimento para garantia da observância da autoridade de suas decisões (art. 102, I, II, da CF).

32. Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha registram que antes do CPC-2015, parcela da doutrina defendia o cabimento da Reclamação restrita ao STF e ao STJ a partir de uma interpretação literal dos artigos 102 e 105 da Constituição Federal. Esse posicionamento está superado com o CPC-2015, admitindo-se atualmente a Reclamação em todo e qualquer Tribunal. DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos Tribunais*. 14.ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 606-607. O Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, por exemplo, regulamentou a Reclamação nos artigos 248 a 253 do seu Regimento Interno após a promulgação do CPC-2015, disponível em <http://www5.tjba.jus.br/images/pdf/regimento_interno_atualizado_em_241017.pdf>. Acesso em 29-dez-2017.

de resolução de demandas repetitivas ocorre nos Tribunais de Justiça e Regionais Federais, enquanto o incidente de assunção de competência também pode ocorrer nestes Tribunais ordinários.

Estas notas revelam que a Reclamação vem evoluindo como instrumento de tutela da ordem jurídica³³, estando diretamente relacionada com a ideia e desenvolvimento dos precedentes judiciais e dos processos de índole objetiva em sede de controle concentrado de constitucionalidade (ADI, ADO, ADC e ADPF) e de Súmula Vinculante.

A evolução da Reclamação está ganhando novos contornos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que vem admitindo este instrumento como verdadeiro mecanismo de tutela da própria ordem constitucional, conforme se passa a demonstrar.

4. A RECLAMAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE REVISÃO DA DECISÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE EM CONTROLE CONCENTRADO

4.1. CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS* NA DECISÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE

O marco do problema que conduz este trabalho está possibilidade de revisão da decisão declaratória de constitucionalidade por meio da Reclamação. Tem-se o seguinte cenário: a norma é declarada constitucional, mas, por razões diversas, sua constitucionalidade é colocada em xeque em momento futuro.

Isso significa que a inconstitucionalidade da norma não será sempre originária, isto é, quando verificada desde a entrada em vigor da norma inconstitucional. A inconstitucionalidade poderá ser superveniente. Nesse caso, a norma acometida de inconstitucionalidade poderá ou não ter sido objeto de controle de constitucionalidade anteriormente.

Em 1994, no julgamento do HC 70514/RS, o Supremo Tribunal Federal deixou claro que a declaração de constitucionalidade de uma norma assenta-se em “uma circunstância de fato que se modifica no tempo”³⁴, como se a decisão fosse pautada numa cláusula *rebus sic stantibus* (“enquanto as coisas forem assim”). Naquele caso, decidiu-se que o prazo em dobro para a Defensoria Pública, que era previsto no §5º do

33. Os novos contornos da Reclamação representam clara hipótese de interpretação constitucional criativa com o objetivo de integrar o sistema jurídico. Sobre a interpretação constitucional, Jezry Wrobléwski explica que no discurso teórico jurídico, no nível da dogmática jurídica, a chamada interpretação doutrinária é utilizada com frequência para sistematizar o direito em vigor e para construir conceitos jurídicos. É o que vem ocorrendo com a Reclamação. WROBLÉWSKI, Jezry. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. Trad. Arantxa Azurza. Editorial Civitas: Madrid, 1988. p. 17.

34. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 12.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 1420.

art. 5º da Lei 1.060/50, era constitucional até que a Defensoria alcançasse organização e estrutura adequados, quando, então, a norma se tornaria inconstitucional.

Enquanto a declaração de inconstitucionalidade, que retira completamente a norma do ordenamento jurídico, não poderá ser superada (porque a lei foi retirada do ordenamento), a declaração de constitucionalidade não encontra a mesma rigidez. A norma declarada constitucional num dado momento pode ter sua legitimidade revista posteriormente, total ou parcialmente³⁵.

Uma das formas pela qual isso ocorre é por meio de outra ação direta ou, como se está a verificar, por meio da Reclamação. Será analisado a seguir o julgamento da Reclamação 4374/PE, por meio da qual o STF reviu a decisão em ADI que declarou a constitucionalidade do §3º do art. 20 da Lei 8.742/93 (LOAS).

4.2. O JULGAMENTO DA RECLAMAÇÃO 4374/PE36

Em 27 de agosto de 1998, o STF julgou improcedente a ADI 1232, que pedia a declaração de inconstitucionalidade do §3º³⁷ do art. 20 da Lei 8.742/93 (LOAS), ou seja, foi declarada a constitucionalidade deste dispositivo legal.

A ADI suscitava a inconstitucionalidade daquele dispositivo infraconstitucional tomando como parâmetro de controle o artigo 203, V³⁸, da Constituição Federal,

-
35. José Miguel Medina externou opinião no mesmo sentido ao comentar o julgamento improcedente da ADI 4.976. Explicou o autor que o julgamento daquela ADI significou a declaração de constitucionalidade dos dispositivos questionados da Lei 12.663/2012, a integral constitucionalidade de uma disposição não pode ser afirmada, porque “algum fundamento novo pode vir a ser suscitado no futuro — ou porque “descoberto” no sistema, ou porque o estado social e econômico, ou mesmo o sistema jurídico como um todo, sofreu alguma mudança”. MEDINA, José Miguel Garcia. Julgamento de ADI ou ADC não impede nova análise de lei. *Revista Consultor Jurídico*, 12 de maio de 2014. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2014-mai-12/processo-julgamento-adi-ou-adc-nao-impede-analise-lei>>. Acesso em 12.jan.2018.
36. Aulis Aarnio, ao tratar da interpretação do direito, diferencia os casos ordinários e os casos difíceis. Os casos ordinários são – aparentemente – rotineiramente mecânicos e podem ser perigosos por essa aparência. É que, como são casos recorrentes, pode-se pensar que todos os casos ordinários são iguais, porém, um mesmo fato pode ser interpretado de diversas maneiras. A Reclamação 4374 seria um caso ordinário em que o reclamante apenas requereu ao STF que fizesse valer a autoridade da decisão na ADI 1232, contudo, o curso do julgamento da Reclamação 4374 demonstrou que mesmo os casos aparentemente ordinários demandam especial atenção do intérprete diante das várias possibilidades de relação entre fato e norma. AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable*: un tratado sobre la justificación jurídica. Centro de Estudios Constitucionales: Madrid, 1991. p. 21-25.
37. A redação do texto legal julgado pelo STF foi a seguinte: “§ 3º Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo. A redação sofreu uma atualização em 2011 para adequar a referência às pessoas com deficiência, sem que tenha havido alteração substancial em relação àquela julgada pelo STF na ADI 1232, e passou a ser a seguinte: “§ 3º Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário-mínimo (Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011)”.
38. Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: [...] V - a garantia de um salário mínimo de

segundo o qual o benefício assistencial seria devido àquele que atendesse às disposições da lei. Argumentou-se na ADI que a lei infraconstitucional limitava o alcance e o propósito do artigo 203, V, da Constituição Federal, uma vez que o *caput* do art. 203 dirigia a assistência social a quem dela necessitar, cuja necessidade seria comprovada no caso concreto.

O Relator da ADI 1232, Min. Ilmar Galvão, votou pela procedência parcial para reconhecer a constitucionalidade do dispositivo legal, mas pela inconstitucionalidade da interpretação que o tomasse como única hipótese de concessão do benefício de assistencial. De acordo com seu voto, a questão seria saber se com a hipótese prevista pela norma qualquer outra suscetível de caracterizar situação de incapacidade estaria excluída. Por entender que essa interpretação restritiva privaria milhares de brasileiros de acesso ao benefício, concluiu que aquela hipótese seria apenas exemplificativa e outros meios de prova da condição de miserabilidade não estariam excluídos.³⁹

Prevaleceu, contudo, o voto divergente do Ministro Nelson Jobim, para quem “compete à lei dispor a forma da comprovação [e] não há interpretação conforme possível porque, mesmo que se interprete assim, não se trata de autonomia de direito algum, pois depende da existência da lei, da definição”⁴⁰.

Por essas razões, a ADI 1232/DF foi julgada improcedente, com a conseqüente confirmação de sua constitucionalidade por decisão transitada em julgado acobertada pela coisa julgada material.

Ocorre que, desde a data de julgamento da ADI1232, em 1998, aquele dispositivo passou por um “processo de inconstitucionalização”⁴¹, que culminou no reconhecimento de sua inconstitucionalidade no julgamento da Reclamação 4374/PE, em 2013. Essa revisão de constitucionalidade ocorreu numa demanda subjetiva (INSS Vs. Idoso), embora julgada pelo mesmo órgão – Tribunal Pleno –, no controle difuso de constitucionalidade, enquanto que a declaração de constitucionalidade fora decidida em controle concentrado por ADI.

É importante frisar que a revisão de constitucionalidade de uma norma só será possível se ela foi declara constitucional⁴², pois, se ela foi considerada inconstitucional em momento anterior isso acarretou sua exclusão do ordenamento jurídico.

benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

39. STF. Tribunal Pleno. ADI 1232/DF. Relator Min. Ilmar Galvão. Relator para Acórdão Min. Nelson Jobim. j. 27/08/1998. DJ 01-06-2001.
40. STF. Tribunal Pleno. ADI 1232/DF. Relator Min. Ilmar Galvão. Relator para Acórdão Min. Nelson Jobim. j. 27/08/1998. DJ 01-06-2001.
41. Termo utilizado pelo Relator, Min. Gilmar Mendes, no julgamento da Reclamação 4374/PE. STF. Tribunal Pleno. Rcl 4374/PE. Relator Min. Gilmar Mendes. j. 18/04/2013. DJ 03-09-2013.
42. Neste sentido, DIDIER JR., Fredie; MACÊDO, Lucas Buril de. Controle concentrado de constitucionalidade e revisão de coisa julgada: análise da reclamação nº 4.374/PE. *Revista Jurídica da Presidência*. Brasília, v.16, n. 110, out. 2014/jan. 2015.

Conforme visto anteriormente, o objeto da reclamação é garantir a autoridade das decisões dos Tribunais, sua competência e a observância dos precedentes obrigatórios. Não haveria, portanto, espaço processual na Reclamação para outra discussão, a não ser sobre ofensa ou não à autoridade da decisão do Tribunal. Não se poderia, na Reclamação, reformar a decisão cuja autoridade foi supostamente desrespeitada (decisão parâmetro): é o contrário, ou se reforma a decisão reclamada porque desconforme com a autoridade da decisão do Tribunal ou a mantém porque conforme; não se poderia mudar a decisão parâmetro para adequá-la à decisão reclamada.

Em seu voto, o Ministro Teori Zavascki destacou o aspecto formal da reclamação, especialmente seu objeto. Entendeu que a reclamação “só tem por objeto examinar se houve ou não ofensa à autoridade da decisão do Supremo”, não se podendo fazer juízo sobre as questões decididas, justamente porque não se presta a “reformar ou confirmar o acerto ou não dessas decisões, até porque as partes, na relação de direito material, não estão representadas nessa reclamação”. Concluiu que, acaso admitido um juízo de constitucionalidade ou inconstitucionalidade no âmbito da reclamação, uma nova espécie de controle abstrato de inconstitucionalidade estaria sendo inaugurada.⁴³

Durante o debate de julgamento, o Min. Marco Aurélio manifestou preocupação com a possibilidade de se rever no controle difuso uma decisão prolatada no processo objetivo: “me preocupa muito, em primeiro lugar, estarmos revendo, no âmbito do controle difuso, uma decisão – como se o instrumental que aqui chegou tivesse contornos de rescisória – prolatada em processo objetivo [...] por isso, não compreendo como se possa, no âmbito do controle difuso – repito –, rescindir o acórdão formalizado no processo objetivo.”⁴⁴.

A análise do inteiro teor do julgamento permite perceber que houve uma objetivação daquela Reclamação. Reconheceu-se a inconstitucionalidade do §3º do art. 20 da Lei 8742/93, por maioria, vencido o Min. Teori Zavascki, e depois se propôs não conhecer da Reclamação. Em outras palavras, sem admissão da Reclamação, a questão objetiva seria decidida sem resolver a lide nela contida. Contudo, antes do término do julgamento, o Min. Marco Aurélio interveio e propôs se conhecesse da Reclamação para julga-la improcedente.

O Relator Min. Gilmar Mendes expressou que poderia não conhecer da Reclamação em função da inconstitucionalidade que acabara de ser declarada: “Não, eu só o estou fazendo, tendo em vista que já declaramos a inconstitucionalidade do § 3º. Mas não tenho nenhuma dúvida de que, se fosse de julgar, seria julgar realmente improcedente a Reclamação [...]”.

43. Trecho do voto do Min. Teori Zavascki. STF. Tribunal Pleno. Rcl 4374/PE. Relator Min. Gilmar Mendes. j. 18/04/2013. DJ 03-09-2013.

44. Exposição do Min. Marco Aurélio durante o debate de julgamento. STF. Tribunal Pleno. Rcl 4374/PE. Relator Min. Gilmar Mendes. j. 18/04/2013. DJ 03-09-2013.

Ao final, o pronunciamento foi pelo conhecimento e julgamento improcedente da Reclamação, por maioria, resolvendo-se a lide. A declaração de inconstitucionalidade da norma – §3º do art. 20 da Lei 8.742/93 –, por sua vez, foi feita na fundamentação com expressa referência à revisão da conclusão (parte dispositiva) na ADI 1232. Houve superação do dispositivo do julgamento de uma ADIn em caráter prejudicial numa Reclamação.

4.3. A RECLAMAÇÃO COMO MEIO DE REVISÃO DA DECISÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE EM CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE

A Reclamação 4374 teve a importância de “ter avaliado de forma direta e expressa, a possibilidade de cognição acerca da superação da coisa julgada em reclamação, além de ter sinalizado que é possível fazer o mesmo em outros processos ou recursos”⁴⁵.

Essa competência do STF foi ressaltada pelo Relator Min. Gilmar Mendes no julgamento da Reclamação 4374, segundo o qual, a declaração incidental de inconstitucionalidade de normas pelo STF decorre de sua própria competência “para exercer o denominado controle difuso da constitucionalidade das leis e dos atos normativos”.⁴⁶

A Reclamação foi destacada como um ambiente propício e *natural* para o surgimento da oportunidade para que o Supremo realize seu dever de guarda da Constituição, eis que “é juízo hermenêutico típico da reclamação – no ‘balançar de olhos’ entre objeto e parâmetro da reclamação – que surgirá com maior nitidez a oportunidade para evolução interpretativa no controle de constitucionalidade”⁴⁷.

Então, o Supremo “poderá reapreciar e redefinir o conteúdo e o alcance de sua própria decisão”, podendo, ainda, superar “total ou parcialmente a decisão-parâmetro da reclamação, se entender que, em virtude de evolução hermenêutica, tal decisão não se coaduna mais com a interpretação atual da Constituição”⁴⁸.

Isso coloca em questão o problema de se saber se pode haver combinação de controle difuso e concreto ou, ainda, o problema da revisão da decisão de controle concentrado no controle difuso e qual a extensão dos seus efeitos.

Desde a promulgação da Constituição de 1988, a jurisprudência do STF modificou-se substancialmente quanto à admissão da Reclamação: da admissibilidade profundamente restrita ao seu vasto cabimento por qualquer interessado até mesmo como meio de

45. DIDIER JR., Fredie; MACÊDO, Lucas Buriel de. Controle concentrado de constitucionalidade e revisão de coisa julgada: análise da reclamação nº 4.374/PE. *Revista Jurídica da Presidência*. Brasília, v.16, n. 110, out. 2014/jan. 2015, p. 577.

46. STF. Tribunal Pleno. Rcl 4374/PE. Relator Min. Gilmar Mendes. j. 18/04/2013. DJ 03-09-2013.

47. STF. Tribunal Pleno. Rcl 4374/PE. Relator Min. Gilmar Mendes. j. 18/04/2013. DJ 03-09-2013.

48. STF. Tribunal Pleno. Rcl 4374/PE. Relator Min. Gilmar Mendes. j. 18/04/2013. DJ 03-09-2013.

revisão de decisão em controle de constitucionalidade. A Reclamação 447/PE, de 1995, ilustra o tempo em que a Reclamação era admitida única e exclusivamente quando proposta por uma das partes do processo cuja decisão foi desrespeitada:

[...] 1. Os julgamentos do S.T.F., nos Conflitos de Jurisdição e nos Recursos Extraordinários, referidos na Reclamação, tem eficácia apenas “inter partes”, não “erga omnes”, por encerrarem, apenas, controle difuso (“in concreto”) de constitucionalidade. 2. E como a Reclamante não foi parte em tais processos, não pode se valer do art. 102, I, “I”, da CF, nem do art. 156 do RISTF, para impedir a execução de outros julgados em que foi parte, e que sequer chegaram ao STF. 3. A decisão proferida pela Corte, no julgamento de mérito de ação direta de inconstitucionalidade, esta, sim, tem eficácia “erga omnes”, por envolver o controle concentrado (“in abstracto”) de constitucionalidade, mas não comporta execução. E para preservação de sua autoridade, nessa espécie de ação, o S.T.F. só excepcionalmente tem admitido Reclamações, e apenas a quem tenha atuado no respectivo processo, não sendo esse o caso da Reclamante. 4. Reclamação conhecida, apenas em parte, e, nessa parte, julgada improcedente^{49, 50}

Só em 1992, o STF passou a permitir que pessoa diversa das partes do processo originário pudesse propor Reclamação. A ampliação da legitimidade para Reclamação correu em relação às decisões proferidas em ADIn, quando se passou a permitir que pudesse ser proposta por qualquer “legitimado para o mesmo controle abstrato”⁵¹ (art. 103 da CF), conforme decidido na Reclamação 397 MC-QO. Do julgamento dessa Reclamação, extrai-se que “a natureza eminentemente objetiva do controle normativo abstrato afasta o cabimento do instituto da reclamação por inobservância de decisão proferida em ação direta”, porém, colocou-se “a questão da conveniência de que se atenuem o rigor dessa vedação jurisprudencial, notadamente em face da *notória insubmissão de alguns Tribunais Judiciários às teses jurídicas consagradas nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em ações diretas de inconstitucionalidade*”⁵².

Desde então, a legitimidade para a Reclamação – e seu próprio objeto – ampliou-se profundamente. Passou-se a permitir que “todos aqueles que sejam prejudicados

49. STF. Tribunal Pleno. Reclamação 447/PE. Relator Min. Sydney Sanches. j. 16/02/1995. DJ 31.03.

50. Carlos Eduardo Rangel Xavier tece comentário sobre essa decisão e explica que ela “afirma de forma expressa que nem mesmo da eficácia erga omnes, inerente ao controle abstrato, extrai-se, de acordo com o entendimento que se consolidou na Corte, a possibilidade de ajuizamento de reclamação”. XAVIER, Carlos Eduardo Rangel. Reclamação constitucional e precedentes judiciais. Dissertação de mestrado. *Universidade Federal do Paraná - UFPR*, Curitiba, 2015. p. 33. Disponível em <<http://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/39151>>. Acesso em 12.jan.2018

51. XAVIER, Carlos Eduardo Rangel. Reclamação constitucional e precedentes judiciais. Dissertação de mestrado. *Universidade Federal do Paraná - UFPR*, Curitiba, 2015. p. 34. Disponível em <<http://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/39151>>. Acesso em 12.jan.2018.

52. Cumpre registrar que essa Reclamação não foi conhecida porque formulada por “estranhos ao rol taxativo do art. 103 da Constituição”. STF. Tribunal Pleno. Reclamação 397 MC-QO. Rel. Ministro Celso de Mello. J. 25.11.1992. DJ 21.05.1993.

por decisão judicial ou administrativa que contrarie decisão do Supremo em ADC ou ADI podem acessar diretamente a Corte por meio de reclamação”⁵³.

E, a partir da Reclamação 4374, passou-se a admitir também que a decisão proferida em controle concentrado de constitucionalidade (desde que declarando a constitucionalidade da lei) possa ser revista, absolutamente modificada, isto é, a Reclamação foi reconfigurada para permitir a revisão da própria decisão parâmetro.

No caso, a decisão parâmetro foi uma decisão proferida em processo objetivo (ação direta), e sua modificação ocorreu numa ação subjetiva (reclamação). Trata-se de objetivação da própria Reclamação, cujo julgamento supera a relação subjetiva, embora dela se valha para comprovar o *processo de inconstitucionalização* da norma.

O Relator da Rcl 4374, Ministro Gilmar Mendes, teceu considerações acerca de outros julgados pelo STF em que se valeu da própria Reclamação e de outros instrumentos processuais, como o Recurso Extraordinário e o Mandado de Segurança, para definir ou redefinir os lindes da própria decisão apontada como parâmetro da reclamação⁵⁴. Os exemplos citados ilustram a possibilidade de o STF exercer atividade interpretativa e recriativa⁵⁵ da sua própria decisão, mas, diferentemente, na Reclamação 4374 houve uma completa superação da decisão parâmetro (a norma declarada constitucional em ação direta foi declarada inconstitucional em processo subjetivo), isto é, não se tratou de mera distinção (*distinguishing*), mas de superação.

53. STF. Tribunal Pleno. Reclamação 1880 AgR/SP. Rel. Ministro Maurício Corrêa. J. 07.11.2002. DJ 19.03.2004.

54. O propósito deste artigo não comporta uma análise minuciosa de todos os casos citados pelo Ministro Relator, porém, não se poderia deixar de assinalar que, o que se nota a partir de sua leitura é que em nenhum dos casos citados houve completa aniquilação da decisão parâmetro, tal como ocorrido na Reclamação 4374/PE. Por exemplo, após o julgamento da ADI 3395 MC, na qual se decidiu que a competência da Justiça do Trabalho prevista no art. 114, I, da Constituição não abrange o julgamento das causas instauradas entre o Poder Público e seus servidores, que lhes sejam vinculados por relação jurídico-estatutária, surgiram diversas Reclamações por meio das quais se definiu a extensão e alcance – interpretação da norma concreta – daquela decisão para abrange os contratos temporários porque também representam relação jurídico-estatutária (ex. Rcl 4904, Rcl-AgR 4489, Rcl-AgR 4054, todas disponíveis no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal). O que aconteceu nesses casos foi interpretação da norma concreta decorrente da decisão em controle de constitucionalidade, mas não sua exclusão do sistema, tal como ocorrido no julgamento da Reclamação 4374.

55. Sobre as atividades exercidas pela Ciência do Direito, Humberto Ávila explica que “a atividade interpretativa envolve a descrição (reconhecimento, constatação, declaração ou asserção de significados), a reconstrução (reconstituição de significados), a decisão (escolha de um significado entre vários admitidos por um dispositivo) e a criação de significados (atribuição de significado além de dispositivos expressos, atribuição de significado a partir de dispositivos expressos, por argumentação dedutiva ou indutiva, utilização de teorias jurídicas que condicionam a interpretação, introdução de regras implícitas mediante concretização de princípios ou introdução de exceções a regras gerais). Essas atividades têm por objeto não apenas elementos textuais, mas também extratextuais, como atos, fatos costumes, finalidades e efeitos, que, em vez de fazer parte de outra Ciência, como a Economia ou as Finanças Públicas, compõem o objeto de interpretação da Ciência do Direito”. ÁVILA, Humberto. *Ciência do direito tributário e discussão crítica. Revista Direito Tributário Atual*. n. 32, São Paulo: Dialética, 2014. p. 196.

Neste aspecto, não se nega a possibilidade de o STF superar a declaração de constitucionalidade que outrora realizou⁵⁶. Após a publicação da decisão, pode-se verificar uma mudança do conteúdo da Constituição ou da norma objeto do controle, bem como, uma mudança substancial das relações fáticas ou das concepções jurídicas dominantes. Se isso ocorrer, o Tribunal poderá se ocupar uma vez mais da aferição de sua legitimidade, afinal, o objetivo do controle de constitucionalidade é fazer com que se corresponda ao atual estágio de desenvolvimento do Direito Constitucional, correspondendo a uma ordem jurídica. Se isso não fosse admitido, as leis que tiveram sua constitucionalidade reconhecida ficariam excluídas do processo de desenvolvimento constitucional eternamente.

Trata-se da cláusula *rebus sic stantibus*⁵⁷ implícita nas decisões judiciais, conforme destacado pelo Relator Ministro Gilmar Mendes no seu voto no julgamento da Reclamação 4374/PE. Para o Ministro Relator, “as sentenças contêm implicitamente a cláusula *rebus sic stantibus*, de modo que as alterações posteriores que alterem a realidade normativa, bem como eventual modificação da orientação jurídica sobre a matéria, podem tornar inconstitucional norma anteriormente considerada legítima (inconstitucionalidade superveniente)”⁵⁸.

Havendo substancial alteração – razões culturais, econômicas, sociais, tecnológicas ou jurídicas – daquele estado de coisas no qual a decisão de constitucionalidade foi proferida, estarão reunidos os pressupostos materiais para a conformação da norma com o atual estágio de desenvolvimento do Direito Constitucional, sem que isso represente violação da coisa julgada⁵⁹.

-
56. Não existe uma única interpretação constitucional correta, pois, pertencem ao sistema legal todas as normas que, ou são promulgadas pelo legislador, ou são suas consequências lógicas ou consequências interpretativas. A construção dessas normas e sua interpretação são influenciadas por fatores diversos, inclusive sociais e jurídicos, não havendo uma interpretação verdadeira ou falsa, conforme assinalado por Jęzry Wroblewski. Há, sim, decisão interpretativa que se justifica por argumentos concretos, tal como mudanças no próprio conteúdo da Constituição. WROBLÉWSKI, Jęzry. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. Trad. Arantxa Azurza. Editorial Civitas: Madrid, 1988. p. 89.
57. Também reconhecendo a cláusula *rebus sic stantibus* na decisão judicial, Fredie Didier e Lucas Buril expõem que a relação entre as normas no controle de constitucionalidade “nada mais é do que uma relação continuada [...] que pode ser, e normalmente o é, alterada consoante estímulos externos” (modificações culturais, econômicas, sociais, tecnológicas ou jurídicas) que levam à alteração da situação constitucional da norma infraconstitucional. DIDIER JR., Fredie; MACÊDO, Lucas Buril de. Controle concentrado de constitucionalidade e revisão de coisa julgada: análise da reclamação nº 4.374/PE. *Revista Jurídica da Presidência*. Brasília, v.16, n. 110, out. 2014/jan. 2015, p. 581.
58. Voto do Ministro Relator, Gilmar Mendes, na Reclamação 4374/PE. STF. Tribunal Pleno. Rcl 4374/PE. Relator Min. Gilmar Mendes. j. 18/04/2013. DJ 03-09-2013.
59. A coisa julgada recai sobre a decisão, e não sobre seus efeitos. Por se tratar de uma relação continuativa, a alteração do suporte fático altera a própria relação jurídica, de modo que essa nova relação jurídica não está acobertada pela coisa julgada de outrora. Assim, “modificando-se os fatos que dão ensejo à relação jurídica de trato continuado (e o próprio direito) e legitimam o pedido de uma tutela jurisdicional, tem-se a possibilidade de propositura de uma nova ação, com elementos distintos (nova causa de pedir/ novo pedido), a chamada ação de revisão. A coisa julgada não pode

Reunidos os pressupostos, necessário verificar qual o meio adequado para a superação da declaração de constitucionalidade em controle concentrado e se a Reclamação é um deles.

Quando uma decisão sobre constitucionalidade é proferida no controle difuso, sua revisão é facilitada pela constante possibilidade de apreciação de questões semelhantes ou idênticas, como ocorrido no caso da prisão civil do depositário em sucessivos julgamentos de recursos extraordinários que desencadeou na edição da Súmula Vinculante nº 25: “é ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito”.

O mesmo não ocorre no controle concentrado de constitucionalidade, eis que sua revisão ficaria condicionada a uma nova ação direta a ser proposta por um dos legitimados para tanto. É improvável, porém, que isso ocorra. Enquanto isso, a questão chega à Corte Constitucional por meio do controle difuso de constitucionalidade, cujos processos subjetivos possuem os fatos que permitem perceber a existência ou não do *processo de inconstitucionalização* da norma.

Nas palavras do Relator na Reclamação 4374/PE, Min. Gilmar Mendes, “a oportunidade de reapreciação das decisões tomadas em sede de controle abstrato de normas tende a surgir com mais naturalidade e de forma mais recorrente no âmbito das reclamações”. A Reclamação é julgada a partir da análise comparativa entre objeto e parâmetro da reclamação, sendo aí que surge com maior recorrência a oportunidade “para a evolução interpretativa no controle de constitucionalidade”.⁶⁰

Apesar das diferenças marcantes entre o controle difuso e o controle concentrado, o julgamento da Reclamação 4374 demonstrou que, para o STF, a superação e a redefinição do conteúdo de uma decisão anterior compõem o mesmo gênero e se diferenciam apenas em grau. Além disso, a jurisdição constitucional exercida no âmbito de uma Reclamação não é distinta da jurisdição constitucional exercida em uma ação direta, de modo que “eventual superação total, pelo STF, de uma decisão sua, específica, será apenas o resultado do pleno exercício de sua incumbência de guardião da Constituição”⁶¹.

Essa situação peculiar é ínsita à ordem constitucional brasileira, que convive com o controle de constitucionalidade difuso e concentrado. O Supremo Tribunal Federal exerce ambas as espécies de controle de constitucionalidade, atuando, “simultaneamente, como Tribunal de revisão em última instância e como Corte Constitucional julgando processos objetivos”.⁶²

impedir a rediscussão do tema por fatos supervenientes ao trânsito em julgado”. DIDIER JR., Fredie; MACÊDO, Lucas Buriel de. Controle concentrado de constitucionalidade e revisão de coisa julgada: análise da reclamação nº 4.374/PE. *Revista Jurídica da Presidência*. Brasília, v.16, n. 110, out. 2014/ jan. 2015, p. 581-582.

60. STF. Tribunal Pleno. Rcl 4374/PE. Relator Min. Gilmar Mendes. j. 18/04/2013. DJ 03-09-2013.

61. STF. Tribunal Pleno. Rcl 4374/PE. Relator Min. Gilmar Mendes. j. 18/04/2013. DJ 03-09-2013.

62. DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. *Curso de processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais*. 4.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. p. 304.

Esse sistema possui uma incongruência que sufoca a si próprio: a mesma Corte Suprema, no exercício da jurisdição constitucional por meio do seu Tribunal Pleno, profere decisões com eficácia contra todos e efeito vinculante nas ações objetivas, mas apenas com eficácia *inter partes* nas ações subjetivas.

Isso permite que instâncias inferiores continuem aplicando a norma anteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal no controle difuso, que apenas poderia rever a decisão como Tribunal de revisão ou, sendo o caso, em sede de Reclamação. Para Dimitri Dimoulis e Soraya Lunardi “isso torna o processo judicial irracional: permite contradições, alonga os processos, prejudica os jurisdicionados que devem enfrentar uma *via crucis* e aumenta exponencialmente o volume de trabalho do STF”⁶³

Diante desse problema, a partir de uma corrente evolutiva da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, surge a proposta de ampliação do uso da Reclamação – e qualquer outro procedimento em processo subjetivo – como instrumento para a proteção da ordem constitucional como um todo. Conclui o Ministro Relator na Reclamação 4374 que “é plenamente possível entender que o Tribunal, por meio do julgamento desta reclamação, possa revisar a decisão na ADI 1.232 e exercer novo juízo sobre a constitucionalidade do § 3º do art. 20 da Lei no 8.742/1993 (Lei de Organização da Assistência Social – LOAS)”.

O principal problema nesse aspecto reside, ainda, na extensão dos efeitos dessa decisão: seria *inter partes* ou *erga omnes*? No julgamento da Reclamação 4335⁶⁴, em 20.03.2014, o Relator, Ministro Gilmar Mendes, propôs expressamente a mutação constitucional para que se passasse a dar eficácia *erga omnes* a toda e qualquer decisão plenária de constitucionalidade do STF⁶⁵, independentemente de suspensão da eficácia da Lei pelo Senado Federal, o que não prevaleceu^{66, 67}. Expôs o Ministro Relator:

63. DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. *Curso de processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais*. 4.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. p. 304.

64. STF. Tribunal Pleno. Reclamação 4335/AC. Rel. Ministro Gilmar Mendes. j. 20.03.2014. DJE-208 DIVULG 21-10-2014 PUBLIC 22-10-2014.

65. Há um fato curioso no caso. O Relator pediu informações ao magistrado reclamado, que respondeu no sentido de que é “pacífico que, tratando-se de controle difuso de constitucionalidade, somente tem efeitos entre as partes. Para que venha a ter eficácia para todos é necessária a comunicação da Corte Suprema ao Senado Federal, que, a seu critério, pode suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal (art. 52, X, da CF)”. Com base nisso, o magistrado informou que apenas poderia dar cumprimento à decisão do STF se o Senado Federal suspendesse a execução da lei declarada inconstitucional.

66. Cf. AMARAL JUNIOR, José Levi Mello do. Suspensão de norma inconstitucional está em pleno uso pelo Senado Federal. *Revista Consultor Jurídico*, 31 de maio de 2014. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2014-mai-31/suspensao-norma-inconstitucional-pleno-uso-senado-federal>>. Acesso em 14.jan.2018.

67. Não basta que haja lógica dedutiva nos argumentos e coerência na proposta com o ordenamento como um todo. Além disso, é preciso que haja coesão no direito, isto é, que a tese ou norma proposta não contradiga “normas do direito estabelecidas e vinculantes”. Sem coesão, não teria

De fato, é difícil admitir que a decisão proferida em ADIn ou ADC e na ADPF possa ser dotada de eficácia geral e a decisão proferida no âmbito do controle incidental – esta muito mais morosa porque em geral tomada após tramitação da questão por todas as instâncias – continue a ter eficácia restrita entre as partes. [...]

Verifica-se que a recusa do Juiz de Direito da Vara de Execuções da Comarca de Rio Branco, no Estado do Acre, em conceder o benefício da progressão de regime, nos casos de crimes hediondos, desrespeita a *eficácia erga omnes que deve ser atribuída* à decisão deste Supremo Tribunal Federal, no HC 82.959, que declarou a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990.⁶⁸

Apesar dos fundamentos desenvolvidos pelo Relator no julgamento da Reclamação 4335, diante da atual configuração constitucional a decisão de constitucionalidade pelo STF no controle difuso não possui eficácia *erga omnes*.

Eventual declaração de inconstitucionalidade da norma no bojo de uma Reclamação continuará tendo efeitos *inter partes*, mesmo que se trate da superação de uma decisão declaratória de constitucionalidade em ação objetiva.

Embora seja possível concluir pela possibilidade de revisão de decisão declaratória de constitucionalidade proferida em controle concentrado no exercício do controle difuso, sua eficácia *erga omnes* dependerá da suspensão da eficácia da lei pelo Senado Federal, nos termos do art. 54, X, da Constituição Federal. Já sua exclusão do ordenamento dependerá do controle concentrado.

A alteração desse cenário para o controle difuso de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal dependeria de uma emenda constitucional – e acredita-se que isso seja necessário para conformar as incongruências decorrentes dos diferentes efeitos do controle de constitucionalidade difuso e concentrado pela mesma Corte Constitucional.

Enquanto essa alteração não se opera, uma das formas de contornar o problema seria a edição de súmula vinculante. Percebendo o STF a reunião dos requisitos para sua edição a partir de ações subjetivas, poderá editar a súmula vinculante que terá, então, efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta.

5. CONCLUSÕES

Ao final, foi possível concluir que:

1. A ordem constitucional brasileira possui duas formas de controle de constitucionalidade, o modelo difuso e concentrado. O Supremo Tribunal Federal exerce

lugar o fundamento de validade das normas. MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Trad. Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 255-257

68. STF. Tribunal Pleno. Reclamação 4335/AC. Rel. Ministro Gilmar Mendes. j. 20.03.2014. DJE-208 DIVULG 21-10-2014 PUBLIC 22-10-2014.

ambas as espécies de controle de constitucionalidade, atuando, simultaneamente, como Tribunal de revisão em última instância e como Corte Constitucional julgando processos objetivos.

2. Essa dualidade tem-se mostrado um problema para a autoridade das decisões do STF no controle difuso de constitucionalidade, pois, neste caso decisão da Corte Suprema tem apenas eficácia *inter partes*.

3. Percebido este problema, a partir de uma corrente evolutiva da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, surge a proposta de ampliação do uso da Reclamação – e qualquer outro procedimento em processo subjetivo – como instrumento para a proteção da ordem constitucional como um todo.

4. A partir do julgamento da Reclamação 4374, foi possível perceber que a proposta do Ministro Relator era de que seria possível concluir que o Tribunal Constitucional, por meio do julgamento de uma reclamação, poderá revisar ou superar a decisão declaratória de constitucionalidade no controle concentrado, exercendo novo juízo sobre a constitucionalidade anteriormente declarada.

5. Verificou-se, porém, que eventual declaração de inconstitucionalidade da norma no bojo de uma Reclamação continuará tendo efeitos *inter partes*, mesmo que se trate da superação de uma decisão declaratória de constitucionalidade proferida em ação objetiva. A eficácia *erga omnes* da declaração de inconstitucionalidade no controle difuso dependerá da suspensão da eficácia da lei pelo Senado Federal, nos termos do art. 54, X, da Constituição Federal.

6. A alteração desse cenário para o controle difuso de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal dependeria de uma alteração constitucional – e acredita-se que isso seja necessário para conformar as incongruências decorrentes dos diferentes efeitos do controle de constitucionalidade difuso e concentrado pela mesma Corte Constitucional.

7. Enquanto essa alteração não é realizada, uma das formas de contornar o problema seria a edição de súmula vinculante. Percebendo o STF a reunião dos requisitos para sua edição a partir de ações subjetivas, poderá editar a súmula vinculante que terá, então, efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta.

6. REFERÊNCIAS

AARNIO, Aulis. Lo racional como razonable: un tratado sobre la justificación jurídica. Centro de Estudios Constitucionales: Madrid, 1991.

ÁVILA, Humberto. Ciência do direito tributário e discussão crítica. Revista Direito Tributário Atual. n. 32, São Paulo: Dialética, 2014.

AMARAL JUNIOR, José Levi Mello do. Suspensão de norma inconstitucional está em pleno uso pelo Senado Federal. Revista Consultor Jurídico, 31 de maio de 2014. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2014-mai-31/suspensao-norma-inconstitucional-pleno-uso-senado-federal>>. Acesso em 14.jan.2018.

- BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 7.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.
- DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos Tribunais. 14.ed. Salvador: JusPodivm, 2017.
- _____; MACÊDO, Lucas Buriel de. Controle concentrado de constitucionalidade e revisão de coisa julgada: análise da reclamação nº 4.374/PE. Revista Jurídica da Presidência. Brasília, v.16, n. 110, out. 2014/jan. 2015.
- DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. Curso de processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais. 4.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.
- MACCORMICK, Neil. Argumentação jurídica e teoria do direito. Trad. Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- MAGALHÃES, Breno B. Considerações Acerca da Natureza Jurídica da Reclamação Constitucional. Revista de Processo, v. 210, p. 399-424, 2012. Disponível em <https://www.academia.edu/2111246/Considera%C3%A7%C3%B5es_Acerca_da_Natureza_Jur%C3%ADdica_da_Reclama%C3%A7%C3%A3o_Constitucional>. Acesso em 28/12/2017.
- MEDINA, José Miguel Garcia. Julgamento de ADI ou ADC não impede nova análise de lei. Revista Consultor Jurídico, 12 de maio de 2014. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2014-mai-12/processo-julgamento-adi-ou-adc-nao-impede-analise-lei>>. Acesso em 12.jan.2018.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 12.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADI 1232/DF. Relator Min. Ilmar Galvão. Relator para Acórdão Min. Nelson Jogim. j. 27/08/1998. DJ 01-06-2001
- _____. Tribunal Pleno. Reclamação 141/SP. Rel. Min. ROCHA LAGOA. Julgamento 25/01/1952. Publicação DJ 17/04/1952. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/>>. Acesso em 28/12/2017.
- _____. Tribunal Pleno. Reclamação 397 MC-QO. Rel. Ministro Celso de Mello. J. 25.11.1992. DJ 21.05.1993.
- _____. Tribunal Pleno. Reclamação 1880 AgR/SP. Rel. Ministro Maurício Corrêa. J. 07.11.2002. DJ 19.03.2004.
- _____. Tribunal Pleno. Reclamação 4335/AC. Rel. Ministro Gilmar Mendes. j. 20.03.2014. DJe-208 DIVULG 21-10-2014 PUBLIC 22-10-2014.
- _____. Tribunal Pleno. Rcl 4374/PE. Relator Min. Gilmar Mendes. j. 18/04/2013. DJ 03-09-2013.
- XAVIER, Carlos Eduardo Rangel. Reclamação constitucional e precedentes judiciais. Dissertação de mestrado. Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015. p. 45. Disponível em <<http://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/39151>>. Acesso em 12.jan.2018.
- WROBLÉWSKI, Jezry. Constitución y teoría general de la interpretación jurídica. Trad. Arantxa Azurza. Editorial Civitas: Madrid, 1988.